Die Wirksamkeit von Sexualtäterbehandlungsprogrammen – Zusammenfassung

Primärstudie	Population	Therapie	Intervention Behandlungsgruppe	Intervention Kontrollgruppe	Wirksamkeit
Borduin et al. (2009)	48 jugendliche männliche Sexualstraftäter	Multisystemische Therapie	Multisystemische Therapie	Kognitivbehaviorale Therapie	+
Wischka (2013)	320 männliche Sexualstraftäter	Behandlungsprogramm für Sexualstraftäter, BPS	BPS	Fachpersonal, welches am Ausbildungsseminar zum BPS teilgenommen hat	+
Wilkinson (2005)	Quasiexperimentelles Design	Reasoning and Rehabilitation Programme	Reasoning and Rehabilitation Programme	Alternative Behandlung	-
Langelüddeke (1963)	1721 männliche Sexualstraftäter. Behandlungsgruppe N=1.036 Kontrollgruppe: N=685	Kastration	Zwangskastrierte Sexualstraftäter	Nicht kastrierte Sexualstraftäter	(+)
Maletzky et al. (2006)	275 Häftlinge. Behandlungsgruppe N=79; Kontrollgruppe 1: N=55; Kontrollgruppe 2: N=141	Medikamentöse Therapie mit Medroxyprogesteronacetat, MPA	Einnahme von MPA	Kontrollgruppe 1: Keine Einnahme von MPA trotz Empfehlung; Kontrollgruppe 2: Keine Einnahme von MPA	(+)

Maximilian Wolf, Berlin/Greifswald*

GreifRecht erklärt: Die Vormerkung – das examensrelevante Wissen auf einen Blick

Die Vormerkung gehört wie das gesamte Grundstücksrecht bei der Examensvorbereitung vielfach nicht zum Lieblingsstoff. Tatsächlich ist die Vormerkung aufgrund ihres eigenartigen rechtlichen Charakters und ihres Zusammenhangs mit der durch sie gesicherten Forderung nicht leicht zugänglich, sondern erklärt sich erst bei vertiefter Befassung. Wer sich jedoch einmal die Mühe gemacht hat, sich mit Zweck und Funktionsweise der Vormerkung auseinanderzusetzen, dem wird dies dadurch gedankt, dass in einschlägigen Klausuren ein recht kleiner Kanon immer wiederkehrender Probleme auftaucht – die Vormerkungsklausur kann damit zum Glücksfall werden. Der folgende Beitrag fasst das gesamte examensrelevante Wissen zur Vormerkung zusammen und will eine Hilfe dabei sein, Klausuren und Prüfungsfragen zur Vormerkung souverän zu bewältigen.

* Dipl.-Jur. *Maximilian Wolf* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Kanzlei *Baker & McKenzie Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors* im Bereich *Corporate/M&A* am Standort Berlin sowie Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht (Prof. Dr. *Axel Beater*) der Universität Greifswald.

I. Das Problem: Die ungewisse Zeitspanne zwischen Verpflichtungsgeschäft und Grundbucheintragung

Um den Zweck der Vormerkung zu verdeutlichen, ist von dem Grundproblem auszugehen, zu dessen Lösung die Vormerkung geschaffen wurde: Die Wirksamkeit der Einräumung, Übertragung, Belastung oder Aufhebung von Rechten an Grundstücken setzt gemäß § 873 Abs. 1 BGB ihre Eintragung in das Grundbuch voraus. Anders als bei Verfügungen über bewegliche Sachen haben die Parteien es damit bei der Verfügung über ein Grundstück nicht allein in der Hand, wann diese wirksam wird. Stattdessen müssen sie das Grundbuchamt einschalten, das die Rechtsänderung einträgt. Zwischen dem auf Eintragung gerichteten Antrag (§ 13 GBO) und der tatsächlichen Eintragung können Monate, wenn nicht Jahre vergehen. Dadurch können vor allem dem Rechtserwerber Nachteile entstehen: Er erwirbt nicht nur das jeweilige Recht vorerst nicht, sondern muss insbesondere bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück Zwischenverfügungen des Alteigentümers fürchten. Der Alteigentümer bleibt bis zur Eintragung der Eigentumsübertragung verfügungsberechtigt. Umgekehrt stellt sich die Situation auch für den Veräußerer ungünstig dar. Er ist zumeist an einem möglichst schnellen Erhalt der Gegenleistung des Erwerbers interessiert, beim Grundstücksverkauf also des Kaufpreises. Solange der Erwerber sich aber seines Erwerbs nicht sicher sein kann, wird er zur Kaufpreiszahlung nicht bereit sein.

