

MittRhNotK

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Herausgeber

Rheinische Notarkammer, Köln

Herausgeberbeirat

Notar Dr. Wolfgang Baumann, Wuppertal
 RA und Notar Wolfgang Heinser, Mülheim a. d. Ruhr
 Notar Dr. Klaus Hillers, Neuss
 Notar Dr. Thomas Knoche, LL.M., Ratingen
 Notar Dr. Klaus Piehler, LL.M., Köln
 Notarin Cornelia Schmellenkamp, Leverkusen
 Notar Dr. Karl-Oskar Schmittat, Siegburg
 Notar Dr. Ulrich Sostmann, Velbert

Schriftleitung

Notarassessor Dr. Dirk Eckhardt, Köln

Aus dem Inhalt

Aufsatz

- Schippers*
 Der verlängerte Rückforderungsvorbehalt 69

Rechtsprechung

- Interner Gesamtschuldnerausgleich gleichzeitig
 Beschenkter (BGH) 83
- Befreiende Zahlung des Grundstückskäufers auf
 Notaranderkonto trotz Pfändung (BGH) 86
- Unwirksamkeit der formularmäßigen Haftungs-
 beschränkung des Bauträgers auf den Fall der
 „Nicht-Durchsetzbarkeit“ der abgetretenen Ansprüche
 gegen Subunternehmer (BGH) 89
- Unwirksamkeit der formularmäßigen Vereinbarung von
 Fälligkeitszinsen (BGH) 90
- Freistellung von Erschließungsbeiträgen im
 Grundstückskaufvertrag (OLG Köln) 91
- Wirksame Grundschuldbestellung ohne vormund-
 schaftsgewärtliche Genehmigung beim Kauf eines
 Grundstücks für einen Minderjährigen (BGH) 91
- Überbau aufgrund schuldrechtlicher Gestattung unter
 Ausschluß einer Überbaurente (OLG Düsseldorf) 92
- Grundbuchberichtigung ohne Bewilligung
 (OLG Düsseldorf) 95
- Grunderwerbsteuer bei Umlegung nach dem
 BauGB (BFH) 96
- Grunderwerbsteuer bei Abtretung eines Rücküber-
 tragungsanspruchs nach dem Vermögensgesetz (BFH) 97
- Unwiderruflichkeit der Auszahlungsanweisung der den
 Kaufpreis finanzierenden Bank (KG) 99

Heft 4/1998

S. 69–104

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Nr. 4

MittRhNotK

April 1998

Notar Josef Christian Schippers (Aachen)

Der verlängerte Rückforderungsvorbehalt

- A. Einleitung
- B. Gestaltungsspektrum
- C. Gestaltungskonstruktion
 - I. Konstruktion des Rückforderungsrechts
 - 1. Rückforderungsgrund
 - 2. Rückforderungserklärung
 - 3. Rückforderungsform
 - 4. Rückforderungsfrist
 - 5. Rückforderungsfolgen
 - II. Konstruktion der Rückübereignungsvormerkung
- D. Gestaltungsreichweite
 - I. Reichweite des Rückforderungsrechts
 - 1. Grundsätzlich weiter Gestaltungsspielraum
 - 2. Besondere Schranke des § 2301 BGB
 - 3. Allgemeine Schranken der §§ 134, 137, 138 BGB
 - II. Reichweite der Rückübereignungsvormerkung
 - 1. Schuldrechtliche Grenzen
 - 2. Sachenrechtliche Grenzen
 - a) Grenzen bei bedingten und künftigen Ansprüchen
 - b) Grenzen aufgrund des Identitätsgebots
- E. Originäre Zuständigkeiten
 - I. Schuldner des Rückforderungsrechts
 - II. Begründer der Rückübereignungsvormerkung (Identitätsgebot)
- F. Übergang auf Erben
 - I. Übergang der Rückübertragungspflicht
 - II. Übergang der Rückübereignungsvormerkung
- G. Überleitung auf Dritterwerber
 - I. Ausgangslage/Veräußerungszustimmung
 - II. Originäre Erstreckung der Rückübertragungspflicht
 - III. Originäre Erstreckung der Rückübertragungsgründe
 - IV. Privative Übernahme
 - 1. Übernahme der Rückübertragungspflicht
 - 2. Übergang, Neubestellung oder Inhaltsänderung der Rückübereignungsvormerkung
 - a) Identität der übernommenen Schuld
 - b) Gleichlauf von Schuldner- und Eigentümerwechsel (Synchronisierungsgebot)
 - c) Anwendbarkeit des § 418 Abs. 1 BGB
 - d) Gestaltungsempfehlung
 - V. Schuldrechtliche Nachfolgeklausel

- H. Formulierungsvorschlag
- I. Zusammenfassung

A. Einleitung

Zum stets zu erwägenden Inhalt eines Übergabevertrages gehört das vormerkungsgesicherte Rückforderungsrecht. Es sichert das *Versorgungsinteresse* des Übergebers, indem es seine sonstigen Austragsrechte flankiert. Es sichert sein *Familien- bzw. „Sippen-“* Interesse, indem es einen Vermögensabfluß aus seiner Blutslinie korrigiert. Und schließlich sichert es sein *Kontrollinteresse*, indem es seine Mitsprache, z.B. bei Veräußerung und Belastung, auch künftig garantiert. So ermöglicht es dem Übergeber häufig erst die Übergabe, stets erleichtert es sie¹.

Gebräuchliche Kautelen² sehen eine Rückforderung z.B.³ vor, wenn der **Übernehmer** den Grundbesitz ohne Zustimmung des Übergebers veräußert oder belastet (Veräußerungsfall), wenn die Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz eingeleitet wird oder über das Vermögen des **Übernehmers** das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet wird (Vollstreckungsfall), wenn der **Übernehmer** vor dem Übergeber verstirbt (Vorversterbensfall) oder wenn Antrag auf Scheidung der Ehe des **Übernehmers** gestellt wird (Scheidungsfall), um nur einige besonders wichtige Rückforderungsgründe zu nennen.

Das Versorgungs-, Familien- und Kontrollinteresse und das daraus folgende Rückforderungsinteresse besteht regelmäßig auf die gesamte Lebenszeit des Übergebers und sonstiger Rückforderungsberechtigter. Vor deren Tod darf der Schutz dieser Interessen weder durch einseitiges Verhalten des Übernehmers noch durch sonstige vom Willen des Übergebers unabhängige Ereignisse beeinträchtigt werden. Vor allem muß der Schutz auch und gerade beim Tod des Übernehmers oder bei der Veräußerung des Grundbesitzes durch den Übernehmer oder bei einem sonstigen Sukzessionsfall beim Übernehmer gewährleistet sein (Sukzessionsschutz).

Der Schutz des Übergebers kann mit unterschiedlicher Reichweite gewährleistet werden.

B. Gestaltungsspektrum

Man kann die Rückforderungsgründe in der Weise eng ausgestalten, daß sie *nur beim Übernehmer* ausgelöst werden können. Dann ist der Rückforderungsgrund so zu formulieren, daß etwa der Veräußerungs-, Vollstreckungs-, Vorversterbens- und Scheidungsfall ausschließlich in der Person, dem Verhalten, dem Eigentum oder den sonstigen Verhältnissen *des Übernehmers*, nicht jedoch seiner Rechtsnachfolger eintreten kann. Zu-

¹ Vgl. zu diesen Motiven Weser, ZEV 1995, 353.

² Vgl. nur die Muster bei: Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl., 1997, Rn. 917; Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl., 1992, 180/183/187/204; Wegmann, Grundstücksüberlassung, 1994, Rn. 185.

³ Vgl. die ausführlichen Zusammenstellungen möglicher Rückforderungsgründe bei: Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, 2. Aufl., 1997, A V, Rn. 227 ff.; Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 322; Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41/45 ff.; Weser, ZEV 1995, 353/354.

gleich kann die Rückforderungserklärung in der Weise eingeschränkt werden, daß sie an eine bestimmte Form und Frist gebunden wird.

Bereits diese enge Ausgestaltung des Rückforderungstatbestandes gewährleistet den Schutz des Übergebers, allerdings nur mit folgender Einschränkung. Bei dieser engen Ausgestaltung droht dem Übergeber im Veräußerungs- und Vorversterbenfall sowie bei einem sonstigen beim Übernehmer eintretenden Sukzessionsfall mit Ablauf der Rückforderungsfrist der endgültige Verlust seines Sukzessionsschutzes, da nach Fristablauf etwaige Rechtsnachfolger des Übernehmers den Grundbesitz ohne Wirksamwerden des Rückforderungsanspruchs erworben haben und weitere Sukzessionen bei ihnen einen Rückforderungsgrund nicht mehr auslösen können. Die enge Ausgestaltung stellt den Übergeber somit nach Eintritt des ersten Sukzessionsfalles vor die Alternative, entweder sein Rückforderungsrecht form- und fristgerecht auszuüben oder seinen Sukzessionsschutz endgültig zu verlieren. Dies ist nicht interessengerecht, wenn der Übergeber den ersten Rechtsnachfolger akzeptieren kann und deshalb aus Anlaß des ersten Sukzessionsfalles sein Rückforderungsrecht nicht ausüben möchte, jedoch ebenfalls seinen Rückforderungsschutz in künftigen Sukzessionsfällen nicht aufgeben will.

Um den Übergeber vor diesem Dilemma zu bewahren, liegt es nahe, auf eine Rückforderungsfrist ganz zu verzichten. Dann genießt der Übergeber – Vormerkung vorausgesetzt – vollen Sukzessionsschutz. Er kann nach Eintritt des ersten Sukzessions- oder sonstigen Rückforderungsfalles beim Übernehmer die weitere Entwicklung ohne zeitliche Einschränkung abwarten und ist bis zur Ausübung des Rückforderungsrechts aufgrund der Vormerkungswirkungen gegen alle weiteren bei Rechtsnachfolgern eintretenden Sukzessionsfälle geschützt. Dies bedeutet jedoch auf der anderen Seite, daß das vormerkungsgesicherte Rückforderungsrecht nach Eintritt des ersten Sukzessionsfalles wie ein Damoklesschwert auf *unbestimmte Dauer*, ggf. auf Lebensdauer des Übergebers und etwaiger weiterer Rückforderungsberechtigter, über den Köpfen des Übernehmers und seiner Rechtsnachfolger schwebt. Dies wird den Interessen des Übernehmers und seiner Rechtsnachfolger ebensowenig gerecht wie ein freier, von Anfang an nach Belieben ausübbarer Widerrufsvorbehalt⁴.

Hält man deshalb eine Rückforderungsfrist für erforderlich⁵ und möchte man dennoch das aufgezeigte Dilemma (Ausübungszwang oder Rechtsverlust) beim Übergeber vermeiden, so bietet sich als Ausweg an, die Rückforderungsgründe in der Weise weit auszugestalten, daß sie nicht nur *beim Übernehmer*, sondern auch *bei Rechtsnachfolgern* des Übernehmers ausgelöst werden können. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob zugleich das Rückforderungsrecht und die Rücküberlegungsvormerkung auf Rechtsnachfolger des Übernehmers erstreckt werden können und sollen. Dabei wird man zwischen Erben und rechtsgeschäftlichen Sondernachfolgern (Dritterwerb) des Übernehmers differenzieren müssen.

4 Vgl. zur zivilrechtlichen Zulässigkeit, aber Unzweckmäßigkeit eines freien Widerrufsvorbehalts: Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41/47; Weser, ZEV 1995, 353/354; Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 322; Rachuy, MittRhNotK 1993, 81/87.

5 So: Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41/47; Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 187.

6 Vgl. dazu Langenfeld, Vertragsgestaltung, 2. Aufl., 1997, Rn. 90.

7 So pointiert Wöbelauer, DNotZ 1963, 580.

8 Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41/44; Weser, ZEV 1995, 353/356 f.; Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 323 ff.; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A V, 225; Hertzberg, MittRhNotK 1988, 55/66.

9 Hier wird der Begriff der „aufschiebenden Doppelbedingung“ und nicht der Begriff des „doppelt bedingten Rechts“ verwendet, um deutlich zu machen, daß Rückforderungsgrund und -erklärung nur in ihrer Addition die Bedingung im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB darstellen, von der die Wirksamkeit des Rückfor-

C.
Gestaltungskonstruktion

Der vormerkungsgesicherte Rückforderungsvorbehalt ist ein komplexer kautelarjuristischer Regelungstypus⁶, der aus zwei Rechsebenen besteht, nämlich dem rein schuldrechtlichen Rückforderungsrecht und der mit quasi-dinglichen Wirkungen ausgestatteten Rücküberlegungsvormerkung, die ihrerseits ein janusköpfiges Zwischengebilde mit schuldrechtlichen und dinglichen Zügen ist⁷.

I. Konstruktion des Rückforderungsrechts

Nach nahezu einhelliger Ansicht im Schrifttum ist das Rückforderungsrecht weder als vertraglicher Rücktrittsvorbehalt (§§ 346 ff. BGB) noch als erweitertes Widerrufsrecht (§§ 530 ff., 812 ff. BGB) noch als auflösend bedingter Übergabevertrag (§§ 158 Abs. 2, 812 ff. BGB) zu konstruieren.

Vielmehr wird zu Recht empfohlen⁸, das Rückforderungsrecht als einen *eigenständigen vertraglichen Rückforderungsanspruch* unabhängig von den gesetzlichen Rückabwicklungsvorschriften (z.B. §§ 346 ff., 812 ff. BGB) nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen privatautonom zu gestalten. Dabei sind Rückforderungsgrund und Rückforderungserklärung als *aufschiebende Doppelbedingung*⁹ (§ 158 Abs. 1 BGB) in spezifischer Weise zum Rückforderungstatbestand zu verknüpfen und sämtliche mit einer Rückforderung verbundenen Folgen für Gegenleistungen, Nutzungen, Verwendungen, Zins- und Tilgungsleistungen, Gleichstellungsgeldern, Pflichtteilsverzichte usw. für Vergangenheit (*ex tunc*) und Zukunft (*ex nunc*) zu regeln, wobei der Vertragsgestalter die Rechtsfolgen nach der individuellen und konkreten Interessenlage der Vertragsparteien zu variieren hat. Das Rückforderungsrecht ist Bestandteil des Übergabevertrages und mit diesem in aller Regel zu einer Geschäftseinheit im Sinne von § 139 BGB verbunden. Das Rückforderungsrecht ist weder Gegenleistung noch Auflage, sondern eine von Anfang an vorbehaltene Einschränkung der Zuwendung des Übergebers¹⁰. Der Rückforderungsanspruch unterliegt der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195 BGB), die jedoch erst mit dem Eintritt der aufschiebenden Doppelbedingung beginnt¹¹ (§ 198 Satz 1 BGB). Die für das Wiederkaufsrecht geltende Ausschlussfrist von 30 Jahren nach Vereinbarung des Wiederkaufsvorbehalts (§ 503 Satz 1 BGB) kann auf das vertragliche Rückforderungsrecht nicht analog angewendet werden, da wegen des Versorgungs-, Familien- und Kontrollinteresses, das grundsätzlich auf die volle Lebenszeit des Übergebers und sonstiger Rückforderungsberechtigter besteht, keine vergleichbare Interessentlage gegeben ist¹².

1. Rückforderungsgrund

Gewöhnlich wird die Rückforderung nicht nur von einem einzigen Rückforderungsgrund, sondern von einem ganzen Bündel alternativer Rückforderungsgründe abhängig gemacht, die neben- und nacheinander sowie wiederholt eintreten können und jeder für sich die Rückforderung ermöglicht. Trotz der Bündelung mehrerer Rückforderungsgründe handelt es sich nicht um mehrere aufschiebend bedingte Ansprüche, die durch mehrere Vormerkungen zu sichern wären, sondern um einen einheitli-

derungsanspruchs abhängig ist. Im Rechtssinne handelt es sich also genau genommen nicht um zwei Bedingungen, sondern um *eine*, aus mehreren Ereignissen zusammengesetzte Bedingung; vgl. auch BGH, DNotZ 1997, 720 = MittRhNotK 1997, 82 = MittBayNot 1997, 169 = Rpfleger 1997, 208 = NJW 1997, 861 = ZEV 1997, 77 = WM 1997, 535 = MDR 1997, 338 = DNotl-Report 1997, 69, 721, der von einer „Mehrfachbedingung“ spricht.

