

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 229

Tatsächliche Einwirkungen auf das Kaufgrundstück und Vormerkungsschutz

Zur Rechtsstellung
des geschützten Käufers und des Erwerbers
bei vormerkungswidrigem Zweitverkauf

Von

Wolfgang Richter



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG RICHTER

**Tatsächliche Einwirkungen auf
das Kaufgrundstück und Vormerkungsschutz**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 229

Tatsächliche Einwirkungen auf das Kaufgrundstück und Vormerkungsschutz

Zur Rechtsstellung
des geschützten Käufers und des Erwerbers
bei vormerkungswidrigem Zweitverkauf

Von

Wolfgang Richter



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Richter, Wolfgang:

Tatsächliche Einwirkungen auf das Kaufgrundstück und
Vormerkungsschutz : zur Rechtsstellung des geschützten Käufers
und des Erwerbers bei vormerkungswidrigem Zweitverkauf / von
Wolfgang Richter. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999
(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 229)
Zugl.: Mainz, Univ., Diss., 1997
ISBN 3-428-09274-0

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 3-428-09274-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Bewahre in allen Dingen die Freiheit des Geistes
und sieh zu, wohin er dich führt.

Ignatius von Loyola

Vorwort

Die Arbeit ist im Sommersemester 1997 durch den Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen worden. Das Manuskript wurde im April 1996 abgeschlossen. Die erst während der Drucklegungsarbeiten erschienene Abhandlung von *Mollenkopf* konnte daher nicht mehr berücksichtigt werden.

Bedanken möchte ich mich in erster Linie bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Klaus Müller*, für die umsichtige Betreuung der umfangreichen Abhandlung. Seine kritische, gleichwohl liberale Begleitung hat den erfolgreichen Abschluß der Arbeit entscheidend gefördert. Wertvolle Anregungen habe ich vom Zweitberichterstatter, Herrn Prof. Dr. *Manfred Harder*, erhalten, bei dem ich mich auch für die Übernahme des Korreferats bedanken möchte. Mein wissenschaftliches Arbeiten ist nicht zuletzt geprägt durch Herrn Prof. Dr. *Christoph Trzaskalik*, an dessen Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht ich wissenschaftlicher Mitarbeiter sein durfte. Auch ihm möchte ich an dieser Stelle Dank sagen.

Weiterhin gilt mein Dank Herrn cand. iur. *Peter Bub* für zahlreiche Gespräche und manchen kaufrechtlichen Hinweis. Frau *Birgit-Christina Heinke* danke ich für ihre Unterstützung, besonders für das Korrekturlesen der Erstfassung. Frau *Stephanie Rauch* hat Teile der Arbeit in den Computer eingegeben, auch ihr sei hier dafür gedankt.

Besonders herzlich möchte ich meinen Eltern danken, die mich bei Entstehung und Vollendung der Arbeit ideell und materiell vorbehaltlos und großzügig unterstützt haben. Ohne sie wäre die Arbeit nicht möglich gewesen.

Schließlich danke ich dem Verlag für die Aufnahme der Abhandlung in sein Programm.

Mainz, im Oktober 1998

Wolfgang Richter

Inhaltsübersicht

Einleitung	31
1. Kapitel: Problemstellung	31
1. Teil	
Die Konsequenzen tatsächlicher Einwirkungen im Verhältnis des Käufers zum Verkäufer	40
<i>1. Abschnitt</i>	
Die Inanspruchnahme des Verkäufers wegen (eigener) schädigender Einwirkungen auf das Grundstück oder seine wesentlichen Bestandteile	40
2. Kapitel: Die Käuferrechte bei vom Verkäufer unverschuldeter Verschlechterung und Zerstörung	40
3. Kapitel: Die Käuferrechte, wenn der Verkäufer selbst das Grundstück oder seine wesentlichen Bestandteile schuldhaft verschlechtert bzw. zerstört	82
 <i>2. Abschnitt</i>	
Die Haftung des Grundstückskäufers, wenn der Verkäufer vor der Übergabe Verwendungen (i.w.S.) auf das Grundstück macht	125
4. Kapitel: Die Vornahme von Verwendungen i.e.S.	125
5. Kapitel: Die Rechtslage bei substanzändernden werterhöhenden Einwirkungen (Verwendungen i.w.S.)	172
Zusammenfassung zum 1. Teil	178

2. Teil

**Die Rechtslage im Fall einer vormerkungswidrigen
Veräußerung des Kaufgrundstücks** 181

1. Abschnitt

**Die Zulässigkeit eines unmittelbaren Ausgleichs tatsächlicher
Einwirkungen zwischen dem vormerkungsberechtigten Käufer
und einem vormerkungswidrigen Erwerber** 181

