

# **Sachenrecht II**

**Recht der unbeweglichen Sachen  
sowie Grundzüge des Kreditsicherungsrechts**

von

**Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
Hamburg**

**8. Auflage 2016**

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kapitel – Einführung in das (Immobiliar-)Sachenrecht</b> .....	<b>1</b>
<b>A. Gegenstand und Wesen des Sachenrechts</b> .....	<b>1</b>
<b>B. Systematik und Rechtsquellen des Sachenrechts</b> .....	<b>1</b>
<b>C. Die dinglichen Rechte</b> .....	<b>3</b>
I. Einführung und Definition .....	3
II. Die verschiedenen Arten dinglicher Rechte .....	3
1. Vollrechte .....	4
2. Beschränkte dingliche Rechte .....	4
3. Sonderfälle .....	6
<b>D. Die Änderung der dinglichen Rechtslage durch dingliche     Rechtsgeschäfte</b> .....	<b>7</b>
<b>E. Die dinglichen Ansprüche</b> .....	<b>8</b>
<b>F. Die Prinzipien des Sachenrechts</b> .....	<b>9</b>
I. Absolutheit .....	9
II. Publizität .....	10
III. Numerus clausus/Typenzwang .....	12
IV. Spezialität/Bestimmtheit .....	13
V. Trennungs- und Abstraktionsprinzip .....	13
VI. Übertragbarkeit .....	14
<b>2. Kapitel – Das Grundstück und seine Bestandteile</b> .....	<b>16</b>
<b>A. Begriff des Grundstücks</b> .....	<b>16</b>
<b>B. Bedeutung und Aufgabe des Grundbuchs</b> .....	<b>17</b>
<b>C. Aufbau und Inhalt des Grundbuchs</b> .....	<b>22</b>
I. Aufschrift .....	22
II. Bestandsverzeichnis .....	22
III. Abteilungen .....	22
<b>D. Bestandteile des Grundstücks</b> .....	<b>23</b>
I. Begriff der Bestandteile .....	23
II. Wesentliche Bestandteile .....	23
III. Wesentliche Bestandteile bei Gebäuden und Grundstücken .....	24
IV. Scheinbestandteile bei Gebäuden und Grundstücken .....	25
V. Besonderheiten beim Erbbaurecht und beim Wohnungseigentum .....	26
VI. Rechtliche Bedeutung der Unterscheidung von wesentlichen Bestandteilen und Scheinbestandteilen .....	26
<b>E. Zubehör</b> .....	<b>27</b>

<b>3. Kapitel – Inhalt und Schranken des Grundeigentums .....</b>	<b>30</b>
<b>A. Eigentumsgarantie versus Sozialpflichtigkeit .....</b>	<b>30</b>
<b>B. Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse / Duldungspflichten.....</b>	<b>30</b>
I. Zivilrechtliche Duldungspflichten .....	31
1. Zivilrechtliche gesetzliche Duldungspflichten .....	31
a. Duldungspflichten zwischen Grundstücksnachbarn.....	31
b. Insbesondere: § 906 BGB (Zufügung von Immissionen und Stoffen).....	34
aa. Bedeutung der Vorschrift .....	34
bb. Entschädigungslose Duldungspflicht nach § 906 I BGB .....	35
a.) Zuführung bestimmter Stoffe .....	35
b.) Zurechenbarkeit der Einwirkung.....	36
c.) Keine unwesentliche Beeinträchtigung der Grundstücksbenutzung .....	36
cc. Ausgleichsberechtigte Duldungspflicht nach § 906 II BGB .....	37
a.) Ortsübliche Benutzung des „Störergrundstücks“ .....	38
b.) Keine Verhinderbarkeit durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen .....	38
c.) Keine Verhinderbarkeit aufgrund faktischer Einwirkung .....	39
d.) Rechtsfolge der Duldungspflicht: Angemessener Ausgleich in Geld.....	39
c. Duldungspflicht aus § 910 I BGB (Überhang bzw. Überwuchs).....	40
aa. Abschneiderecht aus § 910 I BGB .....	40
bb. Ausschlussstatbestand des § 910 II BGB .....	40
cc. Ausschluss bzw. Beschränkung nach Art. 122 oder 183 EGBGB .....	41
dd. Rechtsfolge.....	41
d. Duldungspflicht aus § 912 BGB (entschuldigter Überbau).....	42
e. Duldungspflicht aus § 917 BGB (Notweg).....	45
f. Begrenzung durch Notstand, §§ 904, 228 BGB .....	46
g. Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB .....	47
aa. Anwendbarkeit des § 1004 I BGB.....	48
bb. Voraussetzungen des § 1004 I BGB .....	50
a.) Eigentum oder sonstiges von § 1004 BGB (analog) geschütztes Recht .....	50
b.) Beeinträchtigung des Eigentums (oder des sonst geschützten Rechts) .....	50
c.) Fortdauer der Beeinträchtigung (§ 1004 I S. 1 BGB) oder drohende Beeinträchtigung (§ 1004 I S. 2 BGB) .....	52
d.) Keine Duldungspflicht i.S.d. § 1004 II BGB.....	52
e.) Anspruchsgegner: Störer .....	53
cc. Rechtsfolge .....	56
dd. Anwendungsfälle zum Grundstücksnachbarrecht .....	58
2. Zivilrechtliche rechtsgeschäftliche Duldungspflichten .....	59
II. Öffentlich-rechtliche Duldungspflichten .....	59

<b>4. Kapitel – Übertragung des Grundeigentums</b> .....	<b>60</b>
<b>A. Rechtsgeschäftliche Übertragung eines Grundstücks</b> .....	<b>60</b>
I. Unterscheidung zwischen Kausal- und Verfügungsgeschäft.....	60
II. Beachtung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes.....	61
III. Falsa demonstratio non nocet .....	63
IV. Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts; versteckter Einigungsmangel .....	66
V. Bedingungsfeindlichkeit des Verfügungsgeschäfts .....	66
VI. Bindung der Parteien an die Auflassung .....	68
VII. Folgen der Auflassung; Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers .....	69
VIII. Behandlung des Anwartschaftsrechts .....	70
IX. Eigentumsübergang bei Eintragung im Grundbuch.....	72
X. Kettenauflassung.....	72
XI. Eigentumserwerb am Zubehör.....	74
XII. Erwerb vom Nichtverfügungsbefugten .....	74
XIII. Erwerb vom Nichtberechtigten .....	77
1. Der Rechtsschein des Grundbuchs .....	77
2. Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs .....	77
a. Vorliegen eines Rechtsgeschäfts.....	78
b. Unrichtigkeit des Grundbuchs .....	80
c. Legitimation des Verfügenden .....	82
d. Keine Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Grundbuchs .....	84
e. Keine Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs .....	86
f. Erwerb von einer GbR.....	87
3. Rechtsfolge des gutgläubigen Erwerbs .....	89
XIV. Zusammenfassende Übersicht .....	90
<b>B. Übertragung eines Grundstücks kraft Gesetzes</b> .....	<b>91</b>
<b>C. Übertragung eines Grundstücks kraft Hoheitsakts</b> .....	<b>91</b>
<b>5. Kapitel – Die Vormerkung</b> .....	<b>92</b>
<b>A. Zweck und Rechtsnatur der Vormerkung</b> .....	<b>92</b>
<b>B. Einbettung in die Falllösung</b> .....	<b>93</b>
<b>C. Entstehen und Erwerb einer Vormerkung</b> .....	<b>100</b>
I. Ersterwerb einer Vormerkung vom Berechtigten .....	101
II. Gutgläubiger Ersterwerb einer Vormerkung vom Nichtberechtigten .....	105
1. Voraussetzungen des gutgläubigen Ersterwerbs einer Vormerkung.....	105
2. Probleme bei der „Verfügung“ i.S.v. § 883 II BGB .....	109
III. Zweiterwerb einer Vormerkung vom Berechtigten .....	112
IV. Zweiterwerb einer Vormerkung vom Nichtberechtigten.....	116

1. Übertragender ist Forderungsinhaber, aber nicht Inhaber der Vormerkung.....	116
2. Übertragender ist nicht Forderungsinhaber .....	121
V. Folgeansprüche des Vormerkungsinhabers .....	122
<b>6. Kapitel – Das dingliche Vorkaufsrecht .....</b>	<b>124</b>
<b>A. Begriff und Abgrenzung zum schuldrechtlichen Vorkaufsrecht .....</b>	<b>124</b>
<b>B. Entstehung des dinglichen Vorkaufsrechts .....</b>	<b>126</b>
<b>C. Übertragung des dinglichen Vorkaufsrechts .....</b>	<b>126</b>
<b>D. Beendigung des dinglichen Vorkaufsrechts .....</b>	<b>127</b>
<b>E. Ausübung und Wirkung des dinglichen Vorkaufsrechts .....</b>	<b>127</b>
<b>7. Kapitel – Grundpfandrechte/Kreditsicherungsrecht .....</b>	<b>130</b>
<b>A. Einführung .....</b>	<b>130</b>
I. Unterscheidung Personalkredit/Realkredit .....	130
II. Abstraktheit der Grundpfandrechte vom Verpflichtungsgeschäft .....	133
III. Vorteil der Grundpfandrechte .....	133
IV. Unterscheidung Hypothek/Grundschild .....	135
<b>B. Die Hypothek .....</b>	<b>137</b>
I. Wesen und Zweck der Hypothek .....	137
II. Umfang der hypothekarischen Haftung .....	137
III. Grundsatz der Akzessorietät .....	137
IV. Arten der Hypothek .....	139
1. Verkehrshypothek .....	139
2. Sicherungshypothek .....	141
3. Tilgungshypothek .....	141
V. Hypothekengläubiger .....	142
VI. Entstehen und Erwerb bzw. Übertragung einer Hypothek .....	142
1. Ersterwerb einer Hypothek vom Berechtigten .....	143
a. Einigung nach § 873 I BGB mit dem Inhalt des § 1113 BGB .....	144
b. Eintragung nach §§ 873 I, 1115 I BGB .....	145
c. Briefübergabe oder Ausschluss der Brieferteilung .....	146
d. Berechtigung zur Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek .....	147
e. Bestehen der zu sichernden Forderung .....	147
f. Rechtsfolge: Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung .....	147
g. Abschlussfall zum Ersterwerb einer Hypothek vom Berechtigten .....	148
h. Problematische Fälle .....	149
aa. Bestehen eines Bereicherungsanspruchs statt einer Forderung .....	149
bb. Verbot der Doppelsicherung .....	151
2. Ersterwerb einer Hypothek vom Nichtberechtigten .....	152

a. Ersterwerb einer Hypothek vom Nichtberechtigten gem. § 878 BGB.....	152
b. Ersterwerb einer Hypothek vom Nichtberechtigten gem. § 892 BGB.....	153
3. Zweiterwerb einer Hypothek vom Berechtigten .....	157
4. Zweiterwerb einer Hypothek vom Nichtberechtigten .....	161
a. Übertragender ist Forderungsinhaber, aber nicht Inhaber der Hypothek.....	163
b. Übertragender ist nicht Forderungsinhaber .....	167
c. Übertragender ist weder Forderungsinhaber noch Inhaber der Hypothek.....	172
VII. Einwendungen und Einreden des Schuldners.....	176
1. Einführung .....	176
2. Einwendungen und Einreden hinsichtlich der Forderungsklage .....	177
a. Anspruch muss entstanden sein .....	177
b. Anspruch darf nicht untergegangen, d.h. erloschen sein .....	177
c. Anspruch muss durchsetzbar sein.....	178
3. Einwendungen und Einreden hinsichtlich der Hypothekenklage .....	179
4. Wechsel des Gläubigers .....	182
a. Ausgangslage: Kein Gläubigerwechsel .....	182
b. Gläubigerwechsel.....	182
aa. Erhalt von Einwendungen und Einreden des Forderungsschuldners .....	182
bb. Einwendungen und Einreden des Hypothekenschuldners .....	184
cc. Gutgläubiger einredefreier Hypothekenerwerb .....	184
dd. Hypothekenerwerb trotz vorherigen Erlöschens der Forderung .....	190
5. Die strenge Akzessorietät der Sicherungshypothek .....	194
VIII. Erlöschen bzw. Untergang einer Hypothek .....	197
<b>C. Die Grundschuld .....</b>	<b>199</b>
I. Wesen und Zweck der Grundschuld .....	199
1. Keine Akzessorietät zur Forderung .....	199
2. Sicherungsgrundschuld .....	204
3. Sicherungsabrede (bei Sicherungsgrundschuld).....	205
II. Entstehen und Erwerb bzw. Übertragung einer Grundschuld .....	207
1. Ersterwerb einer Grundschuld vom Berechtigten .....	209
2. Ersterwerb einer Grundschuld vom Nichtberechtigten .....	212
a. Ersterwerb einer Grundschuld vom Nichtberechtigten gem. § 878 BGB .....	212
b. Ersterwerb einer Grundschuld vom Nichtberechtigten gem. § 892 BGB .....	213
3. Zweiterwerb einer Grundschuld vom Berechtigten .....	218
4. Zweiterwerb einer Grundschuld vom Nichtberechtigten.....	220
III. Einwendungen und Einreden des Schuldners .....	224
1. Einführung .....	224
2. Kein Gläubigerwechsel in Bezug auf die Grundschuld.....	225

a. Einreden des persönlichen Schuldners gegen die Forderung .....	225
b. Einreden des Eigentümers aus der Sicherungsabrede .....	227
3. Gläubigerwechsel in Bezug auf die Grundsuld .....	229
a. Erhalt von Einwendungen und Einreden des Forderungsschuldners .....	229
b. Gutgläubiger einrededefreier Grundsuldnerwerb .....	229
c. Übertragung Forderung und Grundsuld auf verschiedene Personen .....	236
d. Übertragung Grundsuld trotz Nichtvalutierung des Darlehens .....	241
<b>D. Die Bürgschaft .....</b>	<b>245</b>
I. Einführung .....	245
II. Voraussetzungen der Bürgenhaftung .....	248
III. Abgrenzung zu anderen Sicherungsinstituten .....	250
1. Abgrenzung zum Schuldbeitritt .....	250
2. Abgrenzung zum Garantievertrag .....	251
IV. Formen der Bürgschaft .....	252
1. Ausfallbürgschaft .....	252
2. Selbstschuldnerische Bürgschaft .....	252
3. Bürgschaft auf erstes Anfordern (Vertragserfüllungsbürgschaft) .....	253
4. Gewährleistungsbürgschaft .....	253
5. Höchstbetragsbürgschaft .....	253
6. Zeitbürgschaft .....	253
7. Kreditbürgschaft .....	254
8. Nachbürgschaft .....	254
9. Rückbürgschaft .....	254
10. Mitbürgschaft .....	254
11. Teilbürgschaft .....	255
V. Grenzen der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft .....	255
1. Missachtung des Formerfordernisses gem. § 766 BGB .....	255
2. Sittenwidrigkeit .....	256
3. Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Bürgschaftsverträge .....	258
4. Verbraucherdarlehensgeschäfte .....	259
5. Störung der Geschäftsgrundlage .....	259
6. Bürgschaft und AGB-Recht .....	260
7. Einwendungen und Einreden .....	263
a. Einrede der Gestaltbarkeit, § 770 BGB .....	263
b. Einrede der Vorausklage, §§ 771-773 BGB .....	264
c. Weitere Einwendungen/Einreden, insbesondere § 768 BGB .....	264
VI. Gesetzlicher Forderungsübergang / Rückgriff des Bürgen .....	266
VII. Zusammentreffen von Bürgschaft und dinglicher Sicherung .....	267

<b>8. Kapitel – Die Grundbuchberichtigung .....</b>	<b>270</b>
A. Unrichtigkeit des Grundbuchs .....	270
B. Berechtigter und Verpflichteter .....	272
C. Inhalt und Reichweite des Grundbuchberichtigungsanspruchs .....	273
<b>9. Kapitel – Nießbrauch, Grunddienstbarkeit, Reallast, Erbbaurecht... ..</b>	<b>280</b>
A. Der Nießbrauch an Grundstücken .....	280
B. Die Grunddienstbarkeit .....	283
C. Die Reallast .....	285
D. Das Erbbaurecht .....	286
I. Einführung .....	286
II. Entstehung, Belastung, Übertragung .....	288
III. Beendigung .....	290
<b>10. Kapitel – Die Rangordnung von Grundstücksrechten .....</b>	<b>292</b>
A. Einführung .....	292
B. Gesetzliche Regelungen .....	292
C. Abweichende vertragliche Vereinbarungen .....	294
D. Rangänderung .....	294
E. Rangvorbehalt .....	294
<b>11. Kapitel – Das Wohnungseigentum nach dem WEG .....</b>	<b>296</b>
A. Einführung / Begriff des Wohnungseigentums .....	296
B. Wohnungseigentum als Bruchteilseigentum .....	297
C. Die Wohnungseigentümergeinschaft als Gemeinschaftsverhältnis... ..	297
D. Rechtsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander .....	299
E. Rechtsverhältnis der Wohnungseigentümer gegenüber Dritten .....	301
F. Wohnungseigentum und Minderjährigenrecht .....	302



# 1. Kapitel – Einführung in das (Immobiliar-)Sachenrecht

## A. Gegenstand und Wesen des Sachenrechts

Das im dritten Buch des BGB (§§ 854-1296) geregelte *Sachenrecht* beinhaltet vor allem Normen, die die rechtlichen Beziehungen von Personen (= Rechtssubjekten) zu körperlichen Gegenständen, also Sachen (= Rechtsobjekten), regeln.<sup>1</sup> Damit beantwortet das Sachenrecht nicht nur die Fragen, welcher Person eine Sache zugeordnet ist und welche Befugnisse dem jeweiligen Subjekt an der Sache zustehen, sondern beschäftigt sich auch mit der Frage, wie die rechtliche Zuordnung der Sache zur Person begründet, verändert, aufgehoben oder übertragen wird.<sup>2</sup>

### Beispiele:

- (1) Die §§ 929 ff. BGB regeln die Voraussetzungen für die *Übertragung* des Eigentums an beweglichen Sachen; in den §§ 1204 ff. BGB wird die *Belastung* einer beweglichen Sache mit einem *Pfandrecht* beschrieben. Diese Regelungen sind Gegenstand der Ausführungen von *Hütte/Hütte*, Sachenrecht I.
- (2) Die §§ 925-928 BGB regeln die Voraussetzungen für die *Übertragung* und die *Aufgabe* des Eigentums an Grundstücken; in den §§ 1113-1203 BGB werden die *Hypothek*, *Grund-* und *Rentenschuld* beschrieben; die §§ 1105-1112 BGB beschreiben die *Reallasten* und die §§ 1018-1093 BGB die *Dienstbarkeiten* (insbesondere den Nießbrauch). Diese Regelungen sind Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

Die genannten Regelungen betreffen allein die sachenrechtliche – die dingliche – Rechtslage und sind unabhängig von der schuldrechtlichen Ebene zu betrachten. Verkauft bspw. A dem B ein Grundstück (§§ 433, 311b BGB), hat er die *schuldrechtliche Pflicht*, diesem das Grundstück zu übertragen. Ob auch das Eigentum auf B übergeht, hängt allein davon ab, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Übertragungsnormen (§§ 925, 873 BGB) erfüllt sind (sachenrechtliches Verfügungsgeschäft).