II. Die Lösung des Problems – die relativ wirkende Vormerkung

Die Vormerkung bietet eine Lösung für dieses Problem. Durch Eintragung der Vormerkung in das Grundbuch wird die Verfügung nicht beschleunigt. Stattdessen wird die Erfüllung des Anspruchs auf den Vollzug des Verpflichtungsgeschäfts gemäß § 883 Abs. 2 BGB gegenüber Dritten abgesichert. Die Vormerkung betrifft demnach gar nicht das Innenverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber, sondern wird erst im Verhältnis zu Dritten relevant – letzteres allerdings nur dann, wenn der Dritte durch eine Zwischenverfügung begünstigt wird, die die Erfüllung des Anspruchs vereiteln oder beeinträchtigen würde. Für das Verständnis der Vormerkung essentiell ist dabei, dass der Erwerber auch im Verhältnis zu Dritten niemals als Inhaber des betroffenen Rechts behandelt wird. Die Außenwirkung der Vormerkung äußert sich allein darin, dass die Verfügung des Berechtigten (!) zugunsten des Dritten gemäß § 883 Abs. 2 BGB unwirksam ist – allerdings wiederum nur gegenüber dem Erwerber bzw. Vormerkungsberechtigten. Wer – verständlicherweise – Probleme hat, diesen komplizierten Wirkungsmechanismus auf Anhieb zu verstehen, sollte sich merken: Wenn auf der Welt idealtypisch sieben Milliarden Menschen leben, kann die Vormerkung 6.999.999.998 davon völlig egal sein. Die einzigen beiden Menschen, für die die Vormerkung Bedeutung hat sind der Inhaber des gesicherten Anspruchs und der Erwerber des Rechts, das den Anspruch vereiteln würde, weil die Vormerkung zwischen ihnen beiden dafür sorgt, dass das den Anspruch vereitelnde Recht als inexistent angesehen wird.[1] Die Beziehung zwischen Vormerkungsberechtigtem und Dritten ist lediglich relativer Natur. Daraus erklärt sich auch das Diktum „Die Vormerkung bewirkt keine Grundbuchsperre“[2] – wie sollte sie auch das Grundbuch sperren, wenn sie nur zwischen zwei Rechtssubjekten überhaupt Rechtswirkung entfaltet.

Die relative Wirkung der Vormerkung sei an folgendem Beispiel verdeutlicht: V verkauft dem K formwirksam ein Grundstück. V und K erklären die Auflassung vor einem Notar und beantragen die Eintragung des K als Eigentümer in das Grundbuch. Der kaufvertragliche Anspruch des K aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB wird durch Vormerkung gesichert. Während der Antrag beim Grundbuchamt auf seine Bearbeitung wartet, bestellt V zugunsten des im Eigentum des D stehenden Nachbargrundstücks eine Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB). Sie hat zum Inhalt, dass das Grundstück des V nicht bebaut werden darf, um die Aussicht vom Grundstück des D zu erhalten.[3] Die Grunddienstbarkeit wird in das Grundbuch eingetragen. Erst danach erfolgt die Eintragung des K als Eigentümer.

Solange K nicht als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist, bleibt V Grundstückseigentümer. Damit ist V weiterhin verfügungsberechtigt und kann das Grundstück wirksam mit einer Grunddienstbarkeit belasten. Seine Berechtigung bleibt von der Vormerkung unberührt. D ist folglich tatsächlich Inhaber einer Grunddienstbarkeit geworden. Weil jedoch die Vormerkung in das Grundbuch eingetragen ist, ist die Grunddienstbarkeit gegenüber K gemäß § 883 Abs. 2 BGB relativ unwirksam. Wenn K auf dem Grundstück ein Grillfest veranstaltet, kann D folglich nicht dagegen vorgehen, da die Grunddienstbarkeit im Verhältnis K-D als nicht existent betrachtet wird.

Ergänzt wird die Anordnung der relativen Unwirksamkeit in § 883 Abs. 2 S. 1 BGB durch einen Anspruch auf Zustimmung zu der Eintragung oder Löschung, die zur Verwirklichung des Anspruchs erforderlich ist: § 888 Abs. 1 BGB. Er richtet sich gegen den Inhaber des relativ unwirksamen Rechts, also den Dritten – wohlgemerkt nicht gegen den Vertragspartner des Vormerkungsberechtigten.

K kann daher von D die Löschung der Grunddienstbarkeit aus § 888 Abs. 1 BGB verlangen. Die relative Unwirksamkeit hängt zwar nicht von einer Löschung ab, sondern lässt sich schon zuvor aus dem Grundbuch ablesen, weil die Vormerkung selbst ebenfalls in das Grundbuch eingetragen ist. Will K aber beispielsweise das Grundstück selbst weiter veräußern, ist ihm an einer Löschung der Grunddienstbarkeit gelegen. Die Belastung des Grundstücks mit der Grunddienstbarkeit wäre gegenüber einem Drittkäufer nämlich wirksam und mindert daher den Grundstückswert.

Die vorstehend beschriebene Wirkung der Vormerkung wird als *Sicherungswirkung* bezeichnet. Die Vormerkung hat daneben noch weitere Wirkungen, die in Klausuren

1 Sogar dem Schuldner des gesicherten Anspruchs kann die Vormerkung im Grunde egal sein. Denn er schuldet dem Vormerkungsberechtigten aufgrund der Vormerkung nichts. Er ist allein aus dem gesicherten Anspruch verpflichtet.

