

Juristische Schulung

Zeitschrift für Studium und Ausbildung

HERAUSGEBER

Professor Dr. Dr. Gerhard Lüke
Rechtsanwalt Dr. Heinrich Götz
Rechtsanwalt Dr. Helmut Michel
Richter Dr. Karl G. Deubner

SCHRIFTFLEITUNG

Rechtsanwalt
Professor Dr. Hermann Weber
Dr. Klaus-Peter Schroeder

30. Jahrgang 6
Juni 1990 · Heft

Aufsätze

Professor Dr. Johannes Hager, Eichstätt/Ingolstadt

Die Vormerkung*

Nicht zu Unrecht steht die Vormerkung in dem Ruf, ein schwieriges Institut des bürgerlichen Rechts zu sein. Dazu trägt nicht nur ihr eigenartiger Mischcharakter an der Grenzlinie zwischen Schuld- und Sachenrecht bei, sondern auch die recht fragmentarische Regelung im Gesetz¹.

I. Funktion und Aufgabe der Vormerkung

Zwischen dem Kaufvertrag über ein Grundstück bzw. ein dingliches Recht und dem Vollzug durch Übereignung des Grundstücks oder Einräumung des Rechts liegt oftmals eine geraume Zeitspanne. Genehmigungen müssen eingeholt werden, das Eintragungsverfahren nimmt seinen oft langwierigen Gang. Ein Aufschub mag durchaus im Interesse des Verkäufers liegen, der die Gegenleistung noch nicht vollständig erhalten hat, an einem Eigentumsvorbehalt aber durch § 925 II gehindert wird. Bis zur Vollendung des dinglichen Geschäfts bleibt der bisherige Eigentümer Berechtigter und kann demgemäß nach seinem Gutdünken an Dritte verfügen, selbst wenn diese um den vorangegangenen Kaufvertrag wissen². In derartigen Fällen könnte der Erstkäufer zwar Ersatz seines positiven Interesses fordern, seinen Primäranspruch aber – abgesehen von der eher seltenen Möglichkeit, nach § 826 auf den Erwerber zuzugreifen³ – nicht realisieren. Zudem hindert der Kaufvertrag allein die übrigen Gläubiger des Verkäufers nicht daran, in das Grundstück zu vollstrecken und so die Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts zumindest teilweise zu torpedieren. Fällt der Verkäufer in Konkurs, hätte sich sein vorleistender Partner mit der Quote zu begnügen^{4,5}. Gegen diese Risiken sichern den Käufer die Vormerkung: Ist sie wirksam bestellt, so sind vormerkungswidrige Verfügungen und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zwar Dritten gegenüber wirksam, nach § 883 II nicht jedoch im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten. Erwerber wie Vollstreckungsgläubiger haben demgemäß zu gewärtigen, ihre Recht letztendlich wieder einzubüßen. Andererseits dient die Vormerkung auch den Interessen des Verkäufers: Da er sein Eigentum noch nicht aufgegeben hat, kann er die endgültige Verfügung aufschieben, bis der Käufer seinerseits gezahlt hat.

Natürlich hätte der Gesetzgeber auch andere Schutzmechanismen vorsehen können. Zu denken wäre etwa an ein Verfügungsverbot, das vertragswidrige Verfügungen für absolut unwirksam erklärt, oder an eine Grundbuchsperrung, die die Eintragungen derartiger Veräußerungen untersagt. Beide Instrumentarien würden den betroffenen Eigentümer in höchst lästiger, letztendlich unnötiger Weise behindern. Er könnte ohne Zustimmung des Eingetragenen⁶ selbst dann nicht über das Grundstück verfügen, wenn der zu sichernde Anspruch nie entstanden oder aber wieder erloschen wäre⁷, hätte vielmehr das Berichtigungsverfahren abzuwarten. Auch die Alternative, den Käufer durch den gesetzlichen Übergang der Schuld zu

* §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB. – Angesichts der Fülle der Literatur müssen sich die Nachweise auf eine Auswahl beschränken.

1) Die Vormerkung wurde erst in der 2. Lesung ins BGB eingefügt (Prot. III, S. 107ff., 740ff.).

2) Sogar die Auflassung und die Stellung des Eintragungsantrags schützen den Erstkäufer jedenfalls so lange nicht zuverlässig, als die h.M. § 17 GBO, der die Behandlung der Anträge der Reihenfolge ihres Eingangs beim Grundbuchamt nach vorschreibt, als Ordnungsvorschrift begreift, an deren Verletzung sich allenfalls Schadensersatzansprüche knüpfen; vgl. statt vieler *Horber-Demharter*, GBO, 18. Aufl. (1989), § 17 Anm. 8.

3) Vgl. etwa *Wacke*, in: MünchKomm, 2. Aufl. (1984ff.), § 883 Rdnr. 2; *Dieckmann*, in: Festschr. f. Schiedermair, 1976, S. 108; *Schwerdtner*, Jura 1985, 316. So kann es etwa liegen, wenn der Zweitkäufer den Verkäufer von Schadensersatzansprüchen freistellt und dadurch zum Vertragsbruch veranlaßt; vgl. etwa *BGH*, NJW 1981, 2184, 2185f.; *Mertens*, in: MünchKomm, § 826 Rdnr. 126.

4) §§ 878, 15 S. 2 KO schützen erst ab bindender Einigung und Stellung des Eintragungsantrags.

5) Genau genommen sind die Gefahren, die die Vormerkung rechtfertigen, nicht spezifisch für die in § 883 genannten Forderungen, sondern treffen jeden (rein obligatorischen) Anspruch. Doch stellt sich im Immobiliarsachenrecht das Problem mit besonderer Dringlichkeit. Zum einen stehen regelmäßig bedeutende Werte auf dem Spiel, zum anderen schafft bei beweglichen Sachen der Eigentumsvorbehalt Abhilfe. Wo das Immobiliarsachenrecht vergleichbare Sicherungen kennt – man denke an § 1163 I 1 – tritt die Rolle der Vormerkung in der Praxis denn auch zurück.

6) Der Effekt eines absoluten Verfügungsverbots bzw. einer Grundbuchsperrung bestünde ja gerade darin, die Wirksamkeit der Veräußerung an die Zustimmung des im Grundbuch vermerkten Verbotsgeschützten zu binden. So muß etwa der Konkursverwalter der Verfügung des Gemeinschuldners zustimmen; vgl. etwa *LG Düsseldorf*, RPf 1977, 171.

7) *Staudinger-Gursky*, BGB, 12. Aufl. (1978ff.), § 883 Rdnr. 146; *Knöpfle*, JuS 1981, 157; abl. auch *Baur*, SachenR, 15. Aufl. (1989), § 20 IV 1a.

schützen, hat der Gesetzgeber zu Recht nicht gewählt, kann sie doch den Interessen des Gläubigers zuwiderlaufen, der einen neuen Schuldner unterschoben bekommt⁸.

II. Die Abgrenzung zu anderen Sicherungsmitteln

1. Der Widerspruch

Der Unterschied zum Widerspruch nach § 899 ist theoretisch eindeutig: Der Widerspruch wendet sich gegen die Richtigkeit des Grundbuchs; er soll den Berechtigten, der nicht oder nicht korrekt im Grundbuch vermerkt ist und der daher einen dinglichen Berichtigungsanspruch hat, davor bewahren, das Recht durch den auf das unrichtige Grundbuch gestützten redlichen Erwerb eines Dritten einzubüßen. Die Vormerkung dagegen schützt vor der Vereitelung eines obligatorischen Anspruchs durch vertragswidrige Verfügungen des schuldrechtlich verpflichteten Rechtsinhabers. Plakativ faßt man dies in der Formel zusammen: Der Widerspruch protestiert, die Vormerkung prophezeit⁹ – jener gegen die Grundbuchlage, diese den zukünftigen Grundbuchstand.

Konsequenterweise müßte bei Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts der schuldrechtliche Rückabwicklungsanspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 durch eine Vormerkung gesichert werden, während bei Unwirksamkeit auch des Vollzugsakts der Widerspruch vorrangig wäre und daher allein eingetragen werden könnte¹⁰. Doch würden damit unnötige Gefahren heraufbeschworen – etwa wenn man die kumulative Eintragung beider Vermerke auch für den Fall ablehnen wollte, daß das Schicksal der beiden Verträge schwierig zu beurteilen ist und daher das Risiko besteht, daß der Gläubiger die falsche Sicherung wählt. Die h. M. läßt deshalb zu Recht die Verbindung beider Institute zu¹¹ – ja sie geht noch weiter: Die irrtige Bezeichnung einer Vormerkung als Widerspruch und umgekehrt ist unschädlich und kann durch Auslegung korrigiert werden¹².

2. Veräußerungsverbote

Relative Veräußerungsverbote – etwa nach § 938 II ZPO – sind der Vormerkung nahe verwandt¹³; das verdeutlicht schon § 888 II, der die Schutzwirkung parallel zu derjenigen einer Vormerkung ausformt. Das Veräußerungsverbot greift allerdings weiter aus, zum einen, indem es auch dingliche Ansprüche sichert¹⁴, zum anderen, da es zu seiner Entstehung nicht der Eintragung ins Grundbuch bedarf¹⁵. Diese ist gleichwohl entschieden anzuraten, schon um einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb zu verhindern¹⁶.

3. Die Amtsvormerkung

Die Amtsvormerkung der §§ 18 II, 76 GBO schirmt den Antragsteller, der binnen einer ihm gesetzten Frist ein Eintragungshindernis beseitigen soll, während dieser Zeitspanne vor Eintragungen Dritter ab. Sie hat mit der Vormerkung i. S. der §§ 883 ff. nichts zu tun. Weder sind §§ 888 I, 24 KO anzuwenden, noch gibt es redlichen Erwerb¹⁷.

III. Der gesicherte Anspruch

1. Obligatorischer Anspruch auf Änderung eines dinglichen Rechts

Die Vormerkung ist streng akzessorisch. Sie steht und fällt mit der gesicherten Forderung. Deren Umfang beschreibt § 883 I 1: Sicherungsfähig ist der Anspruch auf Einräumung und Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts.

a) § 883 umfaßt also nur obligatorische Ansprüche, nicht dagegen dingliche; für diese ist die Möglichkeit des Widerspruchs vorgesehen¹⁸. Auch der gebräuchliche Ausdruck „Auflassungsvormerkung“ führt leicht in die Irre. Nicht die Auflassung wird vorgemerkt, sondern der Anspruch aus dem Kaufvertrag. So kann denn auch für die Forderung aus dem schuldrechtlichen Geschäft noch eine Vormerkung bewilligt werden, wenn das Grundstück gleichzeitig aufgelassen wird

oder schon vorher aufgelassen ist¹⁹. Man sollte daher auf die mißverständliche Bezeichnung verzichten und von „Eigentumsvormerkung“ sprechen²⁰.

b) Der gesicherte Anspruch muß die Änderung eines dinglichen Rechts intendieren. Entgegen dem insoweit zu engen Wortlaut des § 883 I 1 ist unter Einräumung auch die Übertragung zu verstehen²¹. Folgerichtig ausgeschlossen, da nicht auf einen Wandel der dinglichen Zuordnung gerichtet, ist der Anspruch auf Vermietung bzw. Verpachtung eines Grundstücks²² sowie auf die (Rück-)Zahlung von Geld²³ – etwa aufgrund der Wandelung des obligatorischen Geschäfts. Man kann dieses Ergebnis auch aus einer etwas anderen Argumentation ableiten: Besteht der Zweck der Vormerkung darin, die Erfüllung eines Anspruchs auf Einräumung eines bestimmten dinglichen Rechts zu sichern, diesem den Rang zu wahren und so die künftige Eintragung des Rechts vorzubereiten²⁴, so können nur solche Ansprüche vorgemerkt werden, die durch die endgültige Eintragung der betreffenden Rechtsänderung erfüllt werden können²⁵. Zur Kontrolle läßt sich daher fragen, ob das Recht, das vorgemerkt werden soll, wenn auch nicht eintragungsbefähigt, so doch wenigstens eintragungsfähig ist²⁶. Was nicht eingetragen werden kann, kann auch nicht durch eine Vormerkung gesichert werden²⁷.

8) Knöpfle, JuS 1981, 157f.

9) Die Formel geht auf Reichel, JhJb 46, 66 zurück; vgl. ferner etwa Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 5; Knöpfle, JuS 1981, 168; Tiedtke, Jura 1981, 369; Schwerdtner, Jura 1985, 316.

10) So denn auch Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 35; § 899 Rdnr. 48, da dann nur eine Kondition des Besitzes, nicht aber des Eigentums am Grundstück möglich sei (a. A. hierzu etwa RGZ 139, 353 [355]; vgl. auch Fußn. 12).

11) Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 5; Soergel-Stürmer, BGB, 12. Aufl. (1987 ff.), § 883 Rdnr. 45; Heck, SachenR, Neudr. 1960, § 47 II 8; Westermann-Eickmann, SachenR II, 6. Aufl. (1988), § 100 II 1b. Läßt man parallel zur Berichtigung des Grundbuchs auch die Auflassung zu (so etwa RGZ 139, 353 [355 f.]), müßte allerdings eine Vormerkung regelmäßig als Sicherung ausreichen.

12) Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 5; v. Schweinitz, in: AKBGB, 1979 ff., § 883 Rdnr. 12; Tiedtke, Jura 1981, 369 f.; a. A. insb. Heck (o. Fußn. 11), § 47 II 8; Bedenken auch bei Staudinger-Gursky, § 899 Rdnr. 48. Die meist zitierten Entscheidungen des RG sind jedenfalls nicht unmittelbar einschlägig: RGZ 55, 340 (343 f.) betraf eine Amtsvormerkung nach § 18 II GBO, RGZ 139, 353 (355 f.) gewährt neben dem Berichtigungsanspruch einen Anspruch auf Auflassung.

