

Rainer Gallei  
XXX

Abgabetermin: 14.03.00

3. Semester  
Matrikelnr. XXX

Hausarbeit im Rahmen der Vorlesung  
Zivilrecht IIIa  
bei Prof. Dr. Manfred Wolf  
  
Wintersemester 1999/2000

## Sachverhalt

A ist Eigentümerin eines unbebauten Grundstücks im Wert von 350.000 DM. B ist Eigentümerin eines naheliegenden Grundstücks. Aufgrund eines Versehens des Grundbuchamts ist B aber als Eigentümerin des Grundstücks der A eingetragen.

Im Januar 2000 verkauft B, die das Versehen des Grundbuchamts nicht bemerkt hat, das unter ihrem Namen eingetragene, in Wirklichkeit der A gehörende Grundstück mit notariell beurkundetem Vertrag an C für 400.000 DM. Sie vereinbaren, dass C den Kaufpreis am 31.5 zahlt und dass dann die Eintragung der C als Eigentümerin ins Grundbuch erfolgen soll. Zur Sicherung des Übereignungsanspruchs bewilligt und beantragt B bereits jetzt die Eintragung einer Vormerkung zugunsten der C.

A verkauft dasselbe Grundstück für 300.000 DM formgültig im Februar an D. In diesem Zusammenhang erfährt A vom Grundbuchamt, dass nicht sie, sondern B als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist. Nach kurzer Verständigung mit B klärt sich der Fehler auf und B bewilligt und beantragt beim Grundbuchamt eine Grundbuchberichtigung zugunsten der A. Dies teilt B der C unverzüglich mit.

Die Vormerkung wird am 15.2 eingetragen, die Grundbuchberichtigung am 27.2. Nachdem A wieder als Eigentümerin eingetragen ist, beantragt D nunmehr unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen ihre Eintragung als Eigentümerin. Diese erfolgt am 6.3.

C zahlt am 31.5. pünktlich den Kaufpreis an B, woraufhin sie eingetragen werden will. Das Grundbuchamt lehnt ihren Antrag ab, da nun B nicht mehr als Eigentümerin eingetragen ist. C wendet sich daraufhin sowohl an B als auch an D und verlangt, diese sollen dafür sorgen, dass sie als Eigentümerin eingetragen werde. Dies sei auch dringend. Sie wolle nämlich das Grundstück weiterverkaufen und habe dafür ein Kaufangebot über 420.000 DM. Dieses bestehe jedoch nur bis zum 15.7. Daher müssten die erforderlichen Handlungen für die Übereignung an sie unverzüglich in die Wege geleitet werden, denn sonst werde sie ihren Käufer verlieren und den entsprechenden Gewinn nicht machen. B erwidert, sie würde ihr ja gern helfen, dies sei nach Lage der Dinge aber leider unmöglich. D lässt C wissen, sie habe gar nichts von einer Vormerkung gewusst. Daher sehe sie nicht ein, warum sie das Grundstück nun wieder aufgeben soll und verweigert jegliche Mitwirkung.

Als bis Ende Juli immer noch keine Handlungen durch B und D vorgenommen sind, wendet C sich an ihre Rechtsanwältin mit der Bitte, ihr zu sagen, welche Ansprüche sie gegen B und D erfolgreich geltend machen könne. Geben Sie bitte die gewünschte Auskunft. Dabei ist auf prozessuale Aspekte nicht einzugehen. Eventuelle Ansprüche gegen das Grundbuchamt sind ebenfalls nicht zu prüfen.

## Literaturverzeichnis

- Assmann, Dorothea Die Vormerkung (§ 883 BGB), 1998
- Baur, Jürgen F. Die Durchsetzung einer gutgläubig erlassenen Auflassungsvormerkung, JZ 1967, 439
- Baur, Jürgen F.; Stürner, Rolf Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Aufl., 1999
- Canaris, Claus-Wilhelm Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Das parzellierte Grundstück, JuS 1969, 80
- Erman, Walter;  
Westermann, Harm Peter (Hrsg.) BGB-Handkommentar,  
Band 1, §§ 1-853, 9. Aufl., 1993  
Band 2, §§ 854-2385, 9. Aufl., 1993  
(zit. *Erman-Bearbeiter*)
- Goetzke, Heinrich; Habermann, Norbert Die Wirkung der gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung gegenüber dem wahren Berechtigten, JuS 1975, 82
- Görmer, Gerald Gutgläubensschutz beim Erwerb einer Auflassungsvormerkung, JuS 1991, 1011
- Gursky, Karl-Heinz Sachenrecht, 9. Aufl., 1996
- Gursky, Karl-Heinz Verwendungsersatzansprüche und Nutzungsherausgabepflicht des Dritterwerbers, der einem Vormerkungsgläubiger oder Vorkaufsberechtigten weichen muß, JR 1984, 3
- Hager, Johannes Die Vormerkung, JuS 1990, 429
- Hoche, Ulrich Anmerkung zu OLG München, NJW 1963, 301, in: NJW 1963, 301
- Huber, Ulrich Rücktritt vom Vertrag und Ersatz des Verzugsschadens, JZ 1984, 409
- Kempf, L. Zur Rechtsnatur der Vormerkung, JuS 1961, 22
- Knöpfle, Robert Die Vormerkung, JuS 1981, 157
- Köbler, Gerhard Juristisches Wörterbuch, 8. Aufl., 1997

- Kohler, Jürgen  
Verwendungsersatzanspruch des  
Zwischenerwerbers gegen den  
Vormerkungsgeschützten,  
NJW 1984, 2849
- Kupisch, Berthold  
Auflassungsvormerkung und guter Glaube,  
JZ 1977, 486
- Medicus, Dieter  
Bürgerliches Recht, 18. Aufl., 1999
- Medicus, Dieter  
Grundwissen zum Bürgerlichen Recht,  
3. Aufl., 1997
- Medicus, Dieter  
Vormerkung, Widerspruch und  
Beschwerde, AcP 163, 1
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch,  
Band 2, Schuldrecht AT, 3. Aufl., 1994  
Band 6, Sachenrecht, 3. Aufl., 1997  
(zit. *MK-Bearbeiter*)
- Palandt, Otto  
Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Aufl., 1999  
(zit. *Palandt-Bearbeiter*)
- Reinicke, Dietrich  
Anmerkung zu BGH 49, 263, in:  
NJW 1968, 788
- Reinicke, Dietrich  
Der Schutz des guten Glaubens beim  
Erwerb einer Vormerkung,  
NJW 1964, 2373
- Roloff, Wolfgang  
Die Durchsetzbarkeit der gutgläubig  
erworbenen Vormerkung gegenüber dem  
wahren Berechtigten, NJW 1968, 484
- Schreiber, Klaus  
Gutgläubiger Vormerkungserwerb,  
Jura 1994, 493
- Soergel, Hs. Th.; Siebert, W.  
Bürgerliches Gesetzbuch,  
Band 2, Schuldrecht I, 12. Aufl., 1990  
Band 6, Sachenrecht, 12. Aufl., 1989  
(zit. *Soergel-Bearbeiter*)
- Staudinger, Julius von  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
§§ 255-327, 12. Aufl., 1979  
§§ 854-902, 12. Aufl., 1989  
(zit. *Staudinger-Bearbeiter*)

- Tiedtke, Klaus  
Die Auflassungsvormerkung,  
Jura 1981, 354
- Tiedtke, Klaus  
Verzugsschaden und Rücktritt vom  
Vertrag, NJW 1984, 767
- Westermann, Harry;  
Gursky, Karl-Heinz (Hrsg.)  
Sachenrecht,  
Band 2, Eickmann, Dieter:  
Immobiliarsachenrecht, 6. Aufl., 1988
- Wiegand, Wolfgang  
Der öffentliche Glaube des Grundbuchs,  
JuS 1975, 205
- Wilhelm, Jan  
Sachenrecht, 1993
- Wolf, Manfred  
Sachenrecht, 15. Aufl., 1999
- Wunner, Sven Erik  
Gutgläubensschutz und Rechtsnatur der  
Vormerkung, NJW 1969, 113