10 Diese Einschränkung der Zuwendung des Übergebers kann wegen § 925 Abs. 2 BGB – anders als beim Eigentumsvorbehalt gemäß § 455 BGB – nicht bereits dinglich beim Verfügungsgeschäft auf dem Erfüllungswege ansetzen, sondern kann nur über ein schuldrechtliches – vorzugsweise vormerkungsgesichertes – Rückforderungsrecht auf dem Rückabwicklungswege realisiert werden.

11 Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 56. Aufl., 1997, § 198, Rn. 1.

12 Vgl. Palandt/Putzo, § 503, Rn. 2; Haegel/Schöne/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1458.

chen, unter einer aufschiebenden Doppelbedingung stehenden Anspruch, der nur ein einziges Mal durch form- und fristgerechte Erklärung der Rückforderung wirksam werden kann, auch wenn das Rückforderungsrecht unbestimmt viele Ausübungsmöglichkeiten eröffnet.

2. Rückforderungserklärung

Die Rückforderungserklärung ist als einseitige empfangsbedürftige Erklärung¹³ auszugestalten, deren Zugang die Wirksamkeit des Rückforderungsanspruchs erst eintreten läßt. Sie darf nicht verwechselt werden mit der bloßen Geltendmachung eines bereits wirksam gewordenen Anspruchs. Rechtsdogmatisch kann die Rückforderungserklärung als zulässige *Potestativbedingung*¹⁴ (§ 158 Abs. 1 BGB, vgl. auch § 495 Abs. 1 BGB) aufgefaßt werden, die der bereits im Übergabevertrag voll ausgeformten Rückforderungsvereinbarung lediglich als gewillkürte Wirksamkeitsvoraussetzung beigefügt ist. Man kann die Rückforderungserklärung jedoch auch als echtes *Gestaltungsrecht*¹⁵ begreifen, das dem Übergeber die in der Rückforderungsvereinbarung eingeräumte Befugnis verleiht, erst durch einseitigen Gestaltungsakt (Willenserklärung) den Rückforderungsanspruch zu begründen. Schließlich ist auch eine Kombination beider Gestaltungsmöglichkeiten denkbar¹⁶.

Hierin zeigt sich die dogmatische Nähe der Rückforderungserklärung zur Ausübungserklärung beim Wieder-, Vor- und (doppelt bedingten) Ankaufsrecht, bei denen die Einordnung als Potestativbedingung, als Gestaltungsrecht und nach einer vermittelnden Theorie als Potestativbedingung, die in der Ausübung eines Gestaltungsrechts liegt, Gegenstand eines Theorienstreits¹⁷ ist. Hier wie dort wird man jedoch aus der bloßen dogmatischen Einordnung in die eine oder andere Theorie keine Rechtsfolgen herleiten können, sondern die Theorien allein nach ihrer Eignung zu beurteilen haben, die sich aus dem erklärten Parteiwillen und den einzelnen Gesetzesbestimmungen ergebenden konkreten Ergebnisse zu verdeutlichen und auf die Grundstrukturen des Zivilrechts zurückzuführen. Dies gilt um so mehr, als zwischen den Theorien im wesentlichen Einigkeit über die konkreten Ergebnisse besteht.

So ist die Rückforderungserklärung – ebenso wie die Ausübungserklärung beim Wieder-, Vor- und Ankaufsrecht¹⁸ – *unwiderruflich* und *bedingungsfeindlich*, falls ausdrücklich nichts anderes vereinbart ist. Die Rückforderungserklärung hat zumindest auch den Zweck, den Rückforderungsanspruch definitiv in Geltung zu setzen. Eine widerrufliche oder bedingte Rück-

forderungserklärung würde demgegenüber zu einem unzumutbaren Übergangs- bzw. Schwebezustand führen.

Ferner ist das *Recht* bzw. die *Möglichkeit* zur Erklärung (Ausübung) der Rückforderung unpfändbar¹⁹ (§ 851 Abs. 1 ZPO), konkursfrei²⁰ (§ 1 Abs. 4 KO), nicht überleitungsfähig²¹ (§ 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG), nicht vererblich²² (§ 1922 Abs. 1 BGB), nicht übertragbar (§ 413, 399 1. Fall BGB), nicht zur Ausübung überlaßbar (§ 857 Abs. 3 ZPO) und der rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Vertretung²³, insbesondere durch einen Betreuer²⁴ (§ 1902 BGB), entzogen, falls ausdrücklich nichts anderes vereinbart ist. All dies folgt aus der höchstpersönlichen und zweckgebundenen Rechtsnatur²⁵ der Rückforderungserklärung, die sich in aller Regel aus dem eingangs genannten Versorgungs-, Familien- und Kontrollinteresse des Übergebers und des daraus folgenden höchstpersönlichen und zweckgebundenen Rückforderungsinteresses ergibt. Die Erklärung der Rückforderung ist deshalb dem Übergeber und sonstigen Rückforderungsberechtigten persönlich vorbehalten. Sie stellt sich sowohl bei Betrachtung als Potestativbedingung als auch bei Betrachtung als Gestaltungsrecht als ein Ereignis bzw. Rechtsgeschäft dar, das nur durch eine unvertretbare, etwa aus dem Mund oder der Hand des Übergebers selbst stammende Erklärung herbeigeführt werden kann, nicht jedoch aus fremdem Mund oder fremder Hand. Hierdurch wird verhindert, daß die Rückforderung, d.h. die Rückgängigmachung der vorweggenommenen Erbfolge, nicht gegen den Willen des Übergebers erfolgen kann²⁶. Nach Erklärung der Rückforderung unterliegt der Rückforderungsanspruch allerdings nicht mehr den vorgenannten Beschränkungen.

3. Rückforderungsform

Nach der jüngst bestätigten²⁷ und von der Praxis zugrundelegenden höchstrichterlichen Rspr. sowie der ganz überwiegenden Lit. bedarf die Ausübungserklärung beim Wiederkaufsrecht²⁸, beim Vorkaufsrecht²⁹, beim doppelt bedingten Ankaufsrecht³⁰ sowie die Zustimmungserklärung beim zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft³¹ nicht der für das Hauptgeschäft bestimmten Form. Sie kann vielmehr formlos, etwa mündlich, erfolgen³². Das zentrale Argument der h.M., daß den Zwecken der jeweiligen Formvorschrift, vor allem der Warn-, Beratungs- und Beweissicherungsfunktion des § 313 Satz 1 BGB, hinreichend durch die Formbedürftigkeit des Hauptgeschäftes Rechnung getragen werde, gilt auch und gerade für die detailliert im notariellen Übergabevertrag auszuformulierende Rückforderungsvereinbarung, bei deren Abschluß der Notar den unmittel-

13 Es dürfte zutreffend sein, die Rückforderungserklärung als echte Willenserklärung und nicht als bloße geschäftsähnliche Handlung (Mitteilung, Anzeige) oder gar als Realakt auszugestalten.

14 BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 723; BayObLG, DNotZ 1997, 155/157.

15 Vgl. Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41/45; Weser, ZEV 1995, 353/357.

16 So Weser, ZEV 1995, 353/357 „Gestaltungsrecht des Veräußerers auf Rückwerb“.

17 Vgl. zum Meinungsstand jeweils mit zahlreichen Nachweisen: Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., 1991, Vor § 497, Rn. 7 ff. und Vor § 504, Rn. 7; Staudinger/Mader, BGB, 13. Aufl., 1995, Vor §§ 497 ff., Rn. 4 ff., 13 und Vor §§ 504 ff., Rn. 25 ff.; MünchKommBGB/H.P. Westermann, 3. Aufl., 1995, § 497, Rn. 3 f. und § 504, Rn. 7.

18 Soergel/Huber, Vor § 497, Rn. 9 und § 497, Rn. 2 sowie § 505, Rn. 6; Staudinger/Mader, Vor §§ 497 ff., Rn. 6; Palandt/Putzo, § 505, Rn. 1; **einschränkend**: MünchKomm/H.P. Westermann, § 497, Rn. 10 und § 505, Rn. 2.

19 Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41/53; Stöber, Forderungspfändung, 11. Aufl., 1996, Rn. 322b, vgl. auch die Rn. 322 ff., insbes. Rn. 323a, 1483b (Ankaufsrecht), 1783 (Vorkaufsrecht), 1790 (Wiederkaufsrecht); Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 3. Aufl., 1996, Rn. 900; vgl. auch zur Unpfändbarkeit des gesetzlichen Widerrufsrechts nach § 530 BGB; MünchKomm/Kollhossler, § 530, Rn. 9; Palandt/Putzo, § 530, Rn. 1; vgl. auch Wülfenkemper, JfR 1988, 353/357 zur höchstpersönlichen und zweckgebundenen Rechtsnatur des Rückforderungsrechts des verarmten Schenkens nach § 528 BGB; a.A. für die Pfändbarkeit eines *freien* Widerrufs- bzw. Rückforderungsrechts: Wegmann, Grundstücküberlassung, Rn. 179/183; Weser, ZEV 1995, 353/354; insoweit ebenfalls zweifelnd Rachuy, MittRhNotK 1993, 81/87 bei Fußn. 64.

20 Vgl. Jäger/Henckel, KO, 9. Aufl., 1997, § 1, Rn. 62/86/87 zur Rückforderung wegen Verarmung (§ 528 f. BGB) und zum Widerruf wegen groben Undanks (§ 530 ff. BGB).

21 Soweit ersichtlich, wird die Überleitbarkeit des vertraglichen Rückforderungsrechts und der Befugnis zur Erklärung der Rückforderung bislang nicht von

Rspr. und Lit. behandelt. Zwar kann die Unzulässigkeit einer Überleitung insoweit nicht bereits aus der Unpfändbarkeit hergeleitet werden (§ 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG). Das Recht zur Erklärung der Rückforderung ist jedoch kein „Anspruch“ im Sinne von § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG, sondern eine dem Übergeber persönlich vorbehaltene Gestaltungs- bzw. Handlungsbefugnis. § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG gibt nur die Ermächtigung zur Überleitung von Ansprüchen, nicht jedoch zur Begründung von Ansprüchen für den Hilfeempfänger. Dies würde in die Privatautonomie (Abschlußfreiheit) des Hilfeempfängers in einer Weise eingreifen, die von § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG nicht mehr gedeckt ist; vgl. auch Rachuy, MittRhNotK 1993, 81/88, der die Überleitbarkeit eines *freien* vertraglichen Widerrufsrechts in Betracht zieht; vgl. auch Weser, ZEV 1995, 353/354 bei Fußn. 16.

22 Vgl. Palandt/Edenhofer, § 1922, Rn. 40 ff.

23 Vgl. Palandt/Heinrichs, Vor § 164, Rn. 4.

24 Vgl. Palandt/Diederichsen, § 1902, Rn. 4.

25 Vgl. Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41/48/53; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 917.

26 Vgl. auch § 852 Abs. 2 ZPO, der verhindern soll, das die Rückforderung wegen Verarmung (§ 528 BGB) nicht gegen den Willen des Schenkens durch den Pfändungsgläubiger erfolgt; dazu Zöller/Stöber, ZPO, 20. Aufl., 1997, § 852, Rn. 1.

27 Zuletzt zum Ankaufsrecht: BGH, MittBayNot 1996, 367 = DNotI-Report 1997, 158.

28 RGZ 126, 308/312; Palandt/Putzo, § 497, Rn. 7.

29 Palandt/Putzo, § 505, Rn. 1.

30 BGH, MittBayNot 1996, 367; Palandt/Heinrichs, § 313, Rn. 11.

31 BGHZ 125, 218 = DNotZ 1994, 764; Palandt/Heinrichs, § 182, Rn. 2.

32 Einschreibebrief wird empfohlen von: Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41/47; Weser, ZEV 1995, 353/358; Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 187; für einfache Schriftform: Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A V, Rn. 225 und Spiegelberger, A V, Rn. 255.

bar beteiligten Übergeber auch über Bedeutung, Voraussetzungen und Folgen der Rückforderungserklärung zu belehren hat. Deshalb und angesichts des eindeutigen Wortlauts der Parallelbestimmungen in den §§ 182 Abs. 2, 497 Abs. 1 Satz 2, 505 Abs. 1 Satz 2 BGB kann den vereinzelt Gegenstimmen³³, die auch die Ausübungserklärung für beurkundungspflichtig halten, *de lege lata* nicht gefolgt werden.

Das Fehlen einer gesetzlichen Beurkundungspflicht hindert die Kautelarpraxis jedoch nicht, die Wirksamkeit der Rückforderungserklärung von der notariellen Beurkundung als gewillkürtem Formerfordernis abhängig zu machen. Dafür sprechen gute, von den Kritikern³⁴ der h.M. aufgezeigte Gründe, die *de lege ferenda* auch die Einführung einer gesetzlichen Beurkundungspflicht für solche Ausübungserklärungen rechtfertigen. Vor allem tritt die Wirksamkeit der (Rück-)Erwerbsverpflichtung in diesen Fällen erst mit der Ausübungserklärung ein, so daß diese Erklärung jedenfalls im wesentlichen die (Rück-)Erwerbsbindung des Wiederkaufs-, Vorkaufs-, Ankaufs- und Rückforderungsberechtigten bewirkt. Ferner können zwischen dem Abschluß des Hauptgeschäfts und der Ausübungserklärung als dem *actus contrarius* geraume Zeiträume liegen, in denen sich die ursprünglich erteilte notarielle Belehrung zunehmend verflüchtigt und sich der Sachverhalt ändern kann. Zudem werden Rückerwerbsberechtigte, die ihr Recht im Wege des Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB) oder der Rechtsnachfolge erworben haben, von der notariellen Belehrung von vornherein nicht erreicht. Notarielle Belehrung ist indes angesichts der rechtlichen Tragweite von Grundstücksgeschäften nicht nur beim Erwerb, sondern auch beim Rückerwerb zweckmäßig.

4. Rückforderungsfrist

Die Rückforderungsfrist sollte dem Übergeber genügend Zeit zur Prüfung geben, ob er den Rechtsnachfolger des Übergebers als neuen Eigentümer akzeptieren kann oder nicht. Dazu sollten durchaus zwölf Monate seit Kenntnis des Grundes gewährt werden³⁵.

Der Ablauf der Rückforderungsfrist nach Eintritt des ersten Rückforderungsgrundes sollte nicht das Rückforderungsrecht als solches zum Erlöschen bringen³⁶. Vielmehr sollte die Rückforderungsfrist als Ausschlußfrist lediglich die beim *jeweils* eintretenden Rückforderungsgrund mögliche Rückforderungserklärung zeitlich beschränken. Eine nachträgliche Verlängerung der Rückforderungsfrist ist beurkundungspflichtig³⁷ und als Inhaltsänderung bei der Vormerkung einzutragen³⁸.

5. Rückforderungsfolgen

Bei der Regelung der Rückforderungsfolgen ist kautelarjuristische Variabilität in besonderem Maße gefordert. Es sollte das Schicksal von Gegenleistungen, Nutzungen und Verwendungen, Zins- und Tilgungsleistungen, gegenwärtigen und künftigen Belastungen, Geschwisterabfindungen, Pflichtteilsverzichteten usw. je nach der konkreten Gestaltung des Übergabevertrages für den Rückabwicklungsfall bedacht werden. Die schematische Verwendung eines Bausteins für alle Fälle ist in diesem Bereich verfehlt und angesichts der Tragweite der Rückforderungsfolgen gefährlich. An dieser Stelle kann im übrigen nur auf die Gestaltungsempfehlungen in der Lit. verwiesen werden.³⁹

II. Konstruktion der Rückübereignungsvormerkung

Nunmehr ist auch höchstrichterlich⁴⁰ geklärt, daß ein unter einer Doppelbedingung⁴¹ stehendes Rückforderungsrecht durch eine Rückübereignungsvormerkung gesichert werden kann. Der Notar sollte grundsätzlich auf die Eintragung einer Rückübereignungsvormerkung hinwirken, wenn Versorgungsinteressen des Übergebers im Spiel sind. Auf jeden Fall sollte er über diese Sicherungsmöglichkeit auch unter nahen Verwandten eindringlich belehren.

