

BGH, Urteil vom 09.12.2022, V ZR 91/21 = [juris](#)byhemmer

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 sachrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen unter Einschluss der wirksamen Bewilligung als richtig.

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

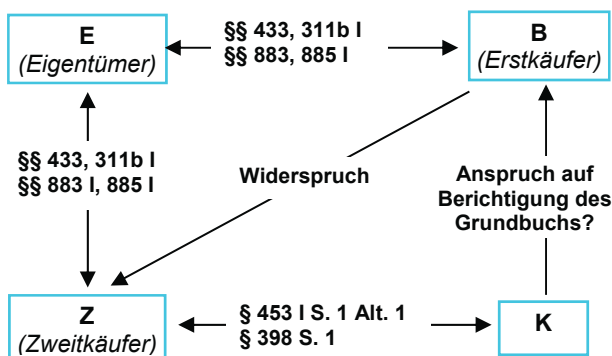
3. Bei einem abgeleiteten Erwerb der Vormerkung ist der Zeitpunkt der Abtretung der gesi-

cherten 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.¹ 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: Vorgemerkt 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 Grundstück 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.

¹ Vgl. BGHZ 25, 16 (23) = [jurisbyhemmer](#).

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

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.³

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.⁴ Zulässig ist sogar, dass die Bedingung im Belieben des Schuldners steht. Ebenso wird eine mehrfache Bedingtheit als zulässig angesehen.⁵ 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 unterscheiden.⁶ 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.

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

³ Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 883, Rn. 15.

⁴ Grüneberg/Herrler, a.a.O., § 883, Rn. 16.

⁵ BGH, NJW 1997, 862 ff.; BayObLG, DNotZ 1996, 374 ff. = **jurisbyhemmer**.

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

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 ist⁷, 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.⁸

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.⁹

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.

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.

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

Das erscheint insofern konsequent, als der bloß obligatorisch berechnete 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.¹¹ 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.¹²

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 Vormerkung).¹³

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.¹⁴ Diese Eintragung ist dann aber nur deklaratorisch.¹⁵

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.¹⁶

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.¹⁷

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.

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.

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.

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.

(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“).¹⁸

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!

D) Lösung des Ausgangsfall

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.¹⁹

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

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

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

¹⁹ BGH, NJW-RR 2006, 1242 ff. = **jurisbyhemmer**.

²⁰ BGHZ, 5, 76 (82) = **jurisbyhemmer**; BGH, NJW 2019, 71 ff. = **jurisbyhemmer**.

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.²¹

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 lastenfrier 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 erlöschen

sein, wenn K das Grundstück gutgläubig lastenfrier 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 „vormerkungsfrieren“ Erwerb erlöschen.²²

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 lastenfrier Erwerb*).²³

Grund: Nach § 891 II BGB wird auch vermutet, dass ein im Grundbuch eingetragenes Recht, das gelöscht wurde, nicht mehr besteht. Es wird also die Vollständigkeit des Grundbuchs vermutet.

Zwar ist die Vormerkung nach h.M. (noch) kein dingliches Recht, sondern ein Sicherungsmittel eigener Art. Aufgrund der dinglichen Wirkung des § 883 II BGB ist sie aber als Vorstufe des dinglichen Rechts einem Grundstücksrecht ähnlich.

Daher kann die Vorschrift des § 891 II BGB auf die Vormerkung analog angewendet werden, sodass zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers (vgl. § 892 I S. 1 BGB) daher vermutet wird, dass die im Grundbuch zu Unrecht gelöschte Vormerkung nicht mehr besteht.

Am 12. März 2018 erfolgte zwischen K und Z die dingliche Einigung (= Auflassung) nach §§ 873 I Var. 1, 925 I S. 1 BGB und die Eintragung des K als Eigentümer im Grundbuch.

c) Ist ein gutgläubig lastenfrier Erwerb des K nach Eintragung des Widerspruchs überhaupt noch möglich?

Da seit Juni 2017 ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen war, kommt ein lastenfrier Eigentumserwerb und damit ein Wegerwerb der Vormerkung wegen § 892 I S. 1 BGB grundsätzlich nicht mehr in Betracht.

²¹ BGHZ 60, 45 (51) = **jurisbyhemmer**.

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

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

hemmer-Methode: Der gutgläubige Erwerb scheidet auch aus, wenn der Erwerber gutgläubig war, aber ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen wurde.