6. Kapitel: Rechtsprechungübersicht und kurze Skizze des Meinungsstandes	181
7. Kapitel: Die Einwände gegen einen unmittelbaren Ausgleich tatsächlicher Einwirkungen im Verhältnis zwischen dem Geschützten und dem vormerkungswidrigen Erwerber	190
8. Kapitel: Die Zulässigkeit der „abgekürzten“ Abwicklung tatsächlicher Einwirkungen nach dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte von Vormerkung und sachenrechtlichem Vorkaufsrecht	193
9. Kapitel: Die Ausgleichsmöglichkeiten gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner und der Schutz des vorgemerkten Käufers mit Hilfe von § 826	204
10. Kapitel: Die Vereinbarkeit des unmittelbaren Ausgleichs tatsächlicher Einwirkungen mit dem Zweck der Vormerkung	248
Zusammenfassung zum 1. Abschnitt des 2. Teils	262

2. Abschnitt

Probleme der Ausgestaltung 264

1. Unterabschnitt

**Die Unterlassungs- und Ausgleichspflicht des
vormerkungswidrigen Erwerbers im Fall von (drohenden)
Verschlechterungen des betroffenen Grundstücks** 264

11. Kapitel: Vorgeschlagene Rechtsgrundlagen für die Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche, wenn die Verschlechterung vom vormerkungswidrigen Erwerber verschuldet ist	264
12. Kapitel: Kritik dieser Lösungsvorschläge und eigene Lösung	273
13. Kapitel: Der Schutz des vorgemerkten Grundstückskäufers vor Verschlechterungen, die der vormerkungswidrige Erwerber nicht verschuldet hat	371

*2. Unterabschnitt***Die Verpflichtung des vorgemerkten Grundstückskäufers
zum Ausgleich von Verwendungen des vormerkungswidrigen
Erwerbers sowie die Rechtslage im Fall einer
(wertsteigernden) Umgestaltung des Grundstücks**

385

14. Kapitel: Der Anspruch des vormerkungswidrigen Erwerbers gegen den Vorge-
merkten auf Ersatz seiner Verwendungen 38515. Kapitel: Die Rechtslage im Fall der Umgestaltung des Grundstücks durch den
vormerkungswidrigen Erwerber 411

Zusammenfassung zum 2. Teil 415

Literaturverzeichnis 419**Sachregister** 433

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	31
1. Kapitel	
Problemstellung	31
I. Einführung.....	31
II. Zum Begriff der tatsächlichen Einwirkungen.....	34
III. Die Grundkonstellation beim durch Eigentumserwerbsvormerkung gesicherten Kauf.....	37
IV. Gang der Darstellung.....	39
1. Teil	
Die Konsequenzen tatsächlicher Einwirkungen im Verhältnis des Käufers zum Verkäufer	40
<i>1. Abschnitt</i>	
Die Inanspruchnahme des Verkäufers wegen (eigener) schädigender Einwirkungen auf das Grundstück oder seine wesentlichen Bestandteile	40
2. Kapitel	
Die Käuferrechte bei vom Verkäufer unverschuldeter Verschlechterung und Zerstörung	40
I. Der Fall der für den Verkäufer zufälligen Verschlechterung.....	41
1. Minderung, Wandlung, §§ 459, 462.....	42
a) Anwendbarkeit.....	42
aa) Der Meinungsstand zum Verhältnis der §§ 459 ff. zu den allgemeinen Regeln in der Zeit vor dem Gefahrübergang.....	42

bb) Stellungnahme.....	45
b) Voraussetzungen.....	47
aa) Mangel.....	48
bb) Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs.....	49
cc) Keine Kenntnis des Käufers vom Mangel, § 460.....	49
c) Rechtsfolge.....	49
aa) Minderung.....	49
(1) Feststellung des geminderten Kaufpreises.....	50
(2) Kostenlast für die Ermittlung des geminderten Kaufpreises.....	51
bb) Wandlung.....	55
d) Ergebnis.....	55
2. Anspruch auf Herausgabe eines „Fehlersurrogats“ gemäß § 281 i. V. m. § 323 Abs. 2.....	56
a) Anwendbarkeit.....	56
aa) Die Entscheidung BGHZ 114, 34.....	57
bb) Die Reaktionen im Schrifttum.....	58
cc) Eigene Auffassung.....	59
dd) Entsprechende Anwendung des § 281 im Gewährleistungsrecht?.....	61
b) Ergebnis.....	65
3. Anspruch auf Beseitigung entstandener Schäden bzw. Mängel.....	65
a) Herleitung aus dem Erfüllungsanspruch, § 433 Abs. 1.....	67
b) Nachbesserungsanspruch auf schadensersatzrechtlicher Grundlage.....	70
c) Mängelbeseitigungsanspruch aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben.....	70
d) Ergebnis.....	71
4. Ergebnis zu I.....	72
II. Der Fall der für den Verkäufer zufälligen Zerstörung.....	73
1. Anwendung der Unmöglichkeitvorschriften?.....	73
2. Ergebnis zu II.....	81