13) Absolute Veräußerungsverbote gehören von vornherein nicht hierher; sie machen das Geschäft automatisch gegenüber jedermann unwirksam (vgl. etwa Soergel-Hefermehl, §§ 135 f. Rdnr. 5; Baur (o. Fußn. 7), § 20 VII 2; Knöpfle, JuS 1981, 168), kennen insbesondere auch keinen gutgläubigen Erwerb (Soergel-Hefermehl, §§ 135 f. Rdnr. 7).

14) Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 6; Staudinger-Gursky, § 888 Rdnr. 64 m. w. Nachw.; Baur (o. Fußn. 7), § 20 VII 2; Knöpfle, JuS 1981, 168.

15) RGZ 134, 378 (384); Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 6; Staudinger-Gursky, § 888 Rdnr. 66 m. w. Nachw.; Baur (o. Fußn. 7), § 20 VII 2; Knöpfle, JuS 1981, 168.

16) Vgl. die Nachw. in Fußn. 15.

17) v. Schweinitz, in: AKBGB, § 883 Rdnr. 13; Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 7, 72; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 9 f. m. w. Nachw.; Knöpfle, JuS 1981, 167.

18) Vgl. schon o. II 1.

19) RGZ 113, 403 (404 f.); KG, DNotZ 1971, 418, 420.

20) Vgl. etwa Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 30; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 67; Weirich, NJW 1989, 1980.

21) v. Schweinitz, in: AKBGB, § 883 Rdnr. 20; Soergel-Stürmer, § 883 Rdnr. 9; Knöpfle, JuS 1981, 160.

22) v. Schweinitz, in: AKBGB, § 883 Rdnr. 21; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 22; Knöpfle, JuS 1981, 161.

23) v. Schweinitz, in: AKBGB, § 883 Rdnr. 21; Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 14; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 22.

24) BayObLG, RPfl 1972, 442, 443 m. w. Nachw.; Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 15; Knöpfle, JuS 1981, 161.

25) RGZ 55, 270 (273); BayObLG, RPfl 1972, 442, 443; DNotZ 1986, 622, 623; Palandt-Bassenge, BGB, 49. Aufl. (1990), § 883 Anm. 2b; Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 15; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 22.

26) Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 15; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 29 m. w. Nachw.; Knöpfle, JuS 1981, 161.

27) RGZ 55, 270 (273); BayObLG, DNotZ 1986, 622, 623; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 22.

c) Keine Rolle spielt es, auf welchem Schuldgrund der Anspruch basiert. Vertragliche Absprachen taugen ebenso wie gesetzliche Ansprüche, einerlei ob sie sich auf die Einräumung eines Rechts wie etwa § 648 erstrecken oder auf die Rückabwicklung nach § 346 wegen eines Rücktritts bzw. nach § 812 wegen Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts²⁸.

2. Formnichtige Ansprüche

Die Akzessorietät der Vormerkung knüpft ihr Schicksal an dasjenige der Forderung. Ist diese von vornherein nichtig oder erlischt sie später²⁹, so strahlt das auf die Existenz der Vormerkung aus. Zu Problemen führen in diesem Zusammenhang insbesondere Verträge, die mangels korrekter Beurkundung formnichtig sind, jedoch nach § 313 S. 2 durch Eintragung geheilt werden. Der Ansicht des BGH, der Schutz sei zu verneinen, da sich die Bewilligung auf den beurkundeten, nach § 117 I nicht entstandenen Anspruch beziehe, vor der ex nunc wirkenden Heilung auch nicht von einem bedingten oder künftigen Anspruch die Rede sein könne³⁰, hat G. Lüke entgegengehalten, man habe es sehr wohl mit einem künftigen Anspruch zu tun³¹. Doch ist dem nicht zu folgen: Solange die Entstehung des Anspruchs noch in das Belieben des Schuldners gestellt ist, dem es unbenommen bleibt, durch Nichterfüllung die wirksame Begründung der obligatorischen Forderung zu vereiteln, fehlt es gerade an einem künftigen Anspruch³²; selbst wenn die Eintragung später erfolgt, wirkt sie nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück³³.

3. Gläubiger und Schuldner

Der Anspruch muß sich gegen den Inhaber des betroffenen Rechts richten, der allerdings nicht notwendig mit dem Eigentümer identisch zu sein braucht. Die Forderung auf Abtretung einer Buchhypothek etwa verpflichtet nur den Hypothekar. Dagegen gibt es keine Möglichkeit, den Anspruch gegen den früheren oder den späteren Berechtigten zu sichern³⁴, liefe dies doch auf einen unzulässigen Vertrag zu Lasten eines Dritten hinaus³⁵. Das Verbot umfaßt prinzipiell auch den Fall, daß der Verpflichtete später das Recht erwerben soll. Hiervon lassen die §§ 1179–1179b eine in der Praxis bedeutsame Ausnahme zu; die Vorschriften können jedoch nicht extensiv interpretiert und auf vergleichbare Fälle erstreckt werden³⁶.

Mit Rücksicht auf die strenge Akzessorietät kann die Vormerkung nur für den Gläubiger der zu sichernden Forderung bestellt werden. Da der Dritte beim berechtigenden Vertrag zugunsten eines Dritten gem. § 328 I ein eigenes Recht erwirbt, steht seiner Eintragung nichts im Wege. Wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes des Grundbuchs muß seine Person aber eindeutig festzustellen sein. Es genügt demgemäß, wenn der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks begünstigt werden soll; er ist ja aus dem Grundbuch zu ersehen³⁷. Will dagegen der Versprechensempfänger den Gläubiger erst noch aussuchen, scheidet eine Eintragung dieses noch gar nicht festgelegten Dritten aus; vorgemerkt werden kann hier lediglich der auf § 335 gestützte Anspruch des Vertragspartners auf Leistung an den noch zu benennenden Dritten³⁸.

4. Künftige und bedingte Forderungen

§ 883 I 2 erweitert den Kreis der sicherungsfähigen Forderungen um bedingte und künftige Ansprüche. Trotz eines auf den ersten Blick präzisen Wortlauts treten bei der Interpretation der Norm eine Reihe von Ungereimtheiten zutage, deren wegen einige Abgrenzungsvorschläge nur mit Vorsicht zu genießen sind.

a) Besteht noch Einvernehmen darüber, daß zu den Bedingungen i. S. des § 883 I 2 vom Willen der Parteien unabhängige Ereignisse zählen³⁹, so beginnt die Unsicherheit, sobald das Belieben der Parteien eine Rolle spielt. Die früher in der Rechtsprechung, teilweise noch heute in der Lehre verbreitete Formel, die Entstehung der Forderung dürfe nicht der freien

Entscheidung des demnächst Verpflichteten unterliegen⁴⁰, trifft den Kern nicht⁴¹: Die Ausübung des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts etwa setzt voraus, daß der Schuldner aus privatautonomer Entscheidung einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen hat; gleichwohl zweifelt niemand daran, daß der Anspruch auch schon vor Abschluß dieses Vertrages durch eine Vormerkung zugunsten des Vorkaufsberechtigten gesichert werden kann⁴². Auch die Unterscheidung zwischen zulässiger Potestativ- und unzulässiger Willensbedingung⁴³ ist schief. Unabhängig von der Konstruktion darf die Entstehung der Forderung in das Gutdünken des Gläubigers gestellt sein⁴⁴. Zulässig ist nach alledem eine Vormerkung auch dann,

28) *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 13, 36; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 45; *Baur* (o. Fußn. 7), § 20 II 1a; *Schwab*, SachenR, 22. Aufl. (1989), § 15 II 1; *Knöpfle*, JuS 1981, 161.

29) Umstritten, doch primär für den redlichen Erwerb relevant und dort erörtert, ist die Frage, ob die Vormerkung erlischt, wenn ein Partner des Vertrages Gesamtrechtsnachfolger seines Kontrahenten wird; vgl. dazu unten VI 1.

30) BGHZ 54, 56 (62ff.); BGH, NJW 1983, 1543, 1545; zustimmend die h. M.; vgl. etwa *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 12; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 37 m. w. Nachw.; *Baur* (o. Fußn. 7), § 20 II 1a; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 14. Aufl. (1989) Rdnr. 555; *Knöpfle*, JuS 1981, 161; *Tiedtke*, Jura 1981, 355.

31) *Lüke*, JuS 1971, 343.

32) BGHZ 54, 56 (64); *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 37; *Medicus* (o. Fußn. 30), Rdnr. 555; v. *Olshausen*, JuS 1976, 523; vgl. auch unten III 4. Selbst nach bindender Auffassung kann der Schuldner, folgt man der h. M., durch ein Erwerbsverbot die Heilung vereiteln (vgl. *Wacke*, in: MünchKomm, § 888 Rdnr. 23 m. w. Nachw.).

33) BGHZ 54, 56 (63f.); BGH, NJW 1983, 1543, 1545; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 38 m. w. Nachw.; *Medicus* (o. Fußn. 30), Rdnr. 555; v. *Olshausen*, JuS 1976, 523. Zwar werden die Parteien in aller Regel schuldrechtlich verpflichtet sein, einander so zu stellen, als sei der Vertrag rückwirkend gültig. Das kann jedoch nicht zu Lasten unbeteiligter Dritter gehen.

34) RGZ 154, 355 (361); *BayObLG*, NJW 1983, 1567; *Soergel-Stürner*, § 883 Rdnr. 15; v. *Schweinitz*, in: AKBGB, § 883 Rdnr. 22; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnrn. 17f.; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnrn. 47, 49; *Baur* (o. Fußn. 7), § 20 II 1c; *Knöpfle*, JuS 1981, 161.

35) *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 18; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 49.

36) RGZ 72, 274 (277f.); 84, 78 (81f.); 145, 343 (354); *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 18; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 48. Gleiches gilt, falls man mit der herrschenden, wenngleich bestrittenen Ansicht in den Fällen der §§ 876, 880 III eine Vormerkung auch gegen einen Dritten zuläßt, vgl. etwa *Erman-Hagen*, BGB, 8. Aufl. (1989), § 888 Rdnr. 14. Auch diese Vorschriften sind nicht erweiterungsfähig.

37) RGZ 128, 246 (250); BGHZ 22, 220 (225); *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 2c aa; *Erman-Hagen*, § 883 Rdnr. 15; *Soergel-Stürner*, § 883 Rdnr. 14; *Augustin*, in: RGRK, 12. Aufl. (1974ff.), § 883 Rdnr. 42; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 20; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 58 m. umf. Nachw.; *Baur* (o. Fußn. 7), § 20 II 1c.

38) BGHZ 28, 99 (103f.); BGH, NJW 1983, 1543, 1544; *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 2c aa; *Erman-Hagen*, § 883 Rdnr. 15; *Soergel-Stürner*, § 883 Rdnr. 14; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 20; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnrn. 55, 59 m. w. Nachw.; *Ludwig*, NJW 1983, 2797f. läßt darüber hinaus eine Vormerkung zugunsten des noch zu benennenden Dritten zu.

39) Das ist weitgehend unstreitig; vgl. etwa *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 22; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 120.

40) Vgl. etwa die Formulierung in BGHZ 12, 115 (117f.); KGJ 48, 189 (193); KG, DNotZ 1972, 173, 174 m. w. Nachw.; *BayObLG*, NJW 1977, 1781 m. w. Nachw.; *Augustin*, in: RGRK, § 883 Rdnr. 77; auch bei *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 22, der davon soglich die ins Belieben des Schuldners gestellte Handlung unterscheidet, da nur diese, nicht aber die damit verbundene Rechtswirkung von seinem Willen abhängt.

41) Abl. daher *BayObLG*, NJW 1978, 700 m. w. Nachw. unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung; *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 2f; *Soergel-Stürner*, § 883 Rdnr. 6; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 120; *Tiedtke*, Jura 1981, 354f.

42) *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 120; *Tiedtke*, Jura 1981, 354f.

43) Vgl. etwa *Jauernig*, BGB, 4. Aufl. (1987), § 883 Anm. 2 d bb; v. *Schweinitz*, in: AKBGB, § 883 Rdnr. 27; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 22.

44) Vgl. etwa *BayObLG*, RPfl 1986, 174; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 120. Streitig ist dabei nur, ob bereits ein Vertrag vorliegt (so etwa *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 120) oder nur ein Optionsvertrag anzunehmen ist (so etwa *Soergel-M. Wolf*, Vorb. § 158 Rdnr. 29; *H. P. Westermann*, in: MünchKomm, § 158 Rdnrn. 22, 59).

wenn die Forderung von der Willkür der Parteien abhängt, soweit sich diese nicht in einer völlig ungebundenen Billigung des Rechtsgeschäfts durch den Schuldner erschöpft⁴⁵.

b) Würde man eine Vormerkung für den künftigen Anspruch ohne jede Schranke zulassen, so könnte das Grundbuch mit einer großen Zahl von Sicherungsvermerken überfrachtet werden⁴⁶. Es kann zudem nicht Sinn der Vormerkung sein, einen künftigen Gläubiger gegen die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Dritter zu schützen, soweit er nicht einmal gegen die Willkür des Schuldners selbst gefeit ist⁴⁷. Um dem vorzubeugen, wird allgemein gefordert, der Rechtsboden für den Anspruch müsse bereits vorhanden sein; die Entstehung der Forderung dürfe nicht mehr im Belieben des Schuldners stehen⁴⁸. Während ein Teil der Rechtsprechung und Lehre – oft freilich in obiter dicta – obendrein fordert, der Anspruch dürfe nur noch vom Willen des demnächst Berechtigten abhängen⁴⁹, begnügt sich die Gegenansicht damit, daß der Schuldner die Bindung nicht mehr einseitig zu Fall bringen kann⁵⁰. Der Unterschied tritt zutage, wenn das Verhalten des Schuldners den Ausschlag gibt – etwa der Rückforderungsanspruch für den Fall vorgemerkt wird, daß der Betroffene sich verpflichtet, das Grundstück an einen Dritten zu übereignen. Vorzuziehen ist die weniger strenge Ansicht, da die Gegenmeinung Wertungswidersprüche in Kauf nehmen muß. Kann bei der bedingten Forderung eine ins Belieben des Schuldners gestellte Handlung den Ausschlag geben, soweit sie nicht gerade in der Billigung des Vertrages besteht⁵¹, so ließen sich bei einem künftigen Anspruch nur dann schärfere Anforderungen stellen, wenn die bisweilen mehr postulierten denn nachgewiesenen Strukturunterschiede sie rechtfertigen würden. Das ist indes nicht der Fall. Gerade angesichts der Figur der Potestativbedingung ist vielmehr die Unterscheidung zwischen bedingter und künftiger Forderung so haarfein, wenn sie nicht ohnehin verschwimmt, daß sie sich nicht als Ansatzpunkt für solch gravierende Differenzen eignet. Der Anspruch aus einem Vorkaufrecht beispielsweise läßt sich ebensogut als doppelt bedingter wie als künftiger konstruieren⁵². Ihn einmal für sicherungsfähig zu halten, das andere Mal nicht, öffnete dem Zufall Tür und Tor.