2 RGZ 132, 419 (424); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 9.

3 Es handelt sich um eine Unterlassungsdienstbarkeit (§ 1018 Var. 2 BGB), dazu mit weiteren Beispielen näher *Mayer*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearbeitung 2009, § 1018 Rn. 105 ff.

von geringer Bedeutung sind. Dennoch sollte ihre Existenz bekannt sein. Zum einen ist dies die *Rangwirkung*, die sich aus § 883 Abs. 3 BGB ergibt. Sie ist bedeutsam, wenn die Vormerkung nicht den Eigentumserwerb, sondern die Entstehung eines sonstigen Rechts an einem Grundstück absichert.

Beispiel: Grundstückseigentümer E nimmt bei X und Y jeweils ein Darlehen auf und bestellt dazu jedem der beiden eine Hypothek an seinem Grundstück – zuerst dem X und später dem Y. Für den Wert der Hypothek ist entscheidend, welchen Rang diese einnimmt. Kann E die Darlehen nicht mehr bedienen, kann nämlich nur der erstrangige Hypothekengläubiger den vollen Erlös aus der Zwangsvollstreckung zu seiner Befriedigung verwenden. Der zweitrangige Hypothekengläubiger muss sich nach der Vollstreckung des ersten Hypothekengläubigers mit dem Erlös begnügen, der nach der Befriedigung des Darlehensrückzahlungsanspruchs des ersten Hypothekengläubigers übrig geblieben ist. Der Rang richtet sich grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der Eintragung, § 879 Abs. 1 BGB. Auch wenn E mit X die Bestellung einer erstrangigen Hypothek vereinbart hat, läuft X mithin Gefahr, dass die Hypothek des Y früher eingetragen wird und ihm dadurch den ersten Rang „wegnimmt".[4] Durch die Rangwirkung nach § 883 Abs. 3 BGB wird X hiervor geschützt: Ist der Anspruch des X nämlich unmittelbar nach seiner Entstehung durch Vormerkung gesichert worden, ist gleichgültig, in welcher Reihenfolge die Hypotheken eingetragen werden. Für den Rang ist dann allein ausschlaggebend, dass X zeitlich vor Y Inhaber einer Vormerkung wurde.

Schließlich entfaltet die Vormerkung sogenannte *Vollwirkung*. In bestimmten Fällen wird der Vormerkungsberechtigte davor geschützt, dass sein Anspruch durch den Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person des Schuldners entwertet wird. Verstirbt der Schuldner etwa, kann der Erbe dem Vormerkungsberechtigten gemäß § 884 BGB nicht die Beschränkung der Erbenhaftung (§§ 1975 ff. BGB) entgegensetzen. Ein vergleichbarer Schutz wird bei Insolvenz des Schuldners gemäß § 106 InsO sowie bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks gemäß § 48 ZVG gewährt.

III. Die Rechtsnatur der Vormerkung

Angesichts des singulären Charakters der Vormerkung verwundert nicht, dass ihre Rechtsnatur hoch umstritten ist. Praktische Auswirkungen hat die Einordnung zwar nicht. Sie gehört jedoch nicht nur zum Grundwissen, sondern erleichtert auch das Verständnis des Streits um den gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung.[5] Heute stehen sich im Wesentlichen zwei Auffassungen gegenüber: Die Vormerkung wird entweder als dingliches Recht[6] oder als Recht *sui generis*[7] eingeordnet.[8] Für eine dingliche Einordnung spricht die potentielle Wirkung der Vormerkung gegenüber jedem Dritten, dessen Recht den gesicherten Anspruch vereiteln würde. Für eine schuldrechtliche Einordnung lässt sich demgegenüber anführen, dass die Vormerkung nur die Verwirklichung eines Anspruchs absichert, bei dem es sich gerade nicht um eine dingliche, absolut geschützte Rechtsposition handelt. Da beide Argumente nicht von der Hand zu weisen sind, spricht viel für eine Einordnung als Recht *sui generis*.

IV. Die Entstehung der Vormerkung

Die Entstehungsvoraussetzungen der Vormerkung sind wichtig, weil sie in jeder denkbaren Klausurkonstellation mit Vormerkungsbezug zu prüfen sind. Zu unterscheiden sind zwei verschiedene Arten der Entstehung – einerseits durch einstweilige Verfügung (§ 885 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB), andererseits durch Bewilligung desjenigen, dessen Recht von dem gesicherten Anspruch betroffen wird – das ist im Regelfall der Grundstückseigentümer[9] (§ 885 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB). Beiden Fällen ist gemeinsam, dass die Vormerkung innerhalb kürzester Zeit in das Grundbuch eingetragen werden kann. Das ist notwendig, weil die Vormerkung die Nachteile aus der langen Zeitspanne zwischen Antragstellung und Grundbucheintragung gerade kompensieren soll. Es ist möglich, weil die Vormerkung die Inhaberschaft an dem jeweiligen Recht am Grundstück unberührt lässt und aus der fälschlichen Eintragung einer Vormerkung daher keine Nachteile entstehen – ergo darf das Verfahren zur Eintragung der Vormerkung kurz sein.