Kennzeichen des Sachenrechts ist die **absolute** Zuordnung eines Objekts zu einem Rechtssubjekt. Diese Zuordnung verleiht dem Rechtssubjekt ein sog. **dingliches Recht** an der Sache. Dingliche Rechte wirken – anders als obligatorische Rechte – nicht nur gegenüber *einer* anderen Person (z.B. dem Vertragspartner), sondern **gegenüber jedermann**. Man spricht von einer Wirkung **inter omnes**.<sup>3</sup>

**Beispiel:** Das Eigentum ordnet eine Sache grundsätzlich unter Ausschluss aller<sup>4</sup> anderen Personen dem Eigentümer zu, § 903 BGB. Es stellt ein absolutes – ein dingliches – Recht dar und vermittelt dem Inhaber die umfassende Herrschaftsbefugnis, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, namentlich sie zu benutzen, zu verbrauchen, zu veräußern oder zu belasten<sup>5</sup> (sog. **Einwirkungsbefugnis**). Dieses umfassende Herrschaftsrecht gilt gegenüber jedermann und schließt andere Personen von der Einwirkung auf die Sache aus (sog. **Ausschließungsbefugnis**).

## B. Systematik und Rechtsquellen des Sachenrechts

Das Sachenrecht umfasst neben dem Recht der beweglichen Sachen (**Fahrnis- bzw. Mobiliarsachenrecht**) das Recht der unbeweglichen Sachen (**Liegenschafts- oder Grundstücksrecht bzw. Immobiliarsachenrecht**). Trotz dieser grundsätzlichen Unterteilung ist aber zu beachten, dass die Normen über den Besitz (§§ 854-872 BGB)

<sup>1</sup> Prütting, Rn 15 f.; Wieling, § 1 I 1a.

<sup>2</sup> Westermann/Gursky/Eickmann, § 1 I. Zu den nachfolgenden Ausführungen vgl. auch *Hütte/Hütte*, SachenR I, Rn 1 ff.

<sup>3</sup> Lorenz, in: Erman, Einl. § 854 Rn 3; Baur/Stürner, § 4 I; Prütting, Rn 15 f.

<sup>4</sup> Sofern beschränkt dingliche Rechte an der Sache bestehen, erfolgt eine teilweise Zuordnung auch an den oder die Inhaber des beschränkt dinglichen Rechts.

<sup>5</sup> Bassenge, in: Palandt, Überbl. v. § 903 Rn 1; Lorenz, in: Erman, Einl. § 854 Rn 2 f.

und über den Inhalt und Schutz des Eigentums (§§ 903, 904, 985-1011 BGB) sowohl für Mobilien als auch für Immobilien gelten.<sup>6</sup> Anders dagegen verhält es sich bei der Übertragung und Belastung der Rechtsobjekte. Wegen der grundverschiedenen Natur von beweglichen und unbeweglichen Sachen war eine einheitliche Regelung in diesem Bereich nicht möglich. So ist bspw. bei beweglichen Sachen regelmäßig ein Besitzerwerb erforderlich (§§ 929 S. 1, 1205 I BGB), wohingegen bei der Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken aufgrund der mangelnden Publizität des Besitzes (man kann keine Grundstücke „in den Händen halten“) u.a. eine Grundbucheintragung vonnöten ist (§ 873 BGB).

- 4 Nach der Systematik des BGB ist das Sachenrecht im dritten Buch des BGB geregelt. Teilweise lassen sich sachenrechtliche Bestimmungen aber auch in anderen Büchern des BGB sowie in Gesetzen außerhalb des BGB finden:

- So wird der Begriff der **Sache** in § 90 BGB, also im *ersten Buch des BGB* definiert. Auch befinden sich dort Regelungen über die verschiedenen Arten von Sachen (z.B. vertretbare oder verbrauchbare Sachen, §§ 91, 92 BGB), über ihre Bestandteile (§§ 93 ff. BGB) sowie über ihre Früchte und Nutzungen (§§ 99, 100 BGB).

Der Grund für die Verortung dieser – in erster Linie das Sachenrecht betreffenden – Vorschriften im Allgemeinen Teil des BGB liegt darin, dass das BGB prinzipiell alle Regelungen, die mehrere Bücher des BGB betreffen, im Allgemeinen Teil verortet und somit „vor die Klammer“ zieht. Da auch die anderen Bücher des BGB Bezug auf die Vorschriften der §§ 90 ff. BGB nehmen (vgl. z.B. § 433 BGB in Abgrenzung zu § 453 BGB oder § 651 BGB), war es somit folgerichtig, die genannten Regelungen betreffend die Sachen im ersten Buch des BGB zu platzieren.

- Das *dritte Buch des BGB* enthält zunächst Regelungen über den **Besitz** (§§ 854-872 BGB) und sodann allgemeine Vorschriften über Rechte an **Grundstücken** (§§ 873-902 BGB). Damit werden die tatsächlichen Grundlagen für die dinglichen Rechte geschaffen. Denn für den Erwerb und die Übertragung dieser Rechte ist stets ein **Publizitätsakt** – also ein nach außen erkennbarer Tatbestand – erforderlich. Dieser erfolgt, wie bereits erwähnt, bei beweglichen Sachen regelmäßig durch den *Besitzwechsel* (= Übergabe<sup>7</sup>) und bei unbeweglichen Sachen durch eine Eintragung in das *Grundbuch*.<sup>8</sup> Zur Publizität vgl. ausführlich Rn 29 ff.

Den allgemeinen Vorschriften über Rechte an **Grundstücken** systematisch nachgestellt sind die **dinglichen Rechte**, beginnend mit dem **Eigentum** als umfassendstes Herrschaftsrecht an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache (§ 903 BGB) und mit den besonderen Bestimmungen über das Miteigentum, §§ 1008 ff. BGB. Innerhalb des Abschnitts über das Eigentum (§§ 903-1011 BGB) wird teilweise zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen unterschieden (vgl. etwa §§ 925-928 und §§ 929 ff. BGB).<sup>9</sup>

Schließlich befasst sich das dritte Buch des BGB mit den **beschränkten dinglichen Rechten**, §§ 1018 ff. BGB. Bei diesen differenziert das BGB zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Während sich z.B. das Pfandrecht an beweglichen Sachen in den §§ 1204 ff. BGB findet, sind die Pfandrechte an Grundstücken (sog. Grundpfandrechte) in den §§ 1113 ff. BGB normiert. Kennzeichen der beschränkten dinglichen Rechte ist, dass einem Rechtssubjekt nicht die vollumfängliche Herrschaftsmacht über eine Sache vermittelt wird, sondern nur bestimmte, inhaltlich beschränkte Befugnisse eingeräumt werden. Diese Befugnisse stellen quasi einen Teilbereich der Eigentümerrechte dar, wirken aber ebenfalls als dingliche Rechte gegenüber jedermann.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Eckerl, SachenR, Rn 1; Hütte/Hütte, SachenR I, Rn 4.

<sup>7</sup> Vgl. §§ 929 ff. BGB, wonach für den Eigentumsübergang eine Übergabe oder ein sog. Übergabesurrogat erforderlich ist.

<sup>8</sup> Hütte/Hütte, SachenR I, Rn 7.

<sup>9</sup> Hütte/Hütte, SachenR I, Rn 4.

<sup>10</sup> Stadler, in: Soergel, Einl. §§ 854 ff. Rn 8; Hütte/Hütte, SachenR I, Rn 9.

## 2. Kapitel – Das Grundstück und seine Bestandteile

### A. Begriff des Grundstücks

- 41 Anders als bei beweglichen Sachen kann sich bei Grundstücken die Begrenzung nicht aus ihrer Körperlichkeit ergeben; vielmehr müssen die Grundstücksgrenzen durch menschliche Handlungen bestimmt werden. Das geschieht durch die katastermäßige **Vermessung** der Erdoberfläche. Die Vermessung erfolgt auf Antrag durch die Katasterbehörde bzw. durch einen öffentlich bestellten und damit beliehenen Vermessungsingenieur.<sup>64</sup> Diese zeichnen die vermessene Erdoberfläche auf eine Flurkarte mit einer Flurnummer ein, sodass eine bestimmte räumliche Abgrenzung gegeben ist. Dieses sog. **Flurstück** wird dann zu einem **Grundstück im Rechtssinne**, wenn es im **Grundbuch** auf einem besonderen Grundbuchblatt (§ 3 I GBO) bzw. Auszug (§ 3 V GBO) in einem dafür bestimmten Datenspeicher (§ 126 GBO) unter einer besonderen Nummer eingetragen wird.

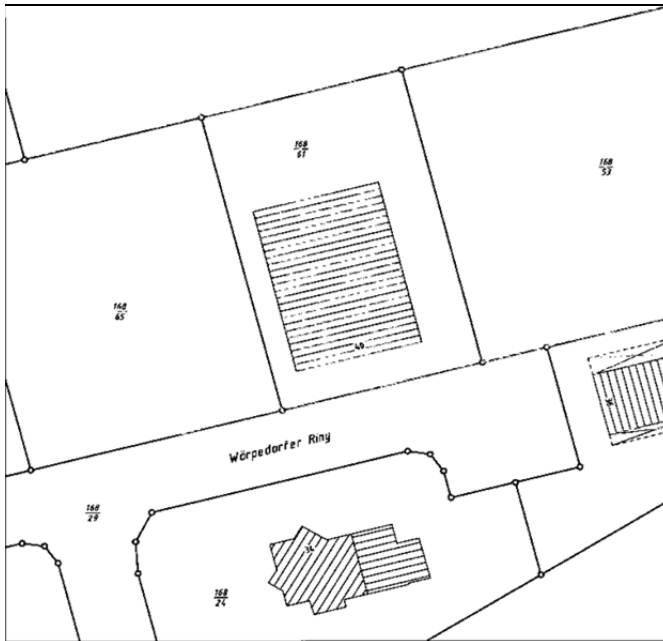


Abb. 1: Auszug aus einer Liegenschaftskarte (Flurkarte)

- 42 Danach ergibt sich folgende Definition eines Grundstücks im Rechtssinne:

Unter einem **Grundstück im Rechtssinne** ist unabhängig von der Nutzungsart ein räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche zu verstehen, der im Grundbuch als Grundstück auf einem besonderen Grundbuchblatt geführt wird.

- 43 Nach dieser Definition könnte der Grundstückseigentümer, soweit nicht das Luftrecht (vgl. § 1 LuftVG) öffentlich-rechtliche Grenzen setzt, theoretisch senkrecht nach oben bis zum Mond und, soweit nicht das Bergrecht (vgl. die Vorschriften des BBergG) öffentlich-rechtliche Grenzen setzt, nach unten bis zum Erdmittelpunkt vordringen. § 905 S. 1 BGB stellt dies klar. Jedoch enthält § 905 S. 2 BGB eine (weitere) Einschränkung

<sup>64</sup> Zur Rechtsfigur der Beleihung vgl. R. Schmidt, AllgVerwR, 19. Aufl. 2016, Rn 110 ff.

des Herrschafts- und Ausschließlichkeitsrechts. Nach dieser Bestimmung kann der Berechtigte Einwirkungen auf sein Grundstück nicht verbieten, wenn er kein Interesse an der Ausschließlichkeit hat. Dieses Ausschließlichkeitsinteresse muss jedoch schutzwürdig sein. Ob dies der Fall ist, richtet sich nicht nach der Anschauung des Berechtigten, sondern nach der Verkehrsanschauung, d.h. nach objektiven Kriterien, wobei die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sind.<sup>65</sup>

### Beispiele:

- (1) Ein Grundstückseigentümer kann i.d.R. nicht verbieten, dass Verkehrsflugzeuge den Luftraum über seinem Grundstück benutzen. § 1 LuftVG bestimmt dies. Zu überlegen wäre allerdings, § 1 LuftVG dahingehend auszulegen, dass die Duldungspflicht nur für den nach dem Stand der Technik zumutbaren Lärm besteht.
- (2) Ein Grundstückseigentümer muss wegen § 76 TKG Telekommunikationslinien bzw. Haltevorrichtungen für elektrische Leitungen auf seinem Grundstück dulden.

Besteht danach eine Duldungspflicht, ist zugleich der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus § 1004 I BGB ausgeschlossen (vgl. auch § 1004 II BGB). Mit diesen Bestimmungen hat der Gesetzgeber Inhalt und Schranken des Eigentums festgelegt (Art. 14 I S. 2 GG).

44

## B. Bedeutung und Aufgabe des Grundbuchs

Dass der Rechtsverkehr auf einer sicheren und verlässlichen Basis stehen muss, steht außer Frage. Das gilt wegen der hohen wirtschaftlichen Bedeutung des Grundeigentums insbesondere für Grundstücksgeschäfte. Bei diesen ist besonders wichtig zu wissen, wer Eigentümer der zu übereignenden Liegenschaft ist. Denn wenn ein Erwerber eine Sache von einer Person erwirbt, die nicht Eigentümer ist, ergibt sich eine Interessenkollision: Entweder schützt die Rechtsordnung den Erwerber – dann verliert der eigentliche Berechtigte sein Eigentum –, oder die Rechtsordnung schützt den Berechtigten – dann kann der Erwerber nicht (dauerhaft) Eigentümer werden. Gleichgültig wie sich die Rechtsordnung entscheidet, sind Übertragungen des Eigentums durch Nichterwerber sehr misslich. Es leuchtet daher ein, dass der Gesetzgeber Regularien schaffen musste, die die aufgezeigte Interessenkollision regeln. So muss der Erwerber die Möglichkeit haben, *vor* Initiierung des Erwerbstatbestands die Eigentumsverhältnisse an dem Erwerbsgegenstand zu klären. Bei *beweglichen* Sachen hat das Gesetz eine Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers statuiert. § 1006 I S. 1 BGB bestimmt, dass zugunsten des Besitzers vermutet wird, dass er Eigentümer der Sache sei. Dem liegt der (mit Blick auf die heute nicht unübliche Finanzierung auch von Mobilien und dem damit verbundenen Sicherungseigentum nicht mehr zeitgemäße) Gedanke zugrunde, dass bei den meisten beweglichen Sachen Besitzer und Eigentümer identisch sind. Bei *unbeweglichen* Sachen, also Grundstücken, ist dagegen eine solche Vermutung nicht zulässig. Zu oft werden Immobilien vermietet oder verpachtet, sodass der Schluss aus dem Besitz auf das Eigentum von vornherein nicht in Betracht kommen kann. Die Legitimation des Veräußerers eines Grundstücks kann daher nicht an den Besitz knüpfen. Daher hat der Gesetzgeber bei Immobilien eine andere Vermutungsregel aufgestellt: Gemäß § 891 I BGB wird widerleglich<sup>66</sup> vermutet, dass demjenigen, zu dessen Gunsten ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auch das eingetragene Recht zusteht. Geht es um den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Rechten durch Verkehrsgeschäft, weitet § 892 BGB die Vermutung des § 891 BGB zugunsten des gutgläubigen Rechtsverkehrs zu einer unwiderleglichen Vollständigkeitsvermutung für Rechte und

45

<sup>65</sup> *Wilhelmi*, in: Erman, § 905 Rn 5.

<sup>66</sup> Die Vermutung kann also durch Gegenbeweis entkräftet werden.

Verfügungsbeschränkungen aus.<sup>67</sup> Der eingetragene Berechtigte **gilt** als gegenwärtiger Rechtsinhaber; der Gegenbeweis ist unzulässig (vgl. bereits Rn 32).

Bei dem Grundbuch handelt es sich um ein beim Amtsgericht geführtes öffentliches Register, das die Rechts- und Wirtschaftsverhältnisse an Grundstücken aufzeigt (§ 1 GBO). Es kann bei berechtigtem Interesse von jedermann (z.B. Käufer) eingesehen werden (§ 12 I S. 1 GBO) und genießt den öffentlichen Glauben, das bedeutet, dass die dort eingetragenen Tatbestände jedem gutgläubigen Dritten gegenüber als richtig gelten (vgl. § 892 BGB). Zu Aufbau und Inhalt des Grundbuchs vgl. Rn 55 ff.