Ein Widerspruch hat also die Aufgabe, einen gutgläubigen Erwerb zu verhindern, solange das Grundbuch noch nicht berichtigt ist.

Etwas anderes könnte jedoch dann gelten, wenn K durch die Abtretung des Übereignungsanspruchs des Z gegen E analog § 401 I BGB die zugunsten des Z im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung erworben hätte.

Wenn die für Z eingetragene Vormerkung diesem den Anspruch auf lastenfreie Übereignung nach § 433 I S. 1 i.V.m. S. 2 BGB sichern würde, dann hätte K durch die nach § 398 S. 1 BGB zwischen ihm und dem Z erfolgte Abtretung des Anspruchs auf Übereignung analog § 401 I BGB dessen Vormerkung erworben (vgl. dazu den Problemaufriss).

Hätte K eine Vormerkung erworben, welche ihm im Hinblick auf die gelöschte Vormerkung des B einen Anspruch auf „lastenfreie“ Eigentumsverschaffung sichern würde, so würde der Widerspruch dem K gegenüber nicht mehr wirken, da nach der sog. „**großen Lösung**“ ein Widerspruch dem K gegenüber **analog § 883 II BGB** unwirksam wäre (vgl. dazu erneut den Problemaufriss).

Zwar passt § 883 II BGB nicht direkt, weil die Eintragung des Widerspruchs keine Verfügung über das Grundstück bedeutet. Dennoch lässt die h.M. den Widerspruch nicht gegen den gutgläubigen Vormerkungsinhaber wirken, weil die Vormerkung ihre Aufgaben nur dann erfüllen kann, wenn sie den Vorgemerkten nicht bloß gegen abweichende Verfügungen des Veräußerers schützt, sondern auch gegen andere Beeinträchtigungen seines Erwerbs.²⁴

Fallentscheidend ist daher die Frage, ob der K eine Vormerkung erworben hat, die ihm einen Anspruch auf lastenfreie Übereignung gesichert hat.

Anmerkung: *Machen Sie sich nochmals folgende Schritte klar:*

1. *Wenn K eine Vormerkung erworben hätte, die ihm einen Anspruch auf lastenfreien Eigentumserwerb sichern würde, so wäre der Widerspruch nach der großen Lösung analog § 883 II BGB in diesem Zeitpunkt nur dem K gegenüber „relativ“ unwirksam.*

In dieser Situation könnte K von B die Zustimmung zur Löschung des eingetragenen Widerspruchs analog § 888 I BGB verlangen.

2. *Da K aber als neuer Eigentümer ins Grundbuch eingetragen wurde, wäre das Grundbuch objektiv unrichtig, wenn K das Eigentum am Grundstück gutgläubig lastenfrei erworben hätte. Dann wäre die Vormerkung erloschen.*

Der Widerspruch wäre dann nicht nur gegenüber K analog § 883 II BGB (relativ) unwirksam, sondern gegenüber allen.

Dem K steht dann nicht der Hilfsanspruch aus § 888 I BGB analog zu, sondern der Anspruch aus § 894 BGB analog.

aa) Erwerb einer „unbelasteten“ Vormerkung von Z analog § 401 I BGB

K könnte im Wege der Abtretung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs des Z gegen E die zugunsten des Z bewilligte und ins Grundbuch eingetragene Vormerkung erworben haben.

Zwar ist die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Vormerkung als solcher rechtlich nicht möglich. Nach § 398 S. 1 BGB kann nur der gesicherte Anspruch vom Gläubiger Z durch den Vertrag mit K an diesen abgetreten werden.

Die Vormerkung geht dann wegen der strengen Akzessorietät zum gesicherten Anspruch mit der Abtretung dieses Anspruchs analog § 401 I BGB „außerhalb des Grundbuchs“ kraft Gesetzes auf den K über (vgl. dazu den Problemaufriss).

Dazu müsste aber Z selbst Inhaber der Vormerkung gewesen ein, die unbelastet von einer vorrangigen Vormerkung zugunsten des B war. Ein gutgläubiger (Erst-)Erwerb der Vormerkung „unbelastet“ von der vorrangigen Vormerkung des B war durch Z selbst nach § 893 Alt. 2 BGB (vgl. den Problemaufriss) nicht möglich, weil die Vormerkung des B zu diesem Zeitpunkt noch nicht gelöscht worden war und dem Z die Existenz dieser vorrangigen Vormerkung auch bekannt war.

