

05/2023

26. Jahrgang  
Seiten 285 - 356



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

### ZIVILRECHT

- Der gutgläubige „lastenfreie“ Zweiterwerb der Vormerkung!
- Vertrag zugunsten Dritter: Wem steht das Rücktrittsrecht bei Leistungsstörungen zu?
- Rechtskraft bei Abweisung als „derzeit“ unbegründet
- kompakt: Verjährungshemmung durch Klageerhebung: Klage muss nur wirksam durch Berechtigten erhoben worden sein

### STRAFRECHT

- § 316a I StGB: Angriff auf die Entschlussfreiheit unter Anwendung von List
- E-Scooter: Trunkenheit im Straßenverkehr i.S.v. § 316 StGB = Entziehung der Fahrerlaubnis?
- Notwehr: Zur Erforderlichkeit der Notwehrhandlung und zum lebensgefährdenden Schusswaffeneinsatz

### ÖFFENTLICHES RECHT

- Automatisierte Datenanalyse: Anforderungen für vorbeugende Bekämpfung von Straftaten
- Fristbeginn für den (Teil-)Widerruf eines Verwaltungsakts – BVerwG: Entscheidungsfrist

### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Verbundene und zusammenhängende Verträge, §§ 358 – 360 BGB (Teil 2: Einwendungsdurchgriff)

### GRUNDFÄLLE

- Keine entgegenstehende Rechtskraft
- Der ahnungslose Retter

### HEMMER.LIFE

- „Erfolg ist kein Zufall“ - Die Tipps der Examensbesten! Katharina Fabarius im Interview



aktuell

fallorientiert

professionell

# E-BOOK LIFE&LAW MAI 2023

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

## ZIVILRECHT

### 1 DER GUTGLÄUBIGE „LASTENFREIE“ ZWEITERWERB DER VORMERKUNG!

#### A) Sounds

#### B) Skizze

#### C) Problemaufriss

- I. Sinn und Zweck einer Vormerkung
- II. Voraussetzungen für die Entstehung einer Vormerkung (sog. „Ersterwerb“)
  1. Vormerkungsfähiger Anspruch, § 883 I BGB
  2. Bewilligung oder einstweilige Verfügung, § 885 I BGB
  3. Eintragung, §§ 883 I S. 1, 885 I BGB
  4. Berechtigung des Bewilligenden
- III. Die Übertragung der Vormerkung (sog. „Zweiterwerb“)
  1. Der gesicherte Anspruch bestand nicht („Forderungsmangel“)
  2. Die Vormerkung bestand aus anderen Gründen nicht („dinglicher Mangel“)

#### D) Lösung des Ausgangsfalles

- I. Herleitung des Anspruchs aus § 894 BGB
- II. Unrichtigkeit des Grundbuchs
  - a) Kein Erlöschen der Vormerkung durch die versehentliche Löschung
  - b) Erlöschen der Vormerkung des B aufgrund gutgläubig lastenfreien Erwerbs des K gem. § 892 I S. 1 i.V.m. § 891 II BGB analog
  - c) Ist ein gutgläubig lastenfreier Erwerb des K nach Eintragung des Widerspruchs überhaupt noch möglich?
    - aa) Erwerb einer „unbelasteten“ Vormerkung von Z analog § 401 I BGB
    - bb) Gutgläubiger lastenfreier Zweiterwerb einer vorrangigen Vormerkung durch K?
      - (1) Ansicht in der Literatur
      - (2) Ansicht des BGH
      - (3) Urteil des BGH vom 09.12.2022
        - (a) Wirkung des § 883 II BGB rechtfertigt analoge Anwendung der Vorschriften über Grundstücksrechte
        - (b) Vormerkung ist im Grundbuch eingetragen
        - (c) Vergleichbare Interessenlage
        - (d) Dogmatische Bedenken der Literatur sind nicht überzeugend
  - Mittelbarer rechtsgeschäftlicher Erwerb ist ausreichend
  - Eintragung der Vormerkung im Grundbuch ist ausreichende Publizität
  - (4) Zwischenergebnis
- III. Endergebnis

## E) Lösung der Abwandlung

- I. Die Übereignung an Z mit Zustimmung des K stellt eine Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs dar, §§ 362 II, 185 I BGB
- II. Bösgläubigkeit des Z ist unschädlich
- III. Endergebnis

## F) Kommentar

## G) Wiederholungsfrage

## H) Zur Vertiefung

# 2 VERTRAG ZUGUNSTEN DRITTER: WEM STEHT DAS RÜCKTRITTSRECHT BEI LEISTUNGSSTÖRUNGEN ZU?

## A) Sounds

## B) Problemaufriss

- I. Abgrenzung zum Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
- II. Reichweite des Drittschutzes ist Frage der Auslegung

## C) Lösung

- I. Anspruch aus §§ 433 II, 328 I BGB
  1. Vertrag zwischen V und VE als Vertrag zugunsten Dritter
  2. Anspruch durch Rücktritt des VE wieder entfallen?
    - a) Rücktrittsvoraussetzungen
    - b) Rücktrittsberechtigung
      - aa) e.A.: Rücktrittsberechtigung bei D allein oder gemeinsam bei VE und D
      - bb) a.A.: VE als Vertragspartner sei Inhaber des Rücktrittsrechts
      - cc) a.A.: Nur bei gefestigter Rechtsposition des D kann VE Rücktritt nicht allein erklären.
      - dd) Ansicht des BGH: Meinung bb) ist grundsätzlich überzeugend
        - (1) Position des VE als Vertragspartner ist maßgeblich
        - (2) Insolvenzrisiko des VE trägt D ohnehin aus Valutaverhältnis
        - (3) Position des VE als Vertragspartner ist maßgeblich
      - ee) Aber: Abweichende Vereinbarung denkbar!
      - ff) Im vorliegenden Fall keine abweichende Vereinbarung
- II. Endergebnis