3. Kapitel

Die Käuferrechte, wenn der Verkäufer selbst das Grundstück oder seine wesentlichen Bestandteile schuldhaft verschlechtert bzw. zerstört	82
I. Anspruch auf Schadensersatz.....	83
1. Schadensersatz gemäß § 463.....	83
2. Schadensersatz wegen schuldhafter Pflichtverletzung (sPV, pVV)	85
a) Voraussetzungen	85
aa) Pflichtverletzung	85
(1) Verletzung einer Hauptpflicht	85
(2) Verletzung einer Nebenpflicht.....	88
bb) Verschulden	89
cc) Ergebnis.....	90
b) Rechtsfolge	90
c) Konkurrenzverhältnis zu § 325	91
d) Konkurrenzverhältnis zu den §§ 459 ff.....	92
aa) Meinungsstand	92
bb) Stellungnahme.....	95
(1) Insbesondere: Zum Fall der Hauptpflichtverletzung („Schlechterfüllung“).....	96
(2) Insbesondere: Zum Fall der Nebenpflichtverletzung („Schlechtleistung“).....	98
3. Ergebnis zu I.	101
II. Anspruch auf Unterlassung drohender (weiterer) Beschädigungen des Kaufgegenstandes	102
1. Bestehen eines derartigen Anspruchs.....	102
a) Vorüberlegungen.....	102
aa) Zur Verknüpfung mit dem Prozeßrecht	102
bb) Zur systematischen Einordnung dieser Unterlassungspflicht.....	103
b) Auffassungen, die einen derartigen Unterlassungsanspruch ablehnen	104
c) Vermittelnde Auffassungen (Alff, Stürner).....	106
d) Eigene Auffassung.....	107

aa) Rechtsgrundlage und begriffliches Verständnis dieses Unterlassungsanspruchs	107
bb) Einwände gegen die herkömmliche Ablehnung leistungstreuegestützter Unterlassungsansprüche.....	111
cc) Kritik der Position Stürmers	114
dd) Einwände gegen die Meinung Alfßs; die Parallele zum Deliktsrecht	119
ee) Beschränkung des Schutzanspruchs auf die Verhinderung des Untergangs des Erfüllungsanspruchs?.....	119
2. Einschränkungen dieses Anspruchs.....	120
a) Konkretisierungsprobleme	121
b) Schranken aus Treu und Glauben, § 242.....	121
aa) Verhältnismäßigkeit des an den Schuldner gerichteten Verhaltensgebots.....	121
bb) Gläubigeranspruch nur auf den Leistungserfolg gerichtet.....	122
3. Ergebnis zu II.	123

2. Abschnitt

Die Haftung des Grundstückskäufers, wenn der Verkäufer vor der Übergabe Verwendungen (i.w.S.) auf das Grundstück macht	125
---	-----

4. Kapitel

Die Vornahme von Verwendungen i.e.S.	125
I. Verwendungsersatz gemäß § 450 Abs. 1	127
II. Verwendungsersatz gemäß § 450 Abs. 2.....	128
1. Begriff der sonstigen Verwendungen.....	129
2. Qualifikation der Verweisung auf die §§ 677 ff.	132
3. Voraussetzungen des § 677	133
a) Führung eines fremden Geschäftes.....	133
b) Fremdgeschäftsführungswille	136
4. Differenzierung der Rechtsfolgen über die §§ 683, 684.....	136
5. Ergebnis zu II.	137