Z hatte daher nur eine Vormerkung erworben, die mit der vorrangigen Vormerkung des B „belastet“ war.

bb) Gutgläubiger lastenfreier Zweiterwerb einer vorrangigen Vormerkung durch K?

K könnte aber am 15. Mai 2017 durch einen im Hinblick auf deren Rangstellung „gutgläubigen Zweiterwerb“ eine Vormerkung erworben haben, die dem K dann einen bzgl. der Vormerkung des B lastenfreien Eigentumserwerb ermöglichen würde.

Fraglich ist aber, ob ein gutgläubiger Zweiterwerb einer Vormerkung beim Vorliegen eines dinglichen Mangels, aber bei Bestehen eines zu sichernden Anspruchs überhaupt möglich ist.

²⁴ BGHZ 57, 343 ff. = **juris**byhemmer; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Auflage 2021, Rn. 554.

hemmer-Methode: Wenn eine Vormerkung nicht wirksam bestellt wurde (unwirksamer Ersterwerb), dann geht es um die Frage, ob die Vormerkung durch **gutgläubigen Zweiterwerb** erworben werden kann.

Ist – wie vorliegend – der Ersterwerb nicht unwirksam, aber die Vormerkung zweitrangig, also mit der vorrangigen Vormerkung des B belastet, die aber zwischenzeitlich gelöscht ist, dann geht es um die Frage, ob ein **gutgläubiger lastenfreier Zweiterwerb** möglich ist.

Auch hier muss also differenziert werden zwischen gutgläubigem und gutgläubigem lastenfreiem Zweiterwerb (s.o.).

(1) Ansicht in der Literatur

Nach verbreiteter Ansicht in der Literatur scheidet ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung bei der Zession des gesicherten Anspruchs aus.²⁵

Anmerkung: Dabei nimmt die Diskussion in erster Linie die zunächst unwirksam bestellte Vormerkung in den Blick und nicht die hier vorliegende Konstellation des Rangverhältnisses.

Argumentiert wird damit, dass es wegen des Übergangs der Vormerkung kraft Gesetzes analog § 401 I BGB an dem für einen gutgläubigen Erwerb notwendigen rechtsgeschäftlichen Erwerb fehle.

Außerdem wird vorgebracht, dass es auch an der für den Schutz des guten Glaubens nach §§ 892 f. BGB vorausgesetzten sachenrechtlichen Übertragungsform und damit an der Wahrung des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips mangle.

Da die Vormerkung jederzeit außerhalb des Grundbuchs übergehen könne, begründe ihre Eintragung keine Vermutung dafür, dass der eingetragene Berechtigte auch Inhaber der Vormerkung sei. Zudem bestehe kein Bedürfnis für einen derartigen Schutz des Rechtsverkehrs.

Zwar gibt es bei der Hypothek, die auch nicht rechtsgeschäftlich übertragen wird, sondern kraft Gesetzes mit Abtretung der gesicherten Forderung auf den Zessionar übergeht (vgl. § 1153 I BGB bzw. § 401 I BGB), unstreitig einen gutgläubigen

Zweiterwerb. Hypothek und Vormerkung könnten aber nicht miteinander verglichen werden.

Der entscheidende Unterschied im Verhältnis zur Hypothek besteht bei der Vormerkung nämlich darin, dass die Abtretung der Forderung formlos ohne jeden Publizitätsakt erfolgt. Es genügt für die Übertragung der Forderung die formlose Einigung nach § 398 S. 1 BGB. Der Erwerb der Vormerkung nach § 401 BGB analog vollzieht sich also außerhalb des Grundbuchs, während die Hypothek Briefübergabe bzw. Grundbucheintragung gemäß § 1154 I, III BGB voraussetzt und damit ein Publizitätsakt vorliegt.

(2) Ansicht des BGH

Nach Ansicht des BGH²⁶ und der Rechtsprechung der Instanzgerichte²⁷ ist ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung grundsätzlich möglich.