## D) Kommentar

## E) Wiederholungsfrage

## F) Zur Vertiefung

# 3 RECHTSKRAFT BEI ABWEISUNG ALS „DERZEIT“ UNBEGRÜNDET

## A) Sounds

## B) Problemaufriss

- I. Formelle Rechtskraft
- II. Materielle Rechtskraft
  1. Inhaltliche Reichweite der Rechtskraft
    - a) Tenor der Entscheidung
    - b) Rechtskraft erfasst nur den Streitgegenstand
  2. Zeitliche Reichweite der Rechtskraft

### C) Lösung

- I. Zulässigkeit der Klage
  1. Klage grundsätzlich zulässig
  2. Entgegenstehende Rechtskraft (-)
- II. Begründetheit der Klage
  1. Bedingung der Widerrufserklärung (+)
  2. Voraussetzungen des § 530 BGB
    - a) Reichweite der Rechtskraft?
    - b) BGH: positive Rechtskraftwirkung (+), wenn Gericht sonstige Voraussetzungen schon geprüft und bejaht hat; andernfalls doppelte Prüfung in zwei Prozessen!
- III. Endergebnis

### D) Kommentar

### E) Background

1. Anspruch aus §§ 531 II, 812 I S. 2 Alt. 1 BGB
2. Ergebnis

### F) Wiederholungsfrage

### G) Zur Vertiefung

## 4 KOMPAKT: VERJÄHRUNGSHEMMUNG DURCH KLAGEERHEBUNG: KLAGE MUSS NUR WIRKSAM DURCH BERECHTIGTEN ERHOBEN WORDEN SEIN

### A) Sound

### B) Lösung

- I. Unterschied zwischen Schadensersatzanspruch und sog. „Restschadensersatzanspruch“ gem. § 852 BGB
- II. Verjährung des Anspruchs: Regelverjährung
  1. (Erneute) Klageerhebung im Jahr 2020 zu spät
  2. Vorherige Hemmung der Verjährung durch Klageerhebung durch X im Jahr 2018?
    - a) Wirksame Klageerhebung (+)
    - b) Berechtigung von X
    - c) Wirksamkeit der Abtretung: Keine Nichtigkeit gem. § 134 BGB
    - d) Relevanz der Klagerücknahme, § 204 II BGB
- III. Ergebnis

# STRAFRECHT

## 5 § 316A I STGB: ANGRIFF AUF DIE ENTSCHLUSSFREIHEIT UNTER ANWENDUNG VON LIST

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

**Strafbarkeit von K und W nach §§ 316a I, 25 II StGB.**

**I. Tatbestand**

**1. Objektiver Tatbestand**

a) Taugliche Tathandlung

c) Ausnutzen der „besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs“

d) Mittäterschaftliche Begehungsweise, § 25 II StGB

**2. Subjektiver Tatbestand**

**II. Rechtswidrigkeit**

**III. Schuld**

**IV. Ergebnis**

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

## 6 E-SCOOTER: TRUNKENHEIT IM STRASSENVERKEHR I.S.V. § 316 STGB = ENTZIEHUNG DER FAHRERLAUBNIS?

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

**I. Materielle Rechtmäßigkeit der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis**

**1. Gründe für Annahme eines Entzugs der Fahrerlaubnis gem. § 69 StGB**

**2. Tatverdacht für Trunkenheit im Verkehr, § 316 StGB**

a) Tauglicher Tatort

b) Taugliches Tatobjekt

c) Taugliche Tathandlung

(1.) Führen eines Fahrzeugs

(2.) Fahruntüchtigkeit

d) Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit

**3. Regelvermutung gem. § 69 II Nr. 2 StGB**

**II. Ergebnis**

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

## 7 NOTWEHR: ZUR ERFORDERLICHKEIT DER NOTWEHRHANDLUNG UND ZUM LEBENSGEFÄHRDENDEN SCHUSSWAFFENEINSATZ

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Schuss auf M

1. Vorprüfung

2. Tatentschluss

3. Unmittelbares Ansetzen

4. Rechtswidrigkeit

a) Notwehr, § 32 StGB

aa) Notwehrlage

bb) Notwehrhandlung

b) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB i.V.m. § 904 BGB

c) Vorläufige Festnahme, § 127 I StPO

4. Schuld

5. Kein Rücktritt, § 24 I StGB

II. Schuss auf N

1. Vorprüfung

2. Tatentschluss

3. Unmittelbares Ansetzen

4. Rechtswidrigkeit

a) Notwehrlage

b) Notwehrhandlung

aa) Geeignetheit der Notwehrhandlung

bb) Notwendigkeit der Notwehrhandlung

cc) Gebotenheit der Notwehrhandlung

c) Subjektives Rechtfertigungselement

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

## **8** AUTOMATISIERTE DATENANALYSE: ANFORDERUNGEN FÜR VORBEUGENDE BEKÄMPFUNG VON STRAFTATEN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Eingriff in Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung
- II. Rechtfertigung
  1. Legitimer Zweck
  2. Legitimer Zweck; Erforderlichkeit
  3. Verhältnismäßigkeit i.e.S. - Anforderungsprofil
    - a) Zweckwahrende bzw. zweckändernde Weiternutzung
    - b) Eigengewicht durch automatisierte Datenanalyse
      - (1.) Qualität und Einsatzmöglichkeiten einer automatisierten Datenanalyse
      - (2.) Generelle Eingriffsschwellen
      - (3.) Spezifisches Eingriffsgewicht der gesetzlichen Regelungen
  4. Verhältnismäßigkeit i.e.S. – Bewertung im konkreten Fall
    - a) Zweck der Verhütung von Straftaten
    - b) Zweck der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten
- III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