46 Aufgabe des Grundbuchs ist zunächst, zuverlässig Auskunft über die **Eigentumsverhältnisse** von Grundstücken zu geben.

47 Da es unter Umständen wirtschaftlich notwendig, jedenfalls aber rechtlich möglich ist, zur Kreditsicherung ein Grundstück mit einer Hypothek oder Grundschuld zu belasten, kommt dem Grundbuch darüber hinaus die Funktion zu, die Belastung eines Grundstücks mit beschränkten Rechten zu dokumentieren. Denn es leuchtet ein, dass der Rechtsverkehr ein Interesse daran hat, zu erfahren, ob ein Grundstück bspw. mit einer Hypothek oder Grundschuld belastet ist. Denn sowohl Hypothek als auch Grundschuld stellen dingliche Belastungen des Grundstücks dar, die als Sicherungsmittel etwa für ein Darlehen eingeräumt wurden und daher dem Gläubiger des Sicherungsmittels ein Befriedigungsrecht verleihen. Gäbe es also das Grundbuch als Publizitätsträger nicht, wäre es möglich, dass jemand ein Grundstück erwirbt, obwohl es dinglich belastet ist. Dann stellte sich die Frage, ob der Erwerber das Grundstück mit der Belastung erwirbt oder ob die dem Erwerber unbekanntenen dinglichen Sicherungsmechanismen mit dem Erwerb des Grundstücks erlöschen und dadurch der Gläubiger sein Kreditsicherungsmittel verliert. Gleichgültig wie sich die Rechtsordnung dann entscheiden würde, hätte einer der Beteiligten das Nachsehen.

**Beispiel**<sup>68</sup>: Erwürbe der Käufer ein Hausgrundstück zu einem Preis von 250.000,- € und stellte sich erst nach Kaufpreiszahlung heraus, dass es mit einer Hypothek von 225.000,- € belastet ist, würde er wirtschaftlich extrem geschädigt, da die Rechtsordnung dingliche Belastungen von der Veräußerung der belasteten Sache unberührt lässt. Der Käufer hätte zwar schuldrechtliche Ansprüche gegen den Verkäufer, könnte aber an der Belastung nichts ändern. Außerdem wäre er dem Risiko der nicht vorhandenen Durchsetzbarkeit der schuldrechtlichen Ansprüche ausgesetzt.

48 Konsequenzen dieser Art will das Grundbuch vermeiden, da in ihm nicht nur Eigentumsrechte, sondern grundsätzlich sämtliche an einem Grundstück bestehende Rechte dinglicher Art verzeichnet sind. Das Grundbuch gibt dem Rechtsverkehr auch in dieser Hinsicht Rechtssicherheit.<sup>69</sup>

49 Aufgabe des Grundbuchs ist weiterhin, zuverlässig Auskunft über **dingliche Belastungen** von Grundstücken zu geben.

50 Schließlich gibt das Grundbuch Klarheit über die **Rangordnung** der Belastungen. Besonders für Pfandrechte ist dies wichtig. Denn ihr wertvollster Bestandteil ist das Verwertungsrecht. Dieses wäre gefährdet, wenn ein zweites, später begründetes und vorrangiges Pfandrecht die Verwertungsrechte des zuerst entstandenen Pfandrechts gefährden würde oder sie sogar untergehen ließe. Es muss also unter den Rechten eine feste Rangordnung geschaffen werden. Sie ist eine wesentliche Grundlage des Real-

<sup>67</sup> Artz, in: Erman, § 892 Rn 1.

<sup>68</sup> Vgl. Prütting, Rn 133.

<sup>69</sup> Prütting, Rn 133.

kredits an Grundstücken; ohne sie sind geordnete, gesicherte und wirtschaftlich tragbare Kreditverhältnisse nicht zu erreichen. Allerdings ist auch für die Rangordnung eine Publizität erforderlich. Diese gewährt das Grundbuch. Durch entsprechende Einträge kann jeder Erwerber eines Rechts bzw. jeder Kreditgeber, der zur Sicherung seiner Kreditvergabe eine Grundstücksbelastung fordert, in Erfahrung bringen, ob das Grundstück ihm noch genügend Sicherheit für den Kredit bietet oder ob die Belastung desselben bereits so hoch ist, dass das für ihn zu begründende Grundpfandrecht nicht mehr als sicher anzusehen wäre.<sup>70</sup> Zur Rangordnung vgl. ausführlich Rn 743 ff.

Aufgabe des Grundbuchs ist schließlich, zuverlässig Auskunft über die **Rangordnung** sämtlicher Grundstücksbelastungen zu geben.

51

**Zusammenfassung:** Aus den vorstehenden Erläuterungen dürfte deutlich geworden sein, dass das Grundbuch dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip und damit der Rechtssicherheit dient. Publizität liegt bei Verfügungen über Grundstücke erst mit der Eintragung in das Grundbuch vor. Daher erfordern rechtsgeschäftliche Änderungen von Grundstücksrechten eine Eintragung in das Grundbuch (vgl. § 873 I BGB).

52

**Beispiel:** Möchte K von V ein Grundstück käuflich erwerben, ist auf schuldrechtlicher Ebene ein notarieller Kaufvertrag erforderlich (§§ 433, 311b BGB). Zur Übertragung des Eigentums ist neben der Auflassung (§ 925 BGB) eine förmliche Eintragung in das Grundbuch notwendig (§ 873 I BGB).

Ein Grundstücksübertragungsgeschäft besteht somit aus dem materiellen Liegenschaftsrecht und dem formellen Grundbuchrecht. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes ist das formelle Grundbuchrecht entscheidend, auch wenn es von der materiellen Rechtslage abweicht. Es besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass das im Grundbuch eingetragene Recht der materiellen Rechtslage entspricht (§ 891 BGB). Daher ist ein **gutgläubiger Erwerb** möglich (§ 892 BGB, vgl. dazu Rn 238 ff.). Entspricht die materielle Rechtslage nicht dem formellen Grundbuchrecht, besteht ein Anspruch aus § 894 BGB auf Abgabe der nach § 19 GBO zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Bewilligungserklärung („**Grundbuchberichtigungsanspruch**“, vgl. Rn 654 ff.).

53

**Grundbuchfähig** sind natürliche und juristische Personen (des privaten und öffentlichen Rechts); sie können als Inhaber eines Rechts, d.h. als Eigentümer oder Berechtigte(r) eines beschränkten dinglichen Rechts, in das Grundbuch eingetragen werden. Gleiches gilt für rechtsfähige Personengesellschaften i.S.v. § 14 II BGB, also jedenfalls für die KG und die OHG, weil diese unter ihrem Namen („Firma“) Eigentum an Grundstücken erwerben können (vgl. §§ 124 und 161 II HGB). Sie sind unter ihrer Firma eintragungsfähig. Ob die **GbR** (§ 705 ff. BGB) grundbuchfähig ist, wurde früher unterschiedlich gesehen. Der BGH hat zunächst die Außenrechtsfähigkeit<sup>71</sup> und dann die Grundbuchfähigkeit<sup>72</sup> anerkannt. Er hat entschieden, dass die GbR im Grundbuch als Eigentümerin allein unter der Bezeichnung eingetragen werden könne, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen hätten. Einer gleichzeitigen Nennung der Gesellschafter im Grundbuch bedürfe es insoweit nicht.

54

Diese Rechtsprechung ist (bzw. war) unter mehreren Aspekten sehr problematisch, weil die GbR als Personengesellschaft zum einen von ihrem Mitgliederbestand abhängig

<sup>70</sup> Prütting, Rn 136.

<sup>71</sup> Vgl. dazu das Grundsatzurteil BGHZ 146, 341 ff. mit Bespr. von K. Schmidt, NJW 2001, 993 ff. und Timme/Hülk, JuS 2001, 536 ff. Vgl. auch K. Schmidt, JuS 2002, 719. Das Urteil bestätigt hat BGH NJW 2002, 1207; vgl. auch BVerfG NJW 2002, 3533; BGH NJW 2003, 2984; Finn/Lux, JA 2004, 6 ff.

<sup>72</sup> BGHZ 179, 102 ff. mit Bespr. v. K. Schmidt, JuS 2009, 278 f.

## 4. Kapitel – Übertragung des Grundeigentums

- 201 Grundstücke können rechtsgeschäftlich (z.B. in Erfüllung der Verpflichtung aus einem Kaufvertrag), kraft Gesetzes (z.B. durch Erbfall) oder kraft Hoheitsakts (z.B. durch Zwangsversteigerung oder Enteignung) übertragen werden.

### A. Rechtsgeschäftliche Übertragung eines Grundstücks

#### I. Unterscheidung zwischen Kausal- und Verfügungsgeschäft

- 202 Jedem sachenrechtlichen Verfügungsgeschäft liegt ein schuldrechtliches Kausal-/Verpflichtungsgeschäft zugrunde.<sup>278</sup> Das können z.B. ein Kaufvertrag (§ 433 BGB) oder eine Schenkung (§ 516 BGB) sein. Bezogen auf Grundstücke sind die entsprechenden Verpflichtungsgeschäfte gem. § 311b I S. 1 BGB notariell zu beurkunden (§ 128 BGB). Die notarielle Beurkundung ist die strengste Form, die das Privatrecht für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts vorsieht. Sie ist aus Gründen der Aufklärung, Beratung und Beweissicherung bei Geschäften mit besonders schwerwiegenden Folgen, zu denen insbesondere Grundstücksübertragungen gehören, vorgesehen.<sup>279</sup>
- 203 Auf sachenrechtlicher Ebene bestimmt § 873 I BGB, dass zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück die **Einigung der Parteien** sowie die **Eintragung** der Rechtsänderung in das **Grundbuch** erforderlich sind. § 873 I BGB bestimmt, dass zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Die Einigung der Parteien hinsichtlich eines Grundstückserwerbs (sog. **Auflassung**) muss gem. § 925 I S. 1 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien<sup>280</sup> vor einer zuständigen Stelle (i.d.R. ein **Notar**, § 925 I S. 2 BGB) erklärt werden.<sup>281</sup> An die Einigung nach § 873 I BGB sind die Parteien gem. § 873 II BGB nur dann gebunden, wenn die Erklärungen notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat. Grundsätzlich reicht für die dingliche Einigung daher zunächst eine einfache Einigung. Da aber gem. §§ 20, 29 GBO zum Übergang des Grundstücks auf den Erwerber ohnehin eine notarielle Erklärung erforderlich ist, ist es üblich, von vornherein alle entsprechenden Erklärungen notariell beurkunden zu lassen.
- 204 Eine Nichtbeachtung der genannten Vorschriften führt grundsätzlich zur **Nichtigkeit** des jeweiligen Rechtsgeschäfts (§ 125 S. 1 BGB; vgl. aber die Heilungsmöglichkeit bspw. nach § 311b I S. 2 BGB). Ist das Verfügungsgeschäft nichtig, kann der Rechteinhaber das Grundstück über § 985 BGB vindizieren und/oder einen Anspruch aus § 894 BGB auf Abgabe der nach § 19 GBO zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Bewilligungserklärung („Grundbuchberichtigungsanspruch“) geltend machen.

---

<sup>278</sup> Zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip, deren Kenntnis hier vorausgesetzt wird, vgl. bereits oben Rn 36 sowie ausführlich *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 49 ff.

<sup>279</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 1098 ff. Nach dem BGH gilt der Formzwang auch für Verträge, die in der Erwartung geschlossen werden, dass ein späterer Grundstückskaufvertrag von ihnen abhängen soll (BGH NJW 2002, 2559, 2560) - dazu *Maier-Reimer*, NJW 2015, 273 ff.

<sup>280</sup> In der Praxis ist es üblich, dass im Zuge der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags eine Notargehilfin als Stellvertreterin bestimmt wird, unter Befreiung der Einschränkungen des § 181 BGB später die Auflassung der Parteien zu erklären. Zur Möglichkeit der Stellvertretung vgl. auch sogleich, Rn 208.

<sup>281</sup> Die gem. § 925 I S. 3 BGB ebenfalls möglichen Auflassungen in einem gerichtlichen Vergleich oder einem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan sind eher selten.

In der Praxis sind Grundstücksgeschäfte auf die Weise ausgestaltet, dass der Notar nicht nur den Kaufvertrag entwirft, sondern auch alle vor- und nachbereitenden Maßnahmen trifft, von der Einholung eines Grundbuchauszugs und der Liegenschaftskarte über die Einholung der Verzichtserklärung der Gemeinde über deren Vorkaufsrecht, etwaige Löschungsbewilligungen von Grundschuldgläubigern bis hin zur Beantragung der Grundbuchänderung. Das Verfahren ist also bei weitem nicht so einfach, wie es die §§ 873, 925 BGB vermuten lassen.

205

## II. Beachtung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes

Für die Auflassung gilt der bereits erwähnte **sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz**. Es muss sich aus dem Inhalt der Einigung, gegebenenfalls im Wege der Auslegung, eindeutig ergeben, welcher Teil der Erdoberfläche Gegenstand der Übertragung sein soll. Daher kann auch eine noch nicht vermessene Teilfläche Gegenstand der Auflassung sein, wenn sie nur genau genug bezeichnet wird.<sup>282</sup>

206

Etwas anderes gilt für das der sachenrechtlichen Verfügung zugrunde liegende **Kausalgeschäft**. Für dieses genügt – wie sich bereits aus § 315 BGB ergibt – die **Bestimmbarkeit** des Vertragsgegenstands.<sup>283</sup> Es ist also zwischen Bestimmtheit und Bestimmbarkeit zu unterscheiden.

207

**Beispiel:** K möchte für seinen Gewerbebetrieb ein Grundstück kaufen. In der Tageszeitung erblickt er die Anzeige der Erschließungsgesellschaft E, die aus einer Gesamtfläche von 40.000 qm des Grundstücks mit der Flurstücknummer 168 voll erschlossene Teilflächen nach Wahl anbietet. K sucht sich später auf dem von Vertreter V mitgebrachten Auszug aus der Liegenschaftskarte (Katasterzeichnung) innerhalb des Flurstücks 168 ein 2.000 qm großes Grundstück aus. E, formell ordnungsgemäß vertreten durch V, und K schließen daraufhin einen notariellen Kaufvertrag über den von K gewünschten Teil des Flurstücks 168 (§§ 433, 311b I S. 1 BGB). Mit gleicher Urkunde lassen die Parteien auch die Auflassung des Grundstücksteils notariell beurkunden. Auf der Katasterzeichnung wird der von K gewünschte Teil des Flurstücks rot umrandet und gestrichelt. Die Katasterzeichnung wird dem Vertrag als Anlage beigelegt.

### 1. Schuldrechtliches Kausalgeschäft

E, vertreten durch V, und K haben sich kaufvertraglich darüber geeinigt, dass die von K ausgesuchte Teilfläche des Flurstücks 168 in das Eigentum des K übergehen soll. Der Vertragsgegenstand ist somit bestimmbar. Die Bestimmbarkeit wäre selbst dann gegeben gewesen, wenn im Kaufvertrag dem K gem. § 315 BGB das Recht eingeräumt worden wäre, sich (spätestens im Zeitpunkt der Auflassung) ein 2.000 qm großes Grundstücksteil auszusuchen. Denn die Fläche des noch nicht vermessenen Grundstücksteils ergab sich vorliegend sowohl aus der Vertragsurkunde als auch aus der in Bezug genommenen Skizze. Die vorgeschriebene Form (§ 311b I S. 1 BGB) wurde eingehalten.

Exkurs: Sollte die Bevollmächtigung eines Vertreters in Bezug auf einen Grundstückskauf nicht notariell beurkundet worden sein, ist dies nach dem Wortlaut des § 167 II BGB für die Wirksamkeit des Kaufvertrags unschädlich, da die Vorschrift bestimmt, dass die Vollmacht nicht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Allerdings könnte dadurch der Schutzzweck der notariellen Beurkundung (vgl. Rn 202) unterlaufen werden. Daher ist nach Auffassung des BGH die Vollmachtserteilung zu einem Grundstückskaufvertrag in derselben Weise formbedürftig (notarielle Beurkundung) wie der Grundstückskaufvertrag selbst.<sup>284</sup> Freilich ist diese Auffassung nicht vom – insoweit eindeutigen – Wortlaut des § 167 II BGB gedeckt. Grund-

<sup>282</sup> BGHZ 150, 334, 337 ff.; 90, 323, 326; *Wacke*, in: MüKo, § 873 Rn 36; *Artz*, in: Erman, § 873 Rn 14. 4 f.; v. *Campe*, NotBZ 2003, 41 ff.; *Kanzleiter*, NJW 2000, 1919.

<sup>283</sup> BGHZ 150, 334, 337 ff.

<sup>284</sup> BGHZ 125, 218, 219.



sätzlich kann man daher sagen, dass die Form der Bevollmächtigung der des Grundgeschäfts entsprechen muss.<sup>285</sup>

### 2. Sachenrechtliches Verfügungsgeschäft

Auch hinsichtlich des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts wurden die gesetzlichen Anforderungen erfüllt. Die Auflassung genügte dem **sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz**, da die von K gekaufte Teilfläche – obwohl sie noch nicht katastermäßig vermessen war – hinreichend genau bezeichnet war. Auch die Erfordernisse des § 925 BGB wurden eingehalten. Zwar schreibt § 925 BGB nur die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien vor der zuständigen Stelle vor und sagt nichts über eine Beurkundungspflicht hinsichtlich der Auflassung, allerdings bedarf die Auflassung im späteren Eintragungsverfahren der Beurkundungspflicht (vgl. § 29 GBO), sodass die Notare die Auflassung gleich beim Kaufvertrag mit beurkunden. Außerdem schließt die notarielle Beurkundung der Auflassung den einseitigen **Widerruf** derselben aus (§ 873 II Var. 1 BGB) und der Erwerber kann sich ab dem Zeitpunkt der Bindungswirkung des § 873 II BGB durch Eintragungsantrag vor Verfügungsbeschränkungen schützen.