Auch in der Lit. wird ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung zum Teil bejaht, wobei insbes. auf die Schutzbedürftigkeit des Erwerbers abgestellt wird, der auf den durch die Eintragung des Zedenten hervorgerufenen Rechtsschein vertrauen dürfe.²⁸

(3) Urteil des BGH vom 09.12.2022

Mit Urteil vom 09.12.2022 bestätigt der BGH seine Rechtsprechung aus dem Jahre 1957. Der BGH sieht trotz der Kritik in der Literatur keine Veranlassung, von seiner Rechtsprechung zum gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung, auf die sich der Rechtsverkehr eingestellt habe, abzurücken.

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 als richtig.

Die derartige analoge Anwendung auf den Zweiterwerb der Vormerkung ist geboten, weil die Vormerkung sowohl in ihrer Wirkung als auch im Hinblick auf die Grundbuchlage in gewissen Beziehungen einem dinglichen Recht angenähert ist und eine mit dem Erwerb eines dinglichen Rechts vergleichbare Interessenlage besteht.

²⁵ BeckOGK/Assmann, BGB [Stand 01.11.2022], § 885, Rn. 161 ff.; BeckOK/Eckert, BGB [Edition 01.11.2022], § 885, Rn. 27 f.; Grüneberg/Herrler, a.a.O., § 885 Rn. 19; Soergel/Stürmer, BGB, 13. Aufl., § 883 Rn. 44, § 893 Rn. 8; Staudinger/Kesseler, BGB [Stand 05.02.2022], § 883, Rn. 437; Staudinger/Picker, BGB [Stand: 31.12.2021], § 892, Rn. 60; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl., § 20 Rn. 52; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl., Rn. 2297 ff.; Tiedtke, Jura 1981, 354 (367 ff.); Tiedtke, JURA 1983, 522; Wiegand, JuS 1975, 212; Medicus/Petersen, a.a.O., Rn. 556 f.; Knöpfle, JuS 1981, 157 (166).

²⁶ Vgl. BGHZ 25, 16 (23) = **jurisbyhemmer**; zustimmend auch BayObLGZ 1999, 226 (230 f.) = **jurisbyhemmer**.

²⁷ KG Berlin, OLGZ 1978, 122 (124) = **jurisbyhemmer**; OLG Saarland, Rpfleger 1995, 404 (406) = **jurisbyhemmer**; OLG München, BWNotZ 2002, 12 (14) = **jurisbyhemmer**.

²⁸ Vgl. mit unterschiedlichen Begründungsansätzen u.a. Erman/Artz, BGB, 16. Aufl., § 883 Rn. 29; Jauernig/Berger, BGB, 18. Aufl., § 883 Rn. 28; MüKo/Lettmaier, a.a.O., § 885 Rn. 47; Kempf, JuS 1961, 22; Furtner, NJW 1963, 1484; Wunner, NJW 1969, 113 (116 ff.).

(a) Wirkung des § 883 II BGB rechtfertigt analoge Anwendung der Vorschriften über Grundstücksrechte

Zwar ist die Vormerkung kein dingliches Recht, wie es § 892 I S. 1 BGB voraussetzt, sondern als Sicherungsmittel eigener Art anzusehen.

Sie verleiht aber dem gesicherten schuldrechtlichen Anspruch in beträchtlichem Umfang dingliche Wirkungen im Sinn einer dinglichen Gebundenheit des Grundstücks.

Sie bewirkt insbesondere die relative Unwirksamkeit von Zwischenverfügungen (§ 883 II BGB) und sichert dem dinglichen Recht, auf dessen Einräumung der vormerkungsgesicherte Anspruch gerichtet ist, denjenigen Rang zu, der ihm zugekommen wäre, wenn es selbst bereits zur Zeit der Eintragung der Vormerkung eingetragen worden wäre (§ 883 III BGB).

Damit ist die Vormerkung einem dinglichen Recht angenähert.²⁹

(b) Vormerkung ist im Grundbuch eingetragen

Auch im Hinblick auf ihre Eintragung im Grundbuch ist die Vormerkung teilweise einem dinglichen Recht angenähert.

Zwar lässt sich aufgrund der strengen Akzessorietät der Vormerkung dem Grundbuch nicht entnehmen, ob die Forderung - und damit insoweit auch die Vormerkung - (noch) besteht oder (noch) dem Eingetragenen zusteht.

Das Erlöschen und der Übergang der Forderung vollziehen sich außerhalb des Grundbuchs.