## **9** FRISTBEGINN FÜR DEN (TEIL-)WIDERRUF EINES VERWALTUNGSAKTS – BVERWG: ENTSCHEIDUNGSFRIST

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Sachentscheidungsvoraussetzungen
  1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I S. 1 VwGO
  2. Statthafte Klageart
  3. Klagebefugnis
  4. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO
  5. Form und Frist
  6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
  7. Sonstige Voraussetzungen
- II. Begründetheit

1. Richtiger Klagegegner, § 78 I Nr. 1 VwGO
2. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts
  - a) Rechtsgrundlage
  - b) Formelle Rechtsmäßigkeit
  - c) Materielle Rechtmäßigkeit

### III. Ergebnis

#### D) Kommentar

#### E) Wiederholungsfrage

#### F) Zur Vertiefung

# TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

## VERBUNDENE UND ZUSAMMENHÄNGENDE VER-TRÄGE, §§ 358 – 360 BGB (TEIL 2: EINWENDUNGS-DURCHGRIFF)

### A) Einleitung

1. Entstehung des Anspruchs aus § 488 I S. 2 BGB
  - a) Wirksame Vertretung der Bank gemäß §§ 164 ff. BGB
  - b) Formwirksamkeit des Darlehensvertrages, § 492 BGB
  - c) Sonstige Nichtigkeitsgründe aus dem BGB-AT
2. Anspruch erloschen
3. Durchsetzbarkeit des Anspruchs
  - a) Fälligkeit des Anspruchs
  - b) Verjährungseinrede, § 214 I BGB
  - c) Leistungsverweigerungsrecht nach § 359 I S. 1 BGB (*Einwendungsdurchgriff*)

### B) Der Einwendungsdurchgriff nach § 359 I S. 1 BGB

- I. Vorliegen eines verbundenen Vertrages i.S.d. § 358 III BGB
- II. Einwendung des Verbrauchers gegen den Anspruch des Unternehmers aus dem verbundenen Vertrag
- III. Beispiele zum Einwendungsdurchgriff
  1. Anfechtbarkeit des mit dem Darlehen verbundenen Kaufvertrages
    - a) Entstehung des Anspruches
    - b) Kein Erlöschen des Anspruches
    - c) Durchsetzbarkeit des Anspruches
      - aa) Vorliegen eines verbundenen Vertrages, § 358 III BGB
      - bb) Vorliegen einer Einwendung im Verhältnis zwischen K und V
        - (1) Bloße Anfechtbarkeit ist keine Einwendung i.S.d. § 359 I S. 1 BGB
        - (2) Nichtigkeit des Kaufvertrages bei fristgerechter Anfechtung, § 142 I BGB?
    - d) Ergebnis
  2. Mängelrechte des Käufers gegenüber dem Verkäufer
    - a) § 346 I BGB als rechtsvernichtende Einwendung aufgrund erklärten Rücktritts?

b) Aber: Mängelreue, § 438 IV S. 2 BGB

3. Sonstige Einreden
4. Kein Einwendungsdurchgriff bei Einwendungen, die auf einer Änderung des Vertrages zwischen Unternehmer und Verbraucher beruhen, § 359 I S. 2 BGB
- IV. Kein Einwendungsdurchgriff nach § 359 II BGB bei der Finanzierung des Erwerbs von Finanzinstrumenten und bei Kleinkrediten
  1. Finanzinstrumente
  2. Bagatellfälle
- V. Wirkung des Einwendungsdurchgriffs auf Verzugszinsanspruch der Bank
- VI. Kein Einwendungsdurchgriff beim zusammenhängenden Vertrag
- VII. Ausblick

# GRUNDFÄLLE

## KEINE ENTGEGENSTEHENDE RECHTSKRAFT

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

1. Keine entgegenstehende Rechtskraft
2. Rechtskräftiges Urteil
  - a) Formelle Rechtskraft
  - b) Materielle Rechtskraft
3. Umfang der Rechtskraft
  - a) „Verbrauch“ der Restforderung
  - b) Keine Rechtskrafterstreckung (h.L.)
4. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

## AUSZUG AUS DEN 34 WICHTIGSTEN FÄLLEN STRAFRECHT AT, STRAFRECHT

### DER AHNUNGSLOSE RETTER

A) Sound

B) Lösung

**Strafbarkeit des H**

I. Mord, §§ 212 I, 211 I, II StGB

1. Objektiver Tatbestand
  - a) Eintritt des tatbestandlichen Erfolges

- b) Kausalität / Objektive Zurechnung
  - c) Mord gem. § 211 II, Gruppe 2, 1. Var. StGB (Heimtücke)
  - d) Zwischenergebnis
2. Subjektiver Tatbestand
- a) Vorsatz bzgl. der Tötung eines Menschen
  - b) Vorsatz bzgl. des Mordmerkmals der Heimtücke
3. Rechtswidrigkeit
- a) Nothilfelage
  - b) Nothilfehandlung
  - aa) Erforderlichkeit
  - bb) Gebotenheit
  - c) Subjektives Rechtfertigungselement  
Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements
4. Schuld
5. Folgen des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselementes
6. Ergebnis

#### C. Zusammenfassung

#### D. Zur Vertiefung

# HEMMER.LIFE

# ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 09.12.2022, V ZR 91/21 = JURISBYHEMMER

## 1 DER GUTGLÄUBIGE „LASTENFREIE“ ZWEITERWERB DER VORMERKUNG!

+++ Verkauf eines Grundstücks +++ Eintragung einer Auflassungsvormerkung +++ Abtretung des Übereignungsanspruches +++ Widerspruch gegen Richtigkeit des Grundbuchs +++ Gutgläubiger Zweiterwerb einer Vormerkung +++ Gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Grundstücks+++ §§ 311b, 433, 883, 885, 892, 894 BGB +++

**Sachverhalt (leicht abgewandelt und vereinfacht):** E verkaufte im Jahr 2010 mit notariellem Vertrag ein ihm gehörendes Grundstück an den B. Zu Gunsten des B wurde eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Im Jahr 2014 verkaufte E das Grundstück nochmals mit notariellem Vertrag an den Z, wobei auch dieser Übereignungsanspruch durch eine weitere Vormerkung gesichert wurde. Dem Z war die zugunsten des B bestehende (vorrangige) Vormerkung bekannt.