Das Rückforderungsrecht sollte nicht vererblich und nicht übertragbar sein, es sei denn, daß die Rückforderung erklärt ist. Die Vererblichkeit des ausgeübten Rückforderungsrechts ist sinnvoll, damit der Übernehmer nicht durch Verschleppung der Rückübertragung auf den Tod oder den Gesundheitszustand des Übergebers spekulieren kann. Die Übertragbarkeit des ausgeübten Rückforderungsrechts ist sinnvoll, damit der Übergeber nicht nur die Rückübertragung an sich, sondern im Wege der Abtretung auch an Dritte, etwa an ein anderes Kind oder ein Enkelkind, erreichen kann. Um nach dem Tod des Rückforderungsberechtigten eine problemlose Löschung der Vormerkung unter bloßer Vorlage der Sterbeurkunde zu ermöglichen, erscheint es zweckmäßig, die Vormerkung durch den Tod des Übergebers auflösend zu befristen⁴². Als Alternative kann auch eine dem Übernehmer zu Lebzeiten erteilte Löschungsvollmacht verwendet werden⁴³. Ein Löschungserleichterungsvermerk nach § 23 Abs. 2 GBO kann nicht eingetragen werden⁴⁴.

D.

Gestaltungsreichweite

I. Reichweite des Rückforderungsrechts

1. Grundsätzlich weiter Gestaltungsspielraum

Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) sowie den §§ 331 (a fortiori), 2301 (e contrario) BGB ergibt sich, daß es grundsätzlich zulässig ist, die Wirkungen oder die Durchsetzbarkeit von *Rechtsgeschäften unter Lebenden* mit den Mitteln der Bedingung, Befristung oder Stundung auf den Tod des Schuldners oder auf die Zeit nach seinem Tod hinauszuschieben⁴⁵. Nach den im BGB zum Ausdruck gekommenen Grundauffassungen gibt es insbesondere keinen allgemeinen Rechtsatz, der Suspensivbedingungen in Rechtsgeschäften unter Lebenden *per se* für unzulässig erklärt, weil und soweit sie *auch* (transmortal) oder *nur* (postmortal) nach dem Tod des Schuldners eintreten können. Die Möglichkeit, lebzeitig bindende (vormerkungsfähige) Verpflichtungen für den Fall des Todes oder für die Zeit danach zu begründen, endet lediglich an der besonderen (nicht analogiefähigen) Schranke des § 2301 BGB sowie an den allgemeinen Schranken des Zivilrechts (§§ 134, 137, 138 BGB).

Rechtsgeschäfte unter Lebenden werden nicht allein dadurch zur Verfügung von Todes wegen, daß ihre Wirksamkeit vom Eintritt einer trans- oder postmortalen Bedingung abhängig gemacht wird. Bereits im Wesen der Bedingung als eines ungewissen zukünftigen Ereignisses liegt es, daß sie ggf. erst nach dem Tod des Schuldners eintreten kann⁴⁶. Auch der Umstand,

33 Jeweils mit zahlreichen Nachweisen zum Meinungsstand: Einsele, DNotZ 1996, 835; Wulka, DNotZ 1990, 339; vgl. auch Hannen, DNotZ 1997, 543, der die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts nach § 570 b BGB für beurkundungsbedürftig hält.

34 Einsele, a.a.O.; Wulka, a.a.O.

35 Für sechs Monate ab Kenntnis des Rückforderungsgrundes: Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A V, Rn. 225; Eilenbeck, MittRhNotK 1997, 41/47; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 917; für drei Monate nach Eintritt des Grundes: Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 384.

36 Unklar: Weser, ZEV 1995, 353/358 „... anderenfalls erlischt es“; nicht das Rückforderungsrecht, sondern nur die einzelne Ausübungsmöglichkeit sollte erlöschen, da sonst der Übergeber beim erstmaligen Eintritt eines Rückforderungsgrundes gezwungen ist, sein Recht auszuüben oder es zu verlieren.

37 Vgl. BGH, NJW 1996, 452 = MittBayNot 1996, 26 = DNotl-Report 1996, 14 (zur Ausübungsfrist beim Wiederkauf).

38 Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/Amann, A I, Rn. 165.

39 Eilenbeck, MittRhNotK 1997, 41/48 ff.; Weser, ZEV 1995, 353/358; Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 327 ff.; Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 191.

40 BGH, a.a.O. (Fußn. 9).

41 Vgl. § 883 Abs. 1 Satz 2, 2. Fall BGB.

42 Weser, ZEV 1995, 353/358; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A V, Rn. 237.

43 Vgl. dazu Wulka, MittBayNot 1996, 156.

44 BGHZ 117, 390 = DNotZ 1992, 569; BGH, DNotZ 1996, 453.

45 H.M.: BGHZ 8, 23, 31 = DNotZ 1953, 275 = NJW 1953, 182 (lesenswert); BGH, DNotZ 1959, 548/552; BGHZ 31, 13/20 = NJW 1959, 2252; BGH, NJW 1984, 46/47; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1963, 273/276; Palandt/Edenhofer, § 2301, Rn. 4; MünchKommBGB/Musielak, Aufl., 1997, § 2301, Rn. 12; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1992, Rn. 421 m.w.Nachw.

46 Vgl. Granderath, NJW 1969, 462/463.

daß transmortale Bedingungen in Rechtsgeschäften unter Lebenden zu Lebzeiten des Schuldners eintreten können, steht einer (Um-)Bewertung als Verfügung von Todes wegen entgegen⁴⁷. Aber auch rein postmortale Bedingungen, die nicht zu Lebzeiten, sondern nur nach dem Tod des Schuldners eintreten können, machen lebzeitige Rechtsgeschäfte außerhalb des speziellen Anwendungsbereichs des § 2301 BGB⁴⁸ nicht zu letztwilligen Verfügungen, da bedingte Rechtsgeschäfte unter Lebenden im Unterschied zu letztwilligen Verfügungen, selbst wenn sie bindend sein sollten⁴⁹, nach den §§ 158 ff. BGB, insbes. den §§ 160, 162 BGB, unmittelbar und sofort bereits zu Lebzeiten des Schuldners wirksame Rechte und Pflichten begründen, die den Schuldner selbst bereits zu seinen Lebzeiten treffen und binden, auch wenn die Hauptwirkungen erst nach seinem Tod eintreten.

Folglich besteht für die Vereinbarung bedingter Rückforderungsrechte ein weiterer Gestaltungsspielraum. Die Rückforderungsgründe können grundsätzlich so formuliert werden, daß sie nicht nur beim Übernehmer (enge Ausgestaltung), sondern auch transmortale bei den Erben des Übernehmers (weite Ausgestaltung) eintreten können. Es bestehen ferner keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, Rückforderungsgründe zu formulieren, die nur mit dem Tod des Übernehmers (z.B. Vorversterben des Übernehmers) oder nur nach seinem Tod (z.B. Vorversterben der Erben des Übernehmers) eintreten können. Mit der postmortalen Bedingung kann der Übergeber mithin (indirekt) alle Zwecke verfolgen, die er auch mit den erbrechtlichen Instrumentarien des Vermächtnisses, der Auflage oder der Teilungsanordnung erstreben könnte, jedoch mit dem Unterschied, daß Rechtsfolge des Bedingungseintritts immer nur die Rückforderung des übertragenen Grundbesitzes ist. Neben dem Begriff der vorweggenommenen Erbfolge und der vorweggenommenen Vorerbfolge⁵⁰ könnte man somit auch den Begriff der vorweggenommenen Vermächtnis-, Auflagen- oder Teilungsanordnung bilden.

2. Besondere Schranke des § 2301 BGB

Die Vorschrift des § 2301 Abs. 1 BGB ist auf die Rückforderungsvereinbarung im Übergabevertrag auch dann nicht anwendbar, wenn in den Rückforderungsgründen Bedingungen enthalten sind, die nur mit dem Tod des Übernehmers (z.B. Vorversterbensfall) oder nur nach seinem Tod (z.B. Vorversterben der Erben des Übernehmers) eintreten können.

Zum einen stellt der Rückforderungsvorbehalt kein Schenkungsversprechen im Sinne von § 2301 Abs. 1 BGB dar, sondern – ebenso wie ein dem Übergeber eingeräumter Rücktritts (§§ 346 ff. BGB) oder Widerrufsvorbehalt (§§ 530 ff. BGB) – eine von Anfang an vorbehaltene Einschränkung der Zuwendung des Übergebers⁵¹. Bei der Rückforderung wird der Übergeber nicht um einen Vermögenswert bereichert, der endgültig aus seinem Vermögen ausgeschieden war, und der Übernehmer nicht um einen Vermögenswert entreichert, der endgültig seinem Vermögen zuzurechnen war.

Zum anderen ist das Rückforderungsrecht im Vorversterbensfall nicht nur von der bloßen Bedingung abhängig, daß der Beschenkte (Übergeber) den Schenker (Übernehmer) überlebt, sondern auch von der *Erklärung* der Rückforderung als konstitutivem Bestandteil der aufschiebenden Doppelbedingung. Diese Bedingungskombination rückt das Rückforderungsrecht in rechtserheblicher Weise von dem automatischen Wirksam-

werden einer Verfügung von Todes wegen im Erbfall und damit vom Schutzbereich des § 2301 BGB ab. An der konstitutiven Rückforderungserklärung zeigt sich, daß es beim Rückforderungsrecht im Vorversterbensfall nicht um eine verschleierte Regelung der Erbfolge durch den Übernehmer, sondern um die Rückgängigmachung der vorweggenommenen Erbfolge durch den Übergeber handelt, auf die § 2301 Abs. 1 BGB generell nicht anwendbar ist.

3. Allgemeine Schranken der §§ 134, 137, 138 BGB

Das Rückforderungsrecht überschreitet in den eingangs genannten Fällen auch nicht die allgemeinen Schranken in den §§ 134, 137 und 138 BGB, falls keine besonderen Umstände hinzutreten.

Ein Rückforderungsrecht für den Veräußerungsfall ist nach § 137 Satz 2 BGB schuldrechtlich ausdrücklich zulässig und verstößt auch nicht gegen § 137 Satz 1 BGB, wenn es durch eine Vormerkung gesichert wird⁵².

Ein Rückforderungsrecht für den Konkurs-, Vergleichs- oder Insolvenzfall (sog. Lösungsklausel) verletzt kein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB, denn es gibt keine Gesetzesbestimmung, die allgemein eine Abrede verbietet, die den Gläubigern den Zugriff auf das Übergabeobjekt nimmt⁵³. Ein Rückforderungsrecht für den Einzelzwangsvollstreckungsfall ist keine unzulässige Gläubigergefährdung im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB, da der Übernehmer und seine Erben den übertragenen Grundbesitz von Anfang an nur belastet mit dem vormerkungsgesicherten Rückforderungsrecht erwerben können, die Vormerkung aus dem Grundbuch ersichtlich ist und ein Gläubiger nicht stärkere Rechte haben kann als sein Schuldner selbst⁵⁴.

Im übrigen wird die Sittenwidrigkeit eines Rückforderungsrechts in aller Regel bereits deshalb auszuschließen sein, weil beim Rückforderungsberechtigten ein anerkanntes Versorgungs-, Familien- oder Kontrollinteresse bestehen wird, das auch und gerade ein auf Erben des Übernehmers übergehendes Rückforderungsrecht rechtfertigt. Eine unzulässige Beschränkung (Knebelung) der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Übernehmers und seiner Erben wird zudem deshalb ausscheiden, weil sich das Rückforderungsrecht nur auf einzelne Vermögensgegenstände bezieht, über die der Übernehmer niemals frei verfügen konnte⁵⁵. Auch eine unzulässige überlange Bindungsdauer wird jedenfalls nicht gegeben sein, wenn die vereinbarten Rückforderungsgründe nur zu Lebzeiten des Übergebers oder sonstiger Personen eintreten können, die ein vergleichbares Versorgungs-, Familien- oder Kontrollinteresse haben, wie z.B. der Ehegatte des Übergebers⁵⁶. Das Rückforderungsrecht muß mithin auch noch ausgeübt werden können, wenn zwischen seinem Abschluß und dem Eintritt des Rückforderungsgrundes mehr als 30 Jahre liegen⁵⁷.

II. Reichweite der Rückübereignungsvormerkung

1. Schuldrechtliche Grenzen

Die Reichweite (Zulässigkeit) einer Vormerkung richtet sich in erster Linie nach der Reichweite des gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs⁵⁸. Ein auf eine eintragbare dingliche Rechtsänderung gerichteter schuldrechtlicher Anspruch muß grundsätzlich auch durch eine Vormerkung gesichert werden können⁵⁹. Allerdings folgt aus der streng akzessorischen Rechtsnatur der

47 Vgl. BGHZ 8, 23/30.

48 Vgl. dazu nachfolgenden Abschnitt D I 2.

49 Vgl. § 2286 BGB.

50 Vgl. dazu Wegmann, MittBayNot 1991, 1.

51 H.M.: BayObLG, DNotZ 1978, 159/162; LG Aschaffenburg, Rpfleger 1973, 426; Angermaier, MittBayNot 1973, 77; Safflerling, Rpfleger 1973, 413, 414; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rn. 149 m.w.Nachw.

52 Ganz h.M.: BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 722 f.; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1484 m.w.Nachw.

53 Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41/46 m.w.Nachw.; vgl. allgemein auch Berger, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, 375 ff. m.w.Nachw. auch zur Gegenansicht.

54 OLG Düsseldorf, OLGZ 1984, 90/91; BayObLG, DNotZ 1978, 159/163; OLG Hamm, Rpfleger 1978, 137/138; Rachuy, MittRhNotK 1993, 81/87; vgl. auch zur Möglichkeit, eine Forderung unter der auflösenden Bedingung der Pfändung zu begründen: Stöber, Forderungspfändung, Rn. 20; a.A. Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 21. Aufl., 1995, § 851, Rn. 29.

55 BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 725.

56 BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 725.

57 Keine analoge Anwendung von § 503 BGB; siehe oben Abschnitt C I vor 1.

58 Vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1997, 162/163 = MittRhNotK 96, 325.

59 Vgl. Lichtenberger, NJW 1977, 1755/1757 bei Fußn. 18; Ertl, MittBayNot 1977, 114/115 bei Fußn. 20.

Vormerkung, daß die Reichweite der Vormerkung an den Schranken schuldrechtlicher Verpflichtungsmöglichkeiten endet.

Was das ausschließlich gegen den Übernehmer zu richtende Rückforderungsrecht angeht, so eröffnet, wie oben dargelegt⁶⁰, das Schuldrecht die Möglichkeit, Wirksamkeit oder Durchsetzbarkeit des Rechts mittels Bedingung, Befristung oder Stundung auf die Zeit nach dem Tod des Übernehmers hinauszuschieben. Dann muß es auch grundsätzlich möglich sein, diese lebzeitige Verpflichtung des Übernehmers durch Vormerkung zu sichern, auch soweit sie über seinen Tod hinausreicht⁶¹.

2. Sachenrechtliche Grenzen

Die Reichweite der Rückübereignungsvormerkung könnte jedoch aus sachenrechtlichen Gründen hinter der Reichweite des Rückforderungsrechts zurückbleiben.

a) Grenzen bei bedingten und künftigen Ansprüchen

Umstritten ist, ob und inwieweit die Vormerkungsfähigkeit bedingter und künftiger Ansprüche (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB) eingeschränkt werden muß.