Aus der Eintragung im Grundbuch ergibt sich aber bei einer gem. § 885 I S. 1 Alt. 2 durch Bewilligung bestellten Vormerkung zum einen, dass die Bewilligung dessen, dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, erteilt worden ist, und zum anderen die dingliche Gebundenheit des betroffenen Rechts und die Rangstellung der Vormerkung.

Anders als bei dem Erwerb einer Forderung oder eines Pfandrechts ergibt sich bezüglich dieses „sachenrechtlichen Teils“ der Vormerkung aus dem Grundbuch ein objektiver Rechtsschein, auf den der Zessionar einer vormerkungsgesicherten Forderung vertrauen kann.

(c) Vergleichbare Interessenlage

Bei einem Zweiterwerb der Vormerkung liegt auch eine mit dem Erwerb eines dinglichen Rechts vergleichbare Interessenlage vor.

Ebenso wie bei der Übertragung eines dinglichen Rechts besteht im Interesse des Rechtsverkehrs auch bei dem gesetzlichen Übergang der Vormerkung infolge der Abtretung des gesicherten Anspruchs ein Bedürfnis, sich auf das Grundbuch verlassen zu können. Die Vormerkung soll dem Berechtigten das zu dem Zeitpunkt des Erwerbs der Vormerkung nach der Grundbuchlage bestehende Erfüllungsvermögen des Schuldners sichern.

Die Eintragung der Vormerkung ist insofern Grundlage für das Vertrauen, das Eigentum ohne die im Zeitpunkt des Übergangs nicht vorhandenen oder nachträglich eingetragenen Belastungen erwerben zu können.

Derjenige, der den gesicherten Anspruch durch Abtretung erwirbt, ist auf die möglichst frühzeitige Absicherung seines in Aussicht genommenen Rechtserwerbs nicht weniger angewiesen als der ursprüngliche Erwerber. Gerade bei Kettenverkäufen besteht ein praktisches Bedürfnis für die Verkehrsfähigkeit der Vormerkung. Die Fälligkeit der Kaufpreiszahlung ist oft von der Absicherung des Käufers durch eine Vormerkung abhängig. Eine solche kann aber der ursprüngliche Käufer nach § 885 I S. 1 Alt. 2 BGB erst bestellen, wenn er im Grundbuch eingetragen ist. Diese Eintragung abzuwarten, wäre mit einem erheblichen Aufwand von Zeit und Kosten verbunden. Daher besteht ein praktisches Bedürfnis für einen Zweiterwerb der Vormerkung analog § 401 I BGB im Wege der Abtretung des gesicherten Anspruchs.

(d) Dogmatische Bedenken der Literatur sind nicht überzeugend

Die dogmatischen Bedenken der Literatur gegen die analoge Anwendung des § 892 I S. 1 BGB greifen nicht durch.

Es fehlt für die entsprechende Anwendung weder an einem rechtsgeschäftlichen Erwerb, noch ist die analoge Anwendung in dem dargestellten Umfang deswegen ausgeschlossen, weil sich der Übergang der Vormerkung ohne einen sachenrechtlichen Übertragungstatbestand außerhalb des Grundbuchs vollzieht.

Mittelbarer rechtsgeschäftlicher Erwerb ist ausreichend

Obwohl die Vormerkung nicht isoliert, sondern nur infolge der Abtretung des gesicherten Anspruchs übergehen kann, handelt es sich bei der Übertragung des Anspruchs und dem Übergang der Vormerkung um einen einheitlichen rechtsgeschäftlichen Vorgang.³⁰

²⁹ BGHZ 60, 46 (49 ff.) = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2022, 1167 ff. = jurisbyhemmer.

³⁰ So auch MüKo/Lettmaier, a.a.O., § 885 Rn. 47.

Der Übergang der Vormerkung knüpft - anders als etwa die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts - nicht an rein tatsächliche Vorgänge oder von dem Parteiwillen unabhängige Ereignisse, sondern an die rechtsgeschäftliche Übertragung der Forderung an.

Die Vertragspartner können den Übergang der Vormerkung zwar ausschließen.³¹ In aller Regel wird der Übergang der Vormerkung aber das Hauptanliegen der Vertragspartner bei der Abtretung des gesicherten Anspruchs sein, weswegen häufig auch untechnisch von einer „Abtretung der Vormerkung“ gesprochen wird.

Eintragung der Vormerkung im Grundbuch ist ausreichende Publizität

Die analoge Anwendung des § 892 I S. 1 BGB scheidet auch nicht wegen eines fehlenden sachenrechtlichen Übertragungstatbestandes aus.