Aufgrund eines Versehens des Grundbuchamtes wurde die zugunsten des B eingetragene vorrangige Vormerkung am 2. Mai 2017 im Grundbuch gelöscht.

Mit Vertrag vom 15. Mai 2017 verkaufte Z seinen durch Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruch aus § 433 I S. 1 BGB gegen E an den K und trat diesem den Übereignungsanspruch ab. K wusste von dem Kaufvertrag zwischen E und B und dessen zu Unrecht gelöschter Vormerkung nichts.

Gegen die Löschung der zugunsten des B eingetragenen Vormerkung wurde im Juni 2017 aufgrund einer von B beantragten einstweiligen Verfügung ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs nach § 899 BGB in das Grundbuch eingetragen.

Am 12. März 2018 erfolgte die Auflassung zwischen E und K, der anschließend als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde. K verlangt daraufhin von B im Wege der Grundbuchberichtigung die Bewilligung der Löschung des von B im Wege der einstweiligen Verfügung eingetragenen Widerspruchs.

**Kann K von B die Bewilligung der Löschung des eingetragenen Widerspruchs verlangen?**

**Abwandlung:** Nach Eintragung des Widerspruchs hat Z mit Zustimmung des Zessionars K beantragt, dass zunächst er als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen wird, was dann auch geschieht.

**Kann in dieser Situation Z von B die Bewilligung der Löschung des Widerspruchs verlangen?**

### A) Sounds

1. Bei der Abtretung einer durch Vormerkung gesicherten Forderung gilt der Inhalt des Grundbuchs analog § 892 I S. 1 BGB zugunsten des Zessionars im Hinblick auf den Grundbuchstand unter Einschluss des Rangs der Vormerkung sowie das Vorliegen ihrer sachenrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen unter Einschluss der wirksamen Bewilligung als richtig.

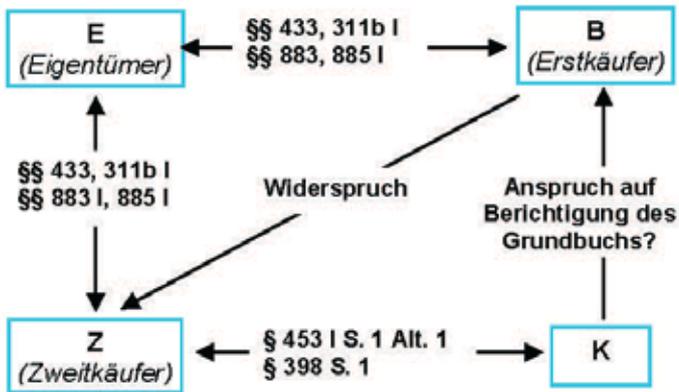
2. Der Schutz des öffentlichen Glaubens erstreckt sich hingegen nicht auf den Bestand der gesicherten Forderung.

3. Bei einem abgeleiteten Erwerb der Vormerkung ist der Zeitpunkt der Abtretung der gesicherten Forderung entscheidend für die Gutgläubigkeit des Zessionars.

4. Tritt der Zedent seinen durch Vormerkung gesicherten, gegen den Erstverkäufer gerichteten Auflassungsanspruch an einen in Ansehung eines nicht eingetragenen vorrangigen Rechts gutgläubigen Zessionar ab und übereignet der Erstverkäufer das Grundstück sodann mit Zustimmung des Zessionars an den Zedenten als Zwischenerwerber, so kommen die Wirkungen der Vormerkung dem Zedenten zugute.

5. Dies gilt auch dann, wenn der Zedent seinerseits bei Erwerb der Vormerkung nicht gutgläubig im Sinne von § 892 BGB war.

## B) Skizze



## C) Problemaufriss

Mit Beschluss vom 21. Juni 1957 hat der BGH den gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung bejaht.<sup>1</sup>

Über 65 Jahre später bestätigt der BGH dieses in der Literatur sehr umstrittene Urteil und bejaht den gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung erneut.

Damit Sie die Problematik des im Vergleich zum Original bereits vereinfachten Sachverhalts besser verstehen, werden die Grundzüge der Vormerkung in einem ausführlichen Problemaufriss dargestellt.

**Anmerkung: Der Fall ist sehr anspruchsvoll. Arbeiten Sie diesen Beitrag aber bitte dennoch aufmerksam durch. Die Relevanz dieses Urteils für Ihr Examen dürfte tatsächlich sehr groß sein!**

### I. Sinn und Zweck einer Vormerkung

Die Vormerkung dient als streng akzessorisches Sicherungsmittel der Sicherung eines wirksamen schuldrechtlichen Anspruchs, der meistens auf die Einräumung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück gerichtet ist, § 883 I BGB.

Häufigster Fall, insbesondere in Klausuren, ist die sogenannte Auflassungsvormerkung. Sie sichert den schuldrechtlichen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums nach § 433 I S. 1 BGB und nicht nur den Anspruch auf Auflassung. Die Bezeichnung „Auflassungsvormerkung“ ist daher ungenau.

**hemmer-Methode: Vormerkung wird das dingliche Recht Eigentum.**

**Da sich aber „Auflassungsvormerkung“ als Begriff durchgesetzt hat, verwenden Sie diesen Begriff bitte auch in einer Klausur!**

Bis zur Erfüllung eines Grundstückskaufvertrags durch Grundbucheintragung vergeht häufig aus verschiedenen Gründen (z.B. Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts bzgl. bezahlter Grunderwerbsteuer) längere Zeit.