Vorgemerkt werden kann jedenfalls der Anspruch aus einem Kaufvertrag, auch wenn dieser noch der behördlichen Genehmigung bedarf⁵³, aus einem Vorvertrag⁵⁴ sowie aufgrund eines bindenden Angebots des Verkäufers⁵⁵. War ein Vertreter ohne Vertretungsmacht beteiligt, so ist zu unterscheiden: Handelte er auf Seiten des Käufers, ist der Rechtsboden hinreichend gelegt⁵⁶, anders dagegen, wenn er für den Verkäufer auftrat, steht doch die Genehmigung und damit die zu sichernde Pflicht nach in seinem Belieben⁵⁷. – Auch der Anspruch auf eine Sicherungshypothek gem. § 648 I kann durch eine Vormerkung geschützt werden – in Abweichung von § 883 I 2 aber erst dann, wenn das Werk begonnen ist. Die Höhe richtet sich gem. § 648 I 2 nach dem jeweiligen Baufortschritt⁵⁸. Weist die Werkleistung Fehler auf, so darf nur der angesichts der Mängel geringere Wertzuwachs zugrunde gelegt werden, ohne daß es hierfür eines Minderungsverlangens des Bestellers bedürfte⁵⁹.

5. Letztwillige Verfügungen

Ansprüche aus letztwilligen Verfügungen taugen nicht als Basis einer Vormerkung. Vor dem Tod des Erblassers hat der Bedachte keinerlei gesicherte Position; nicht einmal im Falle eines Erbvertrags ist er davor gefeit, daß der Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden verfügt, wozu er nach den §§ 2286 ff. jedenfalls bei entgeltlichen Verträgen in der Lage ist⁶⁰. Es fehlt hier wie übrigens auch für Ansprüche aus Vermächtnissen⁶¹ vor dem Tod des Erblassers an einer gefestigten, der Willkür des Schuldners entzogenen Grundlage⁶².

Um dieses Ergebnis zu vermeiden, hat man Zuflucht zu abweichenden Konstruktionen genommen, bei denen der intensiveren Bindung des Verpflichteten wegen bereits ein vormerkungsfähiger An-

spruch vorliegt. Dazu zählen Rechtsgeschäfte, deren Erfüllung auf den Tod des Veräußerers hinausgeschoben ist⁶³, oder bindende Angebote, die erst nach dem Tod des Offerenten angenommen werden können⁶⁴. Schließlich steht es dem Erblasser offen, sich zu verpflichten, nur mit Zustimmung des Vertrags- bzw. Testamentserben zu verfügen, und mit ihm einen durch Verletzung dieser Pflicht bedingten Auflassungsanspruch zu vereinbaren, der seinerseits durch eine Vormerkung gesichert werden kann⁶⁵. Mit all diesen Absprachen verliert auf der anderen Seite der Erblasser seine Freiheit zu Veräußerungen unter Lebenden; daher ist bei der Auslegung Zurückhaltung geboten⁶⁶.

IV. Entstehung, Übertragung und Erlöschen der Vormerkung

1. Entstehung

Die Parteien können die Pflicht des Verkäufers, zum Schutz der Forderung seines Partners eine Vormerkung zu bewilligen

45) *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 120; vgl. auch *RGZ* 72, 385 f. m. w. Nachw.: Eine unter einer Wollensbedingung des Schuldners stehende Vereinbarung begründet keine Pflicht; anders sei dagegen bei einer Potestativbedingung zu entscheiden.

46) *BayObLG*, NJW 1978, 700; *Augustin*, in: RGRK, § 883 Rdnr. 78; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 84.

47) *RGZ* 151, 75 (77); *BayObLG*, NJW 1978, 700; v. *Schweinitz*, in: *AKBGB*, § 883 Rdnr. 25; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 24; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 123.

48) *KGJ* 48, 189 (193); *KG*, DNöZ 1972, 173, 174; *Soergel-Stürmer*, § 883 Rdnr. 6; *Augustin*, in: RGRK, § 883 Rdnr. 78; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 24; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 122; v. *Olshausen*, JuS 1976, 523.

49) *RGZ* 151, 75 (77); *BGHZ* 12, 115 (118); *BGH*, WM 1974, 723, 724; 1981, 1358; *BayObLG*, NJW 1977, 1381 m. w. Nachw.; 1978, 161; 1978, 700 m. w. Nachw.; *Rimmelpacher*, *KreditsicherungsR*, 2. Aufl. (1987), Rdnr. 572; *Tiedtke*, *Jura* 1981, 354; vorsichtiger *BGH*, NJW 1981, 446 f.: Jedenfalls, wenn nur noch vom Willen des Berechtigten abhängig.

50) *BayObLG*, RPfl 1977, 361; 1989, 190, 191; *Jauernig*, § 883 Anm. 2 d aa; *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 2 f.; v. *Schweinitz*, in: *AKBGB*, § 883 Rdnr. 26 f.; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 24; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 124.

51) Vgl. o. III 4 a.

52) *Baur* (o. Fußn. 7), § 20 II 1 c negiert den Unterschied, da die bedingte Forderung eine Unterart der künftigen sei; skeptisch auch *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 124.

53) *RGZ* 108, 91 (94); *Knöpfle*, JuS 1981, 161; anders liegt es dagegen bei einem Verkauf, der der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf; dem Vormund ist es freigestellt, die Genehmigung zu beantragen oder es zu unterlassen (*Wacke*, in: MünchKomm., § 883 Rdnr. 26).

54) *BGH*, WM 1974, 723, 724; *Knöpfle*, JuS 1981, 161.

55) *RGZ* 151, 75 (77); *BGH*, NJW 1981, 446 f.

56) *KG*, NJW 1971, 1319, 1320; *Knöpfle*, JuS 1981, 161.

57) *BayObLG*, RPfl 1977, 361; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 26; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 130; *Knöpfle*, JuS 1981, 181. Gleiches gilt bei einem nicht gestatteten, daher noch zu genehmigenden Selbstkontrahieren nach § 181.

58) *BGHZ* 68, 180 (183).

59) *BGHZ* 68, 180 (183 ff.).

60) *BGHZ* 12, 115 (118 ff.); *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 2 g aa; *Erman-Hagen*, § 883 Rdnr. 13; v. *Schweinitz*, in: *AKBGB*, § 883 Rdnr. 28; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 28; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 50 m. w. Nachw.; *Baur* (o. Fußn. 7), § 20 II 1 a; *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 100 II 1 c.

61) *BGHZ* 12, 115 (118); *Jauernig*, § 883 Anm. 2 d aa; *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 2 g bb; *Augustin*, in: RGRK, § 883 Rdnr. 80; *Wolff-Raiser*, *SachenR*, 10. Bearb. (1957), § 48 I 3 Fußn. 9.

62) *BGHZ* 12, 115 (118 f.); *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 28; *Staudinger-Kanzleiter*, § 2286 Rdnr. 7.

63) *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 29; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 50; *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 100 II 1 c. Strittig ist die Frage, wenn das Versprechen durch den Tod des Versprechenden bedingt ist. Die h. M. lehnt eine Vormerkung ab (*BGHZ* 12, 115 [123]; *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 2 g cc; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 50; a. A. *Erman-Hagen*, § 883 Rdnr. 13; v. *Schweinitz*, in: *AKBGB*, § 883 Rdnr. 28; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 29).

64) *KG*, JFG 21, 32 (33 ff.); *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 29; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 51.

65) *BayObLGZ* 78, 287 (290 ff.); *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 29; distanziert, i. E. aber wohl zustimmend *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 50; a. A. wohl *BGH*, *FamRZ* 1967, 470, 472 (obiter).

66) v. *Schweinitz*, in: *AKBGB*, § 883 Rdnr. 28; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 29.

gen, ausdrücklich vereinbaren. Kontrovers wird beurteilt, ob der Käufer auch ohne eine gesonderte Abrede die Sicherung durch eine Vormerkung verlangen kann. Der Ansicht, dies sei nicht der Fall, da es sowohl an einer gesetzlichen wie auch an einer vertraglichen Grundlage fehle⁶⁷, folgt die h. M. zu Recht nicht⁶⁸. Zum einen ist der Verkäufer – wie sich jedenfalls durch ergänzende Vertragsauslegung ermitteln läßt – gehalten, die Durchführung des Vertrages nicht zu vereiteln; er hat vielmehr alle Maßnahmen zu ergreifen, die seinem Kontrahenten den Weg zum Erwerb ebnen⁶⁹. Zum anderen müßte der Schuldner, der durch die Drohung mit einer einstweiligen Verfügung veranlaßt wird, die Vormerkung zu bewilligen, diese sogleich nach ihrer Eintragung wieder kondizieren können, sollte er wirklich nicht verpflichtet sein, sie zu bestellen⁷⁰.

a) Seiner Pflicht kann der Schuldner gem. § 885 I 1 Alt. 2 durch die Bewilligung nachkommen. Materiellrechtlich bedarf die Erklärung keiner Form⁷¹. An der grundbuchrechtlichen Vorschrift des § 29 GBO ändert sich allerdings nichts; eine unter Verstoß gegen diese Norm eingetragene Vormerkung ist dennoch wirksam⁷².

Obgleich in § 885 I 1 nicht erwähnt, gilt § 878 entsprechend, wenn der Rechtsinhaber nach der Bewilligung in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt wird; die § 878 zugrunde gelegte ratio legis ist auch auf die Bestellung einer Vormerkung auszuweiten⁷³. § 885 I 1 selbst besagt allerdings nichts darüber, ab welchem Zeitpunkt der Schuldner gebunden ist und damit die Voraussetzungen des § 878 vorliegen; die h. M. schließt die Lücke durch eine analoge Anwendung des § 875 II⁷⁴.

b) Entgegen dem ersten Anschein ist die einstweilige Verfügung keineswegs die einzige Möglichkeit, die Vormerkung notfalls gegen den Willen des Schuldners durchzusetzen. Der Gläubiger kann statt dessen auch auf die nach § 894 ZPO zu vollstreckende Bewilligung klagen⁷⁵ – ein freilich zeitraubendes Verfahren, das in der Praxis keine nennenswerte Rolle spielt. Schon von deutlich größerem Gewicht ist § 895 ZPO: Mit dem vorläufig vollstreckbaren Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung, z. B. einer Auflassung, gilt die Eintragung einer Vormerkung als bewilligt⁷⁶. Die einstweilige Verfügung als dritte Alternative schließlich richtet sich nach den §§ 935 ff. ZPO, allerdings mit einer einschneidenden Ausnahme. In Abweichung von den §§ 936, 920 ZPO verzichtet § 885 I 2 darauf, daß der Gläubiger die Gefährdung seines Anspruchs glaubhaft macht. Für die zu sichernde Forderung selbst ist dieses Privileg natürlich nicht vorgesehen.

Ob eine solche einstweilige Verfügung auch für einen bloß künftigen Anspruch erwirkt werden kann, ist Gegenstand eines lebhaften, angesichts der Argumente indes irritierenden Streits. Die h. M. verneint die Zulässigkeit und stützt sich dabei auf die §§ 936, 926 ZPO. Die dem Antragsteller auf Antrag seines Gegners aufzubehaltende Klage in der Hauptsache könne bei einem künftigen Anspruch nicht erhoben werden⁷⁷. Die Gegenansicht will die Feststellungsklage nach § 256 ZPO, eventuell die Klage auf künftige Leistung gem. § 259 ZPO genügen lassen, um § 926 ZPO gerecht zu werden⁷⁸. In der Tat muß die Feststellungsklage ausreichen, wie namentlich ein Vergleich mit der Sicherung eines bedingten Anspruchs veranschaulicht⁷⁹. Trotz der Tatsache, daß auch dort die Leistungsklage regelmäßig noch nicht erhoben werden kann, plädiert niemand dafür, die einstweilige Verfügung zur Erzwingung der Vormerkung als unzulässig zu verwerfen. Doch verfehlen die Argumente den Kern des Problems. Den Ausschlag gibt vielmehr die Überlegung, ob ein Anspruch auf Sicherung existiert und wie weit er denn reicht. Besteht er nicht, darf das Gericht nicht zusprechen. Anderenfalls kann es dagegen keine Rolle spielen, daß der Gläubiger den Weg einer einstweiligen Verfügung wählt und nicht auf Bewilligung der Vormerkung klagt. Allerdings wird der Anspruch auf Sicherung regelmäßig zu bejahen sein, schon deshalb, weil der Begriff der künftigen Forderung eng interpretiert wird⁸⁰ und einer nicht mehr vom Schuldner allein zu beseitigenden Bindung durchweg der Anspruch auf Sicherung dieser Forderung korrespondiert. Als Ausnahme ist der eher

entlegene Fall zu nennen, daß die vorzumerkende Forderung noch keinen gegenwärtigen Vermögenswert repräsentiert. In Anlehnung an § 916 II ZPO ist dann ein Anspruch auf Sicherung zu verneinen⁸¹.

c) Obwohl das Gesetz zu Voraussetzungen und Wirkungen der Eintragung weitgehend schweigt, behandelt die h. M. die Vormerkung in dieser Hinsicht wie ein dingliches Recht⁸² – ein Ergebnis, das der parallel zu § 874 konzipierte § 885 II auch unter methodischem Aspekt untermauert. Erforderlich sind demgemäß neben dem Antrag (§ 13 GBO) die formgerechte Bewilligung des Betroffenen (§§ 19, 29 GBO), soweit sie nicht durch die einstweilige Verfügung ersetzt wird (§§ 941 ZPO, 38 GBO), sowie die Voreintragung des Betroffenen (§ 39 GBO). Behördliche Genehmigungen brauchen noch nicht eingeholt zu werden; andererseits ist die Behörde durch die Vormerkung natürlich nicht präjudiziert, sondern kann den Antrag ablehnen; damit erlischt auch die Vormerkung⁸³.