Zwar ist es zutreffend, dass der gutgläubige Erwerb von dinglichen Rechten in der Regel an einen solchen Tatbestand anknüpft. Bei der Vormerkung kann es hingegen auf die Eintragung der Zession im Grundbuch entgegen vereinzelter Ansichten schon deshalb nicht ankommen, weil diese nur deklaratorisch ist.

Der gutgläubige Zweiterwerb der Vormerkung in dem dargestellten Umfang bezieht sich aber gerade nicht auf den Übergang der Vormerkung, der sich allein nach der Forderung richtet, sondern lediglich darauf, dass sich aus dem Grundbuch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der abgetretenen Forderung ergibt.

Der gute Glaube an den aus dem Grundbuch ersichtlichen „sachenrechtlichen Teil“ der Vormerkung ist nicht deswegen weniger schutzwürdig, weil sich die von der Forderung abhängigen Elemente der Vormerkung nicht aus dem Grundbuch ergeben.

(4) Zwischenergebnis

Nach alledem ist die analoge Anwendung des § 892 I S. 1 BGB auf den Zweiterwerb der Vormerkung geboten. Da K von der vorrangigen, aber versehentlich im Grundbuch gelöschten Vormerkung des B nichts wusste, hat er gutgläubig die Vormerkung „lastenfrei“ erworben.

Der gutgläubige und „lastenfreie“ Zweiterwerb der Vormerkung sicherte dem K somit einen Anspruch auf lastenfreie Übereignung **ohne** die vorrangige Vormerkung des B.³²

³¹ Vgl. Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl., § 20 Rn. 53.

³² Vgl. auch BGH, NJW 1981, 446 (447) = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 1994, 2947 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW-RR 2008, 102 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Aufgrund des gutgläubig lastenfreien Zweiterwerbs der Vormerkung war der Widerspruch des B dem K gegenüber analog § 883 II BGB unwirksam (sog. „große Lösung“).

Anmerkung: Jetzt hätte K bereits den Anspruch analog § 888 I BGB gegen B gehabt (s.o.).

Damit hat K infolge Auflassung und Eintragung im Grundbuch (§§ 873 I, 925 I BGB) das Eigentum am Grundstück lastenfrei erworben, § 892 I S. 1 BGB. In diesem Moment des lastenfreien Eigentumserwerbs ist daher die vorrangige Vormerkung des B erloschen.

III. Endergebnis

Infolge des lastenfreien Eigentumserwerbs des K und damit des „Wegerwerbs“ der Vormerkung des B war der von B erwirkte Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs nicht mehr nur dem K gegenüber relativ unwirksam analog § 883 II BGB („große Lösung“), sondern vielmehr objektiv falsch, da die Vormerkung des B erloschen ist.

Da der zu Unrecht in das Grundbuch eingetragene Widerspruch das Grundbuch insoweit objektiv unrichtig macht, steht dem K gegen B analog § 894 BGB ein Anspruch auf Bewilligung der Löschung dieses zu Unrecht eingetragenen Widerspruchs nach §§ 19, 29 GBO zu.

E) Lösung der Abwandlung

In der Abwandlung wurde der Zwischenerwerber Z aufgrund einer Ermächtigung des Zessionars K, der nach § 398 S. 2 BGB inzwischen der Gläubiger des Übereignungsanspruchs gegen E war, als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Fraglich ist, ob analog § 894 BGB auch der Z von B die Berichtigung des Grundbuchs verlangen kann.

Anmerkung: Nach Ansicht des BGH ist dies tatsächlich der Fall.

Der lastenfreie Eigentumserwerb aufgrund eines vormerkungsgesicherten Anspruchs auf lastenfreie Übereignung erfordert nicht zwingend, dass der Vormerkungsschuldner (hier: E) unmittelbar an den Anspruchsinhaber und Vormerkungsberechtigten (hier: K) leistet (vgl. Ausgangsfall).

Z hat seinen durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Übereignung gegen den E an den in Ansehung eines nicht eingetragenen vorrangigen Rechts gutgläubigen K abgetreten.