Unschädlich ist es auch, dass E von V **vertreten** wurde. Denn zum einen verlangt eine „Gleichzeitigkeit“ keine „Höchstpersönlichkeit“, und zum anderen gibt der Vertreter eine *eigene* Willenserklärung ab und befindet sich bei deren Abgabe gleichzeitig mit dem Vertragspartner vor der zuständigen Stelle.<sup>286</sup> Etwas anderes hätte nur dann gegolten, wenn V lediglich Bote gewesen wäre. Dann hätte er eine *fremde* Willenserklärung übermittelt, die bereits *vor* Vertragsschluss vorgelegen hätte. Außerdem hätte § 167 II BGB nicht gegriffen.

208

**Merke:** Eigentum an einem Grundstück kann rechtsgeschäftlich durch **§§ 873, 925 BGB** erworben werden. Das erforderliche **Kausalgeschäft** kann z.B. ein Kauf oder eine Schenkung sein und bedarf grds. der **notariellen Beurkundung** (§ 311b I S. 1 BGB; zur Heilung vgl. § 311b I S. 2 BGB). Das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft, die **Auflassung**, muss vor einer zuständigen Stelle, meist vor dem **Notar**, erklärt werden. Dabei sind jedoch **keine Beurkundung** und keine öffentliche Beglaubigung erforderlich. Allein die mündlichen Erklärungen vor dem amtsbereiten Notar sind ausreichend. In der Praxis wird die Auflassung allerdings regelmäßig zusammen mit dem schuldrechtlichen Kausalgeschäft (i.d.R. ein Kaufvertrag) notariell beurkundet, da das Grundbuchamt die Eintragung im Grundbuch **gemäß § 29 I S. 2 GBO** ohnehin nur vornimmt, wenn die Auflassung in öffentlich beurkundeter Form nachgewiesen wird. Außerdem bewirkt die notarielle Beurkundung, dass die Auflassung **unwiderruflich** wird (dazu sogleich).<sup>287</sup> Sollte z.B. nach erklärter Auflassung der Erbfall eintreten, sind die Erben daher an die Auflassungserklärung des Erblassers gebunden.

Das Tatbestandsmerkmal „gleichzeitig“ in § 925 I BGB verlangt nicht, dass die Parteien persönlich vor dem Notar erscheinen; es ist kein höchstpersönliches Geschäft. Daher ist eine **Stellvertretung** gem. §§ 164 ff. **zulässig**. Da die Auflassung auch nicht beurkundungspflichtig ist, bedarf die Bevollmächtigung schon von daher ebenfalls keiner Beurkundung (auf § 167 II BGB kommt es also nur beim Kausalgeschäft an). Etwas anderes gilt aber für die spätere Grundbucheintragung: Gemäß § 29 GBO ist dem Grundbuchamt die Beurkundung aller zur Eintragung erforderlichen Urkunden, somit auch die beurkundete Vollmacht, nachzuweisen. Daher ist es auch in diesem Zusammenhang üblich, dass der Notar die Bevollmächtigung gleich zusammen mit dem Kaufvertrag beurkundet.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass das **Eigentum** am Grundstück **nicht** bereits mit der **Einigung** der Parteien gem. §§ 873, 925 BGB übergeht, sondern erst mit der **Ein-**

<sup>285</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen bzgl. der Grundbucheintragung bei Rn 208.

<sup>286</sup> *Bassenge*, in: Palandt, § 925 Rn 4. In einigen Bundesländern gilt das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit beider Parteien ausnahmsweise nicht, wenn das Grundstück von einem Notar versteigert worden ist und die Auflassung noch während der Versteigerung vorgenommen wird (vgl. Art. 143 EGBGB).

<sup>287</sup> Das schließt freilich nicht aus, dass ein separater Aufhebungsvertrag geschlossen wird.

**tragung** des Erwerbers als Eigentümer im **Grundbuch**. Bis zu dieser Eintragung können der Veräußerer oder der Erwerber nur unter sehr strengen Voraussetzungen die Einigung **widerrufen**. So ist nach zutreffender Auffassung (dazu Rn 207 und 217) ein Widerruf der Einigung i.S.v. §§ 873, 925 BGB ausgeschlossen, wenn

- die Einigungserklärungen (d.h. die Auflassung) notariell beurkundet wurde(n), s.o.,
- die Erklärungen vor dem Grundbuchamt abgegeben wurden,
- die Erklärungen beim Grundbuchamt eingereicht wurden oder
- eine der GBO entsprechende Eintragungsbewilligung (§§ 19, 29 GBO) durch den Berechtigten an den Erwerber ausgehändigt wurde.

Schließlich muss der Veräußerer **befugt** sein, über das Grundstück zu verfügen. Verfügungsbefugt ist regelmäßig der Eigentümer. Nichteigentümer, aber auch der (etwa wegen § 80 I InsO) in der Verfügungsbefugnis beschränkte Eigentümer sind demzufolge nicht Verfügungsbefugt. Dennoch kann eine Verfügung dieses Personenkreises wirksam sein. Vgl. dazu Rn 238 ff.

### III. Falsa demonstratio non nocet

Da der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nicht notwendig verletzt ist, wenn der Vertragsgegenstand im Einzelfall erst **durch Auslegung zu ermitteln ist**, wirkt trotz übereinstimmender falscher Bezeichnung des betroffenen Grundstücks die Einigung bezüglich des von den Parteien gemeinten Grundstücks. Insoweit gilt auch bei der Auflassung: **falsa demonstratio non nocet**.<sup>288</sup> Das gilt freilich nicht für die Grundbucheintragung. Danach tritt der Rechtserfolg nur insoweit ein, als die grundbuchmäßige Bezeichnung und die Vorstellung der Parteien sich decken.<sup>289</sup>

209

**Beispiel**<sup>290</sup>: V ist Eigentümer der Grundstücke mit den Flurstücknummern 168/62 und 168/63. Eigentümer des Nachbargrundstücks (Flurstücknummer 168/61) ist N. Das Grundstück 168/61 grenzt unmittelbar an das Grundstück 168/62. Im Einverständnis mit V nutzt N seit vielen Jahren einen Teil des Grundstücks 168/62 als Zufahrt zu seiner Garage. Dieser Grundstücksteil ist einheitlich gepflastert und mit Pollern zum restlichen Teil des Grundstücks 168/62 hin abgegrenzt.

210

V verkauft mit notariellem Vertrag das Grundstück 168/62 an K und lässt es auf. In dem Kaufvertrag und der Auflassung wird das „im Grundbuch von Wörpedorf Blatt 844 eingetragene Grundstück, Flurstück 168/62 mit einer Größe von 1532 qm“ als Kaufgegenstand bezeichnet. V und K hatten das Grundstück allerdings zuvor besichtigt und gingen übereinstimmend davon aus, dass das von V zu verkaufende Grundstück nur bis zu den Pollern reiche, dass also die von N genutzte Zufahrt zu dessen Grundstück gehöre und nicht zu dem Grundstück des V. Nachdem eine der beurkundeten Auflassung entsprechende Grundbucheintragung vorgenommen wurde, klärt sich das Missverständnis auf. K ist nun der Auffassung, gem. der Grundbucheintragung Eigentümer des gesamten Grundstücks 168/62 geworden zu sein, und verlangt von N Räumung der fraglichen Teilfläche. N ist hingegen der Auffassung, dass K nicht Eigentümer der von ihm genutzten Teilfläche geworden sei, und verlangt – im Einverständnis mit V – von K Zustimmung zur Grundbuchberichtigung.

#### 1. Klärung der Eigentumsverhältnisse

##### a. Gegenstand der Auflassung

K könnte das Eigentum an dem gesamten Grundstück (Flurstück 168/62) durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch gemäß §§ 873, 925 BGB erworben haben.

<sup>288</sup> BGH NJW 2002, 1038, 1039; BGH NJW 2008, 1658, 1659; *Kanzleiter*, in: MüKo, § 925 Rn 22; *Pfeifer*, in: Staudinger, § 925 Rn 68; *Stürner*, in: Soergel, § 925 Rn 37. Zur Figur der *falsa demonstratio non nocet* vgl. *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 408, 413 und 416.

<sup>289</sup> BGH NJW 2002, 1797, 1798.

<sup>290</sup> In Anlehnung an BGH NJW 2002, 1038 ff.

Nach dem Wortlaut der Auflassung sollte das Eigentum an dem gesamten Grundstück von V auf K übergehen. Fraglich ist jedoch, wie es sich auswirkt, dass V und K aufgrund der gemeinsamen Ortsbesichtigung übereinstimmend davon ausgingen, dass der von N als Zufahrt genutzte Grundstücksteil nicht dazu gehöre.

Drücken sich die Parteien zwar unrichtig aus, messen ihren Erklärungen allerdings **übereinstimmend denselben Sinn** bei, ist es selbstverständlich, dass sie sich an den beidseitig gewollten Erklärungswert festhalten lassen müssen. Es ist allgemein anerkannt, dass eine übereinstimmende Falschbezeichnung – auch bei einer Auflassung – nicht schadet (*falsa demonstratio non nocet*).<sup>291</sup> Es gilt also auch bei einer Auflassung das tatsächlich Gewollte, nicht das buchstäblich Formulierte.

Die Auflassung bezieht sich demnach nur auf einen Teil des Grundstücks, nämlich die Fläche des Flurstücks 168/62 ohne die von N als Zufahrt genutzte Teilfläche. Da sich die Auflassung somit nicht auf die von N genutzte Teilfläche erstreckt, kann K auch kein Eigentum daran erworben haben.

### b. Gegenstand der Eintragung

Da im Grundbuch das Eigentum des K am gesamten Flurstück 168/62 eingetragen ist, die Auflassung – wie geprüft – sich jedoch nur auf den Bereich ohne die von N genutzte Teilfläche bezieht, liegt eine Diskrepanz zwischen Einigung und Grundbuchlage vor. Bei der rechtlichen Behandlung dieser Diskrepanz ist zu unterscheiden:

- ⇒ **Auflassung bezieht sich auf anderes Grundstück als später im Grundbuch eingetragen wird:** Bezieht sich bei einer *falsa demonstratio* die Auflassung auf ein anderes Grundstück als im Grundbuch eingetragen, geht kein Eigentum über. Denn Eigentum kann nur insoweit übergehen, wie sich Auflassung und Eintragung decken.<sup>292</sup> Wäre also K als Eigentümer des Grundstücks mit der Flurnummer 168/61 im Grundbuch eingetragen worden, obwohl sich die Auflassung (die auch dem wirklichen Willen der Parteien entspricht) auf das Grundstück mit der Flurnummer 168/62 bezog, hätte K weder am Grundstück mit der Flurnummer 168/62 noch am Grundstück mit der Flurnummer 168/61 Eigentum erworben. Denn Auflassung und Eintragung stimmen nicht ansatzweise überein. In diesem Fall wäre allerdings eine erneute Auflassung hinsichtlich des Grundstücks mit der Flurnummer 168/62 nicht erforderlich, da eine solche ja bereits besteht. Es genügte eine der Form des § 29 GBO entsprechende, die Falschbezeichnung richtigstellende Identitätserklärung, aufgrund derer die Eintragung des Eigentumsübergangs an dem Grundstück mit der Flurnummer 168/62 erfolgte.<sup>293</sup>
- ⇒ **Auflassung ist weitergehend als spätere Grundbucheintragung:** Von der soeben aufgezeigten Konstellation ist diejenige zu unterscheiden, in der die Eintragung im Grundbuch nur eine **Teilfläche** der in der Auflassung erklärten Fläche erfasst. In diesem Fall geht das Eigentum an der Teilfläche über, so wie die Eigentumsverhältnisse im Grundbuch eingetragen wurden. Hätte sich also die Auflassung von V und K auf die beiden Grundstücke mit den Flurstücknummern 168/62 und 168/63 erstreckt und wäre im Grundbuch K jedoch nur als Eigentümer des Flurstücks 168/62 eingetragen worden, wäre K auch nur hinsichtlich *dieses* Grundstücks Eigentümer geworden.<sup>294</sup> Allerdings hätte auch hier eine der Form des § 29 GBO entsprechende, die Falschbezeichnung richtigstellende Identitätserklärung genügt, aufgrund derer die Eintragung des Eigentumsübergangs auch an dem Grundstück mit der Flurnummer 168/63 erfolgt.

<sup>291</sup> BGH NJW 1998, 746, 747; 1999, 486, 487; 2002, 1038, 1039; NJW 2008, 1658, 1659; *Medicus*, AT, Rn 327; *Wieser*, JZ 1985, 407.

<sup>292</sup> BGH WM 2001, 1905; *Pfeifer*, in: Staudinger, § 925 Rn 86, 118; *Kanzleiter*, in: MüKo, § 925 Rn 28.

<sup>293</sup> Vgl. BGH WM 2001, 1905.

<sup>294</sup> Das gilt auch in der umgekehrten Konstellation: Beschreiben die Parteien das verkaufte Anwesen im Kaufvertrag versehentlich mit einer Grundstücksbezeichnung, die nur einen Teil des Anwesens umfasst, ist nach den Grundsätzen der *falsa demonstratio* auch die übrige Fläche des Anwesens mitverkauft (vgl. BGH NJW 2008, 1658, 1659).

⇒ **Grundbucheintragung ist weitergehend als vorangegangene Auflassung:** Wieder anders liegt der Fall, in dem sich – wie im vorliegenden Fall – die Auflassung nur auf eine Teilfläche der später im Grundbuch eingetragenen Rechtsänderung bezieht. Ist dies der Fall, geht nur das Eigentum über, das Gegenstand der Auflassung ist.<sup>295</sup> Denn die Auflassung mit der damit verbundenen Eigentumsübertragung bezieht sich nach den Grundsätzen der *falsa demonstratio* nur auf den Grundstücksteil, der von den Parteien gewollt war, nicht auf denjenigen, der im Grundbuch eingetragen ist. Daher ist K Eigentümer des Grundstücks mit der Flurnummer 168/62 geworden, allerdings exklusive des Teilbereichs, den N als Garagenauffahrt nutzt.

### c. Ergebnis

Die Auflassung des K, gem. der Grundbucheintragung Eigentümer des gesamten Flurstücks 168/62 geworden zu sein, ist unzutreffend. Er kann nicht von N Räumung der fraglichen Teilfläche verlangen.

### 2. Grundbuchberichtigungsanspruch des N aus eigenem Recht

Der von N – mit Einverständnis des V – gegen K geltend gemachte Anspruch auf Abgabe der nach § 19 GBO zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Bewilligungserklärung könnte sich aus § 894 BGB ergeben.

Das Grundbuch ist unrichtig. K ist als Eigentümer des gesamten Grundstücks mit der Flurnummer 168/62 eingetragen, obwohl er nicht Eigentümer der von N genutzten Teilfläche geworden ist. Der Anspruch des N aus § 894 BGB scheidet aber daran, dass er nicht materiell Berechtigter, also nicht Anspruchsinhaber i.S.d. § 894 BGB, ist. Denn er ist gerade nicht Eigentümer der von ihm genutzten Zufahrt.

### 3. Grundbuchberichtigungsanspruch des N aus abgetretenem Recht

Da V damit einverstanden ist, dass N von K die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung verlangt, könnte sich der entsprechende Anspruch des N aus **abgetretenem Recht** ergeben. Doch ähnlich § 985 BGB ist auch der Anspruch aus § 894 BGB untrennbar mit dem Eigentum am Grundstück verknüpft und daher nicht abtretbar.

### 4. Grundbuchberichtigungsanspruch des N wegen Ermächtigung

Von der nicht möglichen Abtretung des Anspruchs aus § 894 BGB unberührt bleibt jedoch das Recht des V, N zu **ermächtigen**, den Anspruch aus § 894 im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geltend zu machen.<sup>296</sup> Legt man das „Einverständnis“ des V als Ermächtigung (§ 185 I BGB) aus, kann N grundsätzlich den Grundbuchberichtigungsanspruch des V im eigenen Namen geltend machen.

### 5. Auswirkungen auf das Kausalgeschäft zwischen V und K

Von den Wirkungen des Abstraktionsprinzips einmal abgesehen, ändert an der festgestellten Eigentumslage auch der Umstand nichts, dass aufgrund der *falsa demonstratio* letztlich der Kaufvertrag über eine noch nicht vermessene Teilfläche des Grundstücks 168/62 geschlossen wurde. Denn eine wirksame Einigung über eine noch nicht vermessene Grundstücksteilfläche setzt lediglich voraus, dass die Fläche eindeutig bestimmbar ist (s.o.). Das ist vorliegend der Fall, da der mit Pollern abgegrenzte und gepflasterte Grundstücksteil nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien nicht Vertragsgegenstand sein sollte. Auch das Formerfordernis des § 311b I S. 1 BGB ist bei einer *falsa demonstratio* gewahrt.<sup>297</sup>

### 6. Ergebnis

Da Gegenstand des Kaufvertrags zwischen V und K nach dem Grundsatz der *falsa demonstratio* nicht das gesamte Grundstück 168/62, sondern nur das Teilgrundstück ohne die von N als Zufahrt genutzte Teilfläche ist, kann K nicht von N Räumung der fraglichen Teilfläche verlangen.