Nach bislang überwiegender Ansicht⁶² soll nur die Vormerkungsfähigkeit *künftiger* Ansprüche gewissen Einschränkungen unterliegen, nicht jedoch die Vormerkungsfähigkeit bedingter Ansprüche. Diese Ungleichbehandlung hat der BGH⁶³ zu Recht verworfen. Da bedingte und künftige Ansprüche vom Gesetz unterschiedslos nebeneinander genannt werden, kann es nicht richtig sein, divergierende Anforderungen an sie zu stellen mit der Folge, daß die Vormerkungsfähigkeit dann letztlich von der Abgrenzung zwischen bedingten und künftigen Ansprüchen abhängt. Die zwangsläufig mit einer solchen Abgrenzung verbundenen Schwierigkeiten⁶⁴ erheilen nicht, sondern verdunkeln eher die materiellen Grenzen der Vormerkungsfähigkeit, da diese Grenzen nicht zwischen bedingten und künftigen Ansprüchen, sondern zwischen rechtlich fundierten und nicht fundierten Ansprüchen verlaufen. Diese Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen bedingten und künftigen Ansprüchen zeigen sich auch beim Rückforderungsrecht, das als künftiger Anspruch aufgefaßt werden kann⁶⁵, wenn man die Rückforderungserklärung als echtes Gestaltungsrecht einordnet, und das als bedingter Anspruch begriffen werden kann, wenn man die Theorie vom doppelt bedingten Vertrag zugrundelegt. Aus der bloßen dogmatischen Einordnung in die eine oder andere dieser Theorien kann indes die Frage der Vormerkungsfähigkeit des Rückforderungsrechts nicht entschieden werden⁶⁶, sondern es müssen die materiellen Kriterien freigelegt werden, die eine Einschränkung der Vormerkungsfähigkeit erfordern.

Einigkeit⁶⁷ besteht darüber, daß für die Vormerkungsfähigkeit eines werdenden Anspruchs jedenfalls mehr als eine bloße mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit bzw. mehr als eine von der reinen Willkür des Schuldners abhängige Bindung bestehen muß (keine Hoffnungsvormerkung). M.E. kommt bereits in diesen negativen Kriterien der entscheidende Gesichtspunkt zum Ausdruck, der eine Einschränkung der Vormerkungsfähigkeit erfordert. Wenn der bedingte oder künftige Anspruch in seinem gegenwärtigen Bestand nicht einmal schuldrechtlich gegen die Entschließungsfreiheit des Schuldners geschützt ist, so hat der Gläubiger überhaupt noch keine obligatorische Rechtsposition, die durch die fortbestehende Verfügungsfreiheit des Schuldners oder durch zwischenzeitliche Zwangsverfügungen Dritter vereitelt oder beeinträchtigt werden könnte.

Es kann nicht Sinn der Vormerkung sein, einen künftigen Gläubiger insbesondere gegen Zwangsmaßnahmen Dritter zu schützen, wenn er nicht einmal gegen die Willensentscheidung des Schuldners geschützt ist⁶⁸. Damit stellt sich das Erfordernis der Einschränkung der Vormerkungsfähigkeit bei bedingten und künftigen Ansprüchen letztlich als Konsequenz der akzessorischen Rechtsnatur der Vormerkung dar. Die Vormerkung (ent-)steht und (ent-)fällt mit dem Entstehen und Entfallen einer der Willkür des Schuldners entzogenen Bindungslage⁶⁹. Für eine solche Bindungslage ist weder bei bedingten noch bei künftigen Ansprüchen erforderlich, daß die Entstehung des Anspruchs nur noch vom Willen des Berechtigten abhängig ist⁷⁰.

Eine solche Bindungslage besteht bei dem unter einer Doppelbedingung stehenden Rückforderungsrecht auch dann, wenn der Rückforderungsgrund von einem Verhalten (Tun, Dulden, Unterlassen) des Übernehmers im Sinne einer Potestativbedingung abhängt, denn auch insoweit hat sich der Übernehmer bereits endgültig gebunden⁷¹. Wenn er einen Rückforderungsgrund durch sein Verhalten erfüllt, kann der Übergeber die Rückübertragung verlangen. Diese Bindung ist der Willkür des Übernehmers dauerhaft entzogen. Auch die Möglichkeit, das sanktionierte Verhalten zu vermeiden, befreit ihn nicht von dieser Bindung. Die Vormerkungsfähigkeit ist allerdings zu verneinen, wenn die Wirksamkeit des Rückforderungsrechts von der bloßen Billigung des Übernehmers im Sinne einer echten Wollensbedingung abhängig gemacht wird⁷², was praktisch kaum vorkommen wird.

b) Grenzen aufgrund des Identitätsgebots

Eine weitere sachenrechtliche Einschränkung der Vormerkungsfähigkeit ergibt sich aus dem sog. Identitätsgebot, auf das unten⁷³ noch näher einzugehen sein wird.

E.

Originäre Zuständigkeiten

I. Schuldner des Rückforderungsrechts

Aus der rein schuldrechtlichen (relativen) Natur des Rückforderungsrechts folgt, daß originärer (erster) Schuldner des Rückforderungsrechts nur derjenige sein kann, der als Vertragspartner am Übergabevertrag unmittelbar beteiligt ist, also der Übernehmer (ggf. auch der mitwirkende Ehegatte), nicht jedoch seine Erben (Erbes-Erben) oder gar etwaige Dritterwerber, die praktisch nie am Vertragsschluß mitwirken können, wollen oder sollen.

Die Vertragsschließenden (Übergeber und Übernehmer) können die Verpflichtung zur Rückübertragung somit nur mit Wirkung *inter partes* begründen. Eine Begründung der Rückübertragungsverpflichtung mit unmittelbarer und sofortiger (originärer) Wirkung gegenüber unbeteiligten Dritten (Erben, Dritterwerbern) ist *kraft Rechtsgeschäfts* nicht möglich, da dies ein mit den Prinzipien des BGB (Privatautonomie, Relativität des Schuldverhältnisses) nicht vereinbarer und deshalb unwirksamer Vertrag zu Lasten Dritter wäre⁷⁴.

Im Urkundstext sollte deshalb eindeutig fixiert werden, wer der Schuldner der Rückübertragungsverpflichtung ist. Bei der Bezeichnung des Schuldners sollte kein Hinweis auf Rechtsnachfolger des Schuldners erfolgen, da dies als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter mißverstanden werden könnte.

60 Siehe oben Abschnitt D i.

61 Staudinger/Gursky, BGB, 13. Aufl., 1995, § 883, Rn. 51/52 m.w.Nachw.

62 BayObLG, DNotZ 1996, 374/377; BayObLG, DNotZ 1989, 370/373; BayObLG, DNotZ 1978, 159; BayObLG, DNotZ 1978, 29; OLG Köln, MittRnNotK 1995, 100/101; Lichtenberger, NJW 1977, 1755/1758 f.; Ertl, MittBayNot 1977, 114.

63 BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 722; ebenso Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 126.

64 Vgl. dazu: BayObLG, DNotZ 1996, 374; BayObLG DNotZ 1989, 370/371.

65 So Ellenbeck, MittRnNotK 1997, 41/49.

66 MünchKommBGB/Wacke, 3. Aufl., 1997, § 883, Rn. 27.

67 Vgl. nur Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 122 m.w.Nachw.

68 BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 722; MünchKommWacke, § 883, Rn. 24.

69 Vgl. Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 16.

70 Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 124/126 m.w.Nachw.

71 BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 723.

72 Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 120 m.w.Nachw.

73 Siehe unten Abschnitt E II.

74 Palandt/Heinrichs, Vor § 328, Rn. 10; MünchKommBGB/Gottwald, 3. Aufl., 1994, § 328, Rn. 139.

Von der Bezeichnung des Schuldners strikt zu unterscheiden ist die Bezeichnung derjenigen Personen, an die in den Rückforderungsgründen angeknüpft wird. Letzteres betrifft nicht die Bestimmung des Schuldners, sondern allein den Anspruchs- bzw. Bedingungsinhalt. Der Auslöser des Rückforderungsgrundes muß keineswegs identisch sein mit dem Schuldner des Rückforderungsrechts, da Auslöser auch der Übergeber (z.B. durch Verarmung) oder ein Dritter (z.B. durch Vollstreckung) sein kann⁷⁵.

Fehlt es an einer expliziten Bezeichnung des Schuldners, so muß im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ermittelt werden, ob die Vertragsschließenden Verpflichtungen nur inter partes oder auch zu Lasten Dritter (Rechtsnachfolgern des Übernehmers) begründen wollten. Die bloße Erwähnung der Rechtsnachfolger im Zusammenhang mit der Bezeichnung des Schuldners wird man *im Zweifel* als schlichten (deklaratorischen) Hinweis auf die Vererblichkeit der Rückübertragungsverpflichtung auszulegen haben⁷⁶, da den Vertragsparteien, die ihren Willen durch einen auf die Wirksamkeit der Urkunde verpflichteten Notar (§ 17 BeurkG) formulieren lassen, nicht ohne besondere Umstände unterstellt werden kann, einen rechtlich evident unzulässigen, gegen fundamentale Prinzipien des Zivilrechts verstößenden Weg gewählt zu haben, obwohl ihnen ein zum annähernd gleichen Ergebnis führender rechtlich zulässiger Weg (Erbfolge) ohne weiteren Rechtsakt offenstand.⁷⁷

II. Begründer der Rückübertragungsvormerkung (Identitätsgebot)

Nach ganz h.M.⁷⁸ ist für die Begründung einer Vormerkung u.a. erforderlich, daß der Besteller im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung sowohl Schuldner des zu sichernden Anspruchs als auch Inhaber des von der Vormerkung betroffenen dinglichen Rechts⁷⁹ ist. Der zu sichernde Anspruch muß sich gegen denjenigen richten, dessen Grundstück oder Grundstücksrecht von der Vormerkung betroffen wird (Personengleichheit von Anspruchsschuldner und Vormerkungsbetroffenem – kurz Identitätsgebot genannt).

Der Übernehmer ist nach Vollzug der Übergabe (Umschreibung) sowohl Eigentümer des von der Rückübertragungsvormerkung betroffenen Grundbesitzes als auch originärer Schuldner des gesicherten Rückforderungsrechts. Das Identitätsgebot steht somit nach Vollzug der Übergabe der Eintragung einer Rückübertragungsvormerkung nicht mehr entgegen.

Wenn ausnahmsweise ein Dritter am Vertragsschluß mitwirkt, wie z.B. der nicht miterwerbende Ehegatte des Übernehmers oder Abkömmlinge des Übernehmers als künftige Erben, und der Dritte sich selbst – etwa im Hinblick auf einen etwaigen künftigen Eigentumserwerb – originär zur Rückübertragung verpflichtet, kann diese (Mit-)Verpflichtung nicht sofort durch Vormerkung gesichert werden, da der Dritte, was seine Mitverpflichtung angeht, zwar Anspruchsschuldner, nicht jedoch Vormerkungsbetroffener, und umgekehrt der Übernehmer zwar insoweit Vormerkungsbetroffener, nicht jedoch Anspruchsschuldner ist⁸⁰. Das gegen den Dritten gerichtete Rückforderungsrecht kann erst durch Vormerkung gesichert werden, wenn der Dritte Eigentümer des übergebenen Grundbesitzes geworden ist.

F. Übergang auf Erben

I. Übergang der Rückübertragungspflicht

Die vom Erblasser *herrührenden* Schulden (sog. Erblasserschulden) gehen kraft Gesetzes gemäß den §§ 1922, 1967 Abs. 2, 1. Fall BGB auf die Erben über. Auch die im Zeitpunkt des Erbfalls noch unfertigen, werdenden und schwebenden Rechtsbeziehungen, namentlich bedingte, befristete und gestundete Verpflichtungen, rühren vom Erblasser her und sind Erblässerschulden auch dann, wenn ihre Wirksamkeit oder Durchsetzbarkeit erst mit oder nach dem Erbfall eintritt, und selbst dann, wenn ihre Wirksamkeit oder Durchsetzbarkeit noch von einem Verhalten der Erben abhängt⁸¹. Jedenfalls dann, wenn der Erblasser noch zu seinen Lebzeiten einen seiner Willkür entzogenen, ihn lebzeitig bindenden Verpflichtungstatbestand geschaffen hat, wie z.B. einen bedingten Vertrag abgeschlossen hat, rührt die Schuld vom Erblasser her, mag auch der Entstehungstatbestand sich erst mit oder nach dem Erbfall vollenden und noch vom Eintritt eines Auslösetatbestandes (Bedingung) abhängen.

Hieraus folgt für das Rückforderungsrecht: Ist ein Rückforderungsgrund bereits zu Lebzeiten des Übernehmers eingetreten oder sind die Rückforderungsgründe in der Weise weit ausgestaltet, daß sie trans- oder postmortal noch bei den Erben eintreten können, so geht die bedingte Rückübertragungspflicht als Erblässerschuld auf die Erben des Übernehmers auch dann über, wenn im Zeitpunkt des Erbfalls die – noch mögliche – Rückforderung noch nicht erklärt ist bzw. ein Rückforderungsgrund noch nicht eingetreten ist⁸².

Allerdings gehen diese latenten Rechtsbeziehungen – ebenso wie die zu Lebzeiten bereits wirksam gewordenen Erblässerschulden – nur dann auf die Erben über, wenn sie vererblich sind, was nicht der Fall ist, wenn sie höchstpersönlich sind⁸³. Zu beachten ist insbesondere, daß die Rückübertragungspflicht nur mit dem lebzeitig festgelegten Anspruchs- bzw. Bedingungsinhalt auf die Erben übergehen kann. Das Prinzip der Universalsukzession (§§ 1922 Abs. 1, 1967 Abs. 2, 1. Fall BGB) bewirkt lediglich einen Subjektwechsel, nicht jedoch eine Inhaltsänderung. Die Möglichkeit des Eintritts der Rückforderungsgründe bei den Erben wird nicht automatisch eröffnet im Wege der Universalsukzession, sondern nur im Wege rechtsgeschäftlicher Einbeziehung.

Sind demnach die Rückforderungsgründe in der Weise eng ausgestaltet, daß sie nur beim Übernehmer eintreten können, so kann das Rückforderungsrecht nur dann auf die Erben übergehen, wenn noch zu Lebzeiten des Übernehmers ein Rückforderungsgrund eingetreten ist. Anderenfalls steht mit dem Erbfall fest, daß ein Rückforderungsgrund nicht mehr eintreten kann, die aufschiebende Doppelbedingung also endgültig ausgefallen ist und das Rückforderungsrecht erloschen ist.

Im Urkundstext sollte deshalb zum Ausdruck kommen, ob die Rückforderungsgründe nur beim Übernehmer (enge Ausgestaltung) oder auch bei seinen Erben (weite Ausgestaltung) eintreten können.

Fehlt es an einer ausdrücklichen Einbeziehung der Erben in die Rückforderungsgründe, so wird man auch hier im Wege der Auslegung die Reichweite des jeweiligen Auslösetatbestandes

75 Amann, DNotZ 1995, 252/257.

76 Amann, DNotZ 1995, 252/258.

77 Rechtsgedanke des § 140 BGB; vgl. Palandt/Heinrichs, § 140, Rn. 1.

78 BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 724; Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 46 mit weiteren Nachw.; Amann, DNotZ 1995, 252/253; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1493.

79 Vgl. materiell § 885 Abs. 1, 2. Fall, BGB, formell 19 GBO.

80 Vgl. Amann, DNotZ 1995, 252/256.

81 Vgl. BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 724; BGH, DNotZ 1992, 104 = MittRhNotK 1991, 285 = NJW 1991, 2558/2559 (Eintritt der Verarmung des Schenkers nach dem Tode des Beschenkten); BGH, WM 1968, 37/38 (aufschiebend bedingte Ver-

pflichtung zur Bestellung eines dinglichen Wohnrechts); Palandt/Edenhofer, § 1922, Rn. 26 und § 1967, Rn. 5; MünchKommLeipold, § 1922, Rn. 25 und Siegmann, § 1967, Rn. 10; Staudinger/Marotzke, BGB, 13. Aufl., 1994, § 1922, Rn. 239 f. und 303 f.; Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 51/52; BGB-RRK/Johannsen, BGB, 12. Aufl., 1974, § 1967, Rn. 4.

82 Vgl. BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 726; BayObLG, DNotZ 1997, 155/157; OLG, Düsseldorf, MittRhNotK 1996, 231; Amann, DNotZ 1995, 252/254 f.; Demharter, ZEV 1997, 79; a.A. (überholt): OLG Hamm, DNotZ 1995, 315/317; LG Siegen, Rpfleger 1995, 66; Sandweg, Rpfleger 1995, 404.