*Daher kommen dem Z bei der Übereignung des Grundstücks von E an ihn die Wirkungen der Vormerkung zugute, wenn die Übereignung mit Zustimmung des K erfolgt.
Doch nun der Reihe nach.*

I. Die Übereignung an Z mit Zustimmung des K stellt eine Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs dar, §§ 362 II, 185 I BGB

Die Übereignung an den Z, der nach der Abtretung nicht mehr Gläubiger des Übereignungsanspruchs war, ist eine Leistung an einen „Dritten“. Wenn der Gläubiger dieser Übereignung zustimmt, so stellt diese Übereignung nach §§ 362 II, 185 I BGB eine Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs des Gläubigers K dar.³³

II. Bösgläubigkeit des Z ist unschädlich

Z war allerdings sowohl im Jahr 2014, als er die Vormerkung selbst erwarb, als auch bei seinem Eigentumserwerb im Hinblick auf die Vormerkung des B nicht gutgläubig im Sinne des § 892 BGB.

Dies wäre allerdings unschädlich, wenn auch dem Z die Wirkungen der von K gutgläubig „lastenfrei“ erworbenen Vormerkung zugutekommen.

1. Da sich die Übertragung des Eigentums als Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs darstellt (§§ 362 II, 185 I BGB), ist nach Ansicht des BGH allein entscheidend, welche Wirkung die Auflassungsvormerkung zugunsten **des K** als dem Gläubiger des Anspruchs im Zeitpunkt der Erfüllung hatte. Die Vormerkung besteht nämlich immer nur mit dem Inhalt, den sie für den Gläubiger (also hier K) hatte.

Ist - wie im vorliegenden Fall - ein gutgläubiger Erwerb einer Rechtsposition erfolgt (hier der gutgläubige lastenfreie Zweiterwerb einer Vormerkung durch den K), ist diese im Rechtsverkehr genauso wirksam, als wäre der Erwerb vom Berechtigten erfolgt.

Ebenso wie sich der Inhalt der gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung nicht mehr ändert, wenn der Berechtigte nach dem gutgläubigen Erwerb bösgläubig oder ein Widerspruch eingetragen wird („große Lösung“), kann die Übereignung an einen Dritten (hier: Z) mit Zustimmung des Gläubigers (hier: K) in Erfüllung des gesicherten Anspruchs nichts an der Sicherungswirkung der Auflassungsvormerkung ändern.

Ein gutgläubig erworbenes Recht ist gleichwertig mit einem vom Berechtigten erworbenen Recht.³⁴

2. Dieses Ergebnis wird auch durch die Überlegung gestützt, dass es demjenigen, der gutgläubig eine Vormerkung erworben hat (K), nicht zur Last fallen kann, wenn er entscheidet, dass die Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs an einen Dritten erfolgen soll.

Andernfalls hinge der Wert des von ihm erworbenen Rechts nämlich davon ab, ob die Erfüllung an ihn selbst, einen gutgläubigen Dritten oder einen bösgläubigen Dritten erfolgt.

Wenn der E direkt an K übereignet, hätte der K das Eigentum lastenfrei ohne die Vormerkung des B erworben (vgl. **Ausgangsfall**).

Dann muss aber zugunsten des (bösgläubigen) Z dasselbe gelten, wenn die Übereignung an ihn mit der Zustimmung des „Berechtigten“ K erfolgt.

III. Endergebnis

Auch Z hat in der Abwandlung das Eigentum am Grundstück „lastenfrei“, also ohne die Vormerkung des B, erworben.

Damit wurde der von B erwirkte Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs zu Unrecht eingetragen. Analog § 894 BGB steht daher in der Abwandlung dem Z gegen B ein Anspruch auf Bewilligung der Löschung des Widerspruchs nach §§ 19, 29 GBO zu.

F) Kommentar

(**mt**). Diese Fallbesprechung war wirklich schwere Kost.

Die Abwandlung war der Sachverhalt, welcher der Entscheidung zugrunde lag. Für die Besprechung in der **Life&LAW** wurde der direkte Erwerb des K von E aus dem abgetretenen Anspruch bewusst als Ausgangsfall vorangestellt.

Schon die Lösung des Ausgangsfall es ist sehr schwierig, da der Aufbau verschachtelt ist.

In der Abwandlung hängt die Frage, ob der Zedent Z das Eigentum am Grundstück lastenfrei erworben hat, davon ab, ob K beim direkten Eigentumserwerb von E selbst lastenfrei erworben hätte.

Um den Fall ansatzweise verstehen zu können, wurde der Fall im Vergleich zum Original „entzerrt“ und nicht noch mehr verschachtelt.