Unabhängig von der Art der Entstehung ist die Vormerkung ein *akzessorisches* Recht – das heißt ihre Existenz ist untrennbar mit der Existenz des gesicherten Anspruchs verbunden. Folglich gilt: Keine Vormerkung ohne Anspruch. Im Unterschied zur ebenfalls akzessorischen Hypothek kennt die Vormerkung auch keine Ausnahme vom Prinzip der Akzessorietät. Eine „forderungsentkleidete" Vormerkung existiert nicht. Um in Klausuren zu demonstrieren, dass man die Akzessorietät der Vormerkung verstanden hat, bietet es sich an, die Prüfung des gesicherten Anspruchs an den Anfang zu stellen. Damit ergibt sich folgender Gang der Prüfung:

4 Zur Kondizierbarkeit des Ranges im Grundbuch *Stürner*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 14, 13. Aufl. 2009, § 879 Rn. 16.

5 Siehe dazu unten VIII.2.

6 *Kempf*, Zur Rechtsnatur der Vormerkung, JuS 1961, 22 (24 f.); *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, S. 325; *Wunner*, Gutglaubensschutz und Rechtsnatur der Vormerkung, NJW 1969, 113 (114 ff.); dagegen *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), 1998, S. 281 ff.

7 RGZ 151, 389 (392); BGHZ 25, 16 (23); BGHZ 28, 182 (185); BGHZ 60, 46 (49); *Eckert*, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 33. Edition, Stand: November 2014, § 883 Rn. 1; *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 3), § 883 Rn. 328; *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 883 Rn. 5; *Stürner*, in: Soergel (Fn. 4), § 883 Rn. 2; *Tiedtke*, Jura 1981, 354 (370); letztlich auch *Assmann* (Fn. 6), S. 323 ff.: „absolutes Forderungsrecht".

8 Überblick über weitere Auffassungen bei *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 3), § 883 Rn. 330 ff.

9 Betrifft der gesicherte Anspruch hingegen ein Recht an einem anderen Grundstücksrecht, ist die Vormerkung nicht vom Grundstücksinhaber, sondern vom Inhaber des betreffenden Rechts zu bewilligen.

1. Gesicherter Anspruch, § 883 Abs. 1 BGB
2. Bewilligung/einstweilige Verfügung, § 885 Abs. 1 BGB
3. Eintragung der Vormerkung in das Grundbuch, § 883 Abs. 1 BGB

V. Der gesicherte Anspruch

Durch Vormerkung kann gemäß § 883 Abs. 1 S. 1 BGB im Ausgangspunkt jeder Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück gesichert werden.[10] In Klausuren ist das üblicherweise der Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, man spricht dann von einer *Auflassungsvormerkung*.[11] Ein klassisches Klausurproblem bildet in diesem Zusammenhang die Sicherung eines lediglich künftigen Anspruchs. Dessen Sicherung ist gemäß § 883 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich möglich. Doch muss konkretisiert werden, wann ein noch nicht entstandener Anspruch bereits als künftig angesehen werden kann. Die Rechtsprechung bestimmt dies anhand der *Rechtsbodentheorie* – danach kann ein Anspruch als künftig im Sinne des § 883 Abs. 1 S. 2 BGB angesehen werden, wenn im Zeitpunkt der Entstehung der Vormerkung „der Rechtsboden des Anspruchs bereitet ist".[12] Hinter dieser Wendung verbirgt sich als eigentliche Voraussetzung, dass die Entstehung des Anspruchs nicht vom Willen des Schuldners abhängen darf.[13] Diese Voraussetzung zu kennen ist in Klausuren essentiell, weil die Entscheidung darüber, ob eine Vormerkung entsteht oder nicht, den gesamten Fortgang der Prüfung beeinflussen kann.

Eine Vormerkung kann daher beispielsweise entstehen, wenn der Eigentümer eines Grundstücks gegenüber einem potentiellen Käufer ein unwiderrufliches Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück abgibt. Ob ein Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB entsteht, hängt dann nämlich nur vom Verhalten des potentiell berechtigten Käufers ab, sodass der *Rechtsboden* des Anspruchs bereitet ist – der künftige Anspruch kann durch Vormerkung gesichert werden.[14] Anders lägen die Dinge, wenn das Angebot widerruflich erfolgt wäre. Dann hätte nämlich auch der später Verpflichtete die Anspruchsentstehung vereiteln können. Im Kontext des § 883 Abs. 1 S. 2 BGB kann es in Klausuren zu einer Verknüpfung mit dem klassischen BGB AT-Problem des Schwarzkaufs eines Grundstücks kommen.[15] Geben die Parteien beim Grundstückskauf vor dem Notar zur Steuerersparnis einen falschen Kaufpreis an, ist die notarielle Vereinbarung als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB unwirksam. Das wirklich gewollte, dissimulierte Geschäft (§ 117 Abs. 2 BGB) ist mangels notarieller Beurkundung formunwirksam und damit nichtig gemäß §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 S. 1 BGB.[16] Ein Kaufpreisanspruch kann allerdings noch entstehen, weil die Grundbucheintragung gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB auch das Verpflichtungsgeschäft heilt. Wird der Anspruch des Grundstückskäufers durch Vormerkung gesichert, stellt sich die Frage, ob der potentielle, erst im Falle der Grundbucheintragung entstehende Übereignungsanspruch ein hinreichender künftiger Anspruch im Sinne des § 883 Abs. 1 S. 2 BGB ist. Dazu dürfte die Anspruchsentstehung lediglich vom Willen des Käufers abhängen. Das ist indes nicht der Fall: Der Schuldner kann auch nach der Auflassung die Eintragung in das Grundbuch vereiteln, indem er seine Erklärung widerruft.[17]