67) *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 19; *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 100 II 2; *Heck* (o. Fußn. 11), § 47 III 4; *Tiedtke*, Jura 1981, 355; *Reinicke*, NJW 1964, 2381. Die von dieser Meinung befürchteten (und wohl als unbillig gebrandmarkten) möglichen Verzugsfolgen als Konsequenz eines Anspruchs auf Bestellung der Vormerkung sind wenig gravierend. Eine – durch die verspätete Bewilligung ermöglichte – vertragswidrige Verfügung zieht als solche schon Ersatzansprüche nach sich; auf § 286 I braucht man nicht mehr zu rekurrieren.

68) v. *Schweinitz*, in: AKBGB, § 885 Rdnr. 9; *Augustin*, in: RGRK, § 885 Rdnr. 1 („in der Regel“). – Anders ist zu entscheiden, wenn sich beide Parteien darüber einig sind, eine Vormerkung solle nicht eingetragen werden.

69) Vgl. etwa *RGZ* 113, 403 (405), sowie die Pflicht des Verkäufers, das Seine zu tun, damit öffentlichrechtliche Genehmigungen erteilt werden; dazu *Soergel-Huber*, BGB, 11. Aufl. (1978 ff.), § 433 Rdnr. 80 m. w. Nachw. in Fußn. 3.

70) Vgl. *J. Hager*, Verkehrsschutz durch rechtlichen Erwerb, 1990, S. 163; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 19 meint, angesichts der Möglichkeit des § 885 I 1 Alt. 1 benötige der Gläubiger keinen Anspruch auf Einräumung der Vormerkung. Doch sind auch bloße Buchpositionen kondizierbar (*Lieb*, in: MünchKomm, § 812 Rdnr. 294). An der Forderung, das prozessuale Sicherungsmittel wieder herauszugeben, wäre der Schuldner allenfalls wegen der materiellen Rechtskraft der Entscheidung gehindert (*Stern-Jonas-Grunsky*, ZPO, 20. Aufl. [1977], Vorb. § 916 Rdnr. 13); die gerichtliche Entscheidung würde den – vorher definitionsgemäß fehlenden – Rechtsgrund ersetzen, was zumindest dann eine zweifelhafte Vorstellung ist, wenn alle Beteiligten den angeblichen Mangel des Anspruchs kennen. Daran, daß § 885 I 1 Alt. 1 die Forderung auf Einräumung der Vormerkung zumindest im Prinzip anerkennt, dürfte nicht vorbeizukommen sein. Indirekt bestätigt das auch *Gursky* aaO, indem er die rechtliche Möglichkeit des Gläubigers, eine Vormerkung zu erzwingen, als „Anrecht“ apostrophiert, ohne dieses vom Anspruch auf Einräumung der Vormerkung abzugrenzen.

71) *Augustin*, in: RGRK, § 885 Rdnr. 14; *Wacke*, in: MünchKomm, § 885 Rdnr. 16; *Staudinger-Gursky*, § 885 Rdnr. 4 m. umf. Nachw.

72) *Baur* (o. Fußn. 7), § 20 III 1 a.
73) *BGHZ* 28, 182 (185 f.); 33, 123 (129); 60, 46 (50); *Jauernig*, § 878 Anm. 2b bb; *Palandt-Bassenge*, § 885 Anm. 3c; *Staudinger-Gursky*, § 885 Rdnr. 16; *Baur* (o. Fußn. 7), § 19 B III 2 d; *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 100 II 4; *Knöpfle*, JuS 1981, 167.

74) Vgl. z. B. *Wacke*, in: MünchKomm, § 878 Rdnr. 16; *Staudinger-Gursky*, § 885 Rdnrn. 10, 16 jeweils m. umf. Nachw. auch zur Gegenansicht.

75) *Staudinger-Gursky*, § 885 Rdnr. 19; *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 100 II 2; *Reinicke*, NJW 1964, 2379.

76) Vgl. statt aller *Wacke*, in: MünchKomm, § 885 Rdnr. 20 m. w. Nachw.

77) *Palandt-Bassenge*, § 885 Anm. 2a; *Soergel-Stürmer*, § 885 Rdnr. 4; *Augustin*, in: RGRK, § 885 Rdn. 2; *Knöpfle*, JuS 1981, 160; *Tiedtke*, Jura 1981, 356. Die oft zitierte Entscheidung *RGZ* 74, 158 (160) betraf einen anderen Fall (vgl. auch *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 131).

78) *Jauernig*, § 885 Anm. 3c; *Erman-Hagen*, § 885 Rdnr. 5; *Staudinger-Gursky*, § 885 Rdnr. 23 m. w. Nachw..

79) *Staudinger-Gursky*, § 885 Rdnr. 23; vgl. als Beispiel *BGH*, NJW 1986, 2507 m. w. Nachw.

80) Vgl. o. III 4b.

81) Ebenso i. E., wengleich mit anderer Begründung, *Staudinger-Gursky*, § 885 Rdnr. 23.

82) Vgl. etwa *Wacke*, in: MünchKomm, § 885 Rdnrn. 21 ff.; *Staudinger-Gursky*, § 885 Rdnrn. 39 ff.; *Knöpfle*, JuS 1981, 160.

83) Vgl. etwa *Wacke*, in: MünchKomm, § 885 Rdnr. 23; *Staudinger-Gursky*, § 885 Rdnr. 17.

Die Eintragung wirkt konstitutiv. Sie muß den Berechtigten, den Schuldner sowie den gesicherten Anspruch nennen, ohne daß indes das Wort „Vormerkung“ aufzutauchen braucht. § 885 II regelt Art und Umfang einer zulässigen Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.

2. Übertragung

Die Akzessorietät verknüpft das Schicksal der Vormerkung mit demjenigen des Anspruchs. Wird die Forderung abgetreten oder geht sie von Gesetzes wegen über, so zieht sie die Vormerkung nach. Mag auch § 401 die Vormerkung nicht ausdrücklich nennen, so gilt die Norm jedenfalls analog⁸⁴ – und zwar ohne die Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung zwischen den Parteien. Die einzige Konsequenz der unzulässigen Trennung zwischen Forderung und Vormerkung bei der Abtretung wäre der Untergang der Vormerkung⁸⁵. Angesichts des automatischen Übergangs ist auch die Eintragung des neuen Gläubigers nicht konstitutiv, sondern berichtigt lediglich das Grundbuch⁸⁶.

3. Erlöschen

Auch das Erlöschen der Vormerkung ist im Gesetz nur in Bruchstücken geregelt. Einfach liegen die Dinge allerdings bei Fortfall der gesicherten Forderung, etwa durch Anfechtung, Rücktritt, Konfusion⁸⁷ oder Erfüllung; zur gleichen Zeit geht die Vormerkung unter⁸⁸. Vollständig erfüllt hat der Schuldner freilich erst dann, wenn vormerkungswidrige Zwischenrechte beseitigt sind⁸⁹; hier hat die Vormerkung ja eines ihrer wichtigsten Anwendungsgebiete.

Auch wenn die Forderung nach wie vor existiert, kann der Gläubiger auf die Vormerkung verzichten – sei es freiwillig, sei es, weil dem Anspruch eine Einrede entgegensteht, die seine Geltendmachung dauernd hindert und so dem Schuldner das Recht einräumt, nach § 886 Beseitigung zu verlangen. Die Aufgabe setzt eine Erklärung und die Löschung im Grundbuch voraus; fehlt eine dieser Voraussetzungen, so besteht die Vormerkung – gegebenenfalls entgegen der Grundbuchverlautbarung – fort⁹⁰. Mag nämlich die Vormerkung auch nicht zu den dinglichen Rechten zählen, so hat sie der Gesetzgeber, was die Eintragung und das dabei zu beachtende Verfahren anbelangt, einem dinglichen Recht weitgehend angenähert, man denke nur an § 885 II. Das rechtfertigt eine von der Rechtsprechung und Lehre denn auch fast durchweg verfochtene Analogie zu § 875⁹¹. – Die Vormerkung erlischt ferner in entsprechender Anwendung von § 418 I bei der privativen Schuldübernahme, nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung bzw. des vorläufig vollstreckbaren Urteils sowie aufgrund des Ausschlußurteils nach § 887⁹². Derjenige, dessen Recht durch die noch eingetragene, aber inzwischen untergegangene Vormerkung beeinträchtigt wird – regelmäßig der Eigentümer des Grundstücks – kann in Analogie zu § 894 die Bewilligung zur Grundbuchberichtigung verlangen, soweit nicht der einfachere Weg nach § 22 GBO offensteht⁹³.

V. Die Wirkung der Vormerkung

1. Sicherung gegen vormerkungswidrige Verfügungen

Einer der vornehmsten Zwecke der Vormerkung ist es, den Gläubiger vor späteren Verfügungen des Schuldners zu sichern, die seinen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden. Solche Verfügungen sind nach § 883 II 1 dem Geschützten gegenüber relativ unwirksam.

a) Verfügung ist in Anlehnung an die allgemein akzeptierte Definition jede Übertragung, Aufhebung, Belastung oder Inhaltsänderung eines bestehenden Rechts, etwa die Übereignung des Grundstücks, die Bestellung einer Hypothek, aber auch die spätere Bewilligung einer Vormerkung zugunsten eines Dritten⁹⁴. Eine Vermietung oder Verpachtung nach Eintragung der Vormerkung fällt somit nicht unter den Begriff der Verfügung. Insofern wirkt es auf den ersten Blick konsequent, wenn der BGH § 883 II 1 weder direkt noch analog anwendet, sondern den Erwerber nach § 571 an den

zwischen dem Verkäufer und dem Mieter geschlossenen Vertrag bindet⁹⁵. Damit würde allerdings der Mieter besser geschützt als der Erwerber eines dinglichen Wohnrechts nach § 1093, der dem Inhaber eines gesicherten Anspruchs auf Übertragung des Grundstücks zu weichen hätte⁹⁶. Um diesen Wertungswiderspruch zu vermeiden, ist mit der wohl h. M. § 883 II 1 analog zugunsten des Vormerkungsberechtigten anzuwenden⁹⁷. Freilich kann der Erwerber seinem Partner die Vermietung ausdrücklich oder stillschweigend gestatten⁹⁸.

b) Ob und inwieweit die Verfügung den gesicherten Anspruch vereitelt oder beeinträchtigt, bestimmt sich nach dem Inhalt der Forderung. Ist sie auf Übereignung des Grundstücks gerichtet, so wird sie durch die Veräußerung an einen Dritten zweifellos zur Gänze vereitelt – mit der Konsequenz, daß der Zweitkäufer dem Vormerkungsberechtigten auf dessen Verlangen hin zu weichen hat. Dagegen kollidiert der gesicherte Anspruch auf Einräumung eines beschränkt dinglichen Rechts nur in Teilbereichen mit einer späteren Eigentumsübertragung; hier kann der Vormerkungsberechtigte nur auf der Zustimmung des neuen Eigentümers zu seiner Eintragung beharren, das Eigentum selbst aber nicht zu Fall bringen⁹⁹.

c) Daß der Schuldner nach Entstehung der Vormerkung verfügt haben muß, ist eigentlich eine bare Selbstverständlichkeit; schon entstandene Rechte Dritter kann eine Vormerkung nicht nachträglich zu Fall bringen. Den Vorrang genießt dasjenige Recht, das als erstes im Grundbuch vermerkt wurde¹⁰⁰. Daher führt die Frage, ob die Vormerkung eine Verfü-

84) RGZ 83, 434 (438f.); 142, 331 (333); BGHZ 25, 16 (23); KGJ 43, A 202 (325); 1971, 307 (310); BayObLZ 62, 329 (212); BayObLG, RPfl 1972, 16, 17; Jauernig, § 883 Anm. 5a aa.

85) Jauernig, § 886 Anm. 1a cc; Palandt-Bassenge, § 885 Anm. 5a.

86) BayObLG, RPfl 1985, 58; Jauernig, § 883 Anm. 5a aa; Palandt-Bassenge, § 885 Anm. 5a. Das ist nach der hier vertretenen Ansicht beim redlichen Erwerb anders; vgl. dazu u. VI 3.

87) Das ist insbesondere beim redlichen Erwerb umstritten; vgl. dazu u. VI 1.

88) Vgl. nur Wacke, in: MünchKomm, § 886 Rdnr. 6; Staudinger-Gursky, § 886 Rdnr. 9.