Bis zur Eintragung (§ 873 I BGB) ist der Verkäufer als Rechtsinhaber aber weiterhin zu Verfügungen über das Grund-

<sup>1</sup> Vgl. BGHZ 25, 16 (23) = jurisbyhemmer.

stück berechtigt. Insofern wäre der Übereignungsanspruch des Käufers, der auf die Bewilligung der Eigentumsumschreibung durch den Verkäufer angewiesen ist (§ 19 GBO), welche i.d.R. erst nach Bezahlung des Kaufpreises erfolgen wird, gefährdet, wenn der Verkäufer das Grundstück zwischenzeitlich belasten oder anderweitig übereignen würde.

Wurde dem Käufer eine Vormerkung bewilligt, so ordnet § 883 II BGB die relative Unwirksamkeit von zwischenzeitlichen Verfügungen des Eigentümers im Verhältnis zwischen ihm und dem Vormerkungsinhaber an. Die Vormerkung sichert also den schuldrechtlichen Anspruch auf eine dingliche Rechtsänderung ab, ist aber keine „Grundbuchsperr“.

**hemmer-Methode: Der Rechtserwerb eines Dritten bleibt somit grds. möglich. Dieser ist aber im Verhältnis zum Vormerkungsinhaber *relativ* unwirksam!**

## II. Voraussetzungen für die Entstehung einer Vormerkung (sog. „Ersterwerb“)

Die Entstehung einer Vormerkung setzt voraus:

- Vormerkungsfähiger Anspruch, § 883 I BGB
- Bewilligung bzw. einstweilige Verfügung, § 885 I S. 1 BGB
- Eintragung ins Grundbuch, §§ 883 I, 885 I BGB
- Berechtigung bzw. gutgläubiger Erwerb

### 1. Vormerkungsfähiger Anspruch, § 883 I BGB

**a)** Nach § 883 I S. 1 BGB wird eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung eingetragen. Erfasst werden daher nur schuldrechtliche Ansprüche.

Ohne das Vorliegen eines Anspruchs kann die Vormerkung nicht entstehen. Die Vormerkung ist somit streng akzessorisch, was sich u.a. aus § 886 BGB ergibt.

**b)** Nach § 883 I S. 2 BGB kann eine Vormerkung auch zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche eingetragen werden.<sup>2</sup>

**aa)** An das Vorliegen eines vormerkungsfähigen **künftigen** Anspruchs werden allgemein strenge Anforderungen gestellt.

Ein i.S.v. § 883 I S. 2 BGB künftiger Anspruch liegt nur vor, wenn der Schuldner die Rechtsgrundlage nicht mehr einseitig beseitigen kann.<sup>3</sup>

**bb)** Die Anforderungen an einen **bedingten** Anspruch i.S.v. § 883 I S. 2 BGB sind weniger streng.

Eine gesicherte Grundlage ist jedenfalls dann vorhanden, wenn der Eintritt der Bedingung nicht ausschließlich vom Willen des Käufers abhängt.<sup>4</sup> Zulässig ist sogar, dass die Bedingung im Belieben des Schuldners steht. Ebenso wird eine mehrfache Bedingtheit als zulässig angesehen.<sup>5</sup> Entscheidend ist, dass die auch hier geforderte feste Rechtsgrundlage durch das bereits erfolgte Rechtsgeschäft, das den Inhalt des künftigen Anspruchs sicher bestimmt, gegeben ist.

### 2. Bewilligung oder einstweilige Verfügung, § 885 I BGB

§ 885 I S. 1 BGB setzt für die Eintragung einer Vormerkung eine Bewilligung des Betroffenen oder eine einstweilige Verfügung voraus.

Die Bewilligung nach § 885 I S. 1 Alt. 2 BGB ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Vormerkungsberechtigten oder dem Grundbuchamt. Es ist also keine Einigung gem. § 873 I BGB erforderlich.

**Anmerkung: Die Bewilligung ist nach ganz h.M. materiell-rechtlich formfrei und von der Bewilligung nach § 19 GBO zu**

<sup>2</sup> Vgl. hierzu **Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn. 106 ff.**

<sup>3</sup> **Grüneberg/Herrler**, BGB, 82. Aufl. 2023, § 883, Rn. 15.

<sup>4</sup> **Grüneberg/Herrler**, a.a.O., § 883, Rn. 16.

<sup>5</sup> BGH, NJW 1997, 862 ff.; BayObLG, DNotZ 1996, 374 ff. = jurisbyhemmer.

unterscheiden.<sup>6</sup> Lediglich bei der Bewilligung nach § 19 GBO, die für die Eintragung der Vormerkung erforderlich ist, ist die Form des § 29 GBO einzuhalten.

Die Eintragung kann nach § 885 I S. 1 Alt. 1 BGB auch aufgrund einer einstweiligen Verfügung (§ 935 ZPO) erfolgen. Der Käufer muss dabei nur glaubhaft machen (§§ 936, 920 II ZPO), dass ihm ein sicherungsfähiger Anspruch zusteht.

Nach § 885 I S. 2 BGB muss - abweichend von §§ 936, 920 II ZPO - die Anspruchsgefährdung nicht glaubhaft gemacht werden.

### 3. Eintragung, §§ 883 I S. 1, 885 I BGB

Die Vormerkung ist nach §§ 883 I S. 1, 885 BGB in das Grundbuch einzutragen. Die Eintragung wirkt konstitutiv.

### 4. Berechtigung des Bewilligenden

Die Vormerkung muss vom Berechtigten bewilligt werden. Dies ist in der Regel der Eigentümer des Grundstücks.

Ist der Bewilligende Nichtberechtigter, aber im Grundbuch als Berechtigter legitimiert, so ist nach allgemeiner Meinung ein gutgläubiger Ersterwerb der Vormerkung möglich. Da die Vormerkung aber nach h.M. (noch) kein dingliches Recht, sondern ein Sicherungsmittel eigener Art ist<sup>7</sup>, richtet sich der Ersterwerb nicht nach § 892 I BGB, sondern nach §§ 893 Alt. 2, 892 I BGB.