VI. Die Reichweite der Sicherungswirkung

Nach dem Normtext des § 883 Abs. 2 S. 1 BGB schützt die Vormerkung vor jeder Verfügung, die den gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Umstritten ist, ob dadurch auch vor schuldrechtlichen Rechtsgeschäften geschützt wird, die die Nutzung des Grundstücks beschränken, also dessen Vermietung und Verpachtung.[18] Dagegen spricht der Wortlaut „Verfügung"; zuzugeben ist jedoch, dass Vermietung und Verpachtung über § 566 BGB[19] quasi dingliche Wirkung entfalten und einer Verfügung dadurch stark angenähert sind. Sofern in Klausuren im Kontext einer Vormerkung Mietverträge abgeschlossen werden, sollte an dieses Problem gedacht werden.

Gleichfalls umstritten ist die Sicherungswirkung der Vormerkung gegenüber einem Widerspruch (§ 899

10 Gegenstand des Anspruchs kann allerdings nicht nur das Recht an einem Grundstück sein, sondern auch ein Recht an einem solchen Recht, beispielsweise kann ein zweitrangiger Hypothekengläubiger mit einem erstrangigen Hypothekengläubiger die Löschung von dessen Hypothek vereinbaren und diesen Anspruch durch Vormerkung sichern lassen, vgl. *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 3), § 883 Rn. 155. Für Klausuren ist dieser Fall jedoch nur selten von Bedeutung.

11 *Prütting*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, § 18 Rn. 181.

12 RGZ 151, 75 (76 f.); BGHZ 12, 115 (118); BGHZ 134, 182 (184).

13 BGH, NJW 2002, 213 (214); *Kohler*, in: MüKo BGB (Fn. 7), § 883 Rn. 28; *Staudinger*, in: Handkommentar BGB, 8. Aufl. 2014, § 883 Rn. 13; z.T. findet sich auch die Formulierung, wonach der Anspruch lediglich vom Willen des Gläubigers abhängen darf (so bei BGH, NJW 1970, 1541 (1543); BGHZ 112, 121), dies steht jedoch nicht im Einklang mit der Tatsache, dass der Anspruch grundsätzlich von einer behördlichen Genehmigung abhängen darf (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1490 ff.).

14 BGH, NJW 2002, 213 (214).

15 Dazu *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, § 40 Rn. 595.

16 BGH, NJW 1970, 1541 (1542 f).

17 Auch eine etwaige Bindung über § 873 Abs. 2 BGB führt nicht zur Vormerkungsfähigkeit, vgl. BGH, NJW 1970, 1541 (1543).

18 Dafür *Hager*, Die Vormerkung, JuS 1990, 429 (434); *Artz*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 14. Aufl. 2014, § 883 Rn. 37; *Prütting* (Fn. 11), § 18 Rn. 190; *Schöner/Stöber* (Fn. 13), Rn. 1521; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 82 Rn. 28; dagegen BGHZ 13, 1; BGH, NJW 1989, 451 (451); *Baur/Stürner* (Fn. 2), § 20 Rn. 41; *Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. 2014, § 883 Rn. 16; *Eckert*, in: Bamberger/Roth (Fn. 7), § 883 Rn. 48; *Huhn*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 8. Aufl. 2013, § 883 Rn. 15; *Stürner*, in: Soergel (Fn. 4), § 883 Rn. 30; *Weber*, Sachenrecht II – Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2012, § 11 Rn. 69.

19 Bei der Pacht ist § 566 BGB über die Verweisungsnorm des § 581 Abs. 2 BGB anwendbar, siehe *Blank/Börstinghaus*, Miete Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 566 BGB Rn. 5.

BGB).[20] Wer eine Sicherungswirkung auch gegenüber einem Widerspruch anerkennt, verringert die Anforderungen an den gutgläubigen Eigentumserwerb an Grundstücken dadurch deutlich: Hat der fälschlich als Eigentümer eingetragene Nichtberechtigte dem gutgläubigen Erwerber erst einmal ein fremdes Grundstück aufgelassen, eine Auflassungsvormerkung bewilligt und wurde der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt,[21] kann der wahre Eigentümer den Eigentumserwerb dann nicht mehr verhindern: Die spätere Kenntnis des Erwerbers schadet wegen § 892 Abs. 2 BGB nicht[22] – die Eintragung eines Widerspruchs hilft nicht, weil der Widerspruch nach § 883 Abs. 2 BGB unwirksam ist.