89) BGH, WM 1964, 509, 510; KGJ 43, A 209 (212f.); Palandt-Bassenge, § 886 Anm. 1b bb.

90) BGHZ 60, 46 (50ff.); BGH, WM 1964, 509, 510f.; Palandt-Bassenge, § 886 Anm. 1b aa; Erman-Hagen, § 886 Rdnr. 4; v. Schweinitz, in: AKBGB, § 886 Rdnr. 1. Die Konsequenz ist ein Berichtigungsanspruch des Gläubigers nach § 894 bzw. § 22 GBO.

91) BGHZ 60, 46 (50); Palandt-Bassenge, § 886 Anm. 1b aa; Schwerdtner, Jura 1985, 321.

92) Vgl. hierzu – und zu weiteren Erlöschenstufen – etwa Wacke, in: MünchKomm, § 886 Rdnrn. 7f.; Staudinger-Gursky, § 886 Rdnrn. 15ff.; Westermann-Eickmann (o. Fußn. 11), § 100 V 2; Knöpfle, JuS 1981, 164.

93) Wacke, in: MünchKomm, § 886 Rdnr. 10.

94) Vgl. z. B. Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 41; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 138. – Die in diesem Zusammenhang erörterte Frage, ob unter den Begriff der Verfügung auch die Grundbuchberichtigung zugunsten des Eigentümers fällt, der Vormerkungsberechtigte sich also wehren kann (bejahend etwa Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 41; verneinend Knöpfle, JuS 1981, 162), hängt von der vorgängigen Entscheidung darüber ab, ob der redliche Erwerb der Vormerkung den Erwerb des Vollrechts antizipiert; vgl. dazu u. VI 2 d.

95) BGHZ 13, 1 (2ff.); zustimmend – vornehmlich wegen des Schutzzwecks des § 571 – Jauernig, § 883 Anm. 4e; Knöpfle, JuS 1981, 162; Fingger, JR 1974, 8.

96) Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 42; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 139.

97) Vgl. die Nachw. in Fußn. 96; ferner etwa Palandt-Bassenge, § 883 Anm. 3a; Erman-Hagen, § 883 Rdnr. 20; Wolff-Raiser (o. Fußn. 61), § 48 III 1 Fußn. 20; Heck (o. Fußn. 11), § 47 II 4; Canaris, in: Festschr. f. Flume I, 1978, S. 393.

98) Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 42 Fußn. 141; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 139 a. E.

99) Knöpfle, JuS 1981, 162; vgl. auch Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 150.

100) RGZ 113, 403 (407); Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 152; Wolff-Raiser (o. Fußn. 61), § 48 II 1 Fußn. 21. Das gilt – beim Erwerb vom Berechtigten – auch bei bedingten Ansprüchen; vgl. BGH, NJW 1981, 446, 447. – Bei ranggleichen Vormerkungen wendet die h. M. das Priori-

gungsbeschränkung i. S. des § 878 ist¹⁰¹ – nicht zu verwechseln mit dem Problem, ob § 878 bei der Bestellung der Vormerkung gilt¹⁰² – in die Irre: Die Norm meint nur solche Verfügungsbeschränkungen, die auch ohne Eintragung ins Grundbuch wirksam sind¹⁰³.

Gewisse Schwierigkeiten bringt die Konkurrenz zwischen einer Eigentümergrundschuld und einer späteren Vormerkung mit sich. Die Grundschuld, aus der der Eigentümer nach § 1197 weder die Zwangsvollstreckung betreiben noch Zinsen fordern kann, wandelt sich mit der Abtretung in ein Fremdrecht und ändert damit ihren Charakter. Doch ginge sie selbst einem später entstandenen Vollrecht vor; die Vormerkung als bloßes Sicherungsinstitut kann nicht umfassender wirken als das Recht selbst¹⁰⁴.

d) Eine vormerkungswidrige Verfügung ist dem gesicherten Gläubiger gegenüber unwirksam. Das bedeutet zum einen, daß sich nur dieser auf § 883 II 1 berufen kann, nicht dagegen ein Dritter oder gar der Schuldner¹⁰⁵. Insbesondere steht es nicht etwa dem Grundbuchamt frei, die Eintragung des Verfügungsempfängers abzulehnen¹⁰⁶. Und es heißt auf der anderen Seite, daß es dem Berechtigten offen steht, sein Recht geltend zu machen oder darauf zu verzichten, beispielsweise die Verfügung zu genehmigen¹⁰⁷.

aa) Mehr von theoretischem Interesse denn von praktischer Relevanz ist die Konstruktion der relativen Unwirksamkeit. Im wesentlichen stehen sich zwei Anschauungen gegenüber: Nach wohl h. M. spaltet sich die Rechtsinhaberschaft. Dritten gegenüber ist nunmehr der Erwerber berechtigt, während im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner des vorgemerkten Anspruchs alles beim alten bleibt und dieser nach wie vor seiner Verpflichtung nachkommen kann¹⁰⁸. Das führt zu Erklärungsproblemen bei all denjenigen Normen, die die Rechtsinhaberschaft als Tatbestandsmerkmal nennen – man denke an die Zuordnung von Schadensersatz und Nutzung. Das neuere Schrifttum, das dem durch die Vorstellung Rechnung zu tragen versucht, dem Schuldner verbleibe nur die Fähigkeit, zugunsten des Gläubigers erneut zu verfügen¹⁰⁹, wird mit ähnlichen Schwierigkeiten konfrontiert, da sich nunmehr die Zuordnungsproblematik auf die Ebene der Verfügungsbefugnis verlagert, etwa bei der Frage, wer nach § 185 I die Verfügung eines Dritten genehmigen kann¹¹⁰. Beide Modelle bleiben also aporetisch, ohne daß sich dies in der Praxis bislang als gravierendes Manko entpuppt hat.

bb) Die Konkurrenz beschränkt dinglicher Rechte ist regelmäßig auf das Rangverhältnis begrenzt. Der Gläubiger der vorgemerkten Forderung wird nur insoweit beeinträchtigt, als das später bestellte Recht seinem Recht vorgeht. Daraus zieht § 883 III die Konsequenz; ohne daß es einer Bewilligung der später eingetragenen Rechtsinhaber bedürfte, wirkt die Vormerkung rangwährend; das Recht erhält also den Rang, den es eingenommen hätte, wäre es anstelle der Vormerkung sogleich im Grundbuch vermerkt worden¹¹¹.

cc) Bisweilen reicht die relative Unwirksamkeit zum Schutz des Gläubigers nicht aus – etwa wenn ein dingliches Recht aufgehoben werden soll, obgleich der obligatorische Anspruch auf seine Übertragung vorgemerkt war. Versuche, die Aufhebung als relativ unwirksam auszugeben¹¹², führen schnell zu Ungereimtheiten, da die Übertragung des Rechts seine Existenz voraussetzt, der Vormerkungsgläubiger aber keinen Anspruch etwa gegen den von seinem Schuldner personenverschiedenen Eigentümer auf Neubegründung hat¹¹³. Die h. M. behilft sich mit einer Analogie zu § 876 und macht die Wirksamkeit der Aufhebung von der Zustimmung des Gläubigers abhängig¹¹⁴.

e) Mit der Frage der relativen Unwirksamkeit sind konstruktive Besonderheiten bei der Durchsetzung des Anspruchs durch den Vormerkungsgläubiger verknüpft.

aa) Der Schuldner ist seinem Partner gegenüber allerdings nach wie vor imstande, die materiellrechtlich erforderlichen Erklärungen abzugeben, man mag dies als Spaltung des Eigentums deuten oder als Residuum der früheren Verfügungsmacht¹¹⁵.

bb) Das Grundbuchrecht wird allerdings vom formalen Konsensprinzip beherrscht¹¹⁶. Formellrechtlich betroffen ist der nunmehr eingetragene Erwerber; daher bedarf es gem.

§ 19 GBO auch seiner Eintragungsbewilligung. Sie durchzusetzen, dient § 888 I, der als Hilfsanspruch dem jeweils Vormerkungsberechtigten zu Gebote steht¹¹⁷.

Aus der Klassifizierung als Hilfsanspruch hat der BGH den Schluß gezogen, bei Verzögerungen hafte der Dritte nicht nach § 286 I. Der Vormerkungsgläubiger sei insbesondere durch Ansprüche gegen seinen Vertragspartner hinreichend geschützt¹¹⁸. Doch sind Schlüsse aus der formalen Einordnung des § 888 I als verfahrensrechtlichem Hilfsanspruch in dieser Hinsicht ohne Erkenntniswert¹¹⁹. Auch haftet der Verkäufer seinerseits nicht unbedenken, mag er doch beispielsweise erst aufgrund eines entschuldbaren Rechtsirrtums vormerkungswidrig verfügt haben und es daher an der Tatbestandsvoraussetzung des Verschuldens (§ 285) fehlen¹²⁰. Will man den Gläubiger nicht rechtlos stellen und den eingetragenen Dritten zu inhaltlichem Taktieren bei der Bewilligung geradezu auffordern, muß man die §§ 284 ff. zumindest analog heranziehen¹²¹. – Dem Dritten stehen Einwendungen natürlich aus seinem persönlichen Rechtsverhältnis zum Gläubiger zu¹²². Zu nennen sind in diesem Zusammenhang insbesondere die §§ 994 ff., die entsprechend gelten, wenn der Dritte Verwendungen auf das Grundstück gemacht hat¹²³. Regelmäßig weiß der Dritte um die Vormerkung, hätte sie zumindest kennen müssen, und steht so-

tätsprinzip an, schützt also denjenigen Erwerber, der zuerst als Vollrechtsinhaber eingetragen wird, während die abweichende Ansicht eine Bruchteilsgemeinschaft favorisiert (vgl. dazu *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 181 m. w. Nachw.).

101) So etwa – bejahend – *Knöpfle*, JuS 1981, 167.

102) Vgl. dazu o. III 1a.

103) *Wacke*, in: MünchKomm, § 878 Rdnr. 19; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 152 jeweils m. w. Nachw.; abl. zur Qualifizierung der Vormerkung als Verfügungsbeschränkung i. S. des § 878; ferner *RGZ* 113, 403 (407 f.); *Jauernig*, § 883 Anm. 4a; *Soergel-Stürmer*, § 883 Rdnr. 2, 30.

104) *BGHZ* 64, 316 (320 f.); *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 44.

105) *OLG Nürnberg*, WM 1969, 1427, 1429; *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 3b.

106) *RGZ* 132, 419 (424); *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 47; *Knöpfle*, JuS 1981, 162.

107) *RGZ* 154, 355 (367 f.); *BGH*, WM 1959, 751, 752; *Jauernig*, § 883 Anm. 4j; *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 3b; *Soergel-Stürmer*, § 883 Rdnr. 35; a. A. *RGZ* 142, 331 (337).

108) *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 46; *Baur* (o. Fußn. 7), § 20 IV 1b.

109) *Soergel-Hefermehl*, §§ 135 f. Rdnr. 18; *Mayer-Maly*, in: MünchKomm, § 135 Rdnr. 27 ff.; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 160 m. w. Nachw.; vgl. Darstellung und Kritik weiterer Erklärungsmodelle etwa bei *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 161, und *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 100 IV 3a.

110) *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 100 IV 3a.

111) Vgl. z. B. *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 171 f.; *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 100 IV 3b; *Knöpfle*, JuS 1981, 163.

112) Vgl. die Nachw. bei *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 166.

113) *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 166.

114) *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 3c; *Erman-Hagen*, § 883 Rdnr. 18.

115) Vgl. soeben V 1 daa. – Zu dieser materiellrechtlichen Erklärung ist auch eine wegen Vermögenslosigkeit gelöschte GmbH imstande; vgl. *BGHZ* 105, 259 (261).

116) Das den Grundbuchbeamten von der Prüfung entlastet, ob die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Rechtsänderung vorliegen (*Horber-Demharter* [o. Fußn. 2], § 19 Anm. 1a), im Falle der Vormerkung also, ob die vorangegangene Verfügung relativ unwirksam war (*Knöpfle*, JuS 1981, 162 Fußn. 74).

117) *Wacke*, in: MünchKomm, § 888 Rdnr. 3; *Staudinger-Gursky*, § 888 Rdnr. 9f. – Den Anspruch kann der Vormerkungsberechtigte auch schon durchsetzen, bevor sein Verkäufer die Auflassung erklärt hat (vgl. *BGH*, WM 1988, 1422 m. w. Nachw.).

118) *BGHZ* 49, 263 (266 f.).

119) *Medicus* (o. Fußn. 30), Rdnr. 451; *Knöpfle*, JuS 1981, 163 Fußn. 76.

120) *Staudinger-Gursky*, § 888 Rdnr. 47. So lag es im Fall des *BGH*; eine Klage gegen den Verkäufer auf Schadensersatz war vom selben Senat des *BGH* abgewiesen worden, da der Schuldner aufgrund der besonderen Umstände nicht fahrlässig gehandelt habe (vgl. *Reinicke*, NJW 1968, 789).

121) *Staudinger-Gursky*, § 888 Rdnr. 47; *Tiedtke*, Jura 1981, 358. – Das folgt auch aus § 990 UU, der nach der Rechtsprechung analog gilt (*BGHZ* 87, 296, 301) und der auf die §§ 284 ff. BGB verweist.

122) *BGHZ* 79, 201 (204); *BGH*, WM 1959, 751, 752; *Wacke*, in: MünchKomm, § 888 Rdnr. 5; *Staudinger-Gursky*, § 888 Rdnr. 40 m. umf. Nachw.