83 Vgl.: MünchKommLeipold, § 1922, Rn. 20; Staudinger/Marotzke, § 1922, Rn. 115/275/302.

zu ermitteln haben. Aus dem Versorgungs-, Familien- und Kontrollinteresse, das auf die gesamte Lebenszeit des Übergebers besteht, wird man in aller Regel auf den Willen schließen können, die Rückforderungsgründe inhaltlich auch auf die Erben des Übernehmers zu erstrecken, und zwar auch dann, wenn sie im Wortlaut des Rückforderungsgrundes nicht ausdrücklich genannt sind. Anderenfalls würde der Übergeber beim Tod des Übernehmers (Vorversterbensfall) zur Entscheidung gezwungen, entweder die Rückforderung zu erklären oder nach Ablauf der Rückforderungsfrist seinen Rückforderungsschutz endgültig zu verlieren, was typischerweise nicht dem Willen der Beteiligten entsprechen wird⁸⁴.

II. Übergang der Rückübereignungsvormerkung

Wenn und soweit die gegen den Übernehmer gerichtete Rückübertragungsverpflichtung auf die Erben des Übernehmers im Wege der Universalsukzession übergeht, geht auch die zu ihrer Sicherung bestehende Rückübereignungsvormerkung auf die Erben des Übernehmers gemäß den §§ 1922, 1967 Abs. 2, 1. Fall BGB über. Die Vererblichkeit der Vormerkung auf Seiten des Anspruchsschuldners und Vormerkungsbedingten ist in § 884 BGB vorausgesetzt und unumstritten⁸⁵.

Die Vererblichkeit der Rückübereignungsvormerkung besteht bei weiter Ausgestaltung des Rückforderungsrechts auch insoweit, als im Zeitpunkt des Erbfallens ein Rückforderungsgrund noch nicht eingetreten ist oder die Rückforderung noch nicht erklärt ist. Der Erbfall berührt die Identität des vormerkungsgesicherten Anspruchs nicht. Auch das Bestehen von trans- und postmortalen Bedingungen teilt diesen nicht in einen gegen den Übernehmer und einen gegen seine Erben gerichteten Anspruch auf, sondern betrifft lediglich den Inhalt eines einheitlichen, über den Tod des Übernehmers hinaus fortbestehenden Anspruchs.

Auch das Identitätsgebot steht dem Übergang der Rückübereignungsvormerkung auf Übernehmerseite nicht entgegen, da sich dieses grundsätzlich nur auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung bezieht, nicht jedoch auf den Zeitpunkt des Erbfallens⁸⁶. Dies bedeutet, daß die Vormerkung selbst dann nicht erlischt, wenn der Übernehmer kurz vor seinem Tod den Grundbesitz anspruchswidrig an einen Dritten veräußert hat.

G.

Überleitung auf Dritterwerber

I. Ausgangslage/Veräußerungszustimmung

Ist der Eintritt der Rückforderungsgründe auf die Person, das Verhalten, das Eigentum oder die sonstigen Verhältnisse *des Übernehmers* beschränkt und die Rückforderungserklärung an eine bestimmte Form und Frist gebunden (enge Ausgestaltung), so hat der Übergeber im Veräußerungsfall folgende Möglichkeiten.

Der Übergeber kann die Rückforderung form- und fristgerecht erklären, da die verbotswidrige Veräußerung durch den Übernehmer einen Rückforderungsgrund (Veräußerungsfall) aus-

löst. Möchte der Übergeber allerdings den Dritterwerber als neuen Eigentümer akzeptieren, so kann er auch der Veräußerung zustimmen. Es fragt sich, welche Folgen die Veräußerungszustimmung für den Fortbestand des Rückforderungs- und Vormerkungsschutzes hat.

Die Veräußerungszustimmung kann die Bedeutung eines vollständigen und endgültigen Verzichts auf die Rückübereignungsvormerkung und ggf. darüber hinaus auf das Rückforderungsrecht selbst haben. Die Veräußerungszustimmung kann auf zwei Begründungswegen zum Erlöschen des Vormerkungsschutzes führen. Bestimmt man den Umfang der Sicherungswirkung einer Vormerkung nach dem Inhalt des gesicherten Anspruchs⁸⁷, so ist eine Veräußerung von vornherein weder anspruchswidrig noch vormerkungswidrig (§ 883 Abs. 2 BGB), wenn sie dem Schuldner bereits nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses, aus dem sich der gesicherte Anspruch ergibt, gestattet ist. Nach dem Inhalt des Rückforderungsrechts ist dem Übernehmer in der Regel eine Veräußerung jedenfalls nach vorheriger Zustimmung des Übergebers gestattet. Ist eine solche abredemäßige Veräußerung insgesamt als anspruchskonform anzusehen, so führt sie zum Erlöschen der Vormerkung⁸⁸. Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man die Veräußerungszustimmung des Vormerkungsberechtigten als *Einwilligung* in die bzw. *Genehmigung* der Verfügung eines vormerkungsverstrickten „nicht voll Berechtigten“ bzw. „relativ Nichtberechtigten“ ansieht und demgemäß die Zustimmung als dinglich wirkenden Verzicht auf die Vormerkungswirkungen analog § 185 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Satz 1, 1. Fall BGB⁸⁹ behandelt⁹⁰. Die Veräußerungszustimmung, die eine Verfügungsermächtigung bzw. -genehmigung analog § 185 BGB enthält, schaltet die sonst eintretenden Vormerkungswirkungen aus. Verhindert bzw. beseitigt die Veräußerungszustimmung aber – gleich auf welchem Begründungswege – die Vormerkungswirkungen, so liegt es nahe, in ihr auch den Verzicht auf das schuldrechtliche Rückforderungsrecht selbst zu sehen, wenn die konkreten Umstände des Einzelfalles auf einen solchen Willen schließen lassen. Bei der Annahme eines solchen Verzichts ist allerdings Zurückhaltung geboten⁹¹.

Aus der Besonderheit, daß im Tatbestand des Rückforderungsrechts zahlreiche Rückforderungsgründe gebündelt sind, ergibt sich jedoch auch die Möglichkeit, daß die Veräußerungszustimmung lediglich die Bedeutung eines Verzichts auf den Eintritt bzw. die Geltendmachung des einzelnen, aus der konkreten Veräußerung folgenden Rückforderungsgrundes hat. In diesem Fall löst zwar die konkrete Veräußerung selbst keinen Rückforderungsgrund aus. Sie bleibt jedoch im Hinblick auf den noch möglichen künftigen Eintritt anderer Rückforderungsgründe beim Übernehmer anspruchswidrig bzw. vormerkungswidrig und unterliegt insoweit ggf. beim späteren Eintritt eines anderen Rückforderungsgrundes den Vormerkungswirkungen.

Welche Bedeutung eine Veräußerungszustimmung im Einzelfall hat, hängt vom erklärten Willen des Übergebers ab, der ggf. im Wege der Auslegung aus den konkreten Umständen zu erschließen ist (§§ 133, 157 BGB).

Die Veräußerungszustimmung hat bei enger Ausgestaltung jedenfalls dann die Bedeutung eines vollständigen Verzichts auf den Vormerkungs- und Rückforderungsschutz, wenn nach

⁸⁴ Siehe dazu oben Abschnitt B.

⁸⁵ BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 725; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1996, 231/232; Staudinger/Marotzke, § 1922, Rn. 240; MünchKomm/Leipold, § 1922, Rn. 24; Amann, DNotZ 1995, 252/254.

⁸⁶ Vgl. BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 724.

⁸⁷ BGH, NJW 1981, 980/981; BGH, DNotZ 1959, 399/401; MünchKomm/Wacke, § 883, Rn. 44; Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 150; Stöber, MittBayNot 1997, 143/145; a.A. Lehmann, NJW 1993, 1558/1559.

⁸⁸ Zum Erlöschen der Vormerkung, wenn nachträgliches Unvermögen beim Schuldner eintritt, siehe unten Abschnitt G IV 2 b.

⁸⁹ Nach RGZ 154, 355/367 soll (auch) die dingliche *Einigung* eines vormerkungswidrigen Verfügungsgeschäfts von der Zustimmung des Vormerkungsberechtigten im Sinne von § 182 Abs. 1 BGB abhängen. Richtig erscheint es demgegenüber, die Vormerkung nicht als (relative) Einschränkung der Ver-

tragsfreiheit, sondern als (relative) Einschränkung der Eigentums- bzw. Verfügungsfreiheit aufzufassen und die Zustimmung zu einer vormerkungswidrigen Verfügung den Gesetzesbestimmungen über die Verfügungen eines Nichtberechtigten (§ 185 BGB analog) zuzuordnen.

⁹⁰ RGZ 154, 355/367 f.; OLG Saarbrücken, MittRhNotK 1995, 25/26; OLG Köln, DNotI-Report 1997, 214; LG Amberg, MittBayNot 1996, 41; MünchKomm/Wacke, § 883, Rn. 48; Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 165; Lehmann, NJW 1993, 1558/1559; Frank, MittBayNot 1996, 271/272; Stöber, MittBayNot 1997, 143; Ulbrich, MittRhNotK 1995, 289/308; Hoffmann, MittBayNot 1997, 10/11; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1523; Hoche, NJW 1960, 464.

⁹¹ Rechtsverzichte sind nicht zu vermuten: Wacke, AcP 191 (1991), 4; vgl. auch Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 165.

einer Veräußerung auch alle übrigen Rückforderungsgründe nicht mehr beim Übernehmer eintreten können und damit sämtliche Gründe endgültig ausgefallen sind. Nach einer Veräußerung ist beim Übernehmer nicht nur der Veräußerungsfall gegenstandslos geworden, sondern auch der Vollstreckungs-, Vorversterbens- und Scheidungsfall⁹², da all diese Gründe nach einer Veräußerung ihren Zweck *beim Übernehmer* nicht mehr erfüllen können, der darin besteht, den Grundbesitz aus der Vollstreckungs-, Konkurs-, Nachlaß- bzw. güterrechtlichen Ausgleichsmasse *beim Übernehmer* herauszuziehen. Die Veräußerungszustimmung kann somit nur dann die Bedeutung eines bloßen Verzichts auf einen einzelnen Rückforderungsgrund haben, wenn weitere Rückforderungsgründe existieren, die nicht im Eigentum des Übernehmers gründen, wie z.B. grober Undank (§ 530 BGB), Nichterfüllung von Auflagen (§ 527 BGB), ein die Pflichtteilsentziehung rechtfertigender Grund (§ 2333 BGB) oder Verarmung (§ 528 BGB). Sind solche weiteren eigentumsunabhängigen Rückforderungsgründe vorhanden, wird man den in der Veräußerungszustimmung zum Ausdruck kommenden Willen des Übergebers eingehend zu eruieren haben. Nicht selten wird der Übergeber allerdings auch in diesen Fällen bei der Erteilung seiner Zustimmung zur Veräußerung an einen am Übergabevertrag nicht beteiligten Dritten davon ausgehen, das Grundeigentum nunmehr endgültig aus seiner Versorgungs-, Familien- und Kontrollsphäre freizugeben, was den vollständigen Verzicht auf den Vormerkungs- und Rückforderungsschutz implizieren kann.

Dem bloßen Verstreichenlassen der Rückforderungsfrist kann – ohne Hinzutreten besonderer Umstände – kein Verzicht auf den Rückforderungs- und Vormerkungsschutz entnommen werden⁹³. Allerdings erlischt der Rückforderungs- und Vormerkungsschutz auch in diesem Fall, wenn mit Fristablauf auch alle übrigen Rückforderungsgründe endgültig ausgefallen sind.

Selbst wenn die Veräußerungszustimmung oder der Fristablauf nicht zum Erlöschen des Rückforderungs- und Vormerkungsschutzes führen, so verliert der Übergeber bei enger Ausgestaltung der Rückforderungsgründe nach einer Veräußerung an Dritte jedenfalls seinen Sukzessionschutz, da in diesem Falle der Dritterwerber den Grundbesitz ohne Wirksamwerden des Rückforderungsanspruchs erworben hat und bei ihm eintretende Sukzessionsfälle (z.B. Veräußerung, Vorversterben, Versteigerung) bei enger Ausgestaltung keinen Rückforderungsgrund auslösen können. Der Übergeber kann auf solche weiteren Sukzessionen beim Dritterwerber nicht mehr unmittelbar reagieren und sie aufgrund der Vormerkungswirkungen (§§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB) – wenn überhaupt – nur in dem Fall und nur in dem Zeitpunkt wieder rückgängig machen, in dem beim Übernehmer ein nicht durch die Veräußerung gegenstandslos gewordener weiterer Rückforderungsgrund eintritt.

Will der Übergeber das Rückforderungsrecht aus Anlaß des ersten Sukzessionsfalles beim Übernehmer nicht ausüben, jedoch auch seinen Schutz in künftigen Sukzessionsfällen nicht verlieren, so fragt sich, ob und inwieweit der Rückforderungs- und Vormerkungsschutz auf Dritterwerber erstreckt werden kann.

II. Originäre Erstreckung der Rückübertragungspflicht

Wie oben ausgeführt⁹⁴, können die Vertragsschließenden die Rückübertragungspflichtung nur mit Wirkung *inter partes* begründen. Eine Vereinbarung, die den „*jeweiligen Grundstückseigentümer*“, also auch einen unbeteiligten Dritterwerber, zur Rückübertragung verpflichtet, ist ein unwirksamer Vertrag

zu Lasten Dritter⁹⁵. Für das Rückforderungsrecht gilt hier nichts anderes als für das schuldrechtliche Vor-, Wieder- und (doppelt bedingte) Ankaufsrecht, die nach einhelliger Ansicht nicht zu Lasten des jeweiligen Grundstückseigentümers begründet werden können⁹⁶. Da die Rückübertragungsvormerkung wegen ihrer akzessorischen Rechtsnatur nicht weiter reichen kann als der gesicherte Anspruch, ist auch eine Vormerkung zur Sicherung eines gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer gerichteten Anspruchs nicht wirksam⁹⁷.

Wenn im Urkundstext der „*jeweilige Grundstückseigentümer*“ als Schuldner des Rückforderungsrechts genannt ist, wird man trotz des verhänglichen Wortlauts auch hier auszulegen haben, ob damit tatsächlich eine evident unzulässige Verpflichtung zu Lasten von Dritterwerbern oder nur der deklaratorische Hinweis auf eine kraft Gesetzes eintretende Erbfolge oder auf eine kraft obligatorischer Nachfolgeklausel geltende Weitergabeverpflichtung zum Ausdruck gebracht werden sollte⁹⁸.

III. Originäre Erstreckung der Rückübertragungsgründe

Von der evident unzulässigen (originären) Erstreckung der Schuldnerstellung auf Dritterwerber streng zu unterscheiden ist die (originäre) Einbeziehung von Dritterwerbern in die Rückforderungsgründe. Der Schuldner des Rückforderungsrechts muß nicht identisch sein mit dem Auslöser des Rückforderungsgrundes⁹⁹.

Es liegt kein Vertrag zu Lasten Dritter vor, wenn der *Übernehmer* – und nur dieser – *sich* zur Rückübertragung für den Fall verpflichtet, daß der „*jeweilige Grundstückseigentümer*“ etwa veräußert, falliert, vorverstirbt oder geschieden wird. Trotz Einbeziehung von Dritterwerbern in die Rückforderungsgründe ist und bleibt allein der Übernehmer originärer Schuldner des Anspruchs. Die Rückforderung kann nur dem Übernehmer (ggf. seinen Erben) gegenüber erklärt werden. Die Rechtsfolgen der Rückforderung (Pflicht zur Rückkaufassung, Ausgleich von Gegenleistungen, Nutzungen, Verwendungen, Zins- und Tilgungsleistungen usw.) treffen ausschließlich den Übernehmer (ggf. seine Erben). Dritterwerber werden durch ihre Einbeziehung in die Rückforderungsgründe nicht zum Schuldner der Rückübertragungspflicht gemacht. Der Eintritt eines Rückforderungsgrundes bei ihnen bildet bei dieser Gestaltung lediglich eine Bedingung (Tatbestandsvoraussetzung) für das Wirksamwerden des allein gegen den Übernehmer gerichteten Rückforderungsanspruchs. Dritterwerber sind nur dann verpflichtet, der Rückübertragung zuzustimmen, wenn eine Vormerkung zur Sicherung des allein gegen den Übernehmer gerichteten Anspruchs bestellt ist (§ 888 BGB). Sie unterliegen also allenfalls den quasi-dinglichen Wirkungen einer Vormerkung, nicht jedoch den obligatorischen Wirkungen des Rückforderungsanspruchs. Da die Vertragsfreiheit der Gestaltung des Bedingungsinhalts grundsätzlich weiten Spielraum läßt, bestehen gegen die schuldrechtliche Zulässigkeit der Einbeziehung von Dritterwerbern in die Rückforderungsgründe keine Bedenken.