III. Bereicherungsausgleich gemäß §§ 812 ff.....	138
1. Kein Ausschluß der §§ 812 ff. durch § 450.....	138
2. Der Bereicherungstatbestand.....	139
a) Das erlangte „Etwas“.....	139
b) Der Bereicherungsvorgang.....	144
c) Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung.....	145
d) Ergebnis zu 2.	146
3. Rechtsfolgen.....	146
a) Herausgabe des Erlangten oder Wertersatz.....	146
b) Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3.....	148
c) Schutz des Käufers vor aufgedrängter Bereicherung.....	148
aa) Gegenrechte des Käufers.....	150
(1) Schadensersatzansprüche.....	150
(2) Gewährleistungsrechtlicher Schutz des Käufers.....	153
(3) Verschuldensunabhängiger Beseitigungsanspruch.....	154
(4) Ergebnis zu aa).....	156
bb) Analoge Anwendung von § 814, 1. Fall.....	157
cc) Recht der Wegnahmegestattung und Wegnahmerecht.....	158
dd) Einschränkung der Wertersatzpflicht gemäß § 818 Abs. 2 nach subjektiven Kriterien.....	159
(1) Anknüpfung an § 818 Abs. 2 oder Abs. 3?.....	160
(2) Höhe und Abwicklung der Wertersatzverpflichtung.....	164
d) Verschärfte Haftung gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1.....	167
e) Ergebnis zu 3.....	170
4. Ergebnis zu III.....	171

5. Kapitel

Die Rechtslage bei substanzändernden werterhöhenden Einwirkungen (Verwendungen i.w.S.)

Zusammenfassung zum 1. Teil	178
2. Teil	
Die Rechtslage im Fall einer vormerkungswidrigen Veräußerung des Kaufgrundstücks	181
<i>1. Abschnitt</i>	
Die Zulässigkeit eines unmittelbaren Ausgleichs tatsächlicher Einwirkungen zwischen dem vormerkungsberechtigten Käufer und einem vormerkungswidrigen Erwerber	181
6. Kapitel	
Rechtsprechungsübersicht und kurze Skizze des Meinungsstandes	181
I. Schädigende wertmindernde Einwirkungen.....	181
II. Werterhöhende und werterhaltende Einwirkungen (Verwendungen i.e.S.).....	184
III. Substanzändernde Einwirkungen (Verwendungen i.w.S.)	188
7. Kapitel	
Die Einwände gegen einen unmittelbaren Ausgleich tatsächlicher Einwirkungen im Verhältnis zwischen dem Geschützten und dem vormerkungswidrigen Erwerber	190
8. Kapitel	
Die Zulässigkeit der „abgekürzten“ Abwicklung tatsächlicher Einwirkungen nach dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte von Vormerkung und sachenrechtlichem Vorkaufsrecht	193
I. Der gesetzliche Befund.....	193
II. Die Rolle der tatsächlichen Einwirkungen auf das vorgemerkte Grundstück in der Entstehungsgeschichte von Vormerkung und sachenrechtlichem Vorkaufsrecht ..	196
1. Die Situation bei der Vormerkung.....	196
2. Die Situation beim sachenrechtlichen Vorkaufsrecht.....	199

III. Ergebnis 204

9. Kapitel

**Die Ausgleichsmöglichkeiten gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner
und der Schutz des vorgemerkten Käufers mit Hilfe von § 826** 204

I. Die Haftung des Verkäufers, der die Vormerkung bestellt hat, für Verschlechterungen des Grundstücks, wenn sich dieses in der Hand eines vormerkungswidrigen Erwerbers befindet 205

1. Verschuldensunabhängige Inanspruchnahme des Verkäufers 205

2. Verschuldenshaftung des Verkäufers 206

 a) Schuldhafte Pflichtverletzung (sPV, pVV) 206

 aa) Tatbestandliche Voraussetzungen 206

 bb) Rechtsfolge, insbesondere: Anwendung von § 281? 208

 b) Verzug, § 286 Abs. 1 209

 c) Ausschluß der Haftung wegen Leistungsunvermögens des Verkäufers und Vormerkungsschuldners 210

3. Unterlassungsanspruch des Käufers 214

4. Ergebnis 215

5. Folgerungen für das Rechtsschutzbedürfnis des Vorgemerkten 216

II. Schadensersatzanspruch des Vorgemerkten gegen den vormerkungswidrigen Erwerber gemäß § 826 218

1. Voraussetzungen und Adressaten von § 826 218

2. Ergebnis 221

III. Im Fall des Doppelverkaufs: Die Ansprüche des vormerkungswidrigen Erwerbers gegenüber seinem Verkäufer wegen des (drohenden) Verlustes von Eigentum und Besitz am vormerkungsbetroffenen Grundstück 221