123) *BGHZ* 75, 288 (290 ff.); 87, 296 (297); *Jauernig*, § 888 Anm. 3; *Palandt-Bassenge*, § 888 Anm. 3b aa.

mit einem bösgläubigen Besitzer gleich¹²⁴. Daher erhält er Ersatz nur für notwendige Verwendungen und auch dies nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 994 II. Daneben kann sich der Dritte aber auch auf Einwendungen und Einreden des Schuldners selbst stützen; dies folgt die h. M. aus einer Analogie zu den §§ 768, 1137, 1211¹²⁵. Ein Verzicht des Schuldners ändert daran nach §§ 768 II, 1137 II, 1212 II analog nichts¹²⁶. Gestaltungsrechte gehen allerdings wie im Fall des § 770 unter, wenn der Schuldner sie nicht rechtzeitig ausübt¹²⁷.

cc) Dieser vom Gesetz ins Auge gefaßte Mechanismus gewährleistet jedoch nicht stets hinreichenden Schutz, wie eine jüngere Entscheidung des BGH illustriert. Dort hatte ein Hypothekar, dessen Recht der Vormerkung im Rang nachging, die Versicherungssumme für das durch Brand zerstörte Haus eingezogen. Da die Hypothek allen Dritten, also auch dem Versicherer gegenüber wirksam bestellt war, war der Hypothekengläubiger nach §§ 1127 I, 1128 III, 1282 I, 1228 II auch zum Einzug berechtigt – mit der Folge, daß der Anspruch gegen das Versicherungsunternehmen unterging. Andererseits war damit der Schuldner außerstande, gem. § 281 I die Versicherungssumme abzutreten. Der BGH bejahte einen Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe der erlangten Gelder gegen den Hypothekar: Zwar sei nicht § 816 II einschlägig, da die Versicherung nicht an einen Nichtberechtigten geleistet habe, doch sei der Empfänger nach § 812 I 1 Alt. 2 verpflichtet, die Summe zu erstatten, da sie ihrem Zuweisungsgehalt nach dem Vormerkungsberechtigten gebühre¹²⁸.

2. Vollstreckungsschutz

Nicht minder gefährlich als Verfügungen sind für den Gläubiger der obligatorischen Forderung Vollstreckungsakte Dritter. Auch hierfür hat das Gesetz Vorsorge getroffen.

a) In der Einzelzwangsvollstreckung ist der Vormerkungsberechtigte durch § 883 II 2 abgesichert. Er kann vom Gläubiger einer nachrangigen Zwangshypothek gem. § 888 I in gleicher Weise die Bewilligung zur Löschung verlangen bzw. den Vorrang beanspruchen wie von einem Erwerber kraft Rechtsgeschäfts.

§ 48 ZVG behandelt Ansprüche, die durch eine Vormerkung gesichert sind, wie eingetragene Rechte. Steht die vorgemerkte Forderung nach § 10 ZVG in besserem Rang als der Anspruch des die Zwangsversteigerung bzw. Zwangsverwaltung betreibenden Gläubigers und fällt sie demgemäß nach § 44 ZVG ins geringste Gebot, so bleibt sie gem. § 52 I 1 ZVG bestehen und kann nach den §§ 883 II 2, 888 I auch dem Erwerber gegenüber durchgesetzt werden. Bei umgekehrter Reihenfolge verweist § 92 I ZVG den Vormerkungsinhaber auf Ersatzansprüche aus dem Versteigerungserlös¹²⁹.

b) Im Konkurs des Schuldners kann der Konkursverwalter nach § 17 KO die Erfüllung des Vertrages ablehnen, sofern er noch nicht vollständig erfüllt ist. Damit wird nach h. M. das Rechtsverhältnis umgestaltet; an die Stelle des gegenseitigen Schuldverhältnisses tritt der einseitige Anspruch des Vertragspartners des Gemeinschuldners auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung¹³⁰. Um zu verhindern, daß die akzessorische Vormerkung ihre Basis verliert, beschneidet § 24 KO dieses Wahlrecht. Der Gläubiger kann nach wie vor auf Erfüllung bestehen¹³¹, nach § 24 S. 2 KO auch, soweit der Schuldner weitere, nicht durch eine Vormerkung abgesicherte Forderungen übernommen hatte¹³². Ob dies auch für künftige Ansprüche gilt, ist lebhaft umstritten¹³³. Verfügungen des Konkursverwalters über das Grundstück selbst sind nach § 883 II 2 dem Vormerkungsinhaber gegenüber relativ unwirksam; er kann seine Ansprüche nach den schon geschilderten Regeln durchsetzen¹³⁴.

3. Keine Beschränkung der Erbenhaftung

Gering ist die Bedeutung des § 884. Er hindert nach § 2016 den Erben daran, die aufschiebenden Einreden der §§ 2014 ff. zu erheben. Vom Aufgebotsverfahren wird der Gläubiger da-

gegen nach den §§ 1971 I 2, 1974 III ohnehin nicht betroffen. Auch spielt die Möglichkeit des Erben, seine Haftung nach den §§ 1974 ff. auf den Nachlaß zu beschränken, schon deswegen keine Rolle, weil der vorgemerkte Anspruch sich regelmäßig auf einen Nachlaßgegenstand bezieht, aus dem Eigenvermögen des Erben daher weder erfüllt zu werden braucht noch aus ihm befriedigt werden kann. § 884 kommt daher in diesem Zusammenhang allenfalls mittelbar zum Tragen, da er das Zurückbehaltungsrecht des Erben nach § 273 ausschließt, soweit er es auf Aufwendungsansprüche etwa gem. den §§ 1978 III, 1991 I stützen wollte¹³⁵. Nach h. M. genügt für § 884 die Bewilligung durch den Erblasser, mag auch die Eintragung erst nach seinem Tod erfolgen¹³⁶.

4. Schutz bei der Vermögensübernahme

§ 419 setzt nach h. M. nicht voraus, daß sich der Vertrag ausdrücklich auf das Vermögen des Verkäufers in seiner Gesamtheit bezieht. Der Erwerber haftet nach der eingeschränkten subjektiven Theorie in gleicher Weise für Schulden seines Partners, sofern er darüber informiert ist oder aber die Umstände kennt, aus denen sich ergibt, daß der erworbene Gegenstand annähernd dessen Vermögen ausmacht¹³⁷. Streitig ist allerdings der maßgebliche Zeitpunkt. Läßt man es zum Teil ausreichen, daß der Erwerber bis zum Abschluß des obligatorischen Vertrages die Details nicht erfährt, fordern andere wiederum Gutgläubigkeit bis zur Vollendung des dinglichen Geschäfts, so wählt die h. M. eine mittlere Lösung: Es entscheidet der Erwerb der Vormerkung, in Analogie zu § 892 II der Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung¹³⁸. Ob im Rahmen des § 1365 die gleichen Regeln gelten, ist heftig umstritten, wobei hier die Ansicht überwiegt, die den Erwerber ab Vollendung des obligatorischen Geschäfts schützt¹³⁹.

124) BGHZ 87, 296 (298); enger noch 75, 288 (294). Darüber hinaus will BGHZ 87, 296 (301) zumindest ab dem Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs die §§ 987 ff. analog zugunsten des Vormerkungsberechtigten anwenden, was indes mit dem Wesen der Vormerkung nicht zu vereinbaren sein dürfte; ablehnend etwa Gursky, JR 1984, 6; Kohler, NJW 1984, 2857.

125) RGZ 53, 28 (32 ff.); BGH, WM 1966, 893, 894; OLG Celle, NJW 1958, 385; OLG Düsseldorf, OLGZ 1977, 330 (332); Jauernig, § 888 Anm. 2b bb; Augustin, in: RGRK, § 888 Rdnr. 12; Wacke, in: MünchKomm, § 888 Rdnr. 4; Staudinger-Gursky, § 888 Rdnr. 37 m. umf. Nachw.

126) OLG Celle, NJW 1958, 385 f.; Jauernig, § 888 Anm. 2b bb; Augustin, in: RGRK, § 888 Rdnr. 12; Wacke, in: MünchKomm, § 888 Rdnr. 4; Staudinger-Gursky, § 888 Rdnr. 37; a. A. Westermann-Eickmann (o. Fußn. 11), § 100 IV 4c; Heck (o. Fußn. 11), § 47 II 6.

127) Wacke, in: MünchKomm, § 888 Rdnr. 4; Staudinger-Gursky, § 888 Rdnr. 39; Tiedtke, Jura 1981, 357.

128) BGHZ 99, 385 ff.; abl. KLöhler, JR 1987, 456 ff.

129) Einzelheiten zu diesen äußerst verwickelten Problemen bei Soergel-Stürmer, § 883 Rdnrn. 40 ff.

130) Vgl. statt aller BGHZ 96, 392 (394) m. w. Nachw.

131) Vgl. z. B. BGHZ 79, 103 (107 ff.); BGH, NJW 1977, 146, 147; Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 53.

132) § 24 S. 2 KO war die Reaktion des Gesetzgebers auf die anderslautende Entscheidung BGH, NJW 1977, 146 f.

133) Bejahend v. Schweinitz, in: AKBGB, § 883 Rdnr. 34; Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 53; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 196 m. w. Nachw.; Denck, NJW 1984, 1012 f.; verneinend Ludwig, NJW 1983, 2798.

134) Vgl. o. V 1 e.

135) Vgl. dazu Staudinger-Gursky, § 884 Rdnr. 1.

136) Jauernig, § 884 Anm. 1; Staudinger-Gursky, § 884 Rdnr. 5 m. w. Nachw. auch zur Gegenansicht.

137) Vgl. statt aller BGHZ 55, 105 (107); BGH, NJW 1976, 1398, 1400; Möschel, in: MünchKomm § 419 Rdnr. 9.

138) Vgl. z. B. BGHZ 55, 105 (109); v. Schweinitz, in: AKBGB, § 883 Rdnr. 45; Soergel-M. Wolf, § 419 Rdnr. 65.

139) Auf den Zeitpunkt des Eintragungsantrags für die Vormerkung stellen ab OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 1332, 1333; LG Oldenburg, NJW 1980, 790; dagegen wollen an den Abschluß des obligatorischen Geschäfts anknüpfen BGHZ 106, 253 (256); Palandt-Diederichsen, § 1365 Anm. 2b (anders Palandt-Diederichsen, BGB, 48. Aufl. [1989], § 1365 Anm. 2b m. w. Nachw.); Gernhuber, in: MünchKomm, § 1365 Rdnr. 33; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 149; Staudinger-Thiele, § 1365 Rdnrn. 24, 63; Tiedtke, FamRZ 1975, 68; ders., Jura 1981, 364 f.

Kennt der Erwerber die Vermögenslage seines Vertragspartners, so umfaßt seine Haftung regelmäßig alle Verbindlichkeiten des Veräußerers, die bis zur Vollendung des dinglichen Geschäfts entstehen. Bei Übertragung eines Grundstücks als des einzig ins Gewicht fallenden Vermögensbestandteils bildet der Antrag auf Eintragung der Vormerkung die Zäsur; für später entstandene Verbindlichkeiten des Kontrahenten braucht der Übernehmer nicht mehr aufzukommen, weil dem Gläubiger wegen § 883 II das Grundstück nicht mehr als Objekt des Zugriffs zur Verfügung gestanden hätte¹⁴⁰.

5. Delikts- und Unterlassungsansprüche

Erhebliches Kopfzerbrechen bereiten seit jeher die Delikts- und Unterlassungsansprüche des Vormerkungsberechtigten. Außenstehenden Schädigern gegenüber kann sie nur der Dritterwerber in seiner Funktion als Eigentümer durchsetzen¹⁴¹. Ungeklärt ist dagegen, ob der gesicherte Gläubiger vom Erwerber Schadensersatz nach § 823 I und – Präventiv – Unterlassung verlangen kann. Ein praktisches Bedürfnis dafür dürfte kaum zu leugnen sein, etwa wenn der Erwerber beginnt, das Grundstück durchgreifend, möglicherweise irreversibel umzugestalten. Die h.M. bejaht denn auch solche Ansprüche, während die Mindermeinung den Vormerkungsberechtigten auf die Sachmängelgewährleistungsrechte gegen den Schuldner verweist¹⁴² – eine Auffassung, die Gefahr läuft, den Vormerkungsinhaber insoweit rechtlos zu stellen, als die Schäden den Wert des Grundstücks übersteigen, die insbesondere ohne Not den vorbeugenden Unterlassungsanspruch entwertet¹⁴³.

VI. Der redliche Erwerb der Vormerkung

1. Der Bestand der Forderung

Aufgrund der strikten Akzessorietät kommt ein redlicher Erst- wie Zweiterwerb der Vormerkung von vornherein nur in Betracht, soweit die gesicherte Forderung besteht¹⁴⁴; namentlich fehlt eine § 1138 entsprechende Norm. Doch auch das weitere Schicksal der redlich erworbenen Vormerkung¹⁴⁵ ist unauflösbar mit der Forderung verflochten. Erlischt diese beispielsweise durch Konfusion, weil der redliche Erwerber den Veräußerer beerbt und für seine Verbindlichkeiten unbeschränkt und unbeschränkbar haftet, so geht auch die Vormerkung unter¹⁴⁶.

Dem hat namentlich *Wacke* widersprochen: Hätten die Parteien die Übertragung vor dem Erbfall zur Gänze abgewickelt, so hätte der Käufer endgültig erworben. Die Aufgabe der Vormerkung, den Schutz des Erwerbers zeitlich vorzulegen, würde konterkariert, wenn der Zufall, ob der Gläubiger kurz vor oder kurz nach dem Erbfall eingetragen werde, den Ausschlag geben könne. Dem sei durch eine analoge Anwendung der §§ 1063 II, 1256 II zu steuern. Da der Gläubiger ein rechtliches Interesse am Fortbestand der Forderung habe, gelte sie trotz der Vereinigung von Schuldner und Gläubiger in einer Person als nicht erloschen¹⁴⁷. Die Kritik hat bereits an der Prämisse anzusetzen. Keineswegs ist der redliche Erwerb stets konditionsfest. Da der Verfügende zur Verfügung nicht berechtigt war, ist er nicht nur nach § 816 I 1 gehalten, den Erlös herauszugeben, sondern zur Rücküberweisung an den ehemals Berechtigten verpflichtet, soweit und sobald er dazu wiederum in der Lage ist, etwa weil er den Erwerber beerbt¹⁴⁸. Dieser Anspruch stützt sich, wenn andere Normen nicht greifen, auf die Eingriffskondition nach § 812 I 1 Alt. 2. Mit der Prämisse ist auch der Schlußfolgerung der Boden entzogen. Wäre der Erwerber selbst nach Abschluß der Verfügung nicht davor gefeit, sein Eigentum wieder einzubüßen, so bedarf er auch im vorangegangenen Stadium als Vormerkungsinhaber keines Schutzes.