## Gliederung

### 1. Teil: Ansprüche der C gegen B

|   |           |
|---|-----------|
| <b><u>A. Anspruch der C gegen B auf Auflassung gemäß § 433 I</u></b>                | <b>1</b>  |
| I. <u>Kaufvertrag zwischen C und B, §§ 433 I, 313 I</u>                             | 1         |
| II. <u>Unmöglichkeit der Leistung, § 275 II</u>                                     | 1         |
| III. <u>Vormerkungserwerb, §§ 883, 885, 892</u>                                     | 1         |
| 1. <u>Anspruch auf dingliche Rechtsänderung gemäß § 883 I 1</u>                     | 2         |
| 2. <u>Eintragung, §§ 883 I 1, 885</u>   | 2         |
| 3. <u>Bewilligung, § 885 I 1 2. Alt.</u>  | 2         |
| 4. <u>Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung gemäß § 892</u>                            | 2         |
| a) <u>Anwendbarkeit des § 892</u>   | 2         |
| b) <u>Tatbestandsvoraussetzungen des § 892</u>                                      | 5         |
| (1) <u>Rechtsgeschäftlicher Erwerb, § 892 I</u>                                     | 5         |
| (2) <u>Unrichtigkeit des Grundbuchs, § 892 I</u>                                    | 5         |
| (3) <u>Guter Glaube des Erwerbers, § 892 I, II</u>                                  | 5         |
| IV. <u>Unwirksamkeit der Verfügungen, § 883 II</u>                                  | 6         |
| 1. <u>Grundbuchberichtigung zugunsten der A</u>                                     | 6         |
| 2. <u>Verkauf von A an D</u>  | 8         |
| V. <u>Gutgläubiger Erwerb, § 892</u>  | 9         |
| 1. <u>Rechtsgeschäftlicher Erwerb, § 892 I</u>                                      | 9         |
| 2. <u>Unrichtigkeit des Grundbuchs, § 892 I</u>                                     | 9         |
| 3. <u>Guter Glaube des Erwerbers, § 892 I, II</u>                                   | 9         |
| a) <u>Bedeutung des gutgläubigen Vormerkungserwerbs</u>                             | 10        |
| b) <u>Zustimmung des Berechtigten</u>   | 12        |
| VI. <u>Ergebnis</u>   | 13        |
| <b><u>B. Anspruch der C gegen B auf Ersatz des Verzugschadens gemäß § 286 I</u></b> | <b>14</b> |
| I. <u>Fälliger und einredefreier Anspruch, § 284 I 1</u>                            | 14        |
| II. <u>Mahnung, § 284</u>   | 14        |
| III. <u>Möglichkeit der Leistung, § 284 I 1</u>                                     | 15        |
| IV. <u>Vertretenmüssen des Schuldners, §§ 285, 276</u>                              | 15        |
| V. <u>Höhe des Schadens, §§ 286 I, 249, 252</u>                                     | 15        |
| VI. <u>Ergebnis</u>   | 16        |

|  |           |
|--|-----------|
| <b><u>C. Anspruch der C gegen B auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt gemäß § 326 I</u></b> | <b>16</b> |
| I. <u>Gegenseitiger Vertrag, § 326 I 1</u>   | 16        |
| II. <u>Verzug mit der Hauptleistungspflicht, § 326 I 1</u>   | 16        |
| III. <u>Vertragstreue des Gläubigers</u>   | 17        |
| IV. <u>Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung, § 326 I 1</u>   | 17        |
| V. <u>Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung</u>   | 18        |
| 1. <u>Interessewegfall, § 326 II</u>   | 18        |
| 2. <u>Erfüllungsverweigerung</u>   | 18        |
| VI. <u>Ergebnis</u>  | 18        |
| <b><u>2. Teil: Ansprüche der C gegen D</u></b>   |           |
| <b><u>D. Anspruch der C gegen D auf Zustimmung zur Eintragung gemäß § 888 I</u></b>                              | <b>18</b> |
| I. <u>Vormerkungswidriger Rechtserwerb, § 888 I</u>  | 18        |
| II. <u>Unwirksamkeit des Rechtserwerbs, §§ 888 I, 883 II</u>   | 18        |
| III. <u>Erforderlichkeit der Zustimmung, § 888 I</u>   | 18        |
| IV. <u>Ergebnis</u>  | 18        |
| <b><u>E. Anspruch der C gegen D auf Ersatz des Verzugschadens gemäß § 286 I</u></b>                              | <b>18</b> |
| I. <u>Anwendbarkeit des § 286 I</u>  | 18        |
| II. <u>Tatbestandsvoraussetzungen</u>  | 18        |
| 1. <u>Fälliger und einredefreier Anspruch, § 284 I 1</u>   | 18        |
| 2. <u>Mahnung, § 284</u>   | 18        |
| 3. <u>Möglichkeit der Leistung, § 284 I 1</u>  | 18        |
| 4. <u>Vertretenmüssen des Schuldners, §§ 285, 276</u>  | 18        |
| 5. <u>Höhe des Schadens, § 286 I, 249, 252</u>   | 18        |
| III. <u>Ergebnis</u>   | 18        |
| <b><u>F. Sonstige Ansprüche der C gegen D</u></b>  | <b>18</b> |
| <b><u>G. Konkurrenzen</u></b>  | <b>18</b> |
| I. <u>Ansprüche gegen B und D aus § 286 I</u>  | 18        |
| II. <u>Anspruch gegen B aus § 326 I</u>  | 18        |

## **1. Teil: Ansprüche der C gegen B**

### **A. Anspruch der C gegen B auf Auflassung gemäß**

#### **§ 433 I**

##### **I. Kaufvertrag zwischen C und B, §§ 433 I, 313 1**

C könnte einen Anspruch gegen B auf Auflassung des Grundstücks haben, wenn zwischen beiden ein Kaufvertrag gemäß § 433 I in der Form des § 313 1 zustandegekommen ist.

C und B haben im Januar 2000 einen notariell beurkundeten Vertrag über den Verkauf des Grundstücks abgeschlossen.

Der Anspruch von C gegen B auf Auflassung ist damit entstanden.

##### **II. Unmöglichkeit der Leistung, § 275 II**

C könnte aber ihren Anspruch auf Auflassung des Grundstücks gemäß § 275 II wieder verloren haben, wenn es der B nachträglich unmöglich geworden ist, ihre Leistungsverpflichtung zu erfüllen.

B ist mittlerweile nicht mehr als Eigentümerin des Grundstücks eingetragen. Das Grundbuchamt lehnt daher wegen des Grundsatzes der Voreintragung nach § 39 GBO den Antrag der C auf Eintragung ab. Die mittlerweile eingetragene D verweigert ebenfalls ihre nach den §§ 19, 39 GBO erforderliche Zustimmung. Demzufolge könnte es B unmöglich geworden sein, der C das Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen, so dass deren Anspruch auf Auflassung gemäß § 275 II untergegangen wäre. In Hinblick darauf ist es allerdings von Bedeutung, ob C von B eine wirksame Vormerkung erwerben konnte. Dies vorausgesetzt, könnten die mittlerweile vorgenommenen Eintragungen in das Grundbuch C gegenüber nach § 883 II unwirksam sein, so dass für sie B weiterhin als Berechtigte gelten würde. Dann wäre es C unter den Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nach § 892 möglich, das Grundstück von B zu erwerben.

##### **III. Vormerkungserwerb, §§ 883, 885, 892**

Hierzu müsste C von B eine wirksame Vormerkung erworben haben.

###### **1. Anspruch auf dingliche Rechtsänderung gemäß § 883 I 1**

Dafür müsste C gemäß § 883 I 1 einen sicherungsfähigen schuldrechtlichen Anspruch gegen B auf eine dingliche Rechtsänderung haben.



Durch den Kaufvertrag mit B hat C einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erworben. Ein nach § 883 I 1 sicherungsfähiger Anspruch der C ist damit vorhanden.

#### 2. Eintragung, §§ 883 I 1, 885

Die gemäß den §§ 883 I 1, 885 erforderliche Eintragung der Vormerkung in das Grundbuch ist am 15.2. erfolgt.

#### 3. Bewilligung, § 885 I 1 2. Alt.

Die Eintragung der Vormerkung müsste gemäß § 885 I 1 2. Alt. aufgrund der Bewilligung desjenigen erfolgt sein, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen wird. Betroffener ist der gegenwärtige wahre Inhaber des dinglichen Rechts, welches durch die Erfüllung des gesicherten Anspruchs übertragen oder beeinträchtigt wird.