Zulässig ist auch eine Vormerkung zur Sicherung eines allein gegen den Übernehmer gerichteten Rückforderungsrechts, dessen Rückforderungsgründe beim „*jeweiligen Grundstückseigentümer*“, also auch bei Dritterwerbern eintreten können¹⁰⁰. Wenn der Rückforderungsanspruch aufgrund eines freien, nach Belieben ausübaren Widerrufs-, Rücktritts- oder Rückforderungsrechts vormerkungsfähig ist¹⁰¹, so muß erst recht ein von Gründen abhängiges Rückforderungsrecht vormerkungs-

92 Vgl. Hoche, NJW 1960, 464/465.

93 Vgl. Wörlbauer, DNotZ 1963, 580/583, der zu Recht ausführt, daß der Vormerkungsberechtigte, der seine Rechte aus dem vorgemerkten bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung beim erstmaligen Eintritt der Bedingung nicht geltend macht, damit nicht die Möglichkeit verliert, diese Rechte bei einem späteren, nochmaligen Eintritt der Bedingung geltend zu machen.

94 Abschnitt E I.

95 Amann, DNotZ 1995, 252/259.

96 RGZ 154, 355/361; BGH, DNotZ 1993, 506/509; BGH, NJW 1966, 1656; BayObLG, DNotZ 1956, 206; KG, JW 1935, 270; LG Nürnberg-Fürth, MittBay-Not 1987, 131/132; MünchKommWacke, § 883, Rn. 18; Staudinger/Gursky,

§ 883, Rn. 49/81; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1493 (allgemein), Rn. 1441 (Vorkaufsrecht), Rn. 1606 (Wiederkaufsrecht) und Rn. 1454 (Ankaufsrecht); DNotl-Report 1995, 173/174.

97 Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1493.

98 Siehe oben Abschnitt E I.

99 Siehe oben Abschnitt E I.

100 Wie hier ausdrücklich: Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1493 bei Fußn. 59.

101 Palandt/Bassenge, § 883, Rn. 16; Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 82; Münch-KommWacke, § 883, Rn. 27.

fähig sein, da sämtliche Gründe, seien sie auch noch so zahlreich und weit gefaßt, gegenüber einem freien Rückerwerbsrecht stets eine Einschränkung des Anspruchs darstellen¹⁰². Auch die Akzessorität der Vormerkung und das Identitätsgebot stehen der Vormerkungsfähigkeit eines Rückforderungsrechts, das Dritterwerber in die Rückforderungsgründe einbezieht, nicht entgegen, da bei Einbeziehung von Dritterwerbern in die Rückforderungsgründe ausschließlich der Übernehmer Anspruchsschuldner und zugleich Vormerkungsbetroffener (Eigentümer) im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung ist. Für die Vormerkungsfähigkeit des Rückforderungsrechts gilt auch hier nichts anderes als für die Vormerkungsfähigkeit des schuldrechtlichen Vor-, Wieder- und (doppelt bedingten) Ankaufsrechts, die nach h.M.¹⁰³ auch dann vormerkungsfähig sind, wenn deren Auslösetatbestand an den „jeweiligen Grundstückseigentümer“ anknüpft. Zu unterscheiden ist hierbei stets zwischen dem schuldrechtlichen Vorkaufs-, Wiederkaufs-, Ankaufs- oder Rückforderungsrecht „gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer“, das als Vertrag zu Lasten Dritter nicht zulässig und deshalb auch nicht vormerkungsfähig ist, und dem Vorkaufs-, Wiederkaufs-, Ankaufs- und Rückforderungsrecht „für alle Verkaufs-, Vorversterbens- und sonstigen Sukzessionsfälle“, das ohne weiteres zulässig und vormerkungsfähig ist.

Sind auch Dritterwerber in die Rückforderungsgründe einbezogen, so wird man aus der Veräußerungszustimmung des Übergebers grundsätzlich nicht auf das Erlöschen des Rückforderungs- und Vormerkungsschutzes schließen können, da auch nach einer Veräußerung durch den Übernehmer die Rückforderungsgründe weiterhin beim Dritterwerber eintreten können.

Zweifelhaft ist jedoch, ob die rechtlich zulässige Einbeziehung von Dritterwerbern in die Rückforderungsgründe auch eine zweckmäßige Gestaltung ist. Dagegen bestehen Bedenken, weil diese Gestaltung in hohem Maße streitanfällig ist. Nach Eintritt des ersten Veräußerungsfalles richten sich nämlich das Rückforderungsrecht und die Vormerkungswirkungen auf Dauer gegen verschiedene Personen, nämlich gegen den Übernehmer die obligatorischen Wirkungen und gegen den Dritterwerber die Vormerkungswirkungen. Hieraus entsteht ein kompliziertes Dreiecksverhältnis, das die Gefahr von Friktionen und interessenwidrigen Ergebnissen in sich birgt. So haftet der Übernehmer im Verhältnis zum Übergeber weiterhin nach Vertragsrecht, insbesondere nach den konkreten Rückforderungsvereinbarungen etwa über den Ausgleich von Nutzungen, Verwendungen, Zins- und Tilgungsleistungen usw., obwohl er nicht mehr Eigentümer des übertragenen Grundbesitzes ist und sich damit ggf. die Interessenlage wesentlich verändert hat. Der Dritterwerber haftet im Verhältnis zum Übergeber dagegen nach den gesetzlichen Vorschriften, wie etwa den §§ 987 ff., 812 ff., 823 ff. BGB¹⁰⁴, und kann alle Einwendungen und Einreden aus dem vorgemerkten Rechtsverhältnis (Übergeber/Übernehmer) sowie aus einem etwaigen persönlichen Rechtsverhältnis zum Übergeber geltend machen¹⁰⁵, nicht jedoch Einwendungen und Einreden aus seinem Verhältnis zum Übernehmer. Insbesondere läuft der Dritterwerber Gefahr, sowohl den erworbenen Grundbesitz aufgrund der Vormerkungswirkungen als auch die von ihm an den Übernehmer erbrachten Leistungen zu verlieren, so daß diese Gestaltung für den Dritterwerber nicht annehmbar ist. Praktisch wird sich kein Dritterwerber – je-

denfalls nicht nach eindringlicher Belehrung – auf den Kauf eines vormerkungsbelasteten Übergabeobjekts einlassen können, wenn nicht vor der Fälligkeit des Kaufpreises die Löschung der Rücküberlegungsvormerkung sichergestellt wird. Auch für den Übergeber selbst ist diese Gestaltung nicht unproblematisch, da er ggf. zur Durchsetzung seines Rückforderungsanspruchs zwei Prozesse führen muß, in denen er jeweils mit Einwendungen und Einreden zu rechnen hat. Nach alledem ist es m.E. nicht zweckmäßig, den Dritterwerber in die Rückforderungsgründe einzubeziehen, auch nicht in der Form, daß man die Formulierung des Rückforderungsgrundes in das Passiv setzt¹⁰⁶.

IV. Privative Übernahme

Um im Veräußerungsfall ein dauerhaftes Auseinanderfallen von Rückforderungs- und Vormerkungsschuldner zu vermeiden, fragt es sich, ob ein Dritterwerber das Rückforderungsrecht und die Rücküberlegungsvormerkung auf der Passivseite unter Befreiung des bisherigen Schuldners (Übernehmers), also privativ übernehmen kann.

1. Übernahme der Rückübertragungspflicht

Schuldrechtlich kann grundsätzlich jede Schuld – gleich welcher Rechtsnatur – von einem Dritten übernommen werden, auch eine bedingte oder künftige¹⁰⁷. Selbst eine höchstpersönlich vom Schuldner zu erfüllende Schuld, die von einem Dritten nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erbracht werden kann, wie z.B. das Portrait eines Künstlers, kann durch Vertrag übernommen werden¹⁰⁸. Der für die Abtretung geltende § 399 BGB kann auf die Schuldübernahme nicht ausgedehnt werden¹⁰⁹, da die Übernahme ohnehin stets der Gläubigerzustimmung bedarf und somit auch mit einer Änderung des Inhalts der Schuld verbunden werden kann. Für die grundsätzliche Zulässigkeit einer Schuldübernahme kommt es deshalb auf der schuldrechtlichen Ebene nicht auf die Frage an, ob eine *inhaltsändernde* Übernahme noch eine echte Schuldübernahme im Sinne der §§ 414 ff. BGB unter Wahrung der Identität der Schuld oder bereits eine Novation unter Aufhebung der alten und Begründung einer neuen Schuld (§ 305 BGB) darstellt¹¹⁰. Schuldrechtlich ist mithin die Übernahme einer Rückübertragungspflicht durch einen Dritten ohne weiteres zulässig.

2. Übergang, Neubestellung oder Inhaltsänderung der Rücküberlegungsvormerkung

a) Identität der übernommenen Schuld

Nach h.M.¹¹¹ können akzessorische Sicherungsrechte überhaupt nur dann fortbestehen, wenn bei einem Schuldnerwechsel die Identität der gesicherten Schuld gewahrt bleibt. Danach führt die Aufhebung der alten und die Begründung einer neuen, wenn auch inhaltsgleichen Schuld grundsätzlich zum Erlöschen von akzessorischen Sicherungsrechten, namentlich von Bürgschaften und Pfandrechten und somit konsequenterweise auch von Vormerkungen. Aus Sicht der h.M. stellt sich mithin die Frage, ob die Übernahme einer vormerkungsgesicherten Rückübertragungspflicht unter Wahrung der Identität der Schuld als echte Schuldnachfolge im Sinne der §§ 414 ff. BGB erfolgen kann.

102 Dem steht auch der Beschluß des BGH a.a.O. (Fußn. 9), 724 (unten) nicht entgegen. Wenn der BGH dort nur die Vormerkungsfähigkeit einer Erstreckung des Rückforderungsrechts auf die *Erben* des Übernehmers für möglich hält, nicht jedoch auf „andere Fälle der Rechtsnachfolge, insbesondere der einer die Vormerkbarkeit ausschließenden Einzelrechtsnachfolge“, so bezieht sich diese Aussage allein auf die unzulässige Erstreckung der Schuldnerstellung auf Einzelrechtsnachfolger, nicht jedoch auf die zulässige Einbeziehung von Einzelrechtsnachfolgern in die Rückforderungsgründe.

103 Wöbelauer, DNotZ 1963, 580/582; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1441 (Vorkaufsrecht) und Rn. 1453 (Ankaufsrecht); Hochmann, BWNotZ 1981, 166/167 (Vor- und Ankaufsrecht); Hahn, MittRhtNotK 1994, 193/194 bei Fußn. 12; a.A. Münchener Vertragshandbuch/Hegema/Langefeld, 3. Aufl., 1992, Muster X.25, Anm. 8.

104 Vgl. dazu nur: Palandt/Bassenge, § 888, Rn. 8; MünchKomm/Wacke, § 888, Rn. 16 ff.

105 Vgl. dazu nur: Palandt/Bassenge, § 888, Rn. 6; MünchKomm/Wacke, § 888, Rn. 4 f.

106 So aber die Empfehlung von Amann, DNotZ 1995, 252/260; vgl. auch Wöbelauer, DNotZ 1963, 580/582 und Hoffmann, MittBayNot 1997, 10/13 bei Fußn. 39.

107 Staudinger/Kaduk, BGB, 12. Aufl., 1994, § 414, Rn. 31; MünchKomm BGB/Möschel, 3. Aufl., 1994, § 414, Rn. 1.

108 Staudinger/Kaduk, § 414, Rn. 31.

109 Palandt/Heinrichs, Vor § 414, Rn. 1; Staudinger/Kaduk, § 414, Rn. 31.

110 Vgl. dazu Staudinger/Kaduk, Vor §§ 414 ff., Rn. 11/13.

111 RGZ 134, 153/155; BGH, WM 1972, 283/287; OLG Hamm, WM 1985, 1223; Staudinger/Otzen, BGB, 13. Aufl., 1995, Vor §§ 362 ff., Rn. 36; Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 225a; MünchKomm/Thode, BGB, 3. Aufl., 1994, § 305, Rn. 22; Palandt/Heinrichs, § 305, Rn. 8; Hoffmann, MittBayNot 1997, 10/12 nach Fußn. 34.

Hoche¹¹² vertritt für den Fall der Übernahme eines von zahlreichen Gründen abhängigen Wiederkaufsrechts die Ansicht, daß der Wechsel des Schuldners auch den Wechsel der Identität der Schuld bewirkt, wenn sich durch die Übernahme die Bedingungen (Gründe) ändern, von denen die Wirksamkeit der Übertragungspflicht abhängt.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden¹¹³. Es fehlt bereits an einer Änderung des Bedingungsinhalts, wenn sich die Rückforderungsgründe von vornherein auf den „jeweiligen Grundstückseigentümer“, also auch auf Dritterwerber erstrecken¹¹⁴. Bei einer solchen weiten Ausgestaltung gehört die Möglichkeit, daß die Rückforderungsgründe auch bei einem Dritterwerber eintreten, von Anfang an zum Inhalt des Anspruchs, so daß das Rückforderungsrecht beim Schuldnerwechsel nicht um neue, vorher nicht vorhandene Rückforderungsgründe erweitert wird. Aber auch bei enger Ausgestaltung bleibt die Identität der Schuld beim Schuldnerwechsel gewahrt. Zwar führt der Schuldnerwechsel bei enger Ausgestaltung dazu, daß die ursprünglichen Rückforderungsgründe (etwa Veräußerung, Vollstreckung, Vorversterben, Scheidung *beim Übernehmer*) durch andere (neue) Rückforderungsgründe (etwa Veräußerung, Vollstreckung, Vorversterben, Scheidung *beim Dritterwerber*) ausgewechselt werden. Jedoch liegt darin keine *Identitätsänderung*, sondern lediglich eine *Inhaltsänderung* des gesicherten Anspruchs. Von einer rechtsgeschäftlichen Suspensivbedingung hängt lediglich ab, ob und wann ein Anspruch wirksam wird. Ihrem Wesen nach ist die Bedingung eine privatautonom gesetzte *Modalität* des Rechtsgeschäfts¹¹⁵ oder ausführlicher eine durch den Parteiwillen zum *Geschäftsinhalt* erhobene Bestimmung, welche die Rechtswirkungen des Geschäfts vom Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig macht¹¹⁶. Die Auswechslung oder Änderung der Bedingungen (Rückforderungsgründe) kann sich gegenüber dem ursprünglichen unveränderten Bedingungsinhalt dahin auswirken, daß der Rückforderungsanspruch überhaupt erst oder früher wirksam wird (Erweiterung bzw. Erleichterung des Anspruchs) oder aber überhaupt nicht oder erst später wirksam wird (Einschränkung bzw. Erschwerung des Anspruchs). Welche Auswirkung tatsächlich eintritt, ist wesensgemäß ungewiß. Tritt eine Einschränkung ein, so berührt dies die Identität der Schuld nicht, weil das Weniger (reduzierter Anspruch) im Mehr (ursprünglicher Anspruch) enthalten ist (plus minus continet). Tritt eine Erweiterung ein, so läßt dies die Identität des Anspruchs ebenso unberührt wie die umfassendste Form der Erweiterung des Bedingungsinhalts, nämlich der Aufhebung aller Bedingungen (Umwandlung eines bedingten Anspruchs in einen unbedingten), die die Identität des Anspruchs nicht beseitigt¹¹⁷. Die Aufhebung aller Bedingungen ist im Ergebnis nichts anderes als die Erweiterung des Bedingungsinhalts auf alle bzw. beliebige Ereignisse. Wenn die Erweiterung auf alle bzw. beliebige Ereignisse die Identität der Schuld unberührt läßt, so gilt dies erst recht für die Erweiterung um einzelne bzw. bestimmte Ereignisse (Gründe) oder für die Auswechslung von Gründen¹¹⁸.