<sup>295</sup> BGH NJW 2002, 1038, 1039; Pfeifer, in: Staudinger, § 925 Rn 116.

<sup>296</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 1038.

<sup>297</sup> BGHZ 87, 150, 153; BGH NJW 2002, 1038.

Umgekehrt kann N mit einer Ermächtigung des V dessen Anspruch aus § 894 BGB gegen K geltend machen. V ist im Grundbuch als Eigentümer der von N als Auffahrt genutzten Teilfläche des Grundstücks 168/62 einzutragen.

### IV. Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts; versteckter Einigungsmangel

211 Es kann vorkommen, dass die von Veräußerer und Erwerber abgegebenen Willenserklärungen hinsichtlich der Grundstücksübertragung zwar aus objektiver Sicht einander entsprechen, d.h. sie sich inhaltlich aufeinander beziehen, in Wahrheit sich aber eine Partei über das konkrete Grundstück geirrt hat, weil sie ein anderes Grundstück meinte als in der Auflassungserklärung bezeichnet. In diesem Fall ist die Auflassung nicht etwa (wegen Dissens, dazu sogleich) nichtig, sondern wegen Vorliegens eines **Inhalts- oder Erklärungsirrtums anfechtbar** gem. § 119 I BGB.<sup>298</sup>

212

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Selbstverständlich ist auch im Immobiliarsachenrecht das **Trennungs- und Abstraktionsprinzip** zu beachten. Würde der Anfechtungsberechtigte lediglich das Kausalgeschäft erfolgreich anfechten, bliebe – von der Fehleridentität einmal abgesehen – das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft, die Auflassung, grds. gültig, weil sich die Nichtigkeitsfolge des § 142 I BGB nur auf das Rechtsgeschäft bezieht, das erfolgreich angefochten wurde. Der Anspruchsteller kann das Grundstück also **nicht** gem. § 985 BGB **vindizieren**. Ihm steht aber der **Kondiktionsanspruch** gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB auf Rückübereignung des Grundstücks gem. § 925 BGB zu.<sup>299</sup> Der Wegfall des Rechtsgrundes i.S.v. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB ergibt sich aus der erfolgreichen Anfechtung des Kausalgeschäfts, die eine Ex-tunc-Wirkung (h.M.) zur Folge hat (§ 142 I BGB). In der Fallbearbeitung empfiehlt sich regelmäßig folgende Prüfungsreihenfolge: Nach vertraglichen und quasivertraglichen Ansprüchen sind dingliche Ansprüche wie der Vindikationsanspruch aus § 985 BGB zu prüfen. Dieser scheidet aber dann, wenn das Verfügungsgeschäft nicht oder nicht erfolgreich angefochten werden konnte. Sodann ist auf § 812 BGB einzugehen und der Kondiktionsanspruch auf Rückübereignung zu prüfen.<sup>300</sup>

213 Stimmen die Erklärungen zwar äußerlich überein, sind sie aber objektiv mehrdeutig und hat *jede* Partei etwas anderes gemeint, liegt ein **versteckter Einigungsmangel (Dissens)** i.S.d. § 155 BGB vor, der zur **Nichtigkeit** der Auflassung führt.<sup>301</sup> Dies lässt das entsprechende Rechtsgeschäft nichtig werden, sodass eine Rückabwicklung erforderlich ist. Hier ist strengstens das Trennungs- und Abstraktionsprinzip zu beachten, wie oben bei Rn 212 dargestellt.

### V. Bedingungsfeindlichkeit des Verfügungsgeschäfts

214 Die Eigentumsübertragung ist **bedingungs- und befristungsfeindlich**. Zwar können Rechtsgeschäfte grundsätzlich unter einer Bedingung geschlossen oder befristet werden (§§ 158 ff. BGB)<sup>302</sup>, nicht aber, wenn eine Vorschrift dies verbietet. Für die Grundstücksübertragung ordnet **§ 925 II BGB** an, dass eine unter einer Bedingung oder Befristung vorgenommene **Auflassung unwirksam** ist. Zweck dieser Nichtigkeitsan-

<sup>298</sup> Vgl. Pfeifer, in: Staudinger, § 925 Rn 68; Artz, in: Erman, § 925 Rn 38.

<sup>299</sup> Da § 925 zur amtlichen Grundbuchänderung führt, ist eine separate Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB nicht erforderlich. Die Geltendmachung eines Anspruch aus § 894 BGB auf Abgabe der nach § 19 GBO zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Bewilligungserklärung („Grundbuchberichtigungsanspruch“) kommt nur dann in Betracht, wenn der im Grundbuch Eingetragene nicht der wahre Eigentümer ist. Das war in der vorliegenden Konstellation aber gerade der Fall, weil sich die Anfechtung nur auf das Kausalgeschäft bezog. Der Anfechtende hätte also auch das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft anfechten müssen.

<sup>300</sup> Zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip vgl. ausführlich R. Schmidt, BGB AT, Rn 49, 67; zum historischen Prüfungsaufbau des § 985 BGB R. Schmidt, SchuldR BT II, Rn 121 ff. und zu § 812 BGB ebd. Rn 196 ff.

<sup>301</sup> Zum Dissens vgl. R. Schmidt, BGB AT, Rn 495.

<sup>302</sup> Zur Wirkung von Bedingung und Befristung vgl. R. Schmidt, BGB AT, Rn 515 ff.

ordnung ist es zu gewährleisten, dass das Grundbuch definitive Auskunft gibt und von den Parteien oder Dritten beeinflussbare **Schwebezustände vermieden werden**. Hier spielt auch der im Sachenrecht zu beachtende Absolutheitsgrundsatz eine Rolle. Danach gelten sachenrechtliche Wirkungen bzw. Rechtsfolgen grundsätzlich gegenüber jedermann und nicht wie bei Verpflichtungsgeschäften nur inter partes, also nur zwischen den Vertragsparteien. Daher werden im Sachenrecht grundsätzlich höhere Anforderungen und Hürden gestellt als bei Verpflichtungsgeschäften. Dies kommt auch durch den Typenzwang als weiteren Grundsatz des Sachenrechts zum Ausdruck. Im Gegensatz zu den Verpflichtungsgeschäften, bei denen grundsätzlich die Privatautonomie herrscht, gibt das Sachenrecht zwingend vor, welche Rechtsformen möglich sind (Numerus clausus der Sachenrechte).<sup>303</sup>

§ 925 II BGB schließt konsequenterweise einen Eigentumsübergang unter einer Bedingung wie dem Eigentumsvorbehalt (also Eigentumsübertragung unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung, § 158 I BGB), der i.d.R. bei beweglichen Sachen ein beliebtes Mittel zur Kreditsicherung ist, aus. Allein schon deshalb leuchtet es ein, dass zur Kreditsicherung bei unbeweglichen Sachen allein die **Hypothek** bzw. **Grundschuld** in Betracht kommen.

Weiteres **Beispiel** einer Bedingung i.S.v. § 925 II BGB, die zur **Unwirksamkeit der Auflassung** führt, ist das Abhängigmachen der Auflassung von der Wirksamkeit des Grundgeschäfts oder von einer Eheschließung bzw. -scheidung. Das Gleiche gilt, wenn die Parteien erklären, die Auflassung gelte nur für den Fall, dass die zu veräußernde Grundfläche zu Bauland erklärt werde. Denn diese von der Gemeinde herbeizuführende Entscheidung ist zu ungewiss und stellt damit eine unzulässige Bedingung i.S.v. § 925 II BGB dar.

Eine **unzulässige** Zeitbestimmung läge z.B. in einer Vereinbarung, dass das Eigentum mit dem Tod des Veräußerers auf den Erwerber übergehen soll.

Wegen § 925 II BGB ist auch die unter **Widerrufsvorbehalt** erfolgte Auflassung unwirksam, was insbesondere bei gerichtlichen Vergleichen (§ 925 I S. 3 BGB), die nicht selten unter einem Widerrufsvorbehalt geschlossen werden, zu beachten ist. 215

Zu beachten ist jedoch, dass sich § 925 II BGB nur auf „echte“ Bedingungen bezieht, **nicht** auf sog. **Rechtsbedingungen**. Unter Rechtsbedingungen sind **gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen** für die Eigentumsübertragung zu verstehen, z.B. Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, einer Behörde oder des vollmachtlos Vertretenen (§ 177 BGB). Daher ändert § 925 II BGB z.B. nichts an der Wirksamkeit des Erwerbs eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks, obwohl der Erwerb der behördlichen Genehmigung nach § 2 GrundstücksVG bedarf. Gleiches gilt für den genehmigungsbedürftigen Grundstückserwerb nach §§ 51 und 144 II BauGB. 216

**Beispiel:** V und K schließen einen notariellen Kaufvertrag über ein 10 ha großes landwirtschaftliches Grundstück (§§ 433, 311b I S. 1 BGB). Die gleichzeitig erklärte Auflassung vor dem Notar (§§ 873, 925 BGB) erfolgt unter der Bedingung, dass die Veräußerung von der zuständigen Landwirtschaftsbehörde genehmigt wird.

Da **§ 925 II BGB** für die Grundstücksübertragung anordnet, dass eine unter einer Bedingung oder Befristung vorgenommene **Auflassung unwirksam** ist, könnte auch im vorliegenden Fall eine Unwirksamkeit der Auflassung anzunehmen sein. Da aber der Zweck der Nichtigkeitsfolge in der Vermeidung willkürlicher Schwebezustände besteht und ein solcher Schwebezustand im vorliegenden Fall schon deshalb nicht vorliegt, weil die Übertragung ohnehin der behördlichen Genehmigung bedarf (§ 2 I GrundstücksVG),

<sup>303</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *Hütte/Hütte*, SachenR I, Rn 60 ff.

bezog sich die Bedingung der Auflassung zwischen V und K lediglich darauf, dass die Behörde den Eigentumsübergang genehmigt. Eine solche Bedingung, die sich auf gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen bezieht, ist keine Bedingung i.S.v. § 925 II BGB, sondern als sog. **Rechtsbedingung** unschädlich, da sie gerade notwendige Voraussetzung des Rechtsgeschäfts ist.

### VI. Bindung der Parteien an die Auflassung

217 Da das **Eigentum** am Grundstück **nicht** bereits mit der **Einigung** der Parteien gem. §§ 873, 925 BGB übergeht, sondern erst mit der **Eintragung** des Erwerbers als Eigentümer im **Grundbuch**, stellt sich die Frage, ob die Auflassung für Veräußerer und Erwerber verbindlich ist oder ob sie bis zur Grundbuchänderung **einseitig widerrufen** werden kann. Nach der wohl noch h.M. ist die Auflassung nicht mehr einseitig widerruflich, wenn die Parteien ihre Auflassungserklärungen nach Maßgabe des § 925 BGB wirksam abgegeben haben.<sup>304</sup> Da § 925 BGB gerade keine notarielle Beurkundung der Auflassung vorschreibt, wäre – der genannten Auffassung zufolge – die Widerruflichkeit der Auflassung auch ohne notarielle Beurkundung der Auflassung ausgeschlossen. Demgegenüber ist nach der im Vordringen begriffenen Gegenauffassung für die Unwiderruflichkeit erforderlich, dass neben den Voraussetzungen des § 925 BGB auch eine der Bindungsvoraussetzungen des § 873 II BGB erfüllt ist.<sup>305</sup> Danach wäre die Auflassung insbesondere erst dann unwiderruflich, wenn sie notariell beurkundet wurde.

Der Gegenauffassung ist zwar zuzustimmen, allerdings ist der Streit rein akademischer Natur und lässt jeden Praxisbezug vermissen. Denn mit Blick auf die verfahrensrechtlichen Erfordernisse (§§ 19, 20, 29 GBO, s.o.) wird die Auflassung vor einem Notar sowieso von diesem zusammen mit dem schuldrechtlichen Kausalgeschäft beurkundet.

**Beispiel:** V und K schließen einen notariellen Kaufvertrag über ein Hausgrundstück (§§ 433, 311b I S. 1 BGB). Wegen § 29 GBO beurkundet der Notar gleichzeitig auch die von V und K erklärte Auflassung. Sodann stellt er einen Antrag auf Grundbuchänderung, d.h. auf Eintragung des K als Eigentümer. K nimmt bereits die Immobilie in Besitz. Doch noch vor Grundbuchänderung macht V eine Erbschaft und möchte das Hausgrundstück nunmehr behalten. Er widerruft seine Auflassungserklärung gegenüber K und dem Grundbuchamt und verlangt von K Räumung des Grundstücks.

Das Räumungsverlangen ist juristisch als Geltendmachung des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB zu verstehen. V müsste jedoch noch Eigentümer sein und K dürfte kein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) haben.

Ursprünglich war V Eigentümer. Er könnte jedoch durch die erfolgte Auflassung sein Eigentum an K verloren haben. Die Auflassung wurde gem. §§ 873, 925 BGB vor einem Notar erklärt. Auch war V berechtigt, über das Grundstück zu verfügen. Fraglich ist jedoch, welche Bedeutung der von V erklärte „Widerruf“ hat. Eine Anfechtung seiner Auflassungserklärung scheidet aus, da es schon am Anfechtungsgrund fehlt. Es kann sich daher nur um einen **Widerruf gem. § 873 II BGB** handeln (vgl. dazu den Merke-Kasten bei Rn 208). Eine solcher ist aber nur möglich, wenn die Voraussetzungen des § 873 II BGB nicht vorliegen. Ausgeschlossen ist der Widerruf demnach dann, wenn

- ⇒ die Einigungserklärungen (d.h. die Auflassung) notariell beurkundet wurde(n),
- ⇒ die Erklärungen vor dem Grundbuchamt abgegeben wurden,

<sup>304</sup> Gursky, in: Staudinger, § 873 Rn 154; Stürner, in: Soergel, § 925 Rn 42; Augustin, in: RGRK, § 925 Rn 28; Jauernig, in: Jauernig, § 925 Rn 16

<sup>305</sup> Artz, in: Erman, § 925 Rn 50; Bassenge, in: Palandt, § 925 Rn 29; Baur/Stürner, § 22 Rn 11; Medicus, DNotZ 1990, 279; Kanzleiter, in: MüKo, § 925 Rn 29; Pfeifer, in: Staudinger, § 925 Rn 111.

## 5. Kapitel – Die Vormerkung

### A. Zweck und Rechtsnatur der Vormerkung

279

Die Vormerkung gem. §§ 883, 885 BGB ist kein dingliches Recht an einem Grundstück, sondern ein dinglich wirkendes Sicherungsmittel eigener Art (*sui generis*), um einer Gefährdung des schuldrechtlichen Anspruchs auf die dingliche Rechtsänderung entgegenzutreten. Diese Gefährdung hat ihren Ursprung in dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip, das dem deutschen Zivilrecht zugrunde liegt. Denn die scharfe Trennung von obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft kann bei einem längeren zeitlichen Zwischenraum zwischen beiden eine Gefährdung des schuldrechtlichen Anspruchs auf die dingliche Rechtsänderung bedeuten.

**Beispiel:** V verkauft durch notariellen Kaufvertrag (§§ 433, 311b BGB) ein Grundstück an K. Da dieser Kaufvertrag lediglich das schuldrechtliche Kausalgeschäft (Verpflichtungsgeschäft) darstellt und dem Erwerber noch nicht automatisch das Eigentum verschafft, bedarf es zur Rechtsänderung eines weiteren, sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts. Im Bereich des Immobiliarsachenrechts geschieht dies nach den Vorschriften der §§ 925, 873 BGB (Auflassung und Änderung der Eigentümergeisterstellung im Grundbuch). V bleibt also trotz Käufertrags so lange Eigentümer, bis er das Grundstück durch das soeben beschriebene dingliche Rechtsgeschäft nebst Grundbuchänderung auch tatsächlich übereignet hat. Bis dahin könnte V also das Grundstück an D übertragen. D würde dann mit der Auflassung und Eintragung seiner Person als Eigentümer im Grundbuch Eigentümer; K könnte nicht mehr als Eigentümer eingetragen werden und damit nicht mehr Eigentum erwerben. Er hätte lediglich Rücktritts- oder Schadensersatzansprüche gegen V. Um diese – aus Sicht des K – missliche Situation zu vermeiden, sieht das BGB die Möglichkeit vor, den schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumverschaffung dinglich abzusichern, und zwar durch eine Auflassungsvormerkung, §§ 883, 885 BGB (zur Wirkung vgl. auch Rn 286).