VII. Die Übertragung der Vormerkung

Der Vormerkungsberechtigte kann die Vormerkung auf Dritte übertragen. Aufgrund ihres akzessorischen Charakters kann die Vormerkung jedoch niemals von dem gesicherten Anspruch getrennt werden. Vielmehr folgt sie dem gesicherten Anspruch über § 401 BGB, wenn der Anspruchsinhaber diesen abtritt (§ 398 BGB). § 401 BGB zählt die Vormerkung zwar nicht auf, dafür aber alle anderen akzessorischen Sicherungsrechte, weshalb eine zumindest analoge Anwendung auf die Vormerkung geboten ist.[23] Verständnisprobleme hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung (dazu sogleich) beruhen häufig darauf, dass die Bearbeiter sich nicht klar machen, wie überhaupt der Normalfall, also der Erwerb der Vormerkung vom Berechtigten von statten geht. Zur Übertragung der Vormerkung kann man sich merken: Der Anspruch wird abgetreten, die Vormerkung muss folgen – niemals umgekehrt. Das Schöne bei der Vormerkung ist einmal wieder: Es gibt keine Ausnahmen zu diesem Prinzip. Die Vormerkung bildet damit das Muster eines akzessorischen Rechts.

VIII. Der gutgläubige Erwerb der Vormerkung

Das wohl klassischste Klausurproblem im Kontext der Vormerkung ist der gutgläubige Erwerb. Dabei gilt es den gutgläubigen Erst- und Zweiterwerb auseinanderzuhalten. Der gutgläubige Ersterwerb betrifft dabei die Frage: Entsteht die Vormerkung auch dann, wenn sie von einem Nichtberechtigten bewilligt wird? Der gutgläubige Zweiterwerb betrifft hingegen die Frage: Kann jemand eine Vormerkung übertragen, die nicht existiert, aber unrichtig in das Grundbuch eingetragen ist? Für beide Fälle gilt: Ohne Anspruch geht gar nichts – es gibt weder einen gutgläubigen Ersterwerb ohne Anspruch noch kann ein Nichtberechtigter die Vormerkung übertragen, wenn ihm der gesicherte Anspruch nicht zusteht.

1. Der gutgläubige Ersterwerb

Beim gutgläubigen Ersterwerb bewilligt eine Person die Vormerkung, die nicht der wahre Grundstückseigentümer ist. Ist sie aber unrichtig als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, besteht im Ergebnis Einigkeit darüber, dass dadurch ein Rechtsschein begründet wird, aufgrund dessen die Vormerkung wirksam erworben werden kann. Lediglich die gesetzliche Grundlage wird unterschiedlich beurteilt. Man kann auf § 892 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB („Recht an einem Grundstück“) abstellen. Diese Lösung wird denen sympathisch sein, die die Vormerkung als dingliches Recht ansehen.[24] Andere wollen stattdessen auf § 893 2. Alt. BGB („nicht unter § 892 fallendes Rechtsgeschäft, das eine Verfügung über das Recht enthält“) abstellen. Teils wird auch nur eine analoge Anwendung der Vorschriften für möglich gehalten.[25]

Vom gutgläubigen Ersterwerb der *Vormerkung* zu unterscheiden ist der gutgläubige Erwerb des Eigentums oder eines anderen Rechts an dem Grundstück selbst.

Beispiel: Der nichtberechtigte, aber im Grundbuch unrichtig als Eigentümer eingetragene N schließt mit dem Käufer K einen Kaufvertrag über das im Eigentum des E stehende Grundstück und bewilligt dem K eine Vormerkung zur Sicherung des Übereignungsanspruchs. Durch den gutgläubigen Ersterwerb der Vormerkung wird K vor weiteren Verfügungen des N geschützt. Gegenüber dem wahren Eigentümer E schützt ihn die Vormerkung hingegen nicht, weil E ja bereits Eigentümer des Grundstücks ist und den Erwerb des K daher nicht durch Verfügung beeinträchtigen kann. Gegenüber E kommt jedoch § 892 Abs. 1 BGB zur Anwendung, der einen gutgläubigen Eigentumserwerb ermöglicht. Die Vormerkung kann gleichwohl mittelbar Bedeutung für den Eigentumserwerb erhalten, wenn man davon ausgeht, dass die Vormerkung auch die Wirksamkeit eines Widerspruchs beseitigt.[26] Macht E nämlich seine Eigentümerstellung nach Stellung des Antrags beim Grundbuchamt, aber noch vor Eintragung des K als Neueigentümer in das Grundbuch geltend, kann E den Eigentumserwerb des K nur durch Eintragung eines Widerspruchs verhindern. Diese Möglichkeit entfällt, wenn man annimmt, dass die Vormerkung auch zur Unwirksamkeit des Widerspruchs führt.