1. Anspruch gemäß § 325 Abs. 1 i.V. m. §§ 433 ff., 440 Abs. 1 222

 a) Tatbestandliche Voraussetzungen 223

 b) Rechtsfolgen, insbesondere: Ausgleich von Verwendungen des Käufers und vormerkungswidrigen Erwerbers 227

 aa) Schadensersatz wegen Nichterfüllung 227

 bb) Rücktritt 228

cc) Rechte aus § 323.....	232
c) Zulässigkeit und Auslegung von Haftungsausschlüssen	232
aa) Vereinbarkeit mit § 443.....	233
bb) Vereinbarkeit mit §§ 9-11 AGBG.....	233
cc) Vereinbarkeit mit § 242.....	235
2. Rechtslage beim Kauf in Kenntnis der Eigentumserwerbsvormerkung	236
3. Anspruch auf Abtretung von Verwendungsersatzansprüchen des (Doppel-) Verkäufers gegen den vorgemerkten Käufer?	240
4. Ergebnis	243
5. Folgerungen für das Rechtsschutzbedürfnis des vormerkungswidrigen Erwerbers - die These Gurskys vom „Rechtsnotstand“.....	244
IV. Fazit.....	247

10. Kapitel

Die Vereinbarkeit des unmittelbaren Ausgleichs tatsächlicher Einwirkungen mit dem Zweck der Vormerkung	248
I. Der Zweck der Vormerkung im Spiegel ihrer gesetzlichen Wirkungen.....	248
II. Der Zweck der Vormerkung aus der Perspektive ihrer Entstehungsgeschichte.....	255
III. Die inhaltliche Bedeutung des gesicherten Rechtsverschaffungsanspruchs im Hinblick auf den Vormerkungszweck.....	256
IV. Ergebnis.....	260
Zusammenfassung zum 1. Abschnitt des 2. Teils	262

2. Abschnitt

Probleme der Ausgestaltung	264
-----------------------------------	-----

1. Unterabschnitt

Die Unterlassungs- und Ausgleichspflicht des vormerkungswidrigen Erwerbers im Fall von (drohenden) Verschlechterungen des betroffenen Grundstücks	264
--	-----

11. Kapitel

**Vorgeschlagene Rechtsgrundlagen für die Schadensersatz- und
Unterlassungsansprüche, wenn die Verschlechterung vom
vormerkungswidrigen Erwerber verschuldet ist**

	264
I. Anspruch aus § 823 Abs. 1	265
II. Schadensersatzansprüche analog §§ 989 ff.....	268
III. Die „Abtretungslösung“ Flumes.....	271
IV. Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung des Leistungszwecks des Anspruchs aus § 888 Abs. 1 (Klaus Müller).....	272

12. Kapitel

Kritik dieser Lösungsvorschläge und eigene Lösung

I. Einwände gegen die deliktische Lösung	273
1. Die Rechtsstellung des Vormerkten als „sonstiges Recht“ i.S. von § 823 Abs. 1	273
a) Die sozialtypische Offenkundigkeit	274
b) Die soziale Ausschließungsfunktion	274
c) Der spezifische Zuweisungsgehalt der Position des Vormerkten	277
aa) Der Begriff des Zuweisungsgehalts.....	277
(1) Gegenstand und Inhalt der Zuweisung bzw. Zuordnung	277
(2) Die Unmittelbarkeit der Zuordnung	281
bb) Der Zuweisungsgehalt der Rechtsstellung des Vormerkten	281
2. Die Parallele zum Recht zum Besitz	283
a) Die Rechtsstellung des Besitzers als „sonstiges Recht“ i.S. von § 823 Abs. 1	284
b) Vergleich der Rechtsstellung des obligatorisch berechtigten Besitzers mit der des vormerkten Grundstückskäufers.....	286
3. Die Bedeutung der Konkursfestigkeit der Position des Vormerkten	290
4. Exkurs: Deliktsschutz gemäß § 823 Abs. 2 i.V. m. §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1	295
5. Ergebnis zu I.	296