Wegen der Akzessorietät der Vormerkung zum gesicherten Anspruch gilt dies aber nur insoweit, als die gesicherte Forderung tatsächlich besteht. Besteht die Forderung nicht, kann die Vormerkung auch nicht gutgläubig erworben werden.<sup>8</sup>

**hemmer-Methode: Der gutgläubige Ersterwerb der Vormerkung bewirkt nach der sog. „großen Lösung“, dass in Analogie zu § 883 II BGB dem gutgläubigen Erwerb des dinglichen Rechts nichts mehr entgegengesetzt werden kann.**

**So hindert ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§§ 899, 892 I S. 1 BGB) den gutgläubigen Erwerb nicht mehr.**

**Auch eine Grundbuchberichtigung oder der Eintritt der Bösgläubigkeit vor Rechtserwerbsvollendung sind analog § 883 II BGB unschädlich.<sup>9</sup>**

**Umstritten ist, ob § 883 II BGB auch Schutz gegenüber einer Vermietung oder Verpachtung eines Grundstücks nach Eintragung der Vormerkung bietet. Diese Frage ist praktisch besonders bedeutsam, weil ein Grundstückserwerber nach § 566 BGB, der über die §§ 578 I, II, 581 II BGB auch auf die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und Geschäftsräumen anwendbar ist, in den Mietvertrag eintritt, also zunächst selbst keinen Gebrauch von der Mietsache machen kann.**

**Teilweise wird wegen § 566 BGB eine analoge Anwendung des § 883 II BGB auf den Abschluss eines Mietvertrages befürwortet.<sup>10</sup>**

**Das erscheint insofern konsequent, als der bloß obligatorisch berechnigte Mieter sonst stärker geschützt wäre als derjenige, der (durch Verfügung) ein „stärkeres“ dingliches Wohnrecht nach § 1093 BGB erwirbt, dessen Löschung er nach §§ 883 II, 888 I BGB bewilligen müsste.**

**Die Rspr.<sup>11</sup> lehnt eine analoge Anwendung des § 883 II BGB allerdings ab. Entscheidendes Argument hierfür ist der Zweck des § 566 BGB. § 566 BGB dient dem Schutz des Mieters, der bei einer Unwirksamkeit des Mietvertrages analog § 883 II BGB verfehlt würde.<sup>12</sup>**

## III. Die Übertragung der Vormerkung (sog. „Zweiterwerb“)

Die Vormerkung ist streng akzessorisch und steht immer dem Gläubiger des zu sichernden Anspruchs zu. Die Vormerkung ist daher nicht als solche übertragbar, sondern geht kraft Gesetzes gem. § 401 I BGB analog mit Abtretung des gesicherten Anspruchs nach § 398 S. 1 BGB auf den neuen Gläubiger (= Zessionar) über (sog. „Zweiterwerb“ der

6 BGH, NJW 1958, 2013 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW-RR 1989, 198 (199) = jurisbyhemmer; MüKo/Lettmaier, BGB, 9. Aufl. 2023, § 885 Rn. 14.

7 BGHZ 60, 49 ff. = jurisbyhemmer; BGHZ 57, 343 ff. = jurisbyhemmer; MüKo/Lettmaier, a.a.O., § 885 Rn. 14.

8 BGH, NJW 1981, 446 (447) = jurisbyhemmer; BGH, NJW 1994, 2947 ff. = jurisbyhemmer.

9 Ausführlich Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn. 114a ff. und Rn. 120; MüKo/Lettmaier, a.a.O., § 885 Rn. 14.

10 Grüneberg/Herrler, a.a.O., § 883, Rn. 20; Tiedtke, JURA 1981, 365.

11 BGHZ 13, 5; Knöpfle, JuS 1981, 162; Schwerdtner, JURA 1985, 320.

12 BGH, NJW 1989, 451 ff.; BGH, NJW 1989, 451 ff. = jurisbyhemmer; Grüneberg/Herrler, a.a.O., § 883, Rn. 8.

Vormerkung).<sup>13</sup>

Zur Wirksamkeit der Abtretung des vorgemerkten Anspruchs ist die Umschreibung im Grundbuch auf den Zessionar materiell nicht erforderlich.

**Anmerkung:** Die Eintragung ins Grundbuch ist aber als Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB natürlich zulässig.<sup>14</sup> Diese Eintragung ist dann aber nur deklaratorisch.<sup>15</sup>

Wenn dem Zedenten selbst keine Vormerkung zustand, stellt sich die Frage, ob ein gutgläubiger Zweiterwerb einer Vormerkung in Betracht kommt.

Bei der Frage des **gutgläubigen Zweiterwerbs** einer Vormerkung ist danach zu unterscheiden, aus welchem Grund der Ersterwerb der Vormerkung gescheitert ist.

## 1. Der gesicherte Anspruch bestand nicht („Forderungsmangel“)

Besteht der gesicherte Anspruch nicht, ist eine gleichwohl eingetragene Vormerkung aufgrund ihrer Akzessorietät nicht entstanden. Die falsch eingetragene Vormerkung kann auch von einem gutgläubigen Dritten nicht erworben werden. Da ein gutgläubiger Erwerb einer Forderung nicht möglich ist, die streng akzessorische Vormerkung aber nur analog § 401 I BGB mit Abtretung der Forderung übergeht, ist in diesem Fall kein gutgläubiger Zweiterwerb möglich.<sup>16</sup>

Eine Ausnahme besteht aber dann, wenn der zu sichernde Anspruch wegen § 117 I BGB als Scheingeschäft nichtig war, der Schuldner über das Bestehen des Anspruchs eine Urkunde ausgestellt hat, die Forderung unter Vorlage dieser Urkunde abgetreten wurde und der Zessionar die Nichtigkeit nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht auf Fahrlässigkeit beruht. In diesem Fall kommt nämlich ausnahmsweise nach § 405 Alt. 1 BGB ein gutgläubiger Forderungserwerb in Betracht.<sup>17</sup>

**Beispiel:** V verkauft ein Grundstück an K, wobei im notariellen Vertrag ein Kaufpreis von 500.000,- € stand, tatsächlich aber ein Preis i.H.v. 650.000,- € vereinbart wurde. Aufgrund der Bewilligung des V wird zugunsten des K eine Vormerkung ins Grundbuch eingetragen. K tritt unter Vorlage des notariellen Kaufvertrages den Übereignungsanspruch an den gutgläubigen D ab.