B hat die Vormerkung beantragt und bewilligt. Sie war indessen nur aufgrund eines Versehens des Grundbuchamtes als Eigentümerin eingetragen, die wirkliche Eigentümerin war vielmehr A. B konnte daher keine wirksame Bewilligung zur Eintragung der Vormerkung erteilen. Folglich ist die Eintragung der Vormerkung nicht aufgrund der Bewilligung desjenigen erfolgt, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen ist.

#### 4. Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung gemäß § 892

C könnte jedoch die Vormerkung gemäß § 892 gutgläubig erworben haben. Dies wäre gleichwohl nur dann möglich, wenn § 892 auf den Erwerb einer Vormerkung anwendbar ist und seine Voraussetzungen vorliegen.

##### a) Anwendbarkeit des § 892

§ 892 müsste zunächst auf den Vormerkungserwerb anwendbar sein.

Fraglich ist hier, wie es sich auswirkt, dass § 892 dem Wortlaut nach nur den rechtsgeschäftlichen Erwerb eines dinglichen Rechts umfasst.

Eine Auffassung geht davon aus, dass die Vormerkung ein dingliches Recht sei und gelangt somit zu einer unmittelbaren Anwendung des § 892. Dies wird vor allem durch den Vergleich ihrer Rechtswirkungen mit denen des Pfandrechts oder der Hypothek begründet. Die dingliche Wirkung der Vormerkung zeige sich insbesondere im Verfügungsschutz zugunsten des Berechtigten nach §§ 883 II, 888, im Schutz gegen den Konkurs des Vormerkungsschuldners gemäß §§ 106, 254 II InsO und gegen Zwangsvollstreckungen nach § 48 ZVG. Diese Rechtsfolgen erzeugten daher zusam-

mengenommen eine durch ihre Sicherungsfunktion beschränkte Zuordnung des Objekts zugunsten des Berechtigten. Dahingehend unterscheidet sich die Vormerkung wesentlich von einem gewöhnlichen Verfügungsverbot mit der Wirkung des § 135. Zwar vermindere auch ein solches die Befugnisse des Betroffenen, erzeuge andererseits aber keine entsprechende Zuordnung des geschützten Grundstücks. Diese im Ergebnis „dingliche Gebundenheit“ zugunsten des Vormerkungsinhabers rechtfertigt daher die Behandlung der Vormerkung als dingliches Recht. Auf sie sei § 892 somit unmittelbar anwendbar.

Die überwiegend vertretene Auffassung stimmt damit lediglich insoweit überein, als dass die Vormerkung die Rechtsmacht des Schuldners im Sinne des Verfügungsschutzes und des Schutzes im Konkurs und der Zwangsvollstreckung gegenüber Dritten beschränke. Das weitere wesentliche Merkmal eines dinglichen Rechts sei aber der sich aus ihm ergebende selbständige Klageanspruch, jedoch gerade dieser sei bei der Vormerkung nicht vorhanden. Dem Einwand, dass dem Vormerkungsberechtigten in dieser Hinsicht der Anspruch aus § 888 I zustehe, wird damit begegnet, dass diese Vorschrift nur einen akzessorischen, lediglich verfahrensrechtlichen Hilfsanspruch begründe. Anders als der dinglich Berechtigte habe der Vormerkungsempfänger keinen absoluten Anspruch gegenüber dem jeweiligen Grundstückseigentümer, sondern nur einen schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch gegen seinen Schuldner. Der Vormerkung fehle es demzufolge an der für das dingliche Recht typischen unmittelbaren Sachbeziehung. Sie sei vielmehr ein besonders geartetes Sicherungsmittel, das dem geschützten schuldrechtlichen Anspruch in gewissem Umfang dingliche Wirkung verleihe. § 892 sei aus diesen Gründen nicht direkt anwendbar. Indes bejaht auch diese Auffassung nach § 893 2. Alt. die Möglichkeit des gutgläubigen Vormerkungserwerbs, da nach dieser Vorschrift § 892 auf alle sonstigen rechtsgeschäftlichen Verfügungen entsprechend anwendbar sei. Dem wäre allerdings entgegenzuhalten, dass nach dem Wortlaut des § 893 2. Alt. ein Rechtsgeschäft zwischen dem Buchberechtigten und einem anderen vorliegen muss, so dass die einseitige Bewilligung nicht von dieser Regelung umfasst sein könnte. § 893 2. Alt. sei aber diesbezüglich nach seinem objektiven Zweck extensiv auszulegen. Dafür spreche, dass der

einseitigen Bewilligung in der Regel auch eine dingliche Einigung zwischen dem Eingetragenen und dem Erwerber zugrundeliege. Insofern handele es sich doch um ein Verkehrsgeschäft, so dass in diesem Zusammenhang die einseitige Bewilligung lediglich eine rechtstechnische Besonderheit darstelle. Gleichwohl kann es fraglich sein, ob eine Vormerkung auch als Verfügung im Sinne von § 893 2. Alt. aufgefasst werden kann. Eine Verfügung ist nach allgemeiner Auffassung jedes Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht unmittelbar geändert, aufgehoben, übertragen oder belastet wird. Hierzu wird angeführt, dass die erhebliche Bindung des Bewilligenden unmittelbar auf das betroffene Recht einwirke. Die Bewilligung enthalte eine Verfügung, weil das betroffene Recht mit einer Vormerkung belastet und dadurch die Verfügungsmacht des Betroffenen nach § 883 II beschränkt werde. Aus diesen Gründen sei der gutgläubige Vormerkungserwerb nach §§ 893 2. Alt., 892 möglich.

Dem bisher dargelegten Meinungsstand widerspricht jedoch eine dritte Auffassung. Nach ihr könne die Beantwortung der Frage nach der Möglichkeit des gutgläubigen Vormerkungserwerbs nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Vormerkung nun ein dingliches Recht im Sinne von § 892 sei oder eine Verfügung nach § 893 2. Alt. darstelle. Ausgehend von einer historischen Auslegung der Rechtsnatur der Vormerkung liege vielmehr eine Gesetzeslücke vor, für deren Ausfüllung die Interessenlage und der Normzweck des § 892 entscheidend seien. Danach verlange der Käufer, dessen Auflassungsanspruch durch die Vormerkung gesichert werden soll, berechtigterweise den gleichen Schutz wie der Erwerber des Grundstückseigentums. Auch er solle darauf vertrauen dürfen, dass der Grundbuchberechtigte der wirkliche Eigentümer ist und könne somit auch bei Unrichtigkeit des Grundbuchs eine wirksame Vormerkung erwerben. § 892 gelte daher für den gutgläubigen Vormerkungserwerb in entsprechender Anwendung.

Die dargelegten Ansichten bejahen infolgedessen die Anwendbarkeit von § 892 auf den Erwerb einer Vormerkung mit unterschiedlichen Begründungen. Ein Streitentscheid ist gleichwohl nicht erforderlich, da im Ergebnis § 892 zumindest entsprechend anzuwenden ist.

**b) Tatbestandsvoraussetzungen des § 892**

C könnte demzufolge die Vormerkung von B gemäß § 892 gutgläubig erworben haben.

**(1) Rechtsgeschäftlicher Erwerb, § 892 I**

C müsste hierzu die Vormerkung rechtsgeschäftlich im Sinne eines Verkehrsgeschäfts erworben haben. Dies setzt voraus, dass Veräußerer und Erwerber wirtschaftlich personenverschieden sind.

C und B standen in keinerlei wirtschaftlicher Beziehung zueinander. C hat daher durch die rechtsgeschäftliche Bewilligung der B die Vormerkung im Sinne eines Verkehrsgeschäfts erworben.

**(2) Unrichtigkeit des Grundbuchs, § 892 I**

Das Grundbuch müsste auch unrichtig gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn der Grundbuchinhalt mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt.

B war im Grundbuch eingetragen, obwohl A die tatsächliche Eigentümerin war. Daher war das Grundbuch diesbezüglich unrichtig.

**(3) Guter Glaube des Erwerbers, § 892 I, II**

C müsste schließlich in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs gewesen sein. Dies ist dann ausgeschlossen, wenn ein Widerspruch eingetragen ist oder der Erwerber positive Kenntnis von der Unrichtigkeit hat. Ihn trifft aber neben der Information über den Grundbuchstand keine zusätzliche Erkundigungspflicht. Der maßgebliche Zeitpunkt für den guten Glauben ist wie für die anderen Voraussetzungen des § 892 grundsätzlich die Vollendung des Rechtserwerbs durch Grundbucheintragung. In bezug auf die Kenntnis gilt jedoch nach § 892 II für eintragungsbedürftige Rechte die Ausnahme, dass der Erwerber nur bis zur Zeit der Stellung des Antrages auf Eintragung gutgläubig sein muss, wenn die Eintragung zugleich die letzte Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtserwerbs darstellt.