2. Der redliche Ersterwerb

a) Die bewilligte Vormerkung kann nach ganz h.M. vom Nichtberechtigten kraft guten Glaubens erworben werden¹⁴⁹. Denn zum einen läßt sich kein Unterschied in der Interessen-

lage zu den sonstigen Fällen des gutgläubigen Erwerbs ausmachen¹⁵⁰, zum anderen darf ein vormerkungswidriger Zwischenerwerb nicht dadurch begünstigt werden, daß – wie sich nunmehr herausstellt – ein Nichtberechtigter verfügt hatte¹⁵¹. So streitet man im wesentlichen bloß um die dogmatische Begründung: Wer die Vormerkung als dingliches Recht rubriziert, kann § 892 direkt anwenden¹⁵²; die h.M. stützt sich auf § 893¹⁵³, während andere die §§ 892f. analog heranziehen¹⁵⁴. Am Resultat ändert diese Kontroverse ebensowenig wie das konstruktive Spezifikum, daß die Vormerkung auf einer einseitigen Bewilligung fußt, die obendrein dem Grundbuchamt gegenüber erklärt werden kann¹⁵⁵. § 892 II verlegt den Schutz auf den Zeitpunkt des Eintragungsantrags vor¹⁵⁶.

b) Recht uneinheitlich ist das Meinungsbild bei der erzwungenen Vormerkung. § 898 ZPO läßt redlichen Erwerb jedenfalls insoweit zu, als die Bewilligung eingeklagt wurde und durch § 894 ZPO als ersetzt gilt¹⁵⁷. Aus dem fehlenden Hinweis auf § 895 ZPO in § 898 ZPO will ein Teil der Literatur dagegen schließen, daß bei einem lediglich vorläufig vollstreckbaren Urteil anders zu entscheiden sei¹⁵⁸. Dem ist nicht zu folgen. Denn zum einen wird dem Wortlaut des Gesetzes zu großes Gewicht beigemessen, spiegelt er doch die zur

140) BGHZ 33, 123 (128ff.); 55, 105 (111); BGH, NJW 1981, 2306, 2307; 1984, 793, 794.

141) Mertens, in: MünchKomm § 823 Rdnr. 130; *Wacke*, in: MünchKomm, § 888 Rdnr. 17; *Canaris* (o. Fußn. 97), S. 386f. Freilich dürfte § 1134 bzw. § 869 analog heranzuziehen sein; dies ist insbesondere eine Vorkehrung gegen Untätigbleiben des vormerkungswidrigen Dritterwerbers den Schädigern gegenüber.

142) Für Deliktsansprüche vgl. *Palandt-Bassenge*, § 888 Anm. 3b bb; *Canaris* (o. Fußn. 97) S. 383; für Unterlassungsansprüche vgl. etwa *Soergel-Stürmer*, § 883 Rdnr. 29; abl. *OLG München*, NJW 1963, 301, 303; *Staudinger-Gursky*, § 888 Rdnr. 61; *Kohler*, NJW 1984, 2857; *Chr. Paulus*, Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs, 1981, S. 84ff.

143) Der Einwand *Kohlers* (NJW 1984, 2857), der Dritte hafte damit schärfer als der Verkäufer, der nur Mängelgewährleistungsrechten ausgesetzt sei, damit werde der Gläubiger zu Unrecht privilegiert, basiert schon auf einer nicht zwingenden Prämisse: Es ist keineswegs von vornherein ausgemacht, daß der Verkäufer trotz einer schuldhaften Verschlechterung der Sache nur nach den §§ 459ff. und nicht auch auf das positive Interesse haften soll – etwa gem. § 325 (analog) oder nach den Regeln der positiven Vertragsverletzung (so *Soergel-Huber*, Vorb. § 459 Rdnr. 194; a. A. allerdings die wohl h. M.; vgl. *Staudinger-Honsell*, Vorb. § 459 Rdnr. 15 m. w. Nachw.). Auch wird der Dritterwerber oft keine Regreßansprüche des Verkäufers zu gewärtigen haben, so daß sein Handeln sanktionslos bliebe.

144) Das ist unstreitig; vgl. BGHZ 25, 16 (23); *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 64; *Knöpfle*, JuS 1981, 164f.

145) Vgl. dazu sogleich u. VI 2.

146) BGH, NJW 1981, 447, 448; *Jauernig*, § 886 Anm. 1a bb.

147) *Wacke*, in: MünchKomm, § 886 Rdnr. 6; *ders.*, NJW 1981, 1778f.; wohl auch *Medicus* (o. Fußn. 30), Rdnr. 554a; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 1983, § 19, 6b; *Schwerdtner*, Jura 1985, 321.

148) A. A. *Wacke*, NJW 1981, 1580, da kein – seiner Ansicht nach auf die Rückabwicklung des Geschäfts beschränkter – „Rückerberwerb des Nichtberechtigten“ vorliege.

149) Vgl. nur BGHZ 25, 16 (23); 28, 182 (186); 57, 341 (343); BGH, NJW 1981, 446, 447; 1981, 447, 448; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb, 1985, S. 106f.

150) *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 101 IV 3; *Heck* (o. Fußn. 11), § 47 III 8; *Canaris*, JuS 1969, 81.

151) *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 65.

152) *Kempf*, JuS 1961, 24; *Wunner*, NJW 1969, 116; für analoge Anwendung des § 892 *Heck* (o. Fußn. 11), § 47 III 8.

153) BGHZ 25, 16 (23); 28, 182 (185f.); 60, 46 (49); *Staudinger-Gursky*, § 893 Rdnr. 29; *Schwab* (o. Fußn. 28), § 15 VII; *Gursky*, Fälle und Lösungen SachenR, 6. Aufl. (1986), S. 25.

154) *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 101 IV 3; *Canaris*, JuS 1969, 81; *Tiedtke* (o. Fußn. 149), S. 107; *Reinicke*, NJW 1964, 2374

155) *Staudinger-Gursky*, § 893 Rdnr. 25.

156) BGHZ 28, 182 (187f.); 57, 341 (343); *Wacke*, in: MünchKomm, § 893 Rdnr. 11; *Schwab* (o. Fußn. 28), § 15 VII; *Schwerdtner*, Jura 1985, 319.

157) KGJ 33, A 277; *Jauernig*, § 883 Anm. 6a cc.

158) Vgl. z. B. *Palandt-Bassenge*, § 885 Anm. 3d; v. *Schweinitz*, in: AKBGB, § 885 Rdnr. 24; *Schwab* (o. Fußn. 28), § 15 VII; a. A. *Jauernig*, § 883 Anm. 6a cc; *Wacke*, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 69; § 892 Rdnr. 34; *Tiedtke* (o. Fußn. 149), S. 292; *Reinicke*, NJW 1964, 2379ff.

Zeit der Kodifikation herrschende Ansicht wider, die redlichen Erwerb einer Vormerkung zur Gänze ablehnte, die indes schon lange aufgegeben ist¹⁵⁹. Letztendlich sind die Unterschiede zum Fall der direkt erzwungenen Bewilligung zu gering, als daß sie eine diametral entgegengesetzte Entscheidung für die Zulässigkeit redlichen Erwerbs tragen könnte¹⁶⁰. – Schließlich will die ganz h. M. redlichen Erwerb einer im Wege der einstweiligen Verfügung erzwungenen Vormerkung versagen, da es am rechtsgeschäftlichen Erwerb fehle¹⁶¹. Ihr ist ebenfalls zu widersprechen. Das Argument des fehlenden rechtsgeschäftlichen Erwerbs trägt nicht – wie sich sogleich beim redlichen Zweiterwerb erweisen wird¹⁶². Kann darüber hinaus im Rahmen des Eilverfahrens der Antragsgegner zur expliziten Bewilligung verpflichtet werden¹⁶³, sind damit die §§ 894, 898 ZPO unmittelbar einschlägig, so öffnete eine am Wortlaut des Klagebegehrens ausgerichtete Unterscheidung dem Zufall Tür und Tor. Auch ist nicht einzusehen, warum eine unter dem Druck der Drohung mit der einstweiligen Verfügung bewilligte Vormerkung soll redlich erworben werden können, eine erzwungene dagegen nicht. Das widerspricht zumindest der Wertung der §§ 894, 898 ZPO, die die kraft Urteil fingierte Bewilligung der explizit erklärten gleichstellen.

c) Nach § 883 I 2 kann die Vormerkung auch Forderungen sichern, über deren Schicksal der Gläubiger noch frei befinden kann. Paradefall ist ein bindendes Angebot des Schuldners. Nach Ansicht des BGH erwirbt der Gläubiger die Vormerkung auch dann redlich, wenn er vor Annahme über die fehlende Berechtigung seines Partners informiert wird. Mit § 883 I 2 habe der Gesetzgeber nämlich den Vormerkungsschutz für bedingte bzw. künftige Forderungen ausdrücklich zugelassen. Die Vormerkung werde daher sogleich gutgläubig erworben, ungeachtet der Tatsache, daß der Anspruch erst mit Entstehung durchgesetzt werden könne. Der Gläubiger dürfe sich demgemäß die Position durch Annahme des Angebots verschaffen, auch wenn ihm inzwischen die fehlende Berechtigung des Partners bekannt geworden sein sollte¹⁶⁴. Das überzeugt nicht. Der Gläubiger bedarf nur dann des Schutzes, wenn er bis zur Entstehung des Anspruchs gutgläubig geblieben ist¹⁶⁵. Man wird sogar noch weiter zu gehen haben und den Erwerber – im Gegensatz zur h. M. – erst privilegieren dürfen, sobald er seine Gegenleistung zumindest zum Teil erbracht hat – ein Standpunkt, der etwa beim redlichen Erwerb einer Hypothek jedenfalls i. E. weitgehend akzeptiert wird¹⁶⁶.

d) Nicht damit zu verwechseln ist das Problem, wie weit die gutgläubig erworbene Vormerkung wirkt. Gewährt sie nur Schutz vor Zwischenverfügungen oder sichert sie den Gläubiger auch dann, wenn er später, aber noch vor Vollenendung des dinglichen Geschäfts von der fehlenden Berechtigung seines Partners erfährt? Die h. M., an der Spitze der BGH, schützt der Rechtssicherheit und des Gesamtkonzepts des Gesetzes wegen den Vormerkungsbegünstigten in möglichst umfassender Weise¹⁶⁷. Die Mindermeinung will nur den Verfügungsschutz gewährleisten; dagegen sei es nicht Aufgabe der Vormerkung, den für den redlichen Erwerb relevanten Zeitpunkt vorzuverlegen¹⁶⁸. Doch läuft der Verfügungsschutz¹⁶⁹ ins Leere, wenn der Anspruch auf Übertragung des Rechts nicht mehr durchgesetzt werden kann. Profit zögen nur die vormerkungswidrigen Zwischenverwerber; solche unbilligen Ergebnisse zu verhindern ist jedoch eines der Hauptargumente für die Zulässigkeit des redlichen Erwerbs.

Da der Gläubiger nunmehr weiß, daß sein Partner nicht der Rechtsinhaber und daher zur Verschaffung des Rechts nicht in der Lage ist, will ihm ein Teil der Lehre in Analogie zu § 888 I das Recht einräumen, vom wirklichen Eigentümer die Zustimmung zu seiner Eintragung zu verlangen¹⁷⁰. Doch ist die Norm als Anspruchsgrundlage nicht geeignet¹⁷¹. Zudem ist es unbillig, vom Eigentümer das Einverständnis zur Eintragung zu fordern, obgleich redlicher Erwerb u. U. an der Bösgläubigkeit des Gläubigers gescheitert ist, der Eigentümer den Nachweis im Moment nicht führen kann, an einer späteren Durchsetzung seiner Befugnis aber durch die Rechtskraft des Urteils gehindert wird¹⁷². Die h. M. verzichtet daher auf die Zustim-

mung¹⁷³, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung. Zum Teil wird § 883 II als die beispielhafte Regelung eines durchgängigen Prinzips interpretiert¹⁷⁴, zum Teil die beim Erwerb der Vormerkung bestehende Verfügungsmacht des Nichtberechtigten auch für den Erwerb des Vollrechts aufrechterhalten, da das Grundprinzip des redlichen Erwerbs die Vorschriften über den Rechtsübergang modifiziere¹⁷⁵.