*Hat D eine Vormerkung erworben?*

D könnte die Vormerkung durch Abtretung des Übereignungsanspruches von K gem. § 398 S. 1 BGB i.V.m. § 401 I BGB analog erworben haben.

**a)** K und D haben einen Abtretungsvertrag i.S.d. § 398 S. 1 BGB geschlossen. Die Abtretung bedurfte als Verfügung auch nicht der notariellen Beurkundung nach § 311b I S. 1 BGB.

**b)** Die Wirksamkeit der Abtretung setzt das Bestehen eines abtretbaren Anspruchs voraus.

**aa)** Der beurkundete Vertrag war als Scheingeschäft nach § 117 I BGB nichtig. Der gewollte Vertrag über 650.000,- € war nicht nach § 311b I S. 1 BGB notariell beurkundet und damit formnichtig, § 125 S. 1 BGB. Daher bestand kein Anspruch des K gegen V auf Übereignung des Grundstücks. Wegen der strengen Akzessorietät der Vormerkung stand K deshalb auch keine Vormerkung zu.

**bb)** In Betracht kommen könnte aber ein **gutgläubiger Zweiterwerb** der Forderung und damit der von V dem K nach § 885 I Alt. 2 BGB bewilligten und ins Grundbuch eingetragenen Vormerkung.

**(1)** Ein gutgläubiger Forderungserwerb ist grds. nicht möglich, da er vom Gesetzgeber mangels Existenz eines Rechtscheinträgers nicht geregelt wurde.

Dies folgt auch aus § 404 BGB, da die Einwendung der Nichtigkeit der Forderung nach § 117 I BGB vom Schuldner auch dem neuen Gläubiger entgegengehalten werden kann.

13 Vgl. BGHZ 25, 23 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 1994, 2947 f. = jurisbyhemmer; BGH, NJW-RR 2022, 808 ff. = jurisbyhemmer.

14 MüKo/Lettmaier, a.a.O., § 885 Rn. 42.

15 BGH, NJW 2015, 2877 ff. = jurisbyhemmer.

16 Vgl. BGHZ 25, 16 (23) = jurisbyhemmer.

17 Vgl. dazu die Examensklausur aus dem Frühjahrstermin 2004 in Baden Württemberg in JuS 2012, 341 ff.

(2) Etwas anderes könnte sich jedoch ausnahmsweise gemäß § 405 Alt. 2 BGB ergeben.

Hierzu müsste der Schuldner eine Urkunde über die Forderung ausgestellt haben und der Gläubiger diese bei der Abtretung dem gutgläubigen Zessionar vorgelegt haben. In diesem Fall wird der gute Glaube des Erwerbers an das Bestehen der Forderung geschützt und der Schuldner kann sich nicht auf das Vorliegen eines bloßen Scheingeschäfts berufen. Hier hat K dem D den **notariellen Kaufvertrag** vorgelegt. Der notariell beurkundete Kaufvertrag erfüllt im Hinblick auf den Anspruch aus § 433 I S. 1 BGB die Voraussetzungen des § 405 BGB, da von § 405 BGB auch Urkunden erfasst werden, durch welche die betreffende Schuld erst begründet wird (vgl. dazu den Wortlaut in § 405 BGB „die Eingehung oder Anerkennung“).<sup>18</sup>

Da D gutgläubig war, hat er den wegen § 117 I BGB tatsächlich nicht bestehenden Anspruch des K gegen V auf Übereignung des Grundstücks zum Preis von 500.000,- € erworben und im Wege des gutgläubigen Zweiterwerbs auch die - mit Ausnahme der Existenz eines zu sichernden Anspruchs - dinglich wirksam bestellte Vormerkung.

## 2. Die Vormerkung bestand aus anderen Gründen nicht („dinglicher Mangel“)

Sehr umstritten ist die Frage des gutgläubigen Zweiterwerbs, wenn zwar die Forderung besteht, aber die eingetragene Vormerkung aus anderen Gründen nicht entstanden ist („dinglicher Mangel“).

Exakt mit diesem Problem befasst sich das nun zu besprechende Urteil des BGH. Der BGH bestätigt seine in der Literatur teilweise stark kritisierte Rechtsprechung und bejaht unter Berufung auf eine analoge Anwendung des § 892 I BGB erneut den gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung auch in dieser Konstellation.

**Anmerkung: Der vorliegende Fall regelt nicht den klassischen Fall, dass die Vormerkung bei der Bestellung unwirksam war, sondern der Ersterwerb der Vormerkung belastet mit einer zugunsten des B vorrangigen Vormerkung erfolgte. Beim Zweiterwerb geht es also nicht um den Erwerb einer nicht bestehenden Vormerkung, sondern um die Frage eines gutgläubigen vormerkungsfreien „lastenfreien“ Zweiterwerbs!**

## C) Lösung des Ausgangsfalles

Zu prüfen ist, ob K von B die Bewilligung der Löschung des eingetragenen Widerspruchs verlangen kann.

In Betracht kommt ein Anspruch auf Bewilligung der Löschung des eingetragenen Widerspruchs im Wege der Grundbuchberichtigung, § 894 BGB.