Bis zur Vormerkungseintragung am 15.2. stand kein Widerspruch gegen die Richtigkeit im Grundbuch. Hinsichtlich der Kenntnis der C kommt es auf die Zeit des Antrages an, sie als Vormerkungsinhaberin einzutragen. Zumindest zu diesem Zeitpunkt war C noch in gutem Glauben, da sie von der Grundbuchberichtigung zugunsten der A erst im Februar erfuhr. Dies ist nach § 892 II auch ausreichend. C hat daher von B eine wirksame Vormerkung gemäß den §§ 883, 885, 892 erworben.

#### IV. Unwirksamkeit der Verfügungen, § 883 II

Als Voraussetzung für das weitere Bestehen des Auflassungsanspruchs müssten die nach der Vormerkungseintragung vorgenommenen Eintragungen in das Grundbuch gemäß § 883 II relativ unwirksam sein.

##### 1. Grundbuchberichtigung zugunsten der A

Die Grundbuchberichtigung zugunsten der A müsste C gegenüber unwirksam sein. Nach § 883 II 1 ist jedoch nur eine den gesicherten Anspruch beeinträchtigende Verfügung unwirksam. Es ist daher fraglich, ob eine Grundbuchberichtigung auch von dieser Regelung umfasst wird.

Eine Auffassung bezieht sich vor allem auf den Wortlaut der Vorschrift. Unter einer Verfügung sei nach allgemeiner Auffassung nur eine Änderung der materiellen Rechtslage zu verstehen. Eine Grundbuchberichtigung zugunsten des wahren Eigentümers stelle aber keine Rechtsänderung dar, sondern diene vielmehr gerade der Verwirklichung der tatsächlichen Rechtslage. Weiterhin beschränke sich der Zweck der Vormerkung in teleologischer Sicht darauf, nur zukünftige vormerkungswidrige Veränderungen der Rechtslage zu verhindern. Ihre Funktion bestehe aber nicht darin, bereits vorhandene, dem Vormerkungsberechtigten ungünstige Rechte zu vernichten. Das Gesetz weise der Vormerkung folglich nicht die Aufgabe zu, den Rechtserwerb vom Nichtberechtigten zu erleichtern. Eine solche Rechtsanwendung wäre im Verhältnis von Vormerkungsinhaber zu wahren Eigentümer unbillig und in Hinblick auf Art. 14 GG auch nicht verfassungskonform. Demzufolge wäre § 883 II auf die Grundbuchberichtigung nicht anwendbar.

Eine andere Auffassung stellt dem widersprechend den systematischen Gesetzeszusammenhang der Vormerkung in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen. Das Gesetz weise der Vormerkung in den §§ 883 II, III, 884; 106 InsO; 48 ZVG einzelne dingliche Wirkungen und damit ihrem Sicherungszweck eine große Bedeutung zu. Dem lasse sich die gesetzliche Wertung entnehmen, dass die Vormerkung jede Veränderung der Rechtslage zum Nachteil des Vormerkungsberechtigten verhindern solle. In Bezug darauf sei sie einem dinglichen Recht weitgehend gleichgestellt. Daher sei es nur folgerichtig, nicht ausdrücklich geregelte Fragen im Zweifelsfall nach den Grundsätzen über dingliche Rechte zu beantworten und somit die

Wirkung der Vormerkung auch gegenüber dem wahren Eigentümer zu bejahen. Darüber hinaus bestehe auch ein besonderes Verkehrsschutzbedürfnis, da der Erwerb von Grundstücksrechten zeitlich gestreckt und oft mit weitreichenden Dispositionen verbunden sei. Der Vormerkungsberechtigte müsse unbedingt auf den Rechtserwerb vertrauen können, um die entsprechenden Vorkehrungen, beispielsweise eine Kreditaufnahme, treffen zu können. Diese Sicherheit könne die Vormerkung aber nur dann gewährleisten, wenn sie auch gegenüber dem wahren Berechtigten durchsetzbar sei. Somit stelle die Grundbuchberichtigung einen verfügungsgleichen Vorgang dar, der dem vorgemerkten Gläubiger gegenüber unwirksam sei. Infolgedessen wäre die Grundbuchberichtigung C gegenüber unwirksam.

Da die genannten Auffassungen zu gegensätzlichen Ergebnissen kommen, ist eine Entscheidung zwischen beiden erforderlich. Für die erste Meinung spricht augenscheinlich der Wortlaut des § 883 II. Allerdings bringt eine sich hauptsächlich darauf beziehende Argumentation die Gefahr mit sich, die Rechtsfigur der Vormerkung in ihren gesetzessystematischen Zusammenhang nicht hinreichend zu erfassen. Diesem Erfordernis begegnet die zweite Auffassung dagegen vergleichsweise überzeugender. In Hinblick auf den Normzweck von § 883 II steht die Anwendungsbeschränkung der Vormerkung auf nachträgliche Verfügungen durch die erste Auffassung im Gegensatz zu dem Verkehrsschutzbedürfnis, welches von der zweiten geltend gemacht wird. Während sich jedoch die Notwendigkeit eines zuverlässigen Sicherungsmittels beim Grundstückserwerb durch praktische Anschauung plausibel machen lässt, wird durch die erste Meinung eine Funktion der Vormerkung kreiert, die solche Plausibilität nur eingeschränkt vermitteln kann. Der Einwand der Unbilligkeit für den wahren Eigentümer ist dagegen nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Im wäre aber entgegenzuhalten, dass dem wahren Eigentümer im Regelfall ein deliktischer oder bereicherungsrechtlicher Anspruch gegen den nichtberechtigten Verfügenden zustehen wird, so dass insofern keine verfassungswidrige „Enteignung“ gegeben wäre. Die besseren Argumente sprechen somit für die zweite Auffassung, ihr ist zu folgen. Demnach ist C gegenüber der Grundbuchberichtigung zugunsten der A nach § 883 II unwirksam.

## 2. Verkauf von A an D

Die Eintragung der D müsste C gegenüber ebenfalls unwirksam sein. Unwirksam ist nach § 883 II jede nach der Eintragung der Vormerkung getroffene Verfügung, die den gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Dementsprechend würde die Verfügung von A an D den gesicherten Anspruch der C vereiteln. Sie ist somit C gegenüber unwirksam. Dies wäre aber dann nicht der Fall, wenn D sich darauf berufen könnte, unter den Voraussetzungen des § 892 das Grundstückseigentum gutgläubig vormerkungsfrei von A erworben zu haben. Der gutgläubige lastenfreie Erwerb ist nach § 892 I 2 2. Alt aber dann ausgeschlossen, wenn eine relative Verfügungsbeschränkung dem Erwerber bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Die die Verfügungsbeschränkung zugunsten der C begründende Vormerkung war bereits zur Zeit der Antragstellung der D auf Eintragung aus dem Grundbuch ersichtlich. D konnte daher von A das Grundstück nicht gutgläubig vormerkungsfrei erwerben.

Somit sind sowohl die Grundbuchberichtigung als auch die Eintragung von D aufgrund der Vormerkung C gegenüber nach § 883 II unwirksam. Für C gilt daher B weiterhin als Berechtigte.

## V. Gutgläubiger Erwerb, § 892

C müsste jedoch von B das Eigentum auch wirksam erwerben können. Da B das Grundstückseigentum nicht zusteht, wäre dies nur unter den Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs gemäß § 892 möglich.

### 1. Rechtsgeschäftlicher Erwerb, § 892 I

C müsste deshalb das Eigentum rechtsgeschäftlich im Sinne eines Verkehrsgeschäfts erwerben können.

Hierfür ergibt sich das gleiche wie für den Vormerkungserwerb. C könnte daher das Eigentum im Sinne eines Verkehrsgeschäfts erwerben.

### 2. Unrichtigkeit des Grundbuchs, § 892 I

Das Grundbuch müsste auch unrichtig sein.

B stand als Berechtigte im Grundbuch, obwohl A in Wirklichkeit Eigentümerin war. Dahingehend war das Grundbuch bis zur Grundbuchberichtigung zugunsten der A am 27.2. unrichtig.

### 3. Guter Glaube des Erwerbers, § 892 I, II

C müsste schließlich in gutem Glauben an die Berechtigung der B sein.