Bleibt aber die Identität der Schuld gewahrt, so ist aus dem Wesen der Schuldübernahme als einer echten Sondernachfolge der *Grundsatz* abzuleiten, daß auch beim Schuldnerwechsel

die für die Schuld bestellten akzessorischen Sicherungsrechte fortbestehen¹¹⁹. Auf diesem Hintergrund ist § 418 BGB als *Ausnahmevorschrift* vom gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten, sondern stillschweigend vorausgesetzten Grundsatz des Fortbestehens akzessorischer Sicherheiten bei echter Schuldnachfolge zu verstehen¹²⁰.

Abweichend vertritt *Wacke*¹²¹ die Ansicht, daß selbst eine Novation des vorgemerkten Anspruchs, gleich ob kausaler (schuldumschaffender) oder abstrakter (schuldneuschaffender) Rechtsnatur, nicht notwendig zum Erlöschen der Vormerkung führt, solange nur das Anspruchsziel, nämlich das gesicherte dingliche Recht, identisch bleibt. Ferner ist *Wacke* der Ansicht, daß Änderungen vorgemerkter Ansprüche nur dann eintragungspflichtig¹²² sind, wenn sie auf eine Erweiterung des zu stellenden dinglichen Rechts abzielen. Demgegenüber soll sich bei gleichbleibendem Anspruchsziel die Vormerkung im übrigen dem geänderten Anspruchsinhalt automatisch ohne Eintragung anpassen. In Übereinstimmung mit der h.M. kommt auch diese Meinung zu dem Ergebnis, daß bei der Übernahme einer Rückübertragungspflicht die Vormerkung fortbestehen bleibt, da sich das Anspruchsziel, nämlich die Rücküberweisung des Übergabeobjekts, durch einen Schuldnerwechsel nicht ändert. Abweichend von der h.M. muß sie jedoch zu dem Ergebnis kommen, daß sich die Rücküberweisungsvormerkung dem sich ändernden Inhalt des Rückforderungsrechts automatisch ohne Eintragung anpaßt, wenn bei einem Schuldnerwechsel auch die Rückforderungsgründe ausgewechselt oder geändert werden, da der Bedingungsinhalt nicht den Umfang des zu stellenden dinglichen Rechts, also den Umfang der Überweisungspflicht betrifft, sondern nur die Frage, ob und wann der Anspruch wirksam wird.

Der abweichenden Meinung kann nicht gefolgt werden. Zwar ist dieser Meinung zuzugeben, daß Änderungen der Konditionen des *gesicherten Anspruchs*¹²³, wie etwa der Höhe, der Fälligkeit oder der Modalitäten der Gegenleistung, für die Vormerkung belanglos sind¹²⁴, da schuldrechtliche Ansprüche nicht im Grundbuch einzutragen sind. Dies gilt jedoch nur mit der Einschränkung, daß nicht der gesicherte Anspruch selbst (Anspruch im engeren Sinn) vollständig durch einen neuen ersetzt wird und daß nicht der Inhalt des gesicherten Anspruchs selbst, wie etwa seine Entstehung, Fälligkeit oder Beendigung, geändert werden. Würde eine Vormerkung auch bei einer vollständigen Schuldauswechslung fortbestehen, so könnten Ansprüche, die mit dem ursprünglichen Anspruch bis auf das Anspruchsziel keine identitätswahrenden Merkmale mehr gemeinsam haben, in den Mantel oder die Hülse der alten Vormerkung, insbesondere in dessen Rangposition, schlüpfen, was mit dem Eintragungs-, Bestimmtheits-, Akzessorietäts- und Prioritätsgrundsatz nicht zu vereinbaren ist. Aus dem Gesetzeswortlaut der §§ 883 ff. BGB, in dem durchgehend der Begriff des „Anspruchs“¹²⁵ verwendet ist, ergibt sich vielmehr, daß eine Vormerkung den *konkreten*, wenn auch bedingten oder künftigen schuldrechtlichen Anspruch sichert und nicht bloß das abstrakte, nur durch das dingliche Recht umrissene Anspruchsziel. Dies gilt entsprechend auch für Inhaltsänderungen, die unmittelbar den gesicherten Anspruch (im engeren Sinn) betref-

112 NJW 1960, 462/465.

113 Die Identität der Schuld wird im Ergebnis wie hier bejaht von: Granderath, NJW 1960, 462/463; Hoffmann, MittBayNot 1997, 10/12; DNotI-Report 1995, 173/174 f.

114 Ebenso Hoffmann, MittBayNot 1997, 10/13.

115 MünchKommBGB/H.P. Westermann, 3. Aufl., 1993, § 158, Rn. 1.

116 Staudinger/Bork, 13. Aufl., 1996, Vor §§ 158 ff., Rn. 4.

117 Ganz h.M.: KG, JFG 13, 75/78 = JW 1935, 3235/3236; BayObl.GZ 1959, 520/526 = NJW 1960, 1155/1156; Staudinger/Gursky, BGB, 13. Aufl., 1995, § 877, Rn. 30 m.w.Nachw. zu abweichenden Stimmen; Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 225; MünchKommWacke, § 877, Rn. 4; Palandt/Bassenge, § 877, Rn. 4; Soergel/Stürmer, BGB, 12. Aufl., 1990, § 877, Rn. 2; BGB-RGRK/ Augustin, 12. Aufl., 1979, § 877, Rn. 10; Promberger, Rpfleger 1977, 157/159; Wacke, DNotZ 1995, 507/513; vgl. auch Ertl, Rpfleger 1979, 361/364.

118 Vgl. auch zur Problematik der Identität des Anspruchs beim Gläubigerwechsel bei der sog. Sukzessivberechtigung: einerseits Liedel, DNotZ 1991, 855/867

und andererseits Amann, MittBayNot 1990, 225/227; eine in Anlehnung an die Rechtsfigur der Sukzessivberechtigung gedachte Sukzessivverpflichtung, die einen Schuldnerwechsel unter Wahrung der Identität der Schuld durch die bloße Kombination von auflösenden und aufschiebenden Bedingungen herbeiführen würde, wirkt sich als Vertrag zu Lasten Dritter aus und ist deshalb abzulehnen; im Ergebnis ebenso DNotI-Report 1995, 173/175.

119 Vgl. Staudinger/Kaduk, § 418, Rn. 3; Hoffmann, MittBayNot 1997, 10/11 nach Fußn. 18; Granderath, NJW 1969, 462/463 bei Fußn. 8.

120 Auch das Gegenstück zur Schuldübernahme, nämlich die Abtretung (§§ 398 ff. BGB) geht vom Grundsatz des Fortbestehens akzessorischer Sicherungsrechte aus, was dort ausdrücklich in § 401 BGB normiert ist.

121 Wacke, DNotZ 1995, 507/514; MünchKommWacke, § 877, Rn. 3; ihm folgend Palandt/Bassenge, § 885, Rn. 2.

122 Und zwar nach § 885 BGB und nicht nach § 877 BGB.

123 Genauer: des Schuldverhältnisses (im weiteren Sinn), aus dem sich der gesicherte Anspruch ergibt.

124 Wacke, a.a.O.

125 Vgl. auch die Legaldefinition des Anspruchs in § 194 Abs. 1 BGB.

fen. Erweitern diese den Anspruch, was nicht mit einer Erweiterung des Anspruchsziels gleichzusetzen ist, so steht die Erweiterung nur unter dem Schutz der Vormerkung, wenn sie mit Zustimmung etwaiger nachrangiger Berechtigter im Grundbuch eingetragen wird (§ 877 i.V.m. §§ 873 f., 876 BGB)¹²⁶. Bereits die *potentielle* Möglichkeit, daß ein geänderter Bedingungsinhalt immer auch dazu führen kann, daß der gesicherte Anspruch überhaupt erst oder früher wirksam wird, bildet eine materielle Belastung nachrangiger Berechtigter, die diese nur nach Zustimmung und Eintragung hinzunehmen brauchen.

b) Gleichlauf von Schuldner- und Eigentümerwechsel (Synchronisierungsgebot)

Eine weitere Einschränkung für den Fortbestand einer Rückübertragungsvormerkung ergibt sich aus einer Fortentwicklung des Identitätsgebots¹²⁷. Nach dem Identitätsgebot müssen Anspruchsschuldner und Vormerkungsbetroffener *im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung* identisch sein, da die Vormerkung den Gläubiger nur gegen nachträgliches, nicht auch gegen anfängliches Unvermögen des Schuldners sichern soll¹²⁸. Der Gläubiger soll in der Zeitspanne zwischen der Eintragung der Vormerkung und der Eintragung des Eigentumswechsels (dinglichen Rechtsänderung) vor der fortdauernden Verfügungsfreiheit des Schuldners und vor Zwangsverfügungen Dritter geschützt werden. Hat der Schuldner aber bereits vor der Eintragung einer Vormerkung seine Rechtszuständigkeit an einen Dritten verloren oder niemals innegehabt, so ist eine dennoch bestellte Vormerkung funktionslos und damit wirkungslos, da der rechtszuständige Dritte in diesem Fall weder schuldrechtlich noch aufgrund der Vormerkung gezwungen werden kann, der vorgemerkten dinglichen Rechtsänderung zuzustimmen. Bei anfänglichem Unvermögen kann die Vormerkung keine Wirkungen entfalten, da ihre Elisionskraft nur solche Verfügungen erfassen kann, die *nach* der Eintragung¹²⁹ der Vormerkung erfolgen (§ 883 Abs. 2 BGB). Ein bereits vereitelte oder von vornherein auf Dauer undurchsetzbarer Anspruch kann nicht durch Vormerkung gesichert werden¹³⁰.

Ist die Vormerkung dagegen einmal wirksam bestellt und nimmt der Schuldner sodann eine vormerkungswidrige Verfügung vor, so hat die Vormerkung zur Folge, daß der Dritte der vorgemerkten Rechtsänderung zustimmen muß (§ 888 BGB). Wenn und soweit die Vormerkungswirkungen greifen, schützen sie den Gläubiger vor dem Eintritt nachträglichen Unvermögens beim Schuldner¹³¹.

Anders ist die Lage jedoch, wenn der Schuldner nicht über das vormerkungsverstrickte dingliche Recht, sondern über die vormerkungsgesicherte obligatorische Schuld im Wege privater Schuldübernahme unter Zustimmung des Gläubigers verfügt. Trotz wirksamer Vormerkung tritt hier nachträgliches Unvermögen ein. Nach der Übernahme ist der Übernehmer nämlich Schuldner des gesicherten Anspruchs und der Altschuldner weiter Inhaber des vorgemerkten Rechts, ohne daß er schuldrechtlich oder aufgrund der Vormerkung gezwungen werden kann, der vorgemerkten dinglichen Rechtsänderung zuzustimmen. Auch hier wird die Vormerkung – wie im Falle anfänglichen Unvermögens – funktionslos und damit wirkungslos.

Um das Erlöschen der Vormerkung beim Schuldnerwechsel zu verhindern, ist es deshalb erforderlich, den Schuldner- und Eigentümerwechsel zu synchronisieren. Das Fortbestehen einer

Vormerkung beim Schuldnerwechsel setzt voraus, daß die vormerkungsgesicherte Schuld und das vormerkungsverstrickte Recht zeitgleich zusammen übertragen werden, und zwar in der Weise, daß sie nicht einmal für eine juristische Sekunde auseinanderfallen. Hieraus ergibt sich das Erfordernis, den Schuldnerwechsel unter der aufschiebenden Bedingung des Eigentümerwechsels zu vereinbaren¹³².

Weitergehend wird in der Lit.¹³³ vertreten, daß eine etwaige mit dem Schuldnerwechsel verbundene Änderung des Anspruchsinhalts darüber hinaus unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung der Inhaltsänderung bei der Vormerkung gestellt werden müsse, um den Schutz der Vormerkung zu erhalten. M.E. ist jedoch zweifelhaft, ob sich aus dem Identitätsgebot auch das Gebot der permanenten inhaltlichen Kongruenz von Anspruchsinhalt und Vormerkungsinhalt generell herleiten läßt. Führt die Änderung zu einer Einschränkung (Erschwerung) des Anspruchs, so paßt sich die Vormerkung automatisch dem reduzierten Anspruchsinhalt an. Führt die Änderung zu einer Erweiterung (Erleichterung) des Anspruchs, so steht die Erweiterung erst unter dem Schutz der Vormerkung, wenn sie im Grundbuch ggf. unter Zustimmung nachrangiger Berechtigter eingetragen ist. Bis dahin besteht die Vormerkung mit dem ursprünglichen Inhalt fort. Ein Grenzfall liegt allerdings vor, wenn beim Schuldnerwechsel *sämtliche* Rückforderungsgründe durch andere (neue) Rückforderungsgründe ersetzt werden. In diesem Fall können nach dem Schuldner- und Eigentümerwechsel die alten Bedingungen insgesamt nicht mehr eintreten und die neuen Bedingungen bis zur Eintragung der Inhaltsänderung nicht unter dem Schutz der Vormerkung stehen. Für diese (vorübergehende) Zeitspanne würde die Vormerkung somit einen Anspruch mit insgesamt gegenstandslos gewordenem Bedingungsinhalt sichern, was zu ihrem Erlöschen führen könnte. Jedenfalls in diesem Grenzfall (Auswechslung sämtlicher Bedingungen) sollte deshalb der Schuldnerwechsel unter der aufschiebenden Bedingung der nach § 16 Abs. 2 GBO zu verknüpfenden Eintragung des Eigentumswechsels und der Änderung des Bedingungsinhalts gestellt werden.

c) Anwendbarkeit von § 418 Abs. 1 BGB

Die h.M.¹³⁴ will § 418 Abs. 1 Satz 1 bzw. 2 BGB analog auf die Vormerkung anwenden, so daß eine Vormerkung infolge eines Schuldnerwechsels erfischt. Demgegenüber lehnt eine im Vordringen befindliche Meinung¹³⁵ eine solche Analogie zu Recht ab.

Die Vertreter der h.M. stützen sich durchweg auf die Ausführungen von *Hoche*¹³⁶, die indes in der kardinalen Frage nach der Identität der Schuld, die der Anwendung von § 418 BGB vorgelegt ist, nicht zutreffen¹³⁷. Neuerdings hat *Hoffmann*¹³⁸ überzeugend begründet, daß die Interessenlage bei der Vormerkung nicht vergleichbar ist mit der in § 418 Abs. 1 BGB vorausgesetzten Interessenlage. Die ratio dieser Vorschrift rechtfertigt einen Analogieschluß nur dann, wenn sich der Schuldnerwechsel überhaupt auf das Risiko einer Inanspruchnahme des Sicherungsgebers auswirken kann. Anders als bei den in § 418 Abs. 1 BGB genannten akzessorischen Sicherungsrechten ist dies bei der Vormerkung generell nicht der Fall. Bürgschaften, Pfandrechte und Hypotheken sichern Ansprüche, die der Hauptschuldner *allein* unabhängig von einer Inanspruchnahme der Sicherheit bzw. des Sicherungsgebers erfüllen kann, wie etwa die Zahlung eines Geldbetrages. Bei diesen Rechten

126 Vgl. BGH, DNotZ 1959, 399/401; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1519 m.w.Nachw.

127 Siehe dazu bereits oben Abschnitt E II.

128 BGH, a.a.O. (Fußn. 9), 724; Amann, DNotZ 1995, 252/253.

129 Bzw. analog § 878 BGB nach den dort normierten Voraussetzungen.

130 Vgl. Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 46.

131 Vgl. Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 137.

132 DNotI-Report 1995, 173/176; Hoffmann, 1997, 10/12.

133 Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 225 unten; Hoffmann, MittBayNot 1997, 10/12 f.; Rachuy, MittRhNotK 1993, 81/88.