II. Einwände gegen die Lösung über die §§ 989 ff.....	297
1. Entsprechende Anwendung der §§ 987 ff. im Bereich des Ersatzes von Nutzungen?	297
2. Die Anwendung der §§ 989 ff. als speziellere Regelung gegenüber § 823 Abs. 1	298
3. Die These vom vorwirkenden Herausgabeanspruch und der analogen Anwendung von § 292.....	299
4. Die Rechtsnatur des Zustimmungsanspruchs aus § 888 Abs. 1 - die Parallele zu den Schutzansprüchen aus § 894 und § 985	301
a) Vergleich der Rechtspositionen der Anspruchsinhaber (Aktivseite der Ansprüche).....	301
b) Vergleich von Anspruchsziel und Position des Anspruchsverpflichteten (Passivseite der Ansprüche)	303
aa) Das Ziel des Anspruchs aus § 894 und die Position des im Grundbuch Eingetragenen	303
bb) Das Ziel des Anspruchs aus § 888 Abs. 1 und die Position des vormerkungswidrigen Erwerbers aus der Sicht der Theorien zur Deutung der relativen Unwirksamkeit	304
(1) Die herrschende Auffassung von der Duplizität bzw. Spaltung der Rechtsinhaberschaft	305
(2) Die Lehre von der Spaltung der Verfügungsmacht.....	306
(3) Die Lehre von der bedingten Rechtsinhaberschaft des vormerkungswidrigen Erwerbers	308
(4) Die Theorie von der materiellen Zustimmungspflicht des vormerkungswidrigen Erwerbers	309
(5) Die Lehre vom Absicherungsrecht	310
cc) Stellungnahme zu den Meinungen zum Ziel des Anspruchs aus § 888 Abs. 1	312
dd) Stellungnahme zu den Auffassungen bzgl. der Rechtsposition des vormerkungswidrigen Erwerbers.....	314
(1) Ablehnung der Lehre von der bedingten Rechtsinhaberschaft des vormerkungswidrigen Erwerbers	315
(2) Ablehnung der Duplizitätstheorie.....	316
c) (Zwischen-) Ergebnis	321

d) Überprüfung des Ergebnisses zu c) anhand eines Vergleichs der Rechtsnatur (Funktion) der Ansprüche aus §§ 894, 985 mit der des Anspruchs aus § 888 Abs. 1	322
aa) Die Rechtsnatur der Ansprüche aus § 894 und § 985	322
bb) Die Rechtsnatur des Anspruchs aus § 888 Abs. 1	326
(1) Die Funktion des Anspruchs aus § 888 Abs. 1	326
(2) Einwände gegen die obligatorische Natur des § 888; die Gründe der h.M. für dessen Qualifikation als „dinglicher“ Anspruch	331
(3) Das „dingliche Element“ des Zustimmungsanspruchs: Qualifikation der Pflicht aus § 888 als realobligatorisch	333
α) Die geschichtliche Entwicklung des Instituts der Realobligation	335
β) Die Rechtslage in der Schweiz.....	340
γ) Die faktische Anerkennung von Realobligationen als „gesetzliche Schuldverhältnisse“ (des Sachenrechts).....	341
δ) Folgerungen für das sachenrechtliche Vorkaufsrecht und die Vormerkung.....	345
cc) Ergebnis.....	351
5. Ergebnis zu II.	352
III. Kritik der Lösungen von Flume und Müller.....	354
1. Die Auffassung Flumes vom Anspruch des Vormerkten auf Abtretung von Schadensersatzansprüchen des Schuldners gegen den vormerkungswidrigen Erwerber.....	354
2. Der von Müller vorgeschlagene Schadensersatzanspruch aufgrund schuldhafter Verletzung des Leistungszwecks des § 888 Abs. 1	359
IV. Zusammenfassung und eigene Lösung: Schadensersatzpflicht des vormerkungswidrigen Erwerbers aus schuldhafter Verletzung von Pflichten (sPV, pFV) aus einem zwischen ihm und dem Vormerkten bestehenden Schuldverhältnis eigener Art („Erfüllungshilfsschuldverhältnis“)	361
1. Die Ableitung eines an den vormerkungswidrigen Erwerber gerichteten Gebots der Unterlassung anspruchsbeeinträchtigender tatsächlicher Einwirkungen aus Institut und Schutzgut der Vormerkung	363
2. Die konkrete Rechtfertigung der Schadensersatzpflicht aus schuldhafter Pflichtverletzung (sPV, pFV).....	368

13. Kapitel

**Der Schutz des vorgemerkten Grundstückskäufers vor Verschlechterungen,
die der vormerkungswidrige Erwerber nicht verschuldet hat** 371

I. Der Schutz des vorgemerkten Grundstückskäufers vor Einwirkungen Außenstehender	371
1. Normative Basis und Rechtfertigung dieses Schutzes	371
a) Schutz des Vorgemerkten analog § 869	372
b) Zusätzlicher Unterlassungsanspruch des Vorgemerkten analog § 1134.....	373
2. Stellungnahme.....	373
II. Die Zuweisung eines Verschlechterungssurrogats zwischen dem Vorgemerkten und dem vormerkungswidrigen Rechtsinhaber	376
1. Besonderheiten im Kaufrecht	376
2. Ausdehnung eines Anspruchs auf das Fehlersurrogat auf den vormerkungswidrigen Rechtsinhaber?	377
3. Bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des Fehlersurrogats?	379
III. Ergebnis	383