Das Grundbuch ist durch die Eintragung der A am 27.2. wieder richtig geworden. Aufgrund der Mitteilung durch B wusste C dies auch und hat somit Kenntnis davon erlangt, dass die nichtberechtigte B irrtümlich eingetragen war. Daher könnte der gutgläubige Erwerb des Grundstücks nunmehr nach § 892 I 1 ausgeschlossen sein.

#### a) Bedeutung des gutgläubigen Vormerkungserwerbs

C war jedoch zumindest zur Zeit der Antragstellung auf Vormerkungseintragung noch in gutem Glauben. Fraglich ist, ob dies in bezug auf den Erwerb des Vollrechts ausreichend sein könnte.

Die sogenannte „kleine Lösung“ verlangt zur Entstehung des vorgemerkten Rechts weiterhin den guten Glauben des Erwerbers beim Antrag auf Eintragung des vorgemerkten Rechts. Der gutgläubige Erwerb der Vormerkung schütze den Erwerber nicht vor seinem eigenen späteren bösen Glauben in bezug auf das gesicherte Vollrecht, da § 892 gerade verlange, dass das Vertrauen auf die Berechtigung des Veräußerers bis zur Vollendung des Rechtserwerbs vorliege. Dies sei Ausdruck der gesetzlichen Wertung, dass jede Korrektur des Rechtsscheins bis zuletzt berücksichtigt und die Entscheidung zu Lasten des wirklich Berechtigten so lange wie möglich hinausgeschoben werden solle. Dem Einwand, dass somit der Vormerkungserwerb vom Nichtberechtigten weitgehend entwertet werde, begegnet diese Auffassung mit dem Argument, dass die Vormerkung dennoch zur relativen Unwirksamkeit von Zwischenverfügungen des nichtberechtigten Schuldners führe und insofern ihre Wirkung entfalte. Vielmehr sei schon der gegen einen Nichtberechtigten gerichtete gesicherte Anspruch weitgehend entwertet. Der Versuch, diesen Anspruch durch eine Ausweitung der Sicherungswirkung der Vormerkung zu verstärken, begegne methodischen Bedenken. Es sei nicht einzusehen, warum die jedem gutgläubigen Erwerber drohende Gefahr der späteren Bösgläubigkeit gerade dann entfallen solle, wenn noch nicht einmal die rechtsändernde Verfügung erfolgt sei. Demzufolge wäre C der gutgläubige Erwerb nicht mehr möglich.

Die „große Lösung“ dagegen schützt den gutgläubigen Vormerkungserwerber auch vor seiner eigenen späteren Bösgläubigkeit hinsichtlich des



vorgemerkten Rechts. Nach dieser Ansicht genüge es, dass der Erwerber zu dem Zeitpunkt an das Eigentum des Veräußerers glaubte, in dem beantragt wurde, ihn als Inhaber der Vormerkung einzutragen. Die Begründung hierfür bezieht sich in erster Linie auf die dingliche Wirkung der Vormerkung und ihren Sicherungszweck gemäß den §§ 883 II, III; 106, 254 InsO; 48 ZVG. Dieser lasse sich so auffassen, dass er jede spätere Veränderung der Rechtslage zum Nachteil des Vormerkungsberechtigten verhindern solle. Gleichfalls wird auch auf das Verlangen des Rechtsverkehrs nach einem zuverlässigen Sicherungsmittel für eintragungsbedürftige Rechte hingewiesen, welches auch die später eingetretene Bösgläubigkeit des Erwerbers umfassen müsse. Der hierzu vertretenen Auffassung der „kleinen Lösung“, die Vormerkung gewährleiste nur den Verfügungsschutz, wird entgegengehalten, dass dieser ins Leere laufe, wenn letztlich der Anspruch auf Übertragung des Rechts nicht mehr durchgesetzt werden könne. Bestätigt werde dies zudem durch einen Vergleich der Vormerkung mit dem Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers gemäß § 455. Dieser erwerbe das Eigentum, soweit er bei der bedingten Einigung und der Übergabe der Sache gutgläubig war, der spätere böse Glaube bei Eintritt der Bedingung sei insoweit unschädlich. Der bedingte Eigentümer solle sich darauf verlassen können, bei Bedingungseintritt das Recht zu erwerben. Genau diese Interessenlage sei aber auch beim Vormerkungsberechtigten gegeben. Die Vormerkung biete in diesem Zusammenhang einen Ersatz für die nach § 925 II nicht mögliche bedingte Auflassung, da durch sie gleichsam die dingliche Wirkung des gesicherten Anspruchs vorweggenommen werde. Nach dieser Auffassung würde es somit genügen, dass C zur Zeit der Antragstellung auf Vormerkungseintragung gutgläubig war.

Die dargestellten Auffassungen kommen in Hinblick auf den vorliegenden Fall zu gegensätzlichen Ergebnissen. Daher ist es fraglich, welche Meinung den Vorzug verdient. Gegen den Ansatz der „kleinen Lösung“, nach § 892 sei grundsätzlich die Zeit der Vollendung des Rechtserwerbs maßgeblich, ist einzuwenden, dass dieser Grundsatz seine Berechtigung nur darin hat, dass im Normalfall erst mit Vollendung des Rechtserwerbs eine gesicherte Rechtsstellung erlangt wird. Dagegen besitzt der Vormerkungsberechtigte bereits vor der Verfügung eine umfassend gesicherte Rechtsposition. Weist

man der Vormerkung im Sinne der „kleinen Lösung“ lediglich den Verfügungsschutz gegen spätere Erwerber des gesicherten Rechts zu, dann wäre sie im Verhältnis zum wahren Berechtigten wirkungslos. Dies ist aber gerade die typische Problematik des gutgläubigen Erwerbs. Es wäre daher wenig folgerichtig, zunächst den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung zuzulassen, nur um deren Inhaber die Durchsetzung seines Rechtes schließlich doch zu versagen. Die besseren Argumente sprechen daher für die zweite Auffassung, ihr ist zu folgen. Demzufolge ist es ausreichend, das C zur Zeit des Antrags auf Eintragung der Vormerkung in gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis der B war.

#### b) Zustimmung des Berechtigten

Von diesem Ergebnis ausgehend könnte es gleichwohl fraglich sein, ob sich der gute Glaube des Erwerbers betreffend des Vormerkungserwerbs ohne weiteres auf den Vollrechtserwerb übertragen lässt.

Die „Zustimmungstheorie“ lehnt diese Streckung des guten Glaubens auf den Eigentumserwerb ab, da ein Erwerb nach § 892 I 1 nicht mehr in Frage komme. Der Schutzzweck des § 883 II gehe nicht soweit, dem Nichtberechtigten Verfügungsmacht zu geben. Um aber auf diesem Weg nicht wieder die Möglichkeit des Vollrechtserwerbs zu verneinen, sei dem Vormerkungsberechtigten in Analogie zu § 888 I das Recht einzuräumen, vom wirklichen Eigentümer die materiellrechtliche Zustimmung zu seiner Eintragung nach § 185 I zu verlangen. Nach dieser Auffassung könnte C von B das Grundstück nicht gutgläubig erwerben. Es wäre zusätzlich die Genehmigung der wirklichen Eigentümerin D nach § 185 I erforderlich.

Die überwiegend vertretene Auffassung hält dagegen § 892 für anwendbar und rechtfertigt dies mit einer Analogie zu § 883 II. Dieser Vorschrift lasse sich entnehmen, dass es für die Gutgläubensschutzvoraussetzungen nur auf den Zeitpunkt der Entstehung der Vormerkung ankommen solle, der Wegfall des guten Glaubens sei insofern mit den in § 883 II genannten Verfügungen vergleichbar. Demzufolge könnte C allein aufgrund der Auffassung durch B das Eigentum in gutem Glauben erwerben. Eine materiellrechtliche Zustimmung der D wäre entbehrlich.