280

Der schuldrechtliche Anspruch kann sich auf die Übertragung des Eigentums oder eines sonstigen Rechts an dem Grundstück, auf die Aufhebung eines beschränkten dinglichen Rechts an dem Grundstück oder auf die Änderung des Inhalts oder des Rangs eines solchen Rechts richten. Der wohl für die Praxis bedeutendste und auch für Prüfungen relevanteste Fall der Sicherung des schuldrechtlich vereinbarten Eigentumswechsels im Immobiliarsachenrecht ist die Auflassungsvormerkung. Diese bewirkt jedoch kein Verfügungsverbot und durchbricht damit nicht das Trennungs- und Abstraktionsprinzip. Der Verpflichtete bleibt also bis zur Vollendung des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts Eigentümer; die Bindung an den schuldrechtlichen Vertrag hindert ihn nicht, eine vertragswidrige, aber dennoch wirksame Verfügung über das Grundstück zugunsten eines Dritten vorzunehmen und die Erfüllung des Rechtsgeschäfts zu vereiteln. Zwar löst diese Verfügung für den obligatorisch berechtigten Erstkäufer bestimmte Ansprüche wegen Unmöglichkeit bzw. wegen Rechtsmangel (etwa auf Rückzahlung infolge Rücktritts aus §§ 326 V, 323, 346 ff. BGB oder auf Schadensersatz gem. §§ 275 I, IV, 280 I, III, 283 BGB)<sup>361</sup> aus; die dingliche Rechtsänderung zu seinen Gunsten kann der Verfügende jedoch nicht mehr herbeiführen, da der Dritte (d.h. der Zweitkäufer) das Vollrecht Eigentum wirksam erworben hat. Die schuldrechtlichen Rechtsbehelfe reichen somit für einen wirksamen Schutz des obligatorisch Berechtigten nicht aus. Erforderlich ist vielmehr ein **dinglich wirkendes Sicherungsmittel**. Da die Übereig-

<sup>361</sup> So auch der Lösungsweg der h.M., die keinen Rechtsmangel i.S.d. § 435 BGB annimmt, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache ist (vgl. etwa BGH NJW 2007, 3777 f.; OLG Schleswig NJW-RR 2011, 1233; OLG Karlsruhe ZGS 2004, 477; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 435 Rn 7). Nähme man mit der Gegenauffassung (*Berger*, in: Jauernig, § 435 Rn 5; Canaris, JZ 2003, 831, 832; *Scheuren-Brandes*, ZGS 2005, 295, 296 ff.) einen Rechtsmangel i.S.d. § 435 BGB an, wäre der Weg über §§ 435, 437 Nr. 2 bzw. Nr. 3 BGB einzuschlagen. Aber auch diese Ansicht gelangt im Ergebnis zu §§ 323, 326 V, 346 ff. BGB bzw. zu §§ 275 I, IV, 280 I, III, 283 BGB.



nung mittels aufschiebender Bedingung (§ 158 I BGB) wegen § 925 II BGB ausgeschlossen ist, erfolgt die Sicherung des obligatorischen Anspruchs auf eine dingliche Rechtsänderung am Grundstück allein durch **Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch** (§§ 883, 885 BGB). Diese Eintragung erfordert keine Einigung der Parteien i.S.v. §§ 145 ff. BGB, sondern **nur die Bewilligung** desjenigen, dessen Grundstück oder Recht von der Vormerkung betroffen wird (daher niemals die Einigung der Parteien im Rahmen der Prüfung der Vormerkung nennen). Die Bewilligung ist eine einseitige empfangsbedürftige formlose Willenserklärung gegenüber dem Vormerkungsberechtigten oder dem Grundbuchamt, die das Einverständnis mit der Eintragung zum Ausdruck bringt.<sup>362</sup> Rechtsfolge der im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkung ist, dass eine weitere Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie die Realisierung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs vereitelt (§ 883 II S. 1 BGB).

Die gleiche Interessenlage besteht, wenn über das Vermögen des Verkäufers zwischenzeitlich das **Insolvenzverfahren** eröffnet worden ist. Hat in diesem Fall der Erwerber seinen schuldrechtlichen Anspruch nicht über eine Auflassungsvormerkung dinglich gesichert und damit kein Aussonderungsrecht (vgl. § 47 InsO), kann er keine Rechtsänderung verlangen.

281

Die Zielsetzung der mit dem Grundstückskauf verbundenen **Auflassungsvormerkung** lässt sich wie folgt festmachen:

282

Die **Auflassungsvormerkung** sichert den obligatorischen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks und schützt den Käufer vor Verfügungen, die der Verkäufer während des oft langen Zeitraums zwischen dem Abschluss des Kaufvertrags und der Eintragung im Grundbuch vornehmen kann.

283

## B. Einbettung in die Falllösung

Nunmehr ist der Frage nachzugehen, wie diese Sicherung rechtstechnisch ausgestaltet ist. Zunächst soll die Einbettung der Vormerkung in den Anspruchsaufbau erörtert werden, wenn die Fallfrage lautet, ob der Vormerkungsberechtigte noch Eigentümer werden kann. Zur Fallfrage, ob der Vormerkungsberechtigte vom Dritten die Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer verlangen kann, siehe Rn 288 ff. und 300 ff.

284

**Beispiel:** V verkauft mit notariellem Kaufvertrag sein Grundstück an K (= schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, §§ 433, 311b BGB); die Übereignung (= dingliches Verfügungsgeschäft, §§ 873, 925 BGB) soll in drei Monaten stattfinden. Eine Auflassungsvormerkung (§ 883 BGB) wird nicht eingetragen. Noch bevor die Übereignung stattfinden und K als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden kann, veräußert V das Grundstück an D, der ihm einen höheren Kaufpreis gezahlt hat. D wird als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Kann K noch Eigentümer werden?

285

Da aufgrund des genannten Trennungs- und Abstraktionsprinzips jederzeit die Möglichkeit besteht, sich schuldrechtlich bezüglich ein und desselben Grundstücks mehrmals zu binden, kann der Veräußerer die Sache an beliebig viele Personen verkaufen. Dagegen kann er eine Übereignung nur einmal wirksam vornehmen.

Vorliegend hat V sein Grundstück an D übereignet. Diese Übereignung ist wirksam, weil V im Zeitpunkt der Übertragung (noch) Eigentümer des Grundstücks und auch im Übrigen Berechtigter war. Die schuldrechtliche Verpflichtung aus dem zwischen V und K bestehenden Kaufvertrag hat keine Auswirkungen auf die vorgenommene Übereignung an D. Das ist eine Folge des Trennungs- und Abstraktionsprinzips.

<sup>362</sup> Artz, in: Erman, § 885 Rn 2; Gursky, in: Staudinger, § 885 Rn 3.

Dass V das Grundstück bereits an K verkauft hat, kann D also nicht zum Nachteil erreichen, da allein die objektive Grundbuchlage entscheidet. Insbesondere eine Auflassungsvormerkung, die die Wirksamkeit der Übereignung an D im Verhältnis zu K verhindert hätte (§ 883 II BGB), war nicht eingetragen. Fand demnach die Auflassung (§ 925 BGB) zwischen V und D statt und wurde D als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, kann K nicht mehr Eigentümer werden. Es bleibt ihm nur die Möglichkeit zur Rückforderung des Kaufpreises aufgrund Rücktritts (§§ 323, 326 V, 346 ff. BGB) oder zur Forderung von Schadensersatz wegen Unmöglichkeit (§§ 275 I, IV, 280 I, III, 283 BGB).<sup>363</sup>

- 286 Um dieses Ergebnis zu vermeiden, kann der Käufer eine **Auflassungsvormerkung** im Grundbuch eintragen lassen. Diese dokumentiert für jedermann sichtbar, dass bereits jemand existiert, der einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung hat. Sollte in diesem Fall dennoch eine Verfügung zugunsten des Vormerkungsberechtigten vorgenommen werden, besteht die rechtliche Wirkung der Vormerkung darin, dass die vormerkungswidrige Verfügung **relativ unwirksam** ist (**§ 883 II BGB**). Das bedeutet, dass die zugunsten des **Dritten** erfolgte Verfügung im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten (**und nur zu diesem!**) unwirksam ist.<sup>364</sup> Dieser kann vom Veräußerer also weiterhin die Übereignung gem. § 433 I S. 1 BGB verlangen und ist nicht auf Schadensersatzansprüche verwiesen. Damit der Berechtigte jedoch als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden kann, ist **§ 19 GBO** zu beachten. Diese Vorschrift verlangt, dass bezüglich der Eintragung eine Erklärung der betroffenen Person – also des Dritten – erfolgen muss. Damit der Dritte sich nicht weigern kann, die erforderliche Erklärung abzugeben, gewährt **§ 888 I BGB** dem Berechtigten das Recht, von dem Dritten die Abgabe der genannten Erklärung zu verlangen (ggf. auch im Rahmen der gerichtlichen Durchsetzung, vgl. § 894 ZPO).<sup>365</sup>
- 287 Im **Beispiel** von Rn 285 hätte K deshalb eine Auflassungsvormerkung, die seinen schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumserwerb sichert, eintragen lassen können. Die spätere Veräußerung an D wäre dann zwar dinglich wirksam, wegen der Vormerkung aber im Verhältnis zu K relativ unwirksam gewesen, § 883 II BGB. K hätte daher von V dann weiter aus § 433 I S. 1 BGB die Auflassung und von D die Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer verlangen können, § 888 I BGB i.V.m. § 19 GBO. Sollten sich V und D weigern, den Ansprüchen des K nachzukommen, kann dieser Leistungsklage erheben. Dabei ist K zu empfehlen, V und D als Streitgenossen zu verklagen (subjektive Klagehäufung, §§ 59, 60 ZPO). Dies ist möglich, weil beide Ansprüche gemeinsame Voraussetzungen haben.<sup>366</sup>
- 287a Ähnliches gilt, wenn zugunsten eines Dritten eine (nachrangige) **Zwangssicherungshypothek** ins Grundbuch eingetragen wurde. Hier hat der Auflassungsvormerkungsberechtigte einen Anspruch gegenüber dem Dritten auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek.

**Beispiel**<sup>367</sup>: Mit notariellem Vertrag kaufte K ein Grundstück von einer GmbH, welches ihm lastenfrei übertragen werden sollte. Zu seinen Gunsten wurde kurze Zeit später eine

<sup>363</sup> Vgl. dazu Rn 280.

<sup>364</sup> Wie hier *Baur/Stürmer*, Rn 34 ff.; *Wolf/Wellenhofer*, Rn 476 ff.; *Wilhelm*, Rn 2238. Die Gegenauffassung (*Eckert*, in: *Bamberger/Roth*, § 883 Rn 56 ff.; *Gursky*, in: *Staudinger*, § 883 Rn 224; BGHZ 111, 364, 368) geht davon aus, dass die Übereignung an den Dritten voll wirksam ist. Aber auch nach dieser Auffassung hat der Gläubiger der Vormerkung einen Anspruch gegen den Vormerkungsschuldner auf Eigentumsübertragung, dem dieser – nunmehr als Nichtberechtigter (da er ja das Eigentum zwischenzeitlich verloren hat) – nachkommen kann.

<sup>365</sup> Vgl. bereits die 1. Aufl. 2004; später auch *Löhnig/Gietl*, JuS 2008, 102, 103; *Kesseler*, NJW 2010, 3341 f.; *Hengemühle*, JA 2015, 177, 183.

<sup>366</sup> Der Sinn der Streitgenossenschaft besteht darin, widersprüchliche Ausgänge der beiden Streitverfahren zu vermeiden, denn in ein und demselben Prozess kann nicht gegenüber dem Schuldner die Existenz der Vormerkung und gegenüber dem Dritterwerber deren Nichtigkeit angenommen werden; zudem besteht zumindest auch wegen der Gerichtskosten eine Ersparnis, wenn der Rechtsstreit in einem Prozess abgeurteilt wird.

<sup>367</sup> Nach BGH NJW 2010, 3367 ff.

Auflassungsvormerkung ins Grundbuch eingetragen. Ein halbes Jahr später wurde zu Gunsten des B eine (nachrangige) Zwangssicherungshypothek eingetragen. Die Eigentumsumschreibung auf K ist noch nicht erfolgt. Dennoch verlangt K von B, die Löschung der Zwangssicherungshypothek zu bewilligen.

Stellt man sich auf den Standpunkt, ein Vormerkungsberechtigter könne den Anspruch nach § 888 I BGB grundsätzlich erst nach seiner Eintragung als Eigentümer geltend machen<sup>368</sup>, steht K der von ihm geltend gemachte Anspruch (noch) nicht zu. Dafür spricht, dass insb. der Eigentumserwerb eines Auflassungsvormerkungsberechtigten nicht von der Löschung der Sicherungshypothek abhängig ist. K könnte also trotz Eintragung der Hypothek als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen werden. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass die Hypothek den Anspruch des Vormerkungsberechtigten auf Erwerb lastenfreien Eigentums nun einmal beeinträchtigt. Daher ist es sachgerecht, demjenigen, zu dessen Gunsten eine Auflassungsvormerkung ins Grundbuch eingetragen wurde, den Anspruch nach § 888 I BGB allein schon dann zuzubilligen, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch entstanden und fällig ist, also gegenüber dem Anspruchsgegner durchgesetzt werden könnte.<sup>369</sup>

Nimmt man also an, dass zur Durchsetzung des Anspruchs aus § 888 I BGB die Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer ins Grundbuch nicht vorausgesetzt wird, kann K gegenüber B die Zustimmung zur Löschung der Zwangssicherungshypothek verlangen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die genannten Ansprüche bestehen auf zwei Ebenen, was sich insbesondere auf die Wahl des richtigen Anspruchsgegners auswirkt:

- Der **Anspruch auf Auflassung** (also auf Übereignung) besteht gegenüber dem **Veräußerer**, nicht gegenüber dem Dritten. Denn dieser ist aufgrund der relativen Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten nicht Eigentümer des Grundstücks geworden; für den Berechtigten ist der Veräußerer nach wie vor Eigentümer und damit allein zur Eigentumsverschaffung berechtigt. Demgemäß richtet sich der Anspruch auf Abgabe der Auflassungserklärung (bzw. auf Übereignung) gegen diesen. Anspruchsgrundlage ist § 433 I S. 1 i.V.m. § 883 II BGB.
- Da die Eintragung als Eigentümer jedoch von der Zustimmung des Dritten abhängt (§ 19 GBO), kann (und muss) der Berechtigte von diesem die Zustimmung verlangen. Dies ergibt sich aus **§ 888 I BGB** (nicht aus § 894 BGB!<sup>370</sup>). Zusätzlich zum Anspruch auf Eigentumsübertragung ist also auch ein **Anspruch auf Zustimmung** zur Eintragung als Eigentümer im Grundbuch erforderlich. Dieser Anspruch ist gegenüber dem **Dritten** geltend zu machen. Anspruchsgrundlage des Anspruchs auf Zustimmung ist also § 888 I BGB.

In der Fallbearbeitung ist regelmäßig nach dem **Anspruch des vormerkungsberechtigten Erwerbers auf Eigentumsverschaffung** gefragt – entweder ausdrücklich oder nach Bestimmung der Interessenlage der Parteien. Daher ist gegen den Anspruchsgegner aus **§ 433 I S. 1 BGB** vorzugehen: Es ist also zunächst zu prüfen, ob

288

<sup>368</sup> So OLG Zweibrücken NJW-RR 2007, 87; OLG Rostock NotBZ 2007, 223 OLG Dresden NJW-RR 1999, 1177; OLG Stuttgart OLG-Report 1998, 285, 286; *Bassenge*, in: Palandt, § 888 Rn 5; *Krause*, in: NK-BGB, § 888 Rn 5; *Huhn*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 888 Rn 3; *Schreiber*, NJ 2007, 176.

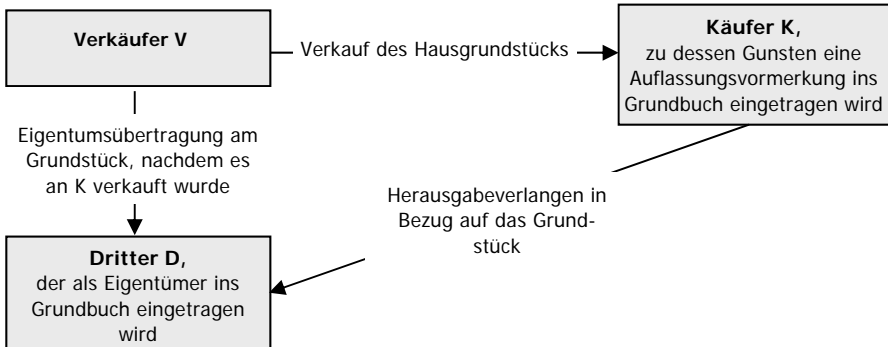
<sup>369</sup> So auch BGH NJW 2010, 3367 f.; BGHZ 99, 385, 388; BGH NJW 1981, 446, 447; NJW-RR 1988, 1357; NJW 2000, 3496; NJW-RR 2007, 1247; *Gursky*, in: Staudinger, § 888 Rn 49; *Kohlen*, in: MüKo, § 888 Rn 11; *Kesseler*, ZfIR 2007, 88, 92 f.; *ders.*, NJW 2010, 3341 f.; *Wolf*, NZM 2008, 29.