Inhaltlich kann man zu der Begründung des BGH geteilter Meinung sein.

³³ BGH, NJW 1994, 2947 (2948) = **juris**byhemmer.

³⁴ BGH, NJW 2001, 1097 (1098) = **juris**byhemmer.

Die Kritik der Literatur hinsichtlich des gutgläubigen Zweiterwerbs einer Vormerkung, insbesondere die fehlende Vergleichbarkeit mit der Hypothek, ist nicht unberechtigt.

Der BGH hat sich aber die Mühe gemacht, sich mit jedem Argument auseinanderzusetzen. Er hält an seiner Rechtsprechung fest.

„Verdächtig“ ist dabei im Urteil der Satz, *dass sich der Rechtsverkehr auf die Rechtsprechung des BGH zum gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung eingestellt habe.*

Mit anderen Worten: Seit der Entscheidung aus dem Jahre 1957 ist der gutgläubige Zweiterwerb der Vormerkung „gelebte Praxis“, die der BGH wohl nicht wieder rückgängig machen wollte.

Wenn man sich aber vor Augen führt, wie selten diese Fälle in der Praxis tatsächlich vorkommen, wäre es kein Beinbruch gewesen, wenn der BGH seine Rechtsprechung aufgegeben hätte.

Dies hat der BGH nicht getan, sodass man nun von „gefestigter“ Rechtsprechung sprechen muss.

Im Zweiten Staatsexamen folgen Sie bitte dem BGH. Aber auch im Ersten Staatsexamen sollten Sie sich aufgrund dieses Urteils für die Ansicht des BGH entscheiden. Sie müssen jedenfalls wissen, warum der BGH den gutgläubigen Zweiterwerb bzw. den gutgläubig lastenfreien Zweiterwerb einer Vormerkung bejaht.

Anmerkung: *Im Originalfall hatte Z dem K nicht nur seinen Anspruch gegen E auf Übereignung abgetreten, sondern – aus welchem unerfindlichen Grund auch immer – das Grundstück an den K auch zusätzlich noch verkauft.*

Da dieser eigene Anspruch aber nicht durch eine Vormerkung gesichert wurde, war K aus eigenem Recht nicht in der Lage, gutgläubig lastenfrei das Grundstück zu erwerben.

*Für die Besprechung in der **Life&LAW** haben wir diesen völlig unnötigen und lediglich Notarkosten verursachenden Kaufvertrag zwischen Z und K im Sachverhalt nicht erwähnt.*

Der Fall war komplex und schwierig genug!

G) Wiederholungsfrage

▪ Warum bejaht der BGH den gutgläubigen Zweiterwerb einer Vormerkung?

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 Rang der Vormerkung und deren sachenrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen als richtig.

Zwar ist die Vormerkung nach h.M. (noch) kein dingliches Recht, sondern ein Sicherungsmittel eigener Art. Aufgrund der dinglichen Wirkung des § 883 II BGB ist sie aber als Vorstufe des dinglichen Rechts einem Grundstücksrecht ähnlich.

Daher kann die Vorschrift des § 891 II BGB auf die Vormerkung analog angewendet werden, sodass zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers (vgl. § 892 I S. 1 BGB) daher vermutet wird, dass die im Grundbuch zu Unrecht gelöschte Vormerkung nicht mehr besteht.

Der Zweiterwerb der Vormerkung erfolgt zwar kraft Gesetzes analog § 401 I BGB. Aufgrund dieses sachenrechtlichen Rechtsscheins und des zumindest mittelbaren rechtsgeschäftlichen Erwerbs als Folge des Abtretungsvertrages nach § 398 S. 1 BGB ist der gutgläubige Zweiterwerb einer aus dinglichen Gründen nicht wirksam bestellten Vormerkung zu bejahen.

Da sich der Schutz des öffentlichen Glaubens hingegen nicht auf den Bestand der gesicherten Forderung bezieht und ein gutgläubiger Erwerb einer Forderung – von der Ausnahme in § 405 Alt. 1 BGB abgesehen – nicht möglich ist, ist der gutgläubige Zweiterwerb einer Vormerkung beim Nichtbestehen der zu sichernden Forderung auch nach Ansicht des BGH abzulehnen.

G) Zur Vertiefung

Zur Vormerkung

- Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn. 98 ff.