Fraglich ist deshalb, welcher Meinung zu folgen ist. Hierbei erscheint die von der ersten Auffassung vertretene Analogie zu § 888 I als Anspruchs-

grundlage gegen den wahren Eigentümer bedenklich. Diese Vorschrift umfasst in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich nur die nach der GBO erforderlichen Erklärungen und ist somit ein rein verfahrensrechtlicher Anspruch. Durch eine Anwendung im Sinne der „Zustimmungstheorie“ würde daher der Anspruchsinhalt von § 888 I wesentlich verändert. Für eine entsprechende Anwendung des § 888 I ließe sich aber anführen, dass dem wahren Eigentümer damit Gelegenheit gegeben würde, selbstständig Einwände gegen den Erwerb des Auflassungsanspruchs geltend zu machen. Dann wäre allerdings zu fragen, ob aufgrund dieser Einwände nicht bereits die Entstehung der Vormerkung verhindert worden wäre und sich der wahre Berechtigte somit weiterhin durch Eintragung eines Widerspruchs sichern könnte. Zudem könnte es unbillig sein, die Zustimmung des Eigentümers zu fordern, wenn dieser momentan den Nachweis für eventuelle Einwände nicht führen kann, aber später durch die Rechtskraft des Urteils an der Durchsetzung seiner Befugnisse gehindert wird. Aus diesen Gründen erscheint die zweite Auffassung überzeugender, so dass sie anzuwenden ist. Demzufolge ist es allein maßgeblich, dass C zur Zeit des Antrags auf Eintragung der Vormerkung in gutem Glauben war. Die Voraussetzungen des § 892 liegen somit vor. C kann das Grundstück gutgläubig erwerben.

## VI. Ergebnis

Der Anspruch der C gegen B auf Auflassung des Grundstücks aus dem Kaufvertrag gemäß § 433 I ist nicht nach § 275 II untergegangen. B gilt im Verhältnis zu C weiterhin als Berechtigte, da die inzwischen erfolgten Eintragungen nach § 883 II relativ unwirksam sind. Die Voraussetzungen des gutgläubigen Eigentumserwerbs gemäß § 892 sind gegeben. C kann somit von B die zur Eigentumsübertragung erforderliche Auflassungserklärung gemäß § 433 I verlangen.

### **B. Anspruch der C gegen B auf Ersatz des Verzugsschadens gemäß § 286 I**

C könnte gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 286 I haben, wenn diese mit der ihr obliegenden Pflicht aus dem Kaufvertrag zur Auflassung des Grundstücks schuldhaft in Verzug geraten ist.

### **I. Fälliger und einredefreier Anspruch, § 284 I 1**

Dazu müsste C gegen B einen fälligen und einredefreien Anspruch auf Auflassung haben. Fälligkeit liegt vor, sobald der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Sie richtet sich nach der zwischen den Parteien vereinbarten oder aus den Umständen zu entnehmenden Leistungszeit.

C hatte mit B vertraglich vereinbart, dass ihre Eintragung in das Grundbuch nach Zahlung des Kaufpreises am 31.5. erfolgen solle. C zahlte den Kaufpreis pünktlich an B und konnte daher ab diesem Zeitpunkt die Auflassung verlangen. Ihr Anspruch gegen B ist dazu nicht einredebehaftet. Insbesondere kann B auch nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 geltend machen, da C ihre Leistung bereits erbracht hat. Somit hat C gegen B einen fälligen und einredefreien Anspruch auf Auflassung.

### **II. Mahnung, § 284**

C müsste B auch gemahnt haben. Die Mahnung ist eine einseitige Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die Leistung zu erbringen. Sie kann erst nach Eintritt der Fälligkeit erfolgen. Aus ihr muss mit Bestimmtheit hervorgehen, dass der Gläubiger die geschuldete Leistung verlangt. Die Androhung bestimmter Rechtsfolgen oder nachteiliger Auswirkungen für den Schuldner ist jedoch nicht erforderlich.

C verlangte von B nach Eintritt der Fälligkeit, die zur Eigentumsumschreibung erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Die Bestimmtheit der Aufforderung musste sich für B zudem daraus ergeben, dass C darlegte, ein befristetes Kaufangebot zu haben. Da ferner die Androhung bestimmter Folgen entbehrlich ist, liegt eine Mahnung vor.

### **III. Möglichkeit der Leistung, § 284 I 1**

Die Auflassung müsste für B zudem möglich sein. Eine Leistung ist dann möglich, wenn sie vom Schuldner nachgeholt werden kann.

B kann nach wie vor die Auflassung gegenüber C erklären. Die Leistung ist für sie daher nachholbar.

### **IV. Vertretenmüssen des Schuldners, §§ 285, 276**

Die Leistungsverzögerung müsste weiterhin auf einem von B zu vertretenden Umstand beruhen. Hierzu könnte ein Rechtsirrtum in Betracht kommen. Ein solcher ist bereits dann vom Schuldner zu vertreten, wenn er aufgrund

einer irrigen Rechtsauffassung seine Leistung nicht rechtzeitig erbringt, ohne die Rechtslage zu prüfen und ohne sich sachgemäß beraten zu lassen. In Bezug darauf vermögen den Schuldner nicht allein Zweifel an der Rechtslage zu entlasten.

B geht davon aus, die Auflassung aufgrund der mittlerweile vorgefallenen Ereignisse nicht mehr erklären zu können. Hingegen kann diese Annahme nicht ohne weiteres als falsch bezeichnet werden, da die hier gegebene Rechtslage durchaus umstritten ist. Andererseits ist gerade nicht ersichtlich, dass B in irgendeiner Form Anstrengungen unternommen hätte, sich über ihre Auffassung durch Prüfung der Rechtslage Gewissheit zu verschaffen. Die Leistungsverzögerung beruht somit auf einem von B fahrlässig verschuldeten Rechtsirrtum.

B ist folglich gemäß den §§ 284 I 1, 285 in Schuldnerverzug gekommen.

#### **V. Höhe des Schadens, §§ 286 I, 249, 252**

Es bleibt zu fragen, in welchem Umfang B der C zum Schadensersatz verpflichtet sein könnte. Gemäß § 286 I ist der durch den Verzug entstandene Schaden zu ersetzen. Nach den §§ 249 1, 252 1 fällt darunter auch der entgangene Gewinn, den der Gläubiger aus einem beabsichtigen, aufgrund des Verzuges aber unterlassenen Geschäfts gezogen hätte. Der Schaden muss dabei in einem adäquaten Kausalzusammenhang zum Verzug des Schuldners stehen. Weiterhin kann der Gläubiger Ersatz der Kosten verlangen, die ihm bei der gerichtlichen und außergerichtlichen Verfolgung seiner Rechte gegen den in Verzug geratenen Schuldner entstanden sind. Dazu ist zumindest bei komplizierter Rechtslage auch die Einschaltung eines Rechtsanwalts zu zählen.

C hatte ein bis zum 15.7. befristetes Kaufangebot über 420.000,-. Aufgrund des Verzuges der B konnte sie dieses aber nicht wahrnehmen. Ihr ist somit ein Gewinn in Höhe der Differenz von 20.000,- zwischen dem von ihr gezahlten Kaufpreis und dem Kaufangebot entgangen. Zur Geltendmachung ihrer Rechte bedient sich C nunmehr ihrer Rechtsanwältin. Angesichts der umstrittenen Rechtslage sind auch die daraus entstehenden Kosten zum ersatzfähigen Schaden zu rechnen.

## VI. Ergebnis

C hat somit gemäß den §§ 286 I, 249 I, 252 I einen Anspruch gegen B auf Ersatz ihres entgangenen Gewinns in Höhe von 20.000,- und auf Ersatz der ihr durch die Rechtsverfolgung entstandenen Kosten.

### **C. Anspruch der C gegen B auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt gemäß § 326 I**

C könnte gegen B auch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt von dem Vertrag gemäß § 326 haben.

#### **I. Gegenseitiger Vertrag, § 326 I 1**

Gemäß § 326 I 1 müsste hierzu zwischen C und B ein gegenseitiger Vertrag vorliegen. C und B haben einen wirksamen Kaufvertrag über das Grundstück geschlossen. Ein gegenseitiger Vertrag liegt somit vor.

#### **II. Verzug mit der Hauptleistungspflicht, § 326 I 1**

B müsste auch gemäß § 326 I 1 mit der ihr obliegenden Hauptleistungspflicht in Verzug sein. Auch dies ist hier der Fall.

#### **III. Vertragstreue des Gläubigers**

Weiterhin müsste C selbst vertragstreu sein. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz, dass derjenige, der selbst nicht vertragstreu handelt, aus der Vertragsverletzung des Gegners keine Rechte herleiten darf. Es kommen hierbei vorangegangener Verzug des Gläubigers, fehlende Leistungsbereitschaft oder Nichterfüllung einer Nebenleistungspflicht in Betracht.