<sup>370</sup> § 894 BGB ist *deshalb* die falsche Anspruchsgrundlage, weil er sich auf einen anderen Sachzusammenhang bezieht. Zwar hat der Anspruch aus § 894 BGB die Abgabe einer nach § 19 GBO erforderlichen formellen Eintragungsbewilligung zum Gegenstand, sodass sich bei der Erarbeitung der Lösungsskizze § 894 BGB durchaus zunächst als zielführend erweisen könnte. Jedoch kommt § 894 BGB im Ergebnis deshalb nicht zum Zug, weil er von einer absolut wirkenden falschen Grundbuchlage ausgeht: bei einer vormerkungswidrigen Verfügung besteht hingegen lediglich eine *relative* Unwirksamkeit. Um aber auch in *diesem* Fall ordnungsgemäße Zustände herzustellen, hat der Gesetzgeber den § 888 BGB geschaffen.

die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 433 I S. 1 BGB vorliegen (Stichwort: „**Anspruch entstanden**“<sup>371</sup>). Diese sind regelmäßig unproblematisch zu bejahen. Doch dann stellt sich im Rahmen der Frage nach dem Nichtvorliegen rechtsvernickender Einwendungen (Stichwort: „**Anspruch untergegangen?**“) die Frage, ob der Anspruch nicht wegen der zwischenzeitlich erfolgten Verfügung, also wegen **Unmöglichkeit** untergegangen sein könnte (§ 275 BGB). Hier ist nun auf die relative Unwirksamkeit der vormerkungswidrigen Verfügung einzugehen und die oben dargestellte Rechtslage einzubetten. Im Ergebnis ist der Verkäufer also gerade nicht von der Leistungspflicht frei geworden. Denn infolge der relativen Unwirksamkeit ist dem Verkäufer trotz zwischenzeitlicher Verfügung an den Dritten (der ja insoweit erst einmal Grundstückseigentümer geworden ist) seine aus dem Kaufvertrag mit dem Erwerber herrührende Leistungsverpflichtung gerade *nicht* nachträglich unmöglich geworden. Die Prüfung sollte dann mit den Worten abgeschlossen werden: „Die relative Unwirksamkeit der Verfügung bewirkt, dass der vormerkungsberechtigte Erwerber vom Verkäufer unverändert die Übereignung des Grundstücks verlangen kann (§§ 433 I S. 1, 883 II BGB). Der Anspruch ist nicht untergegangen.“ Dazu nochmals ein Beispiel:

289

**Beispiel:** V verkauft mit notariellem Kaufvertrag sein Hausgrundstück für 50.000,- € an K (§§ 433, 311b BGB); die Übereignung (§§ 873, 925 BGB) soll in drei Monaten stattfinden. Da K an der Integrität des V zweifelt, besteht er trotz Notariatsgebühren und Gebühren des Grundbuchamtes auf der Eintragung einer Auflassungsvormerkung, um seinen schuldrechtlichen Anspruch gegen V dinglich zu sichern. Entsprechend seinem Antrag wird eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Dies hält V jedoch nicht davon ab, noch vor der anvisierten Übereignung das Grundstück an D zu veräußern, der ihm einen höheren Kaufpreis gezahlt hat. D wird als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Kann K noch Eigentümer werden?



### A. Anspruch entstanden?<sup>372</sup>

K könnte gegen V einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Grundstücks haben (§ 433 I S. 1 BGB). Dazu müsste der Anspruch zunächst entstanden sein.

V und K haben sich über den Kauf des konkreten Grundstücks geeinigt. In diesem Vertrag sind alle essentialia negotii enthalten.<sup>373</sup> Der Vertrag wurde auch formgerecht geschlossen (§ 311b BGB). Da auch sonst keine rechtshindernden Einwendungen ersichtlich sind, ist der Anspruch aus § 433 I S. 1 BGB entstanden.

<sup>371</sup> Zur Prüfung des Anspruchs nach diesen Gesichtspunkten vgl. Rn 289.

<sup>372</sup> Die Gliederung in *Anspruch entstanden*, *Anspruch untergegangen*, *Anspruch durchsetzbar* ist nicht zwingend, aber empfehlenswert, da es um ein Rechtsgutachten geht, das vollumfänglich und vollständig sein soll. Es ist auch sinnvoll, zwischen entstandenem und nur irgendwann wieder untergegangenem Anspruch zu unterscheiden, denn an einem entstandenen Anspruch können eventuell Dritte Einfluss nehmen. Im Übrigen sollte man zumindest gedanklich diesen Aufbau immer präsent haben, um keine unnötigen Fehler zu verursachen bzw. etwas zu vergessen.

<sup>373</sup> Zu den Voraussetzungen des Zustandekommens eines Vertrags vgl. ausführlich R. Schmidt, BGB AT, Rn 424 ff.

### B. Anspruch untergegangen?

Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein, d.h. es dürfte keine rechtsvernichtende Einwendung vorliegen. In Betracht kommt § 275 BGB, wonach im Fall der Unmöglichkeit der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei wird. Fraglich ist, ob dem V durch die Veräußerung des Grundstücks an D die Leistung gegenüber K unmöglich geworden ist.

Da aufgrund des dem deutschen Zivilrechts zugrunde liegenden Trennungs- und Abstraktionsprinzips jederzeit die Möglichkeit besteht, sich schuldrechtlich auch bezüglich ein und desselben Grundstücks mehrfach zu binden, kann der Veräußerer die Sache an beliebig viele Personen verkaufen. Dagegen kann er eine Übereignung nur einmal wirksam vornehmen. V hat sein Grundstück an D übereignet (§§ 873, 925 BGB). Diese Übereignung ist grds. wirksam, weil V im Zeitpunkt der Übertragung (noch) Eigentümer des Grundstücks und auch im Übrigen Berechtigter war. Die schuldrechtliche Verpflichtung aus dem zwischen V und K bestehenden Kaufvertrag hat keine Auswirkungen auf die vorgenommene Übereignung an D. Das ist eine Folge des Trennungs- und Abstraktionsprinzips. Daran ändert auch die eingetragene Auflassungsvormerkung gem. § 883 BGB nichts, da sie weder ein Verfügungsverbot (V konnte noch zugunsten des D verfügen) noch eine Grundbuchsperrung (D durfte als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen werden) bewirkt.

Fand demnach die Auflassung (§ 925 BGB) zwischen V und D statt und wurde D als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, könnte K an sich nicht mehr Eigentümer werden. Es bliebe ihm nur die Möglichkeit zur Rückforderung des Kaufpreises aufgrund Rücktritts (§§ 323, 326 V, 346 ff. BGB) oder zur Forderung von Schadensersatz wegen Unmöglichkeit (§§ 275 I, IV, 280 I, III, 283 BGB).<sup>374</sup>

Allerdings wurde zugunsten des K die bereits erwähnte Auflassungsvormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch eingetragen. Diese dokumentiert für jedermann sichtbar, dass bereits jemand existiert, der einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung hat. Sollte in diesem Fall dennoch eine Verfügung zulasten des Vormerkungsberechtigten vorgenommen werden, besteht die rechtliche Wirkung der Vormerkung darin, dass die vormerkungswidrige Verfügung nach der auch hier vertretenen h.M. **relativ unwirksam** ist (**§ 883 II BGB**). Das bedeutet, dass die zugunsten des Dritten erfolgte Verfügung im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten (und nur zu diesem!) unwirksam ist. Dieser kann vom Veräußerer also weiterhin die Übereignung verlangen und ist nicht auf Schadensersatzansprüche verwiesen.

Demnach kann K von V die Übereignung des Grundstücks verlangen. V kann nicht die Einwendung der Unmöglichkeit geltend machen, da die zugunsten des D vorgenommene Verfügung im Verhältnis zu K unwirksam ist, § 883 II BGB.

Damit K jedoch als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden kann, ist **§ 19 GBO** zu beachten. Diese Vorschrift verlangt, dass bezüglich der Eintragung eine Erklärung der betroffenen Person – also des Dritten – erfolgen muss. Damit der Dritte sich nicht weigern kann, die erforderliche Erklärung abzugeben, gewährt **§ 888 I BGB** dem Berechtigten das Recht, von dem Dritten die Abgabe der genannten Erklärung zu verlangen.

Demnach kann K von D die Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer verlangen, § 888 I BGB.

### C. Ergebnis

K kann von V weiter aus § 433 I S. 1 BGB die Auflassung und von D die Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer verlangen, § 888 I BGB.

**Weiterführender Hinweis:** In Prüfungsarbeiten ist auch oft die Variante anzutreffen, dass der Veräußerer nach der Eintragung der Vormerkung das Grundstück an den Dritten nicht verkauft, sondern an diesen **vermietet/verpachtet**. In diesem Fall stellt sich

---

<sup>374</sup> Vgl. dazu Rn 280.

## Die Vormerkung

die Frage, ob § 883 II BGB, der nur von Verfügungen, nicht auch von Verträgen, spricht, zugunsten des Erwerbers greift. Vgl. dazu den Übungsfall bei Rn 312.

290

**Fazit:** Der Beispielsfall sollte die Einbettung der Auflassungsvormerkung und der vormerkungswidrigen Verfügung an einen Dritten innerhalb des Anspruchs auf Übereignung des Grundstücks verdeutlicht haben. Mangels Übung scheitern selbst Examenskandidaten nicht selten an der Einbettung der Probleme in das Anspruchsschema. Die Regelung des § 275 BGB, die an dieser Stelle zum Tragen kommt, bleibt während des Studiums im Zusammenhang mit der Vormerkung zumeist unberücksichtigt. Und so kommt es, dass viele Fallbearbeitungen bereits beim Einstieg in die Falllösung scheitern. Nach Lektüre der vorangegangenen Ausführungen sollte es jedoch zu keinen Problemen mehr kommen.

Zu beachten ist jedoch, dass die Fallfrage auch dahin gehen kann, ob der Berechtigte gegen den Dritten die Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer verlangen kann. In diesem Fall muss zwar auch eine Inzident-Prüfung des Ersterwerbs der Vormerkung vom Verkäufer (Veräußerer) stattfinden, jedoch nicht im Rahmen des Anspruchs gegen den Verkäufer auf Abgabe der Auflassungserklärung aus § 433 I S. 1 BGB, sondern im Rahmen des Anspruchs gegen den Dritten auf Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer aus § 888 I BGB. Vgl. dazu C. I. (Rn 299).

Zu beachten ist schließlich, dass bislang stets vom (Erst-)Erwerb der Vormerkung vom Berechtigten ausgegangen wurde. Das war zu Übungszwecken auch nicht anders sinnvoll. Im Folgenden (Rn 295 ff.) wird auf die problematischen Konstellationen eingegangen, bspw. wird die Frage erörtert, ob ein **gutgläubiger Erwerb** einer Vormerkung möglich ist. Auch wird der Frage nachzugehen sein, ob eine Vormerkung **übertragen** werden kann.

291 Durch eine Vormerkung können alle Ansprüche auf Verschaffung, Änderung oder Belastung sonstiger dinglicher Rechte an einem Grundstück gesichert werden, § 883 I S. 1 BGB. Die bereits genannte Auflassungsvormerkung stellt nur einen Spezialfall der Vormerkung dar.

292 Die **rechtliche Qualifikation** der Vormerkung ist unklar. Dies liegt an ihrer der allgemeinen Systematik des BGB widersprechenden Zwitterstellung: Auf der einen Seite richten sich Inhalt, Entwicklung, Behandlung usw. nach dem Schuldrecht; auf der anderen Seite zeigen die Beziehung des Gläubigers zum Grundstück und der sich aus ihr ergebende Schutz die einem dinglichen Recht eigenartigen Wesenszüge. Dadurch scheint die Vormerkung einem dinglichen Recht in einer Weise angenähert, dass man von einer „dinglichen Berechtigung im weiteren Sinne“ bzw. von einem „Minus“ gegenüber dem zu schaffenden dinglichen Vollrecht sprechen könnte.<sup>375</sup> Die Vormerkung jedoch deswegen als dingliches Recht zu bezeichnen scheint nicht gerechtfertigt.<sup>376</sup> Mit Recht geht daher die h.M. von einem mit gewissen dinglichen Wirkungen ausgestatteten **Sicherungsmittel eigener Art** aus. Sie qualifiziert die Vormerkung als einen „von einer im Grundbuch verlautbarten, mit gewissen dinglichen Wirkungen ausgestatteten Sicherung eines auf eine dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruchs“.<sup>377</sup>

293

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die unterschiedlichen Ansichten gewinnen lediglich im Rahmen des **gutgläubigen Erwerbs** einer Vormerkung an (Klausur-) Bedeutung: Betrachtet man die Vormerkung als dingliches Recht, muss man § 892 BGB direkt anwenden. Qualifiziert man indes die Vormerkung als Sicherungsmittel eigener Art, das mit gewissen dinglichen Wirkungen ausgestattet ist, muss man die Bewilligung einer

<sup>375</sup> So *Wunner*, NJW 1969, 113, 114 ff.; *Kempf*, JuS 1961, 22, 24.

<sup>376</sup> So nun auch *Kesseler*, NJW 2010, 3341.

<sup>377</sup> RGZ 151, 389, 392; BGHZ 25, 16, 23; 60, 46, 49; BayObLG Rpfleger 1980, 294; *Baur/Stürner*, § 20 VI Rn 61; *Wacke*, in: MüKo, § 883 Rn 3; *Bassenge*, in: Palandt, § 883 Rn 2; *Gursky*, in: Staudinger, § 883 Rn 202; *Artz*, in: Erman, § 883 Rn 2; *Hager*, JuS 1990, 429, 439; *Kesseler*, NJW 2010, 3341.

## D. Die Bürgschaft

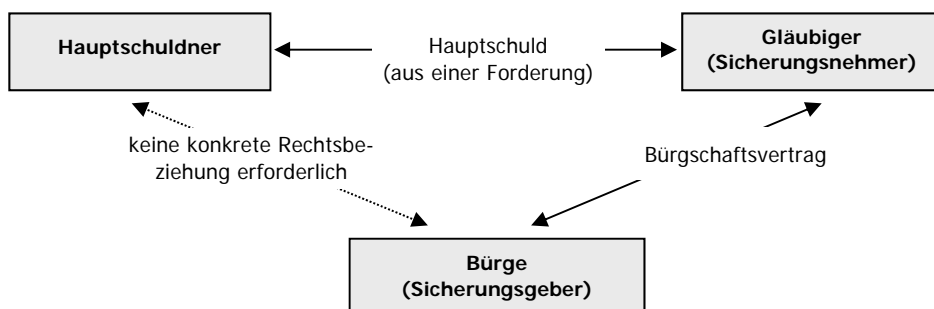
### I. Einführung

Im Unterschied zur dinglichen Kreditsicherung etwa durch Hypothek, Grundschuld Pfandrecht oder Sicherungsübereignung ist die Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB) das typische Mittel der persönlichen Kreditsicherung (**Personalkredit**): Der Bürge verpflichtet sich, für die Schuld eines anderen **persönlich einzustehen**. Befriedigt der Bürge den Gläubiger, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner gem. § 774 I S. 1 BGB automatisch auf den Bürgen über (**gesetzlicher Forderungsübergang**).

559

Bei der Bürgschaft bestehen folgende **Rechtsverhältnisse**: Als **Hauptschuld** bezeichnet man das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner der gesicherten Forderung (Hauptschuldner). Meist handelt es sich um einen Darlehensvertrag (§§ 488 ff. BGB). Die **Bürgschaft** selbst ist der Vertrag zwischen Gläubiger und Bürge. Im **Innenverhältnis**, also im Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürge, ist die Bürgschaft unabhängig (**abstrakt**) von dem rechtlichen Grund (Causa) für die Verbürgung, der im Innenverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner besteht. Daraus folgt, dass keine (konkrete) Rechtsbeziehung erforderlich ist. So kann auch ein Gefälligkeitsverhältnis genügen; üblich sind aber Auftrag (§ 662 BGB), Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) oder GoA (§§ 677 ff. BGB).

560



Während Hauptschuldner und Bürge also personenverschieden sind, müssen der Gläubiger der Hauptforderung und der Bürgschaftsgläubiger personenidentisch sein. Denn ohne **Gläubigeridentität** ließe sich die in § 774 BGB angeordnete Legalzession nicht sinnvoll durchführen.<sup>523</sup> Das gilt auch für die Bürgschaft auf erstes Anfordern.<sup>524</sup>

561

Rechtsdogmatisch ist die Bürgschaft – der Rechtsgeschäftslehre folgend – als ein **einseitig** (nur den Bürgen) **verpflichtender** Vertrag zu verstehen.<sup>525</sup> Der Bürge übernimmt nicht eine fremde Schuld als eigene, sondern eine **eigene Verpflichtung** neben der schon bestehenden Verpflichtung des Hauptschuldners.<sup>526</sup> Befriedigt er den Gläubiger, erfüllt er seine eigene Verpflichtung und befreit gleichzeitig den Hauptschuldner. Zum gesetzlichen Forderungsübergang vgl. bereits oben.

562

Die Bürgschaft ist **Rechtsgrund** i.S.v. § 812 I BGB für Leistungen des Bürgen an den Gläubiger.<sup>527</sup> Leistet der Bürge an den Gläubiger und stellt sich bspw. im Nachhinein heraus, dass der Bürgschaftsvertrag nichtig ist oder dass bereits die Hauptschuld, für

563

<sup>523</sup> Vgl. nur BGHZ 115, 177, 183; 95, 88, 93; NJW 2001, 3327; 2002, 1946, 1947; ZIP 2003, 1033, 1034 f.; 1994, 172, 177; *Herrmann*, in: Erman, Vor § 765 Rn 5.

<sup>524</sup> BGH ZIP 2003, 1033, 1034 f.; vgl. dazu Rn 583.

<sup>525</sup> Zur Einteilung der Rechtsgeschäfte vgl. *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 196 ff.

<sup>526</sup> BGHZ 139, 214, 217; *Herrmann*, in: Erman, Vor § 765 Rn 2.

<sup>527</sup> *Herrmann*, in: Erman, Vor § 765 Rn 2.

die gebürgt wurde, erloschen ist, kann der Bürge das Geleistete gem. § 812 I BGB kondizieren.