2. Der gutgläubige Zweiterwerb

Dem gutgläubigen Zweiterwerb liegt der Fall zugrunde, dass ein zu besichernder Anspruch besteht, die Vormerkung aber nicht wirksam entstanden ist. Der existente Anspruch wird an einen gutgläubigen Dritten abgetreten. Es stellt sich dann die Frage, ob der Dritte – also der Zessionar – die bis dahin nicht existente Vormerkung erwirbt.

20 Dafür BGHZ 28, 182 (187); BGHZ 57, 341; *Artz*, in: Erman (Fn. 18), § 883 Rn. 26; *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 3), § 883 Rn. 219; *Huhn*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 18), § 883 Rn. 15; *Westermann/Gursky/Eickmann* (Fn. 18), § 82 Rn. 32; dagegen *Assmann* (Fn. 6), S. 106, 357 ff.; *Knöpfle*, Die Vormerkung, JuS 1981, 157 (165).

21 Zur Möglichkeit des gutgläubigen Ersterwerbs der Vormerkung siehe dazu unter VIII.

22 Eine noch weitere Vorverlegung ergibt sich, wenn die Eintragung der Vormerkung als der für § 892 Abs. 2 BGB maßgebliche Zeitpunkt angesehen wird; vgl. zu dieser Frage *Stürner*, in: Soergel (Fn. 4), § 892 Rn. 39.

23 BGHZ 25, 16 (23); *Busche*, in: Staudinger (Fn. 3), § 401 Rn. 30.

24 Siehe zur Rechtsnatur der Vormerkung bereits oben unter III.

25 Zu den divergierenden Ansichten über die anzuwendenden Vorschriften m.w.N. *Kohler*, in: MüKo BGB (Fn. 7), § 893 Rn. 13.

26 Siehe dazu bereits unter VI.

Beispiel: Der nichtberechtigte N verkauft dem K das Grundstück des E. Unrichtigerweise ist nicht E, sondern N in das Grundbuch eingetragen, was K auch weiß. N bewilligt dem K eine Vormerkung zur Sicherung des Übereignungsanspruchs. Bevor es zur Eintragung des K als neuem Eigentümer kommt, tritt K seinen Anspruch an den gutgläubigen D ab. – Der Übereignungsanspruch des K gegen N ist wirksam entstanden, weil es hierfür (Abstraktionsprinzip!) nicht darauf ankommt, dass der Schuldner N nicht Eigentümer ist.[27] Die Vormerkung ist jedoch nicht entstanden. Ein gutgläubiger Ersterwerb wäre zwar theoretisch möglich gewesen, scheitert im konkreten Fall allerdings daran, dass K nicht gutgläubig war. Den existenten Anspruch konnte K jedoch als Anspruchsinhaber an D abtreten. Über § 401 Abs. 1 BGB kann D die Vormerkung nicht erwerben, weil diese bislang noch nicht existiert. In Betracht kommt ein gutgläubiger Zweiterwerb.

Die Rechtsprechung erkennt die Möglichkeit eines gutgläubigen Zweiterwerbs zumindest im Grundsatz[28] an.[29] In der Literatur erfährt dies allerdings erhebliche Kritik,[30] sodass man sich in der Klausur in beide Richtungen entscheiden kann. Die Argumente sind vielfältig,[31] ihre Kenntnis bereits *high-end*-Wissen – wer in der Klausur überhaupt den Gang der Prüfung bis zum Streit um den Zweiterwerb korrekt darstellt, dürfte sich bereits im guten bis sehr guten Bereich bewegen. Die Befürworter des gutgläubigen Zweiterwerbs legen Wert auf die Verkehrsfähigkeit der Vormerkung,[32] die Gegner verweisen hingegen darauf, dass die Vormerkung nach § 401 BGB nicht durch Rechtsgeschäft, sondern aufgrund Gesetzes übergehe – es einen gutgläubigen Erwerb aber nur bei Rechtsgeschäften gibt.[33]

IX. Exkurs: Die Rückauflassungsvormerkung

Die Vormerkung eröffnet eine interessante Gestaltungsmöglichkeit, die nicht weniger ermöglicht, als die dingliche Unwirksamkeit von Verfügungsbeschränkungen gemäß § 137 S. 1 BGB zu umgehen. § 137 S. 1 BGB schließt rechtliche Gestaltungen der Art aus, dass ein Vater und sein Sohn mit dinglicher Wirkung vereinbaren, dass ein Grundstück nicht an Dritte veräußert werden kann, um es auf ewig in der Familie zu halten. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die Güterordnung nicht erstarren soll. Über die Vormerkung kann eine solche Verfügungsbeschränkung auf Umwegen gleichwohl erreicht werden: Der Veräußerer übereignet das Grundstück, schließt aber zugleich mit dem Erwerber eine Vereinbarung, in der dieser sich aufschiebend bedingt zur Rückübereignung verpflichtet. Die Bedingung tritt bei Weiterveräußerung durch den Erwerber ein, wenn beispielsweise das Grundstück die Familie verlassen sollte. Eine derartige Vereinbarung allein berührt § 137 S. 1 BGB noch nicht, vielmehr sind schuldrechtliche Verpflichtungen zur Unterlassung von Verfügungen gemäß § 137 S. 2 BGB wirksam. Durch die Vormerkung lässt sich hingegen im Ergebnis eine dingliche Wirkung der Vereinbarung erreichen: Wird der aufschiebend bedingte Rückauflassungsanspruch nämlich durch Vormerkung gesichert, ist der Eigentumserwerb Dritter im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten gemäß § 883 Abs. 2 S. 1 BGB unwirksam.