134 Hoche, NJW 1960, 464; Palandt/Heinrichs, § 418, Rn. 1; MünchKomm/Möschel, § 418, Rn. 4; MünchKomm/Wacke, § 883, Rn. 19; Staudinger/Kaduk,

§ 418, Rn. 12 (unmittelbare Anwendung); Soergel/Zeiss, BGB, 12. Aufl., 1990, § 418, Rn. 1; BGB-RGRK/Weber, 12. Aufl., 1978, § 418, Rn. 4; Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl., 1995, Rn. 415; einschränkend jetzt mit anderer Begründung: Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 54.

135 Granderath, NJW 1960, 762; Hoffmann, MittBayNot 1997, 10; tendenziell auch: DNotI-Report 1995, 173/174; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1493.

136 NJW 1960, 464.

137 Siehe oben Abschnitt G IV 2 a.

138 MittBayNot 1997, 10.

hängt somit das Risiko des Sicherungsgebers, in Anspruch genommen zu werden, maßgeblich von der eigenen Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft des Hauptschuldners ab. Vormerkungen hingegen sichern Ansprüche, die nach ihrem Leistungsinhalt *nur* durch die Inanspruchnahme des vorgemerkten dinglichen Rechts und damit des vormerkungsbetroffenen Rechtsinhabers (Sicherungsgebers) erfüllt werden können. Beim vormerkungsgesicherten Anspruch ist der Schuldner alleine gar nicht in der Lage, den Anspruch zu erfüllen, es sei denn, daß er zugleich Inhaber des vorgemerkten dinglichen Rechts ist. Fallen Schuldner und Vormerkungsbetroffener auseinander, so ist der Schuldner nicht allein, sondern nur aufgrund der Vormerkungswirkungen und somit nur unter Inanspruchnahme des Vormerkungsbetroffenen in der Lage, die geschuldete dingliche Rechtsänderung herbeizuführen. Ohne Vormerkung läge beim Schuldner Unvermögen vor. Das Risiko einer Inanspruchnahme hängt für den Vormerkungsbetroffenen somit generell nicht von der Solvenz des Schuldners ab.

Selbst wenn man der hier vertretenen Ansicht nicht folgt, so gelangt man auch mit der überwiegenden Ansicht¹³⁹ in analoger Anwendung von § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB regelmäßig zu dem Ergebnis, daß die Vormerkung bei einem identitätswahrenden und synchronisierten Schuldner- und Eigentümerwechsel fortbesteht. Nach § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB ist dazu allerdings erforderlich, daß der Sicherungsgeber (vormerkungsbetroffene Rechtsinhaber) seine vorherige Zustimmung (Einwilligung) zur Schuldübernahme erteilt. Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) reicht dazu nicht aus¹⁴⁰. Erfolgt die Schuldübernahme nach § 415 BGB durch Vertrag zwischen Alt- und Neuschuldner, so liegt darin zugleich die erforderliche Einwilligung des Altschuldners (Sicherungsgebers)¹⁴¹. Zur Erhaltung der Vormerkung ist nicht erforderlich, daß auch der Vormerkungsgläubiger (Sicherungsnehmer) in die Schuldübernahme analog § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB einwilligt; dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut und dem Gesetzeszweck des § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB, die ausschließlich auf den Schutz des Sicherungsgebers gerichtet sind¹⁴².

d) Gestaltungsempfehlung

Zu konstatieren ist, daß eine Rückübereignungsvormerkung bei einer Schuldübernahme jedenfalls dann nicht erlischt, wenn der Schuldnerwechsel unter der aufschiebenden Bedingung der nach § 16 Abs. 2 BGB zu verkoppelnden Eintragung des Eigentumswechsels und der Änderung des Bedingungsinhalts¹⁴³ sowie nach vorheriger Zustimmung des Übernehmers (Sicherungsgebers) erfolgt.

Angesichts des Umstandes, daß die Frage des Fortbestehens der Vormerkung beim Schuldnerwechsel bislang nicht geklärt ist, sollte die Praxis den sicheren Weg der Aufhebung und Neubegründung des Rückforderungsrechts unter Löschung der alten und Eintragung einer neuen Vormerkung wählen, soweit dies ohne Rangverlust möglich ist. Dies gilt um so mehr, als ein eigenständiges vertragliches Rückforderungsrecht häufig individuelle, auf den konkreten Einzelfall abgestimmte Vereinbarungen über die Rechtsfolgen einer Rückforderung enthalten wird, die ein Schuldverhältnis im weiteren Sinne, d.h. einen Organismus aus Rechten und Pflichten begründen. Insoweit dürfte eine isolierte Übernahme der einzelnen Rückübertragungspflicht ebensowenig interessengerecht sein wie eine pauschale Übernahme der gesamten Rückübertragungsvereinbarung im Wege der Vertragsübernahme (§ 305 BGB). Deshalb dürfte praktisch nur die Aufhebung und Neubegründung des Rückforderungsrechts interessengerecht sein, was den weiteren Vorteil hat, daß die neue Vormerkung den Schuldnerwechsel im Grundbuch verlaubarbart¹⁴⁴.

V. Schuldrechtliche Nachfolgeklausel

Um einen Schuldnerwechsel unter Aufhebung des alten und Begründung eines neuen Rückforderungsrechts vertraglich zu flankieren, empfiehlt es sich, dem Übernehmer im Wege einer schuldrechtlichen Nachfolgeklausel die Weitergabe des Rückforderungsrechts an Dritterwerber aufzuerlegen. Dabei kann die Wirkung der schuldrechtlichen Nachfolgeklausel noch dadurch verstärkt werden, daß man die Verletzung der Weitergabeverpflichtung als weiteren Rückforderungsgrund ausgestaltet und die Weitergabeverpflichtung so in den Schutzbereich der Rückübereignungsvormerkung einbezieht¹⁴⁵.

H.

Formulierungsvorschlag

Die in diesem Aufsatz gewonnenen Ergebnisse werden nachfolgend in einen Formulierungsvorschlag umgesetzt, in dem die Rückforderungsgründe nur auf die Erben des Übernehmers erstreckt werden, nicht jedoch auf Dritterwerber. Die Verlängerung des Rückforderungsschutzes auf Dritterwerber erfolgt lediglich durch eine schuldrechtliche Nachfolgeklausel. Der Formulierungsvorschlag geht davon aus, daß an der Übergabe ein Übergeber und ein Übernehmer beteiligt ist. Der Formulierungsvorschlag ist als Grundbaustein konzipiert, der bei Personenmehrheit auf Übergeber- und Übernehmerseite zu modifizieren ist.

„§ Rückforderungsrecht

(1) Der Übernehmer verpflichtet sich gegenüber dem Übergeber, den Grundbesitz zurückzuübertragen, wenn ein Rückforderungsgrund eintritt und die Rückforderung vertragsgemäß erklärt wird.

(2) Ein Rückforderungsgrund tritt jeweils ein, wenn

a) der Übernehmer den Grundbesitz ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Übergebers ganz oder teilweise veräußert oder belastet oder sonst das Eigentum daran, gleich auf welchem Wege, verliert;

b) die Zwangsvollstreckung gegen den Übernehmer in den Grundbesitz eingeleitet wird und die Maßnahme nicht innerhalb von zwei Monaten aufgehoben wird;

c) das Konkurs-, Vergleichs- oder Insolvenzverfahren über das Vermögen des Übernehmers eröffnet wird;

d) der Übernehmer vor dem Übergeber verstirbt; auf diesen Fall und unabhängig von weiteren Nachweisen erhält der Übergeber hiermit unwiderruflich und frei von § 181 BGB Vollmacht zu allen für die Rückübertragung erforderlichen Rechtshandlungen;

e) Antrag auf Scheidung der Ehe des Übernehmers gestellt wird;

f) der Übernehmer etwaigen späteren Erwerb des Grundbesitzes – entgegen der hiermit übernommenen Verpflichtung – nicht bereits im Veräußerungsvertrag ein vertragsentsprechendes Rückforderungsrecht samt Sicherung durch Vormerkung und Vollzugsvollmacht mit nicht abbrechender Weitergabeverpflichtung auferlegt;

g) [weitere Rückforderungsgründe]

Nach dem Tode des Übernehmers kommt es für den Eintritt der Rückforderungsgründe auf die Person, das Verhalten, das Eigentum oder die sonstigen Verhältnisse seiner Erben an; bei mehreren Erben genügt der Eintritt bei einem von ihnen.

139 Hoche, NJW 1960, 464; Staudinger/Kaduk, § 418, Rn. 12; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1493; DNotI-Report 1995, 173, 176; Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rn. 415; Hoffmann, MittBayNot 1997, 10.

140 Hoffmann, MittBayNot 1997, 10 f. m.w.Nachw.

141 Hoffmann, a.a.O.

142 Hoffmann, a.a.O.

143 Insoweit ggf. unter Zustimmung nachrangiger Berechtigter (§§ 877, 876 BGB).

144 Anders als der Übergang der alten Vormerkung beim Schuldnerwechsel, der nicht eintragungsfähig ist; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1493.

145 Dazu Wörlbauer, DNotZ 1963, 581/586 f.

(3) Die Rückforderungserklärung bedarf der notariellen Beurkundung. Die Erklärung kann für den jeweils eingetretenen Rückforderungsgrund nur innerhalb von zwölf Monaten seit Kenntnis des Grundes erfolgen; zur Fristwahrung genügt die Beurkundung. Die Erklärung kann nur höchstpersönlich, unwiderruflich und frei von Bedingungen und Auflagen erfolgen.

(4) Im Rückforderungsfall ... [Rechtsfolgen]

(5) Das Rückforderungsrecht ist nicht übertragbar und nicht vererblich, es sei denn, daß die Rückforderung erklärt ist.

Die Rückübertragungspflicht geht kraft Erbfolge auf Erben des Übernehmers über, auch soweit ein Rückforderungsgrund noch nicht eingetreten ist.

(6) Zur Sicherung des Rückforderungsrechts bewilligt der Übernehmer und beantragt der Übergeber die Eintragung einer auf die Lebenszeit des Übergebers befristeten Eigentumsvormerkung zu Lasten des übertragenen Grundbesitzes zugunsten des Übergebers. Es wurde darauf hingewiesen, daß der Vormerkungsschutz auf jeden Fall mit dem Tod des Übergebers erlischt.“

I.

Zusammenfassung

1. Das aus dem Versorgungs-, Familien- und Kontrollinteresse folgende Rückforderungsinteresse des Übergebers, das regelmäßig auf dessen gesamte Lebensdauer besteht, darf nicht durch Universal- oder Singularsukzessionen beim Übernehmer beeinträchtigt werden.

2. Der Umfang des Sukzessionsschutzes des Übergebers hängt von der engen oder weiten Ausgestaltung des Rückforderungstatbestandes, insbesondere der Rückforderungsgründe, ab.

3. Das Rückforderungsrecht ist als eigenständiger vertraglicher Anspruch nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen privatautonom zu gestalten. Dabei sind die Rückforderungsgründe und die Rückforderungserklärung als aufschiebende Doppelbedingung zu einem einheitlichen Rückforderungstatbestand so zu verknüpfen, daß das Rückforderungsrecht nur ein einziges Mal durch Erklärung wirksam werden kann, auch wenn es unbestimmt viele Ausübungsmöglichkeiten eröffnet.

4. Das Recht zur Erklärung der Rückforderung ist unwiderruflich, bedingungsfeindlich, unpfändbar, konkursfrei, nicht überleitungsfähig, nicht vererblich, nicht übertragbar, nicht zur Ausübung überlaßbar und der rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Stellvertretung entzogen, falls ausdrücklich nichts anderes vereinbart ist. Dies folgt aus der höchstpersönlichen und zweckgebundenen Rechtsnatur der Rückforderungserklärung, die als *actus contrarius* aufgrund des Versorgungs-, Familien- und Kontrollinteresses des Übergebers die vorweggenommene Erbfolge rückgängig macht.

5. Die Rückforderungserklärung ist *de lege lata* formfrei möglich. *De lege ferenda* ist jedoch eine Beurkundungspflicht wünschenswert und als gewillkürtes Formerfordernis bereits gegenwärtig zweckmäßig.

6. Es besteht ein weiter Gestaltungsspielraum für den Inhalt trans- und postmortalen Bedingungen.

7. Das Rückforderungsrecht ist grundsätzlich vormerkungsfähig, ohne daß es auf eine Abgrenzung zwischen bedingtem und künftigem Anspruch ankommt. Für die Vormerkungsfähigkeit erforderlich und zugleich ausreichend ist eine der Willkür des Übernehmers (Schuldners) entzogene Bindungslage, die beim Rückforderungsrecht grundsätzlich besteht.

8. Originärer Schuldner des Rückforderungsrechts kann nur der Übernehmer oder ein sonstiger unmittelbar Vertragsbeteiligter sein, nicht jedoch unbeteiligte Erben oder Dritterwerber. Begründer der Rückübereignungsvormerkung kann nur sein, wer im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung zugleich Rückforderungsschuldner und Vormerkungsbetroffener ist (Identitätsgebot). Eine Rückübereignungsvormerkung, die ein ausschließlich gegen den Übernehmer gerichtetes Rückforderungsrecht sichert, entspricht dem Identitätsgebot.

9. Das Rückforderungsrecht und die Rückübereignungsvormerkung gehen – mangels abweichender Bestimmung – kraft Erbfolge auf die Erben des Übernehmers über, auch wenn ein Rückforderungsgrund noch nicht eingetreten ist, vorausgesetzt, daß die Erben ausdrücklich oder stillschweigend in die Rückforderungsgründe einbezogen sind.

10. Die Veräußerungszustimmung kann einen pauschalen Verzicht auf den Rückforderungs- und Vormerkungsschutz oder den bloßen Verzicht auf den Eintritt bzw. die Geltendmachung des einzelnen, aus der konkreten Veräußerung folgenden Rückforderungsgrundes beinhalten. Welche Bedeutung ihr zukommt, hängt vom erklärten oder ausgelegten Willen des Übergebers und von der engen oder weiten Ausgestaltung der Rückforderungsgründe ab.

11. Die originäre Erstreckung der Rückübertragungspflicht (Schuldnerstellung) auf unbeteiligte Dritterwerber ist als Vertrag zu Lasten Dritter unzulässig. Die originäre Einbeziehung von Dritterwerbern in die Rückforderungsgründe ist demgegenüber rechtlich ohne weiteres zulässig, jedoch nicht zweckmäßig.

12. Eine private Übernahme des Rückforderungsrechts berührt die Identität der übernommenen Schuld nicht. Die Übernahme stellt, auch wenn sie mit der Auswechslung oder Änderung der Rückforderungsgründe verbunden ist, keine Identitätsänderung, sondern lediglich eine Inhaltsänderung der Schuld dar. Die Rückübereignungsvormerkung erlischt bei einer Schuldübernahme jedenfalls dann nicht, wenn der Schuldnerwechsel unter der aufschiebenden Bedingung der nach § 16 Abs. 2 GBO zu verkoppelnden Eintragung des Eigentumswechsels und der Änderung des Bedingungsinhalts, ggf. unter Zustimmung nachrangig eingetragener Berechtigter, sowie nach vorheriger Zustimmung des Übernehmers (bisherigen Vormerkungsbetroffenen/Sicherungsgebers) erfolgt. Die Kautelarpraxis sollte bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der durch diese Gestaltung aufgeworfenen Rechtsfragen den sicheren und klaren Weg der Aufhebung und Neubegründung des Rückforderungsrechts unter Löschung der alten und Eintragung einer neuen Vormerkung gehen, soweit dies ohne Rangverlust möglich ist. Dieser Weg kann in der Rückforderungsvereinbarung durch eine schuldrechtliche Nachfolgeklausel flankiert werden, die vorzugsweise unter den Schutz der Vormerkung zu stellen ist.