- 564 Wesentliches Kennzeichen der Bürgschaft ist die grundsätzliche **Akzessorietät**: Aus §§ 765 I, 767 I S. 1 u. 2, 768, 770 BGB ergibt sich, dass die Bürgschaft hinsichtlich Entstehung, Umfang, Zuordnung, Durchsetzbarkeit und Erlöschen vom Bestehen der gesicherten Hauptforderung dauernd abhängig ist.<sup>528</sup> Besteht also die Forderung nicht, besteht an sich auch keine Bürgschaft; erlischt die Hauptschuld, wird der Bürge jedenfalls automatisch frei.<sup>529</sup>
- Ein Problem ergibt sich indes, wenn die Hauptschuld schon nicht entstanden ist (etwa weil der durch die Bürgschaft zu sichernde Darlehensvertrag nichtig ist). Nach dem soeben Gesagten müsste das Schicksal des Bürgschaftsvertrags das Schicksal der Hauptforderung teilen. Gleichwohl stellt die h.M. auf den (mutmaßlichen) Willen der Parteien ab und fragt danach, ob die Bürgschaft dergestalt umgedeutet werden kann, dass sie die aufgrund der Nichtigkeit der Hauptschuld entstandene **Bereicherungsschuld** (§ 812 BGB) sichern soll.<sup>530</sup>
- Aber auch das Gesetz selbst setzt dem Akzessorietätsprinzip Grenzen, und zwar im Interesse sowohl des Gläubigers als auch des Bürgen. Um nämlich den Sicherungszweck der Bürgschaft zu wahren, darf der Bürge sich beim Tod des Hauptschuldners nicht auf die *beschränkte Erbenhaftung* berufen (§ 768 I S. 2 BGB); auch bleibt die Bürgschaftsforderung trotz Erlöschens oder Veränderung der Hauptforderung im *Insolvenzverfahren* (§ 254 II InsO) bestehen; dasselbe gilt beim *Wegfall der Hauptforderung* aufgrund *Untergangs* der Hauptschuldnerin als Rechtspersönlichkeit wegen Vermögenslosigkeit.<sup>531</sup> Immerhin bleibt zum Schutz des Bürgen die Bürgschaftsforderung von Erweiterungen der Hauptverbindlichkeit unberührt (§§ 767 I S. 3; 768 II BGB).<sup>532</sup>
- 565 Weiteres Kennzeichen der Bürgschaft ist, dass die Verpflichtung des Bürgen gegenüber der des Hauptschuldners grundsätzlich nachrangig ist, § 771 BGB (**Subsidiarität**). Das bedeutet, dass der Gläubiger sich grundsätzlich zunächst an den Hauptschuldner halten muss, bevor er den Bürgen in Anspruch nehmen kann. Nimmt der Gläubiger den Bürgen dennoch in Anspruch, kann dieser die **Einrede der Vorausklage** geltend machen (§ 771 BGB). Zu beachten ist jedoch, dass die Einrede der Vorausklage in den Fällen des § 773 BGB ausgeschlossen ist. Hauptfall ist der Verzicht des Bürgen (§ 773 I Nr. 1 BGB), sog. **selbstschuldnerische Bürgschaft**.
- 566 Aus diesen Grundsätzen folgt, dass die **Abtretung** der Bürgschaftsforderung **ohne die Hauptforderung unwirksam** ist und die Abtretung der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung (analog § 1250 II BGB) zum **Erlöschen der Bürgschaft** führt.<sup>533</sup> Ist die Hauptforderung abgetreten, kann mit dem Zedenten keine wirksame Bürgschaft mehr begründet werden.<sup>534</sup> Ein Bürgschaftsvertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) kann nur zugunsten des Gläubigers der Hauptforderung geschlossen werden.<sup>535</sup>
- 567 Gemäß § 765 II BGB kann die Bürgschaft auch eine *künftige* oder eine *bedingte* Verbindlichkeit sichern. Die **künftige** Forderung muss aber zumindest **bestimmbar** sein. Das Bestimmtheitserfordernis der Hauptforderung ergibt sich aus der Akzessorietät der Bürgschaft, § 767 I BGB. Kann die Hauptschuld nicht eindeutig ermittelt werden, besteht die Bürgschaft nicht. Die hieran gestellten Anforderungen sind jedoch geringer als

<sup>528</sup> Vgl. auch BGHZ 139, 214 ff.; *Sprau*, in: Palandt, Einf v § 765 Rn 1. Später auch *Musielak*, JA 2015, 161.

<sup>529</sup> Vgl. nunmehr auch *Musielak*, JA 2015, 161.

<sup>530</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 2076, 2077; *Brox/Walker*, BT, § 32 Rn 21.

<sup>531</sup> BGH NJW 2003, 1250, 1251; *Herrmann*, in: Erman, Vor § 765 Rn 3.

<sup>532</sup> *Herrmann*, in: Erman, Vor § 765 Rn 4.

<sup>533</sup> BGHZ 115, 177, 183 f; BGH ZIP 2003, 1033, 1034.

<sup>534</sup> BGH ZIP 2003, 1033, 1035; *Herrmann*, in: Erman, Vor § 765 Rn 5.

<sup>535</sup> BGH NJW 2001, 3327; *Herrmann*, in: Erman, Vor § 765 Rn 5.



bei Forderungen, die sicherheitshalber abgetreten werden, weil bei der Bürgschaft die Forderung nicht den Inhaber wechselt, sondern nur gesichert werden soll. Ausreichend ist hier eine allgemeine Bestimmbarkeit. Möglich ist daher auch eine sog. **Globalbürgschaft**, in der sich ein Bürge für alle bestehenden und künftigen Forderungen des Hauptschuldners aus einer bestimmten Geschäftsverbindung verpflichtet. Da allerdings aus dem Grundsatz der Bestimmtheit ein Gebot zur sachlichen Eingrenzung der Bürgenhaftung hergeleitet wird, um den Bürgen vor einer **unübersehbaren Belastung zu schützen** und das **Haftungsrisiko für den Bürgen kalkulierbar** zu machen, sind der Globalbürgschaft Grenzen gesetzt: So hat der BGH schon frühzeitig eine Bürgschaftserklärung für unwirksam erklärt, die alle Forderungen erfassen sollte, die der Gläubiger „aus laufender Rechnung, aus Wechseln, aus gewährtem und noch zu gewährendem Kredit oder aus einem sonstigen auch außerhalb der Geschäftsverbindung liegenden Rechtsgrund bereits erworben hat oder noch erwerben sollte“.<sup>536</sup>

Nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH sind derartige und andere Klauseln vergleichbaren Inhalts jedoch durchaus „bestimmt“, weil sie den Bürgen eben für „alle“ Verbindlichkeiten einstehen lassen.<sup>537</sup> Den gleichwohl notwendigen Schutz des Bürgen gegen derartige Globalbürgschaften stützt die neuere BGH-Rechtsprechung bei **Formularverträgen** stattdessen (in Ermangelung der Anwendbarkeit der speziellen Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB) auf **§§ 305c, 307 BGB**.<sup>538</sup> Demnach sind Formular Klauseln insoweit unwirksam, als sie die Bürgenhaftung über das die Verbürgung veranlassende aktuelle Sicherungsbedürfnis des Gläubigers bei Übernahme der Bürgschaft hinaus auf alle zukünftigen, bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags *noch nicht* bestehenden Ansprüche aus der Geschäftsverbindung mit dem Hauptschuldner ausdehnen.<sup>539</sup> Es findet also eine Begrenzung der Haftung auf diejenige Hauptschuld statt, die **Anlass** der Bürgschaft war. Dieses Bedürfnis bildet i.d.R. die Obergrenze der Bürgschaftsverbindlichkeit, die etwa bei einem Tilgungskredit in der Höhe der zu tilgenden Forderung besteht oder bei einem Kontokorrentkredit in dem zur Zeit der Verbürgung geltenden Kreditlimit<sup>540</sup> oder bei einem unlimitierten Kontokorrentkredit in der Höhe des Kreditsaldos am Tage der Bürgschaftserklärung<sup>541</sup>.

568

Diese Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung des BGH prinzipiell auch für **Kaufleute und juristische Personen**, es sei denn, die Bürgschaft ist entgeltlich und gehört zum typischen Geschäftsbetrieb des Kaufmanns.<sup>542</sup>

569

Ob die beschriebene sachliche Begrenzung der Bürgenhaftung hinsichtlich zukünftiger Verbindlichkeiten auch für Individualverträge gilt, ist, nachdem das Bestimmtheits-erfordernis seine Bedeutung in diesem Zusammenhang verloren hat, fraglich. Da bei Individualverträgen der Bürge eher überblickt, was er unterschreibt, und daher das Prinzip der Privatautonomie stärkeres Gewicht hat, kommt wohl nur für Extremfälle ein Sittenverstoß gem. § 138 I BGB in Betracht, möglicherweise unter den Gesichtspunkten der Knebelung und/oder Übersicherung.<sup>543</sup> Zur Vereinbarkeit eines formularmäßigen Bürgschaftsvertrags mit AGB-Recht vgl. auch Rn 618 ff.

570

<sup>536</sup> BGHZ 25, 319, 321.

<sup>537</sup> BGHZ 130, 19, 22; vgl. auch BGHZ 143, 95, 99.

<sup>538</sup> Vgl. BGHZ 130, 19, 23 f.; 132, 6, 8 f.; 137, 153, 155 f.; BGH ZIP 2000, 962, 964; 2001, 1361; NJW 1999, 3195, jeweils zu den damaligen §§ 3 und 9 AGBG.

<sup>539</sup> Vgl. BGHZ 143, 95, 97; BGH NJW 2001, 2466, 2469; 2002, 956, 957; WM 2002, 919, 920; vgl. auch Horn, ZIP 2001, 93, 95 f.; Fischer, WM 2001, 1049, 1052 ff.; Tiedtke, NJW 2001, 1015, 1016 f.; Lettl, WM 2000, 1316, 1323 f.; Herrmann, in: Erman, § 765 Rn 3; Sprau, in: Palandt, § 765 Rn 6.

<sup>540</sup> BGHZ 130, 19, 34; BGH NJW 1999, 3708, 3709; ZIP 2000, 962, 963.

<sup>541</sup> BGHZ 137, 153, 160.

<sup>542</sup> BGH ZIP 2001, 1361.

<sup>543</sup> Herrmann, in: Erman, § 765 Rn 3.

- Abschneiderecht** 124  
**Absolute Wirkung des Sachenrechts** 1  
**Absolutheit** 27  
**Abstraktionsprinzip** 36, 207  
**Abteilungen des Grundbuchs** 58, 745  
**Abtretung Forderung** 511  
**AGB-Recht** 503, 618  
**Akzessorietät** 368 ff., 564 ff., 472 ff.  
**Anfechtung Bürgschaft** 571  
**Anwartschaftsrecht** 18, 218, 224  
**Arbeitnehmerbürgschaft** 600 ff.  
**Arresthypothek** 380  
**Auflassung** 203  
**Auflassungsvormerkung** 221, 279 ff.  
**Ausfallbürgschaft** 581  
**Ausfallhypothek** 412  
**Ausgleich in Geld** 119  
**Ausgleichsanspruch** 97  
**Ausschließungsbefugnis** 2, 83
- Baumwurzeln** 197  
**Baumzweige** 198  
**Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung** 103  
**Beschränkt dingliches Recht** 11  
**Beseitigungsanspruch** 159  
**Besitz** 19  
**Bestandteile Grundstück** 62  
**Bestimmtheitsgrundsatz** 34  
**Briefhypothek** 376, 424  
**Buchhypothek** 376, 425  
**Bürgschaft** 350, 559 ff.  
**Bürgschaft auf erstes Anfordern** 583
- Cessio legis** 635
- Dingliches Vorkaufsrecht** 326 ff.  
**Doppelsicherung** 412  
**Duldungspflichten** 88, 110, 127, 148, 177
- Ehegattenbürgschaft** 600 ff.  
**Eigentümergebühren** 87  
**Eigentümergrundschuld** 392, 478, 488  
**Einrede der Vorausklage** 565, 626  
**Einreden** 437, 533 ff.  
**Einreden bei Bürgschaft** 621  
**Eintragung im Grundbuch** 231  
**Einwendungen** 437, 533 ff.  
**Einwendungen bei Bürgschaft** 621  
**Einwirkungsbefugnis** 2, 83  
**Enteignungsentschädigung** 120  
**Entschuldigter Überbau** 134  
**Entstehung Grundschuld** 509 ff.  
**Erbaurecht** 76a, 719 ff.  
**Erbenhaftung** 633  
**Erbschein** 263  
**Erlöschen Hypothek** 475  
**Erwerb Grundschuld v. Nichtberechtigten** 520, 531  
**Erwerb Grundstück v. Nichtberechtigten** 243  
**Erwerb Hypothek** 383  
**Erwerb Hypothek v. Nichtberechtigten** 413 ff.  
**Erwerb Vormerkung** 299 ff.
- Falsa demonstratio** 209  
**Flurstück** 41
- Garantie** 350, 578  
**Gebäude** 70, 137  
**Geldausgleich** 119  
**Geldrente** 154  
**Gesamtschuldner** 575  
**Gesetzlicher Forderungsübergang** 636  
**Gewährleistungsbürgschaft** 588  
**Gläubigerwechsel bei Grundschuld** 543 ff.  
**Gläubigerwechsel bei Hypothek** 459 ff.  
**Globalbürgschaft** 567  
**Grenzbaum** 100, 102  
**Grenzüberschreitung** 125  
**Grundbuch** 45  
**Grundbuchberichtigungsanspruch** 273, 654  
**Grundbucheintragung** 231  
**Grundbuchordnung** 41  
**Grunddienstbarkeit** 702 ff.  
**Grundpfandrechte** 350 ff.  
**Grundschuld** 362, 483 ff.  
**Grundstück** 41  
**Grundstücksnachbarn** 89  
**Grundstücksübertragung** 202  
**Gutgläubiger Erwerb** 238, 243  
**Gutgläubiger Erwerb Vormerkung** 303 ff.  
**Gutgläubiger Grundschuldenerwerb** 493a, 493b, 525, 532, 554, 558  
**Gutgläubiger Hypothekenerwerb** 463 ff.
- Haustürgeschäft** 501, 605  
**Höchstbetragsbürgschaft** 589  
**Höchstbetragshypothek** 380  
**Hypothek** 361, 365 ff.  
**Hypothekenbrief** 379
- Immissionen** 94  
**Imponderabilien** 100  
**Insolvenz** 239  
**Insolvenzordnung** 603  
**Inventar** 80
- Kataster** 41  
**Kettenauflassung** 232  
**Kontokorrentkredit** 589  
**Kreditbürgschaft** 592  
**Kreditsicherungsrecht** 350 ff.
- Landesnachbarrecht** 173, 198  
**Legitimation Verfügender** 262  
**Liegenschaftskarte** 41
- Mitbürgschaft** 595  
**Miteigentum** 9

## Sachverzeichnis

- Nachbar 89
- Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch 197
- Nachbarschaftliches Gemeinschaftsverhältnis 91, 180, 198
- Nachbürgschaft 593
- Nichtberechtigter 243
- Nießbrauch 682 ff.
- Notar 203
- Notstand 156
- Notweg 148
  
- Offene Rangstelle 489
- Ortsübliche Benutzung 112
  
- Personalkredit 350 ff., 559 ff.
- Pfandrecht 352
- Prinzipien des Sachenrechts 25
- Publizität 29
  
- Rangänderung 752
- Rangordnung von Grundstücksrechten 61, 743 ff.
- Rangvorbehalt 753
- Realkredit 351
- Reallast 711 ff.
- Rechtsschein Grundbuch 243
- Rentenanspruch 147
- Rentenschuld 363
- Restschuldbefreiung 603
- Rückbürgschaft 594
- Rücksichtnahmegebot 89
  
- Schadensersatz 147
- Scheinbestandteile 74
- Schuldbeitritt 575
- Schuldmitübernahme 575
- Schuldrechtliches Vorkaufsrecht 328
- Selbsthilferecht 197
- Selbstschuldnerische Bürgschaft 565, 582
- Sicherungsabrede 499
- Sicherungseigentum 11
- Sicherungsgrundschuld 499
- Sicherungshypothek 380, 472
- Sicherungsübereignung 11
- Sittenwidrigkeit der Bürgschaft 600 ff.
- Sozialbezug des Eigentums 84
- Spezialitätsgrundsatz 34
- Stammgrundstück 140
- Stoffe 100
- Störer 182
  
- Teilbürgschaft 598
- Tilgungshypothek 381
  
- Trennungsprinzip 36, 207
- Typenzwang 33
  
- Überbau 134, 138
- Überhang 123
- Übertragbarkeit 38
- Übertragung Grundschuld 509 ff., 526
- Übertragung Grundstück 202
- Übertragung Hypothek 384, 419
- Übertragung Vorkaufsrecht 340
- Übertragung Vormerkung 313 ff.
- Überwuchs 123
- Unrichtigkeit Grundbuch 253
- Untergang Hypothek 475
- Unterlassungsanspruch 159
  
- Verbot der Doppelsicherung 412
- Verbraucherdarlehen 502
- Verbraucherdarlehensgeschäfte 609
- Verbraucherkredit 577
- Verfügung 20
- Verfügungsbefugnis 238
- Verkehrsgeschäft 248 ff.
- Verkehrshypothek 375
- Vollrecht 8
- Vollstreckung 407
- Vorkaufsrecht 17, 326 ff.
- Vormerkung 16, 279 ff.
- Vorweggenommene Erbfolge 251
  
- Wesentliche Bestandteile 66
- Wettlauf der Sicherungsgeber 642 ff.
- Widerspruch 142, 273
- Wohnungseigentum 75b, 756 ff.
- Wohnungseigentümersammlung 776
  
- Zeitbürgschaft 590
- Zubehör 74, 79, 234
- Zufügung bestimmter Stoffe 100
- Zufügung von Immissionen 94
- Zusammentreffen von Bürgschaft und dinglicher Sicherung 642 ff.
- Zwangshypothek 380
- Zwangsvollstreckung 407