X. Die Vormerkung in der Klausur

Die Vormerkung kann in Klausuren in ganz unterschiedlicher Form relevant werden. Wer das vorstehend erläuterte Wissen sicher beherrscht, wird jede Konstellation sicher lösen können. Zwei Hinweise seien jedoch erlaubt: In der Klausur tritt bekanntlich selten der Normalfall, sondern regelmäßig der pathologische Fall auf. Im Sachenrecht bedeutet das: Niemand ist zu den Verfügungen berechtigt, die er tätigt. Wenn eine Vormerkung auftaucht, steht daher auch der Anspruch auf Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB oftmals im Raum. Dabei muss unbedingt bedacht werden: Ein Anspruch aus der Vormerkung (§ 888 Abs. 1 BGB) und ein Anspruch aus § 894 BGB schließen sich gegenseitig aus. Dem lediglich durch eine Vormerkung Gesicherten kann niemals ein Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB zustehen, weil § 894 BGB voraussetzt, dass das Grundbuch absolut, also gegenüber jedem Dritten, unrichtig ist. Ist hingegen eine nicht-existente Vormerkung in das Grundbuch eingetragen, ist das Grundbuch absolut unrichtig, sodass sich der Berichtigungsanspruch aus einer Analogie zu § 894 BGB ergibt[34] – eine direkte Anwendung ist nicht möglich, wenn man die Vormerkung nicht für ein „Recht an einem Grundstück“ hält.

Überdies ist darauf zu achten, dass Ansprüche aus der Vormerkung nur gegenüber Dritten denkbar sind, die nicht an der Entstehung der Vormerkung beteiligt waren. Geht der Vormerkungsberechtigte hingegen gegen den Schuldner des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs vor, ist die Vormerkung irrelevant – der Vormerkungsberechtigte kann und muss aus dem gesicherten Anspruch selbst vorgehen.

27 Man kann – und sollte in der Klausur – darüber nachdenken, ob der Anspruch nicht wegen anfänglicher Unmöglichkeit bereits nicht entstanden ist, § 275 Abs. 1 BGB. Die subjektive Unmöglichkeit setzt jedoch voraus, dass der Schuldner den Anspruch dauerhaft nicht erfüllen kann. Das ist wegen der verbleibenden Möglichkeit eines gutgläubigen Eigentumserwerbs über § 892 Abs. 1 BGB indes nicht der Fall.

28 Die vom BGH in BGHZ 25, 16 entschiedene Konstellation betrifft nur den Fall, dass der gutgläubige Ersterwerb des späteren Zedenten an seiner Bösgläubigkeit scheiterte. Daher ist unklar, ob der BGH einen gutgläubigen Zweiterwerb auch bei anderen Gründen anerkennen würde, die die Entstehung der Vormerkung hinderten. Siehe dazu *Assmann* (Fn. 6), S. 397 f.

29 BGHZ 25, 16 (23 f.); zustimmend *Berger*, in: Jauernig (Fn. 18), § 883 Rn. 28; *Kohler*, in: MüKo BGB (Fn. 7), § 883 Rn. 75; *Löhnig/Gietl*, Grundfälle zur Vormerkung: Die Handlungsmöglichkeiten des Auflassungsvormerkungsinhabers, JuS 2008, 102 (106); *Prütting* (Fn. 11), Rn. 198.

30 *Assmann* (Fn. 6), S. 405; *Bassenge*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 74. Aufl. 2015, § 885 Rn. 19; *Eckert*, in: Bamberger/Roth (Fn. 7), § 885 Rn. 27 f.; *Krause*, in: Nomos Kommentar BGB, 3. Aufl. 2013, § 892 Rn. 28; *Weber* (Fn. 18), § 11 Rn. 57 ff.

31 Eine umfassende Zusammenstellung aller Argumente findet sich bei *Gursky*, 20 Probleme aus dem Sachenrecht, 8. Aufl. 2014, S. 12 ff.

32 Siehe etwa *Kohler*, in: MüKo BGB (Fn. 7), § 883 Rn. 75, der auf die Folgen für die notarielle Praxis hinweist.

33 So beispielsweise *Weber* (Fn. 18), § 11 Rn. 57.

34 *Assmann* (Fn. 6), S. 453; *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 3), § 894 Rn. 48.