### I. Herleitung des Anspruchs aus § 894 BGB

Gläubiger des Grundbuchberichtigungsanspruchs ist zwar gewöhnlich der nicht eingetragene wahre Berechtigte, Schuldner der zu Unrecht eingetragene Buchberechtigte.

Die Vorschrift des § 894 BGB gilt aber auch für den eingetragenen wahren Berechtigten, der durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung beeinträchtigt ist.

§ 894 BGB gilt daher auch dann, wenn der wahre Berechtigte - wie hier - die Löschung eines Widerspruchs erreichen möchte, dessen Eintragung der vermeintliche Berechtigte zu Unrecht erwirkt hat.<sup>19</sup>

**hemmer-Methode: Der Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB ist eine „lex specialis“ zu dem in § 1004 I S. 1 BGB geregelten Eigentumsstörungsanspruch.<sup>20</sup>**

Schuldner des auf Bewilligung nach § 19 GBO gerichteten Grundbuchberichtigungsanspruchs ist derjenige, dessen

<sup>18</sup> So zutreffend Kuhn, Was im Examen wirklich geprüft wird, JuS 2012, 970 (972).

<sup>19</sup> BGH, NJW-RR 2006, 1242 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>20</sup> BGHZ, 5, 76 (82) = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2019, 71 ff. = jurisbyhemmer.

Mitwirkung für eine Berichtigung des Grundbuchs nach § 19 GBO erforderlich ist. Dies ist vorliegend der B, da aufgrund der von ihm beantragten einstweiligen Verfügung der Widerspruch ins Grundbuch eingetragen wurde.

**Anmerkung: Im Originalfall handelte es sich um einen Amtswiderspruch nach § 53 I S. 1 GBO. Auch für die Löschung dieses Anspruchs wäre B verantwortlich, da es für den Anspruch aus § 894 BGB unerheblich ist, wie die Unrichtigkeit des Grundbuchs entstanden ist.**

**Dafür spricht § 897 BGB, wonach grds. der Berechtigte die hierfür erforderlichen Kosten zu tragen hat.**

**Diese Regelung, die vom Grundsatz, dass der Schuldner die Aufwendungen zur Erfüllung seiner Pflichten zu tragen hat, abweicht, erklärt sich nur dadurch, dass Ansprüche aus § 894 BGB auch dann entstehen, wenn der Anspruchsgegner die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht zu verantworten hat.**

**Da diese Kenntnisse von Ihnen im Examen sicher nicht verlangt werden, wurde der Sachverhalt für die Besprechung in der Life&LAW vereinfacht.**

## II. Unrichtigkeit des Grundbuchs

Ein Grundbuchberichtigungsanspruch besteht nur dann, wenn das Grundbuch unrichtig wäre. Dies wäre der Fall, wenn der Widerspruch des B zu Unrecht ins Grundbuch eingetragen worden wäre.

Ein zu Unrecht in das Grundbuch eingetragener Widerspruch macht das Grundbuch unrichtig, mit der Folge, dass analog § 894 BGB ein Anspruch des K gegen B auf Bewilligung der Löschung des Widerspruchs nach § 19 GBO bestünde.

Das Grundbuch wäre demnach unrichtig, wenn die Vormerkung, die ursprünglich zugunsten des B ins Grundbuch eingetragen wurde, zwischenzeitlich nicht mehr bestehen würde. In diesem Fall wäre das Grundbuch hinsichtlich der Vormerkung des B richtig gewesen und der Widerspruch des B daher nicht berechtigt gewesen.

### a) Kein Erlöschen der Vormerkung durch die versehentliche Löschung

Die zugunsten des B eingetragene vorrangige Vormerkung wurde am 2. Mai 2017 aufgrund eines Versehens des Grundbuchamtes gelöscht.

Die zu Unrecht erfolgte Löschung hatte zur Folge, dass die Vormerkung materiell-rechtlich zunächst fortbestand und das Grundbuch deshalb unrichtig wurde.<sup>21</sup>

**hemmer-Methode: Hätte B zu diesem Zeitpunkt den Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen lassen, wäre der Widerspruch berechtigt gewesen.**

### b) Erlöschen der Vormerkung des B aufgrund gutgläubig lastenfreien Erwerbs des K gem. § 892 I S. 1 i.V.m. § 891 II BGB analog

Die zu Unrecht gelöschte und daher zunächst fortbestehende Vormerkung des B könnte erloschen sein, wenn K das Grundstück gutgläubig lastenfrei von Z erworben hätte.

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH kann nach versehentlicher Löschung einer Vormerkung aus dem Grundbuch die materiell-rechtlich weiter bestehende Vormerkung durch einen gutgläubigen „vormerkungsfreien“ Erwerb erlöschen.<sup>22</sup>

**hemmer-Methode: § 892 I S. 1 BGB regelt zum einen den gutgläubigen Eigentumserwerb oder den Erwerb sonstiger Rechte an einem Grundstück von einem Nichtberechtigten (sog. gutgläubiger Erwerb).**

**Grund: Nach § 891 I BGB wird vermutet, dass derjenige, zu dessen Gunsten ein Recht an einem Grundstück eingetragen ist, auch der Inhaber des Rechts ist.**

**Zum anderen regelt § 892 I S. 1 BGB aber auch den Erwerb eines Grundstücks vom Berechtigten, wenn dieses mit Rechten Dritter belastet ist, die z.B. infolge versehentlicher Löschung nicht (mehr) im Grundbuch eingetragen sind (sog. gutgläubiger lastenfreier Erwerb).<sup>23</sup>**

**Grund: Nach § 891 II BGB wird auch vermutet, dass ein im Grundbuch eingetragenes Recht, das gelöscht wurde, nicht mehr**

21 BGHZ 60, 45 (51) = jurisbyhemmer.

22 BGH, NJW 1991, 1113 ff. = jurisbyhemmer.

23 Grüneberg/Herrler, a.a.O., § 892, Rn. 15.