Ein solches Fehlverhalten der C ist jedoch nicht ersichtlich. Sie hat vielmehr die ihr obliegende Pflicht zur Kaufpreiszahlung pünktlich und in voller Höhe erfüllt. C hat daher selbst vertragstreu gehandelt.

#### **IV. Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung, § 326 I 1**

C müsste B gemäß § 326 I 1 eine angemessene Frist zur Auflassung mit der Erklärung bestimmt haben, dass sie die Annahme der Auflassung nach Ablauf der Frist ablehne. Die Fristsetzung kann entgegen dem Wortlaut von § 326 I 1 mit der den Verzug begründenden Mahnung verbunden werden. Sie muss die bestimmte Aufforderung zur Erbringung der geschuldeten Leistung enthalten, wobei das Ende der Frist für den Schuldner zumindest erkennbar sein muss. Aus der Ablehnungsandrohung muss klar hervorgehen,

dass der Gläubiger die Erfüllung nach Ablauf der Nachfrist endgültig und unwiderruflich ablehnen werde.

Eine dementsprechende Erklärung könnte C abgegeben haben, indem sie B dazu aufforderte, die erforderlichen Handlungen für die Übereignung unverzüglich in die Wege zu leiten. Für B musste auch aufgrund des befristeten Kaufangebots erkennbar gewesen sein, dass dies bis spätestens zum 15.7. geschehen müsse. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Erklärung der C gleichsam als Mahnung erst den Verzug herbeiführte. Allerdings legt C lediglich dar, sie werde ansonsten ihren Käufer verlieren. Diese Erklärung kann aber mangels Bestimmtheit nicht so aufgefasst werden, dass C für den Fall einer fruchtlos abgelaufenen Nachfrist die Auflassung endgültig ablehnen werde. Für eine Fristsetzung im Sinne von § 326 I 1 fehlt es daher an einer Ablehnungsandrohung.

## V. Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung

Eine Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung könnte jedoch ausnahmsweise entbehrlich sein.

### 1. Interessewegfall, § 326 II

Dies könnte gemäß § 326 II dann der Fall sein, wenn die Erfüllung für C infolge des Verzugs kein Interesse mehr hat. Er ist nur dann anzunehmen, wenn aufgrund des Verzugs die Leistung überhaupt nicht mehr in der vorgesehenen Weise verwendet werden kann. Für seine Annahme reicht dagegen nicht aus, dass durch den Verzug dem Gläubiger die Möglichkeit genommen wurde, die Sache anderweitig zu einem höheren Preis zu verkaufen.

C könnte in subjektiver Hinsicht das Interesse an dem Vertrag durch den Wegfall ihres Kaufangebotes verloren haben. Der Annahme eines objektiven Interessewegfalls steht aber entgegen, dass C das Grundstück weiterhin in der vorgesehenen Weise an einen anderen Abnehmer verkaufen könnte. Dass das konkrete Kaufangebot infolge des Verzugs erloschen ist, ist hierfür nicht ausreichend, so dass kein Fortfall des Interesses gemäß § 326 II vorliegt.

### 2. Erfüllungsverweigerung

Eine Nachfristsetzung wäre auch dann entbehrlich, wenn B die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hätte. Die Erklärung muss eindeutig sein

und als „letztes Wort“ des Schuldners erscheinen, so dass eine Änderung seines Entschlusses nicht zu erwarten ist.

Demgemäß könnte B durch ihre Antwort auf die Mahnung seitens der C ihre Erfüllung verweigert haben. Allerdings erklärt B auch, sie würde der C gerne helfen, dies sei aber leider unmöglich. Die Unterlassung der Leistung beruht bei B daher nicht auf einem endgültigen Entschluss. Es kann vielmehr davon ausgegangen werden, dass sie bei zutreffender Einschätzung der Rechtslage weiterhin zur Erklärung der Auflassung bereit wäre. Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung liegt somit nicht vor.

## VI. Ergebnis

C hat demzufolge keinen Anspruch gegen B auf Schadensersatz oder Rücktritt von dem Vertrag gemäß § 326. Einen solchen könnte sie erst nach erfolgloser Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung geltend machen.

## **2. Teil: Ansprüche der C gegen D**

### **D. Anspruch der C gegen D auf Zustimmung zur Eintragung gemäß § 888 I**

C könnte gegen D einen Anspruch auf Zustimmung zu ihrer Eintragung als Eigentümerin in das Grundbuch gemäß § 888 I haben.

#### **I. Vormerkungswidriger Rechtserwerb, § 888 I**

D müsste hierzu durch eine vormerkungswidrige Verfügung ein eingetragenes Recht erworben haben.

D wurde infolge des Kaufvertrages mit A als Eigentümerin eingetragen. Dies widersprach aber der zugunsten der C eingetragenen Vormerkung.

Demnach war der Rechtserwerb der D vormerkungswidrig.

#### **II. Unwirksamkeit des Rechtserwerbs, §§ 888 I, 883 II**

Der vormerkungswidrige Rechtserwerb müsste C als Vormerkungsgläubigerin gegenüber nach Maßgabe von § 883 II relativ unwirksam sein. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Verfügung infolge gutgläubig-lastenfreien Erwerbs vollwirksam ist.

D konnte das Grundstück von A nicht vormerkungsfrei erwerben. Ihre Eintragung ist daher C gegenüber gemäß § 883 II unwirksam.



### III. Erforderlichkeit der Zustimmung, § 888 I

Die Zustimmung von D müsste zur Verwirklichung des gesicherten Anspruchs der C auch erforderlich sein. Wegen des formellen Konsensprinzips gemäß den §§ 19, 39 GBO kann eine Eintragung nur aufgrund einer Bewilligung des Buchberechtigten vorgenommen werden. Dieses Erfordernis wird bei der Auflassung auch nicht durch das materielle Konsensprinzip gemäß § 20 GBO verdrängt.

Das Grundbuchamt kann daher C nicht allein aufgrund der Auflassungserklärung zwischen ihr und B eintragen, da dem die Eintragung der D entgegensteht. Hierfür wäre zusätzlich gemäß den §§ 19, 39 GBO die Zustimmungserklärung der D erforderlich.

### IV. Ergebnis

C hat demzufolge gemäß § 888 I einen Anspruch gegen D auf Zustimmung zu ihrer Eintragung in der Form des § 29 GBO.

### **E. Anspruch der C gegen D auf Ersatz des Verzugsschadens gemäß § 286 I**

C könnte gegen D einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 286 I haben, wenn die Vorschriften über den Schuldnerverzug auf den Zustimmungsanspruch aus § 888 I anwendbar sind und ihre Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.

#### I. Anwendbarkeit des § 286 I

Die Vorschriften des Schuldnerverzugs müssten überhaupt auf den Anspruch aus § 888 I anwendbar sein.

Einer Auffassung zufolge erschöpfe sich die Bedeutung des § 888 I darin, dem Vormerkungsberechtigten die Möglichkeit zu geben, unmittelbar von einem vormerkungswidrig eingetragenen Dritten die formellrechtlich erforderliche Zustimmung zu seiner Eintragung zu verlangen. Dieser Zustimmungsanspruch sei deshalb ein unselbständiger Hilfsanspruch mit lediglich verfahrensrechtlicher Bedeutung, auf den die Verzugsvorschriften nicht anwendbar sein könnten. Auch sei dies durch die Interessenlage nicht geboten, weil sich der Vormerkungsgläubiger wegen jeder Verzögerung der Erfüllung des gesicherten Anspruchs an seinen Schuldner halten könne.

Demzufolge wäre die Anwendung des § 286 I auf den Anspruch aus § 888 I ausgeschlossen.

Diese Auffassung erscheint allerdings fraglich. Dass ein Anspruch nur verfahrensrechtliche Bedeutung hat, vermag allein die Unanwendbarkeit der Verzugsvorschriften auf ihn nicht hinreichend zu begründen, wie auch ein Vergleich mit § 894 zeigt. Vielmehr ergibt sich aus § 990 II deren Übertragbarkeit auf die dinglichen Ansprüche wie den aus § 888 I, sofern dem nicht Sonderwertungen entgegenstehen. Solche sind aber nicht ersichtlich. Im Gegenteil spricht die Interessenlage gerade für eine entsprechende Anwendung des § 286 I. Anderenfalls würde dem vormerkungswidrig eingetragenen Dritten geradezu ein Anreiz gegeben, seine Zustimmung pflichtwidrig zu verzögern. Insofern vermag der Verweis auf eventuelle Schadensersatzansprüche gegen den Schuldner keinen akzeptablen Ausgleich zu begründen, da dieser etwa mangels Verschuldens nicht immer haften wird oder auch insolvent sein kann. Deswegen ist § 286 I auf den Zustimmungsanspruch aus § 888 I entsprechend anzuwenden.