3. Der redliche Zweiterwerb

Haben sich beim Ersterwerb die Verfechter des Gutgläubensschutzes im wesentlichen durchgesetzt, so halten sich beim Zweiterwerb Befürworter und Gegner annähernd die Waage. Zur Erinnerung: Redlicher Erwerb kommt ohnehin nur in Frage, wenn der Anspruch als solcher besteht, jedoch die Vormerkung es nicht entstanden ist, etwa weil der Gläubiger um das fehlende Eigentum des Schuldners wußte. In der Literatur befinden sich die Stimmen in der Mehrheit, die den Schutz des Zessionars ablehnen¹⁷⁶, dagegen plädiert die Rechtsprechung für die Zulässigkeit redlichen Erwerbs¹⁷⁷. Sie verdient, wengleich mit einer Modifikation, Beifall. Denn das Hauptargument der h. L., redlicher Erwerb sei nur bei rechtsgeschäftlichen Übergang zulässig, die Vormerkung werde von der zedierten Forderung indes nach § 401, also kraft Gesetzes mitgezogen¹⁷⁸, überzeugt nicht. § 401 schreibt nur das fest, was redliche bzw. vernünftige Parteien ohnehin geregelt hätten¹⁷⁹. Diese Entlastungsfunktion des dispositiven bzw. zwingenden Rechts darf nicht mit Abstrichen beim redlichen Erwerb erkaufte werden. Daß gesetzlicher Erwerb sich mit dem Schutz des guten Glaubens verträgt, illustriert nicht zuletzt § 1155, der den Zessionar privilegiert, obgleich die

159) Seit RGZ 118, 230 (233 f.); 121, 44 (46); vgl. dazu Tiedtke (o. Fußn. 149), S. 292.

160) Tiedtke (o. Fußn. 149), S. 292; J. Hager (o. Fußn. 70), S. 160 f.

161) KGJ 33, A 277 (279 f.); Jauernig, § 883 Anm. 6a cc; Reinicke, NJW 1964, 2381 f.; a. A. Wacke, in: MünchKomm, § 883 Rdnr. 70.

162) Vgl. u. VI 3.

163) Vgl. z. B. Baur-Stürmer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und VergleichsR, 11. Aufl. (1983), Rdnr. 925.

164) BGH, NJW 1981, 446, 447; zust. z. B. Staudinger-Gursky, § 892 Rdnr. 173; M. Wolf, SachenR, 8. Aufl. (1989), Rdnr. 372.

165) Westermann-Eickmann (o. Fußn. 11), § 101 IV 5; Rimmelspacher (o. Fußn. 49), Rdnr. 624; Hepting, NJW 1987, 870 ff.; skeptisch Canaris, ZHR 151 (1987), 541. Das Argument, § 883 I 2 regle lediglich die Zulässigkeit der Eintragung, nicht jedoch den Erwerb der Vormerkung, der den Bestand der Forderung voraussetze (Westermann-Eickmann [o. Fußn. 11], § 101 IV 5; Hepting, NJW 1987, 870 f.), ist allerdings nicht überzeugend: Beim Erwerb vom Berechtigten wird die Vormerkung mit der Eintragung begründet, auch wenn die Forderung noch eine künftige ist.

166) Vgl. dazu J. Hager (o. Fußn. 70), S. 125 f.; ders., JuS 1987, 557 f.

167) RGZ 121, 44 (47); BGHZ 28, 182 (187); 57, 341 (343); BGH, NJW 1981, 446, 447 m. w. Nachw.; Wacke, in: MünchKomm, § 893 Rdnr. 11; Staudinger-Gursky, § 883 Rdnr. 147 m. w. Nachw.; J. Hager (o. Fußn. 70), S. 133 f.

168) Goetzke-Habermann, JuS 1975, 86; Wiegand, JuS 1975, 212; Knöpfle, JuS 1981, 165 f.; ausführlich Caro, JR 1928, 121 ff. (w. Nachw. dort S. 118).

169) Das sieht Knöpfle, JuS 1981, 165, als (einzige) Wirkung der redlich erworbenen Vormerkung.

170) Wolf, in: SKBGB, 2. Aufl. (1979), § 888 Rdnr. 3; J. F. Baur, JZ 1967, 439 f.; weiter gehend Kupisch, JZ 1977, 495, der dem Erwerber in Analogie zu § 888 I sogar einen Anspruch gegen den Dritterwerber auf Auflassung einräumt.

171) Staudinger-Gursky, § 888 Rdnr. 54.

172) Staudinger-Gursky, § 888 Rdnr. 54; Roloff, NJW 1968, 485.

173) Staudinger-Gursky, § 888 Rdnr. 53; Rimmelspacher (o. Fußn. 49), Rdnr. 649; Canaris, JuS 1969, 82.

174) Staudinger-Gursky, § 888 Rdnr. 53.

175) Rimmelspacher (o. Fußn. 49), Rdnr. 649.

176) Palandt-Bassenge, § 885 Anm. 5b; Soergel-Stürmer, § 883 Rdnr. 44; § 893 Rdnr. 8; Staudinger-Gursky, § 892 Rdnr. 47 m. w. Nachw. in Rdnr. 46.

177) BGHZ 25, 16 (23); Jauernig, § 883 Anm. 6b bb.

178) Palandt-Bassenge, § 885 Anm. 5b; Soergel-Stürmer, § 893 Rdnr. 7; Staudinger-Gursky, § 892 Rdnr. 47; Medicus, AcP 163, 8 f.

179) Staudinger-Wiegand, § 1257 Rdnr. 13; Canaris, JuS 1969, 84 m. Fußn. 32; J. Hager (o. Fußn. 70), S. 101 ff.

Hypothek der abgetretenen Forderung kraft Gesetzes – und zwar zwingend – folgt¹⁸⁰. Gravierender ist der Einwand, der Erwerb vollziehe sich außerhalb des Grundbuchs und gewährleiste somit nicht das sachenrechtliche Publizitätserfordernis als eine der Konstituenten redlichen Erwerbs¹⁸¹. Anstatt den Gutgläubenschutz gänzlich abzulehnen, ist dem dadurch Rechnung zu tragen, daß man den gutgläubigen Erwerb an die – regelmäßig auf einer Bewilligung des Zedenten basierenden – Eintragung bzw. den Eintragungsantrag koppelt¹⁸².

VII. Die Rechtsnatur der Vormerkung

Die aus dem Rahmen fallende Konstruktion der Vormerkung hat eine intensive Diskussion über ihre Rechtsnatur ausgelöst. Der Aufriß wichtiger Streitfragen – für die Eintragung etwa wurden Regeln über dingliche Rechte zu Rate gezogen, die Durchsetzung des Anspruchs folgte aber ihren eigenen Gesetzen – hat indessen zum einen veranschaulicht, daß eine glatte Antwort hier nur schwer möglich sein dürfte, zum anderen die Kontroverse relativiert, weil sich die Rechtsnatur kaum je als tragendes Argument entpuppte. Auch dort, wo sie im Zentrum der Debatte steht, etwa bei der Frage des redlichen Ersterwerbs, hatten sich die Differenzen auf konstruktive Details ohne Auswirkungen auf das Ergebnis beschränkt.

1. Dingliches Recht?

Üblicherweise charakterisiert man das dingliche Recht anhand von drei Kriterien: den Verfügungsschutz, den Schutz im Konkurs bzw. in der Zwangsvollstreckung und schließlich den Anspruchs- oder Klageschutz¹⁸³. Sind mit den §§ 883 II, 24 KO, 48 ZVG auch die beiden erstgenannten Merkmale erfüllt, so fehlt im Gegensatz beispielsweise zur Hypothek oder zum Pfandrecht doch der dingliche Anspruch¹⁸⁴. Denn der Anspruch des Vormerkungsgläubigers basiert nicht auf der Vormerkung als solcher, sondern auf der gesicherten Forderung gegen den Schuldner; § 888 I ist lediglich ein unselbständiger Hilfsanspruch, notwendig wegen des formellen Konsensprinzips im Grundbuchrecht¹⁸⁵. Diese Besonderheiten schieben die Verfechter einer Einordnung der Vormerkung als dingliches Recht¹⁸⁶ mit allzu leichter Hand beiseite.

2. Weitere Einordnungsvorschläge

Um die Vormerkung in schon bekannte Institute einreihen zu können, hat man eine Analogie zu bedingten Verfügungen vorgeschlagen¹⁸⁷. Doch bedeutet die Bewilligung einer Vormerkung mitnichten, daß damit die Erfüllung der gesicherten Forderung wie bei der bedingten Verfügung zumindest eingeleitet wird¹⁸⁸. Zwar heißt dies nicht notwendig, daß nicht die Wertungen identisch sein könnten; doch sprechen dagegen entscheidend die Differenzen im Deliktsschutz. Mit Eintritt der Bedingung, regelmäßig der Kaufpreiszahlung, wird der bisherige Anwärter Inhaber des Rechts; konsequenterweise ist er bei Beschädigungen der Sache durch Dritte nach § 823 I nunmehr aktivlegitimiert. Gerade daran fehlt es beim Gläubiger, auch wenn zu seinen Gunsten eine Vormerkung bewilligt war. Trotz der Zahlung des Kaufpreises steht bis zur Komplettierung des Übergangs durch die Eintragung des Vormerkungsgläubigers als Eigentümer der Anspruch nach § 823 I dem vormerkungswidrigen Dritterwerber zu. Hier bleibt also die Analogie zur bedingten Verfügung eine befriedigende Lösung schuldig.

Ähnliche Probleme treten bei einer Klassifizierung als relative Verfügungsbeschränkung¹⁸⁹ auf. Mag die Vormerkung partiell auch Wirkungen äußern, die derjenigen einer relativen Verfügungsbeschränkung entsprechen, insbesondere den Berechtigten vor späteren Veräußerungen abschirmen, so ist sie dadurch nicht erschöpfend be-

schrieben¹⁹⁰. Gerade dort, wo die gesetzliche Regelung lückenhaft ist, müßte sich die theoretische Erklärungsleistung einer derartigen Konstruktion aber manifestieren.

3. Sicherungsmittel eigener Art

Es bleibt als Ausweg, der vom Gesetz konzipierten Unschärfe Tribut zu zollen und auf eine abschließende Einordnung in eine bereits geläufige Kategorie zu verzichten. Die h. M. begreift mit einzelnen Schwankungen in der Nomenklatur die Vormerkung als Sicherungsmittel eigener Art¹⁹¹. Daß diese Definition isoliert betrachtet wenig dazu beiträgt, die anstehenden Probleme zu klären, tut keinen Abbruch, weil und solange Lücken in der gesetzlichen Regelung auch ohne eine exakte Klassifizierung geschlossen werden können.

180) *Capelle-Canaris*, HandelsR, 21. Aufl. (1989), § 27 II 2a; *J. Hager* (o. Fußn. 70), S. 110.

181) *Staudinger-Gursky*, § 892 Rdnr. 47.

182) *J. Hager* (o. Fußn. 70), S. 441; a. A. z. B. *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 101 IV 4, der auf den Publizitätsakt ganz verzichtet. – Wegen der Gefahr eines redlichen Zweiterwerbs kann der Eigentümer auch einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erwirken, wenn der Ersterwerber dort bereits vermerkt ist, sein Erwerb aber an seinem bösen Glauben gescheitert sein kann; vgl. *BGHZ* 25, 16 (23f.).

183) Vgl. z. B. *Wolff-Raiser* (o. Fußn. 61), § 21; *Larenz*, Allg. Teil, 7. Aufl. (1989), § 13 III; *Canaris* (o. Fußn. 97), 373f.

184) *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 203; *Canaris* (o. Fußn. 97) S. 382, 391.

185) *Wacke*, in: *MünchKomm*, § 883 Rdnr. 3; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 203; *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 101 IV 4c; *Canaris* (o. Fußn. 97) S. 382.

186) So etwa *E. Wolf*, SachenR, 2. Aufl. (1979), § 13 A IIe; *Kempf*, JuS 1961, 24; *Wunner*, NJW 1969, 116; Tendenzen dazu auch bei *Schwab* (o. Fußn. 28), § 15 VIII 3.

187) *Kupisch*, JZ 1977, 491ff.

188) So der Einwand von *Wacke*, in: *MünchKomm*, § 883 Rdnr. 3; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 207; *Canaris* (o. Fußn. 97), S. 383; *Schneider*, DNotZ 1982, 532.

189) So der Vorschlag von *Knöpfle*, JuS 1981, 158ff.

190) *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 205.

191) *RGZ* 151, 389 (392) m. w. Nachw.; *BGHZ* 25, 16 (23); 60, 46 (49); *Palandt-Bassenge*, § 883 Anm. 1a; *Erman-Hagen*, § 883 Rdnrn. 2f.; v. *Schweinitz*, in: *AKBGB*, § 883 Rdnr. 2; *Soergel-Stürner*, § 883 Rdnr. 2; *Augustin*, in: *RGRK*, § 883 Rdnr. 10; *Wacke*, in: *MünchKomm*, § 883 Rdnr. 3; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rdnr. 202; *Baur* (o. Fußn. 7), § 20 VI 1 (vgl. aber *dens.*, § 3 II 2c cc, wo die Vormerkung unter den beschränkt dinglichen Rechten aufgezählt wird); *Westermann-Eickmann* (o. Fußn. 11), § 100 I 2b; *Canaris* (o. Fußn. 97), S. 383; *Tiedtke*, Jura 1981, 370; *Schneider*, DNotZ 1982, 533; w. Nachw. dort S. 528 in Fußn. 28.

Professor Dr. Kay Hailbronner, Konstanz

Europa 1992: Das institutionelle System der Europäischen Gemeinschaften*

II. Die Organe der EG

3. Kommission (Art. 155 EWGV, Art. 9f. FusV)

a) *Zusammensetzung und Rechtsstellung*. Die Kommission besteht gem. Art. 10 I FusV aus 17 Mitgliedern, die von den Regierungen der Mitgliedstaaten („den im Rat vereinigten Vertretern der Mitgliedstaaten“) im gegenseitigen Einvernehmen für vier Jahre ernannt werden (Art. 11 FusV). Jeder Mit-

* Schluß aus JuS 1990, 263ff. – Unter Mitarbeit von Assessor *Andreas Nachbaur*, Konstanz, dem ich für die Erstellung des Anmerkungsapparates und die Überarbeitung des Manuskripts danke. – Vgl. zu der Aufsatzreihe „Europa 1992“ die redaktionelle Vorbemerkung in JuS 1990, 170. – Art. ohne Gesetzesangabe sind solche des EWGV.