## II. Tatbestandsvoraussetzungen

Zudem müssten die Voraussetzungen der §§ 286 I, 284, 285 vorliegen.

### 1. Fälliger und einredefreier Anspruch, § 284 I 1

Der Zustimmungsanspruch gegen D müsste fällig und einredefrei sein. Die Fälligkeit des Hilfsanspruchs aus § 888 I bestimmt sich nach der des vormerkungsgesicherten Anspruchs.

Der Auflassungsanspruch von C gegen B ist fällig, das gleiche gilt folglich für den Zustimmungsanspruch gegen D. Er ist somit fällig und einredefrei.

### 2. Mahnung, § 284

C müsste D nach Eintritt der Fälligkeit gemahnt haben.

C wendete sich zur gleichen Zeit und mit derselben Aufforderung an D wie auch an B. Folglich wurde D durch C ebenfalls gemahnt.

### 3. Möglichkeit der Leistung, § 284 I 1

Die Abgabe der Zustimmungserklärung müsste für D noch nachholbar sein. Dies ist auch der Fall.

### 4. Vertretenmüssen des Schuldners, §§ 285, 276

Die Verzögerung der Zustimmung müsste auch auf einem von D zu vertretenden Umstand beruhen.

D konnte aufgrund § 892 I 2. Alt das Grundstück nicht vormerkungsfrei erwerben. Zudem hat sie nunmehr positive Kenntnis von der Existenz der Vormerkung erlangt, verweigert aber dessen ungeachtet jede Mitwirkung. Demzufolge hat D die Verzögerung zu vertreten.

D ist somit gemäß den §§ 284 I 1, 285 in Schuldnerverzug gekommen.

#### 5. Höhe des Schadens, § 286 I, 249, 252

D ist der C nach Maßgabe der §§ 286 I, 249 1, 252 1 zum Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens verpflichtet.

Hinsichtlich der Höhe des Schadens ergibt sich das gleiche wie für den von B zu ersetzenden Verzugsschaden. Da C ohne die Mitwirkung der D nicht eingetragen werden kann, war der Verzug der D in Verbindung mit dem Verzug der B auch kumulativ kausal für den entstandenen Schaden.

### III. Ergebnis

C hat daher nach den §§ 286 I, 249 1, 252 1 einen Anspruch gegen D auf Ersatz ihres entgangenen Gewinns in Höhe von 20.000,- und auf Ersatz der ihr durch die Rechtsverfolgung entstandenen Kosten.

### **F. Sonstige Ansprüche der C gegen D**

C könnte gegen D schließlich einen Anspruch auf Nutzungsherausgabe gemäß § 987 oder auf Schadensersatz gemäß den §§ 823 I, 1004 oder nach § 989 haben.

Die Anwendbarkeit des § 987 aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auf das Verhältnis von Vormerkungsinhaber zu besitzendem Dritterwerber wird vereinzelt bejaht. Ebenso bestehe ein Bedürfnis, dem Vorgemerkten Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche wegen Verschlechterung des Grundstücks zuzubilligen, da Eingriffe tatsächlicher Art den vorgemerkten Anspruch genauso beeinträchtigen könnten wie dessen Belastung mit Rechten. Zum Teil wird die Vormerkung daher als sonstiges Recht im Sinne von § 823 I angesehen. Nach einer anderen Meinung sei jedoch § 989 als speziellere Regelung vorzuziehen.

Gegen die Anwendung des § 987 spricht, dass die Vormerkung allein dem Berechtigten noch keinerlei positive Herrschaftsrechte über das Grundstück einräumt. Dem würde aber die Zuweisung der Grundstücksnutzungen zugunsten des Vormerkungsgläubigers widersprechen. Schuldrechtlich

gebühren ihm diese gemäß § 446 erst ab der Übereignung. Ein Bedürfnis, ihm gegenüber dem Dritterwerber insoweit weitergehende Rechte einzuräumen, ist nicht ersichtlich. Ebenso wäre gegen die Gewährung von Schadensersatzansprüchen aus § 823 oder § 989 einzuwenden, dass die Vormerkung lediglich einen Schutz gegen anspruchswidrige Verfügungen bewirken kann. Darüber hinaus wurde eine entsprechender Verweis für die Vormerkung auf die §§ 989, 990 vom Gesetzgeber erwogen und verworfen. Eine analoge Anwendung der genannten Vorschriften erscheint demnach zumindest bedenklich. Zudem ist ein Streitentscheid auch nicht erforderlich. Es liegen weder Anhaltspunkte dafür vor, dass D Nutzungen irgendeiner Art gezogen, noch dass sich das Grundstück durch Eingriffe tatsächlicher Art verschlechtert hätte.

C kann somit keine Ansprüche auf Nutzungsherausgabe oder Schadensersatz aufgrund tatsächlicher Einwirkungen haben.

## **G. Konkurrenzen**

Es bleibt zu klären, in welchem Verhältnis die Ansprüche der C gegen B und D zueinander stehen.

### **I. Ansprüche gegen B und D aus § 286 I**

Für das Verhältnis der Ansprüche aus § 286 I gegen B und D könnte § 421 einschlägig sein. Dafür müssten B und D gesamtschuldnerisch haftbar sein. Eine Gesamtschuld liegt in Bezug auf Schadensersatzansprüche grundsätzlich dann vor, wenn mehrere für denselben Schaden verantwortlich sind. Die Verantwortlichkeit kann sich dabei auch teils aufgrund vertraglicher Pflichtverletzung, teils aufgrund Gesetz ergeben.

Die Verzögerung der sich für B aus dem Kaufvertrag und für D aus § 888 I ergebenden Verpflichtungen waren zusammen ursächlich für den Schaden der C aus entgangenem Gewinn. B und D sind daher hinsichtlich dieses Schadens Gesamtschuldner im Sinne von § 421.

Rechtsfolge des § 421 ist, dass der Gläubiger nach Belieben jeden Gesamtschuldner ganz oder teilweise in Anspruch nehmen kann, diese haften aber nur für die Kosten der jeweils gegen sie gerichteten Rechtsverfolgung.

C kann daher ihren Schaden aus entgangenem Gewinn wahlweise von B und von D ersetzt verlangen. Die Kosten der Rechtsverfolgung kann sie nur

gegen beide getrennt geltend machen. Die Ansprüche auf Ersatz des Verzögerungsschadens treten neben die bestehen bleibenden Leistungsansprüche aus dem Kaufvertrag und aus § 888 I.

## II. Anspruch gegen B aus § 326 I

Für den Fall einer fruchtlosen Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Verwirklichung des Anspruchs gegen B aus § 326 I stellt sich hierzu die Frage, welche der wahlweisen Rechtsfolgen für C die günstigere wäre.

Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bestimmt sich aus der Differenz zwischen der tatsächlichen Vermögenslage und derjenigen, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung eingetreten wäre. Dabei stellt aber der bereits gezahlte Kaufpreis zugunsten des Gläubigers den stets zu ersetzenden Mindestschaden dar. Auf das Rücktrittsrecht sind gemäß § 327 die Vorschriften über den vertraglichen Rücktritt nach § 346 ff. anzuwenden. Danach werden die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

Demzufolge könnte C nach der Rentabilitätsvermutung 400.000,- als Mindestschaden geltend machen oder bei Rücktritt den gezahlten Kaufpreis in gleicher Höhe zurückverlangen.

Allerdings bleibt neben dem Anspruch auf Schadensersatz aus § 326 I ein bereits vorhandener Anspruch aus § 286 I bestehen, der in den Nichterfüllungsschaden einbezogen oder getrennt geltend gemacht werden kann. Bei der Wahl des Rücktritts aus § 326 I ist dies zumindest hinsichtlich des Verzugsschadens aus entgangenem Gewinn nicht möglich.

Demnach wäre es für C günstiger, aus § 326 I Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen, um ihren Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns nach § 286 I nicht zu verlieren. Der Auflassungsanspruch gegen B und damit verbunden auch derjenige aus § 888 I gegen D wären gemäß § 326 I 2 a.E. ausgeschlossen.