2. Unterabschnitt

Die Verpflichtung des vorgemerkten Grundstückskäufers zum Ausgleich von Verwendungen des vormerkungswidrigen Erwerbers sowie die Rechtslage im Fall einer (wertsteigernden) Umgestaltung des Grundstücks	385
---	------------

14. Kapitel

**Der Anspruch des vormerkungswidrigen Erwerbers gegen den
Vorgemerkten auf Ersatz seiner Verwendungen** 385

I. Die vorgeschlagenen Rechtsgrundlagen	385
1. Die analoge Anwendung der §§ 994 ff.	385
2. Die früher vorherrschende differenzierende Auffassung zum sachenrechtlichen Vorkaufrecht	392
3. Bereicherungsrechtliche Ansprüche	393
a) Anwendung der Leistungskondition.....	394
b) Annahme einer Bereicherung „in sonstiger Weise“	395

Inhaltsverzeichnis	23
4. Die Lösung Legarts	396
II. Kritik und eigene Auffassung	397
1. Einwände gegen die analoge Anwendung der §§ 994 ff.	397
2. Eigene Ansicht	402
a) Die Auffassung Legarts als Ausgangspunkt.....	402
b) Der bereicherungsrechtliche Ausgleich im Fall des vormerkungswidrigen Grundstückserwerbs	403
c) Der Umfang des Ausgleichs.....	408
III. Ergebnis	410

15. Kapitel

Die Rechtslage im Fall der Umgestaltung des Grundstücks durch den vormerkungswidrigen Erwerber	411
---	-----

Zusammenfassung zum 2. Teil	415
--	-----

Literaturverzeichnis	419
Sachregister	433

Abkürzungsverzeichnis

a.A., a.M.	anderer Ansicht, anderer Meinung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	(österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz, Absätze
Abschn.	Abschnitt
abw. / Abw.	abweichend / Abwicklung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht; Aktiengesellschaft
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
allg. A. / M.	allgemeine Ansicht / Meinung
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (1794), eingeteilt in Teile, Titel, Paragraphen
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung (1977)
arg.	argumentum / Argument
ASt.	Außenstelle
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BauGB	Baugesetzbuch (seit 1987)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts
BB	Der Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz (1960-1987)
begr. / Begr.	begründet / Begründer
ber.	berichtigt
bes.	besonders
Bespr.	Besprechung
BeurkG	Beurkundungsgesetz

BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I, II	Bundesgesetzblatt, Teil I, II
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ / BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivil- / Strafsachen
BREG	Rückerstattungsgesetz für die britische Zone
bspw.	beispielsweise
BStBl. I, II	Bundessteuerblatt, Teil I, II
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
cic	culpa in contrahendo
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (=UN-Kaufabkommen v. 11.4.1980)
D.	Digesten (Digesta Iustiniani), auch Pandekten genannt, 2. Teil des Corpus Iuris Civilis (529), eingeteilt in Bücher, Titel, Fragmente und Paragraphen
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DogmJb	s. IheringsJb.
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
E I	Erster Entwurf zum BGB (1888)
E II	Zweiter Entwurf zum BGB (1895)
ebd.	ebenda
EEG	(preußisches) Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und Gerechtigkeiten (1872)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl	Einleitung
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (1973-1990)
entspr.	entsprechend
ErbbauVO	Verordnung über das Erbbaurecht

erg. / Erg.	ergänzend / Ergänzung
EStG	Einkommensteuergesetz
evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f. / ff.	folgende/ fortfolgende
FG	Festgabe; Finanzgericht
FS	Festschrift
GBO	Grundbuchordnung; (preußische) Grundbuchordnung (1872)
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggüb.	gegenüber
grdl.	grundlegend
grds.	grundsätzlich
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. v. <i>Gruchot</i>
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M. / A.	herrschende Meinung/Ansicht
h.L.	herrschende Lehre
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg. / hrsgg.	Herausgeber / herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HypothO	(preußische) Hypothekenordnung (1783)
i.d.F.	in der Fassung
i.e.	im einzelnen
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
IheringsJb.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, begr. v. <i>Rudolf v. Ihering</i>
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung (ab 1.1.1999)
i.S.	im Sinne
i.ü.	im übrigen
i.V.(m.)	in Verbindung (mit)
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Jura - Juristische Ausbildung

JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KE	Kommissionsentwurf
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
KO	Konkursordnung
krit.	kritisch
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	litera (=Buchstabe)
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsgg. v. <i>Lindenmaier und Möhring</i>
LS	Leitsatz
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
m.	mit
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins
m.N.	mit Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.z.N.	mit zahlreichen Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
o.a.	oben angegeben
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des OGH in Zivilsachen
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	s. OLGRspr.
OLGRspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Obligationenrecht, (schweizerisches) Obligationsrecht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Pkw	Personenkraftwagen
pFV	positive Forderungsverletzung
pVV	positive Vertragsverletzung
preuß.	preußisch

ProdHG	Produkthaftungsgesetz
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. v. <i>Ernst Rabel</i>
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rh.-Pf.	Rheinland-Pfalz;
rh.-pf.	rheinland-pfälzisch
Rpfl.	Der Deutsche Rechtspfleger
RSiedlG	Reichssiedlungsgesetz (1919)
Rspr.	Rechtsprechung
s. / S.	siehe / Seite
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
sPV	schuldhafte Pflichtverletzung
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
str.	streitig, strittig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
system.	systematisch
TE	Teilentwurf
Tz.	Textziffer
u.	und
UA	Unterabschnitt
u.a.	unter anderem
überw.	überwiegend
unstr.	unstreitig
unv.	unverändert
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom, vor
Verf.	Verfasser
VerglO	Vergleichsordnung
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag

VZS	Vereinigte Zivilsenate
WarnRspr.	<i>Warneyer</i> , Die Rechtsprechung des RG bzw. des BGH in Zivilsachen
WasserG	(Landes-) Wassergesetz
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
WM	Wertpapiermitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZblFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZBGR	(schweizerische) Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB	(schweizerisches) Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

1. Kapitel

Problemstellung

I. Einführung

Aus dem Titel lassen sich die drei Themen dieser Untersuchung ablesen: Tatsächliche Einwirkungen - Grundstückskauf - Schutz durch eine Vormerkung. Die tatsächlichen Einwirkungen sind dabei das verbindende Element zwischen den zwei Schwerpunkten Grundstückskauf und Vormerkungsschutz.

„Tatsächliche Einwirkungen“, hierunter sind in einer ersten Annäherung Verschlechterungen und Verbesserungen einer Sache, hier eines Grundstücks, zu verstehen.

Das Studium tatsächlicher Einwirkungen auf ein Kaufgrundstück bedeutet, daß den Folgen tatsächlicher Einwirkungen im Fall eines noch nicht erfüllten (Grundstücks-) Kaufvertrages nachgegangen werden soll. Dabei wird eine Einschränkung gemacht: Tatsächliche Einwirkungen des Käufers selbst auf das Grundstück bleiben unberücksichtigt. Den Grund dieser Einschränkung erhellt der zweite Schwerpunkt dieser Untersuchung: Regelungsgegenstand der Vormerkung ist der Schutz des Inhabers eines grundstücksbezogenen (Erwerbs-) Rechts, nicht aber die Sanktion eines Fehlverhaltens desselben.

Die Vormerkung ist eines der umstrittensten Rechtsinstitute des bürgerlichen Rechts. Dies hängt vorwiegend mit ihrer eigenartigen Stellung im „Grenzbe- reich“ zwischen Schuld- und Sachenrecht zusammen.

Die von § 883 Abs. 2¹ angeordnete „relative Unwirksamkeit“ beeinträchti- gender Verfügungen läßt sich nur schwer in Einklang bringen mit einem Rechtssystem, das auf den Grundgedanken der eindeutigen Zuordnung von Rechtspositionen zu den jeweiligen Rechtssubjekten beruht.

¹ §§ ohne besondere Kennzeichnung sind solche des BGB.

Zuordnungskonflikte wären leichter erträglich, wenn die betroffene Rechtsposition als solche wertbeständig wäre. Daran fehlt es aber in aller Regel.

Bei Rechten an Sachen kann der Inhaber der tatsächlichen Gewalt auf die Sache einwirken und damit zugleich den Wert des Sachenrechtes selbst beeinflussen. Auf diese Weise wird auch die Verbindung zu den „tatsächlichen Einwirkungen“ geknüpft:

Unter den zahllosen Streitfragen rund um die Vormerkung ist die Frage besonders umstritten, ob zwischen dem durch eine „Auflassungs-“ (besser: „Eigentumserwerbs-“) Vormerkung gesicherten Grundstückskäufer und dem, der das Grundstück vormerkungswidrig erworben hat, Ausgleichsansprüche bestehen, wenn dieser „vormerkungswidrige“ Erwerber den Wert des vormerkungsbetroffenen Grundstücks durch tatsächliche Einwirkungen verändert². Die hier vorgelegte Abhandlung will in erster Linie zur Klärung dieser Streitfrage einen Beitrag leisten.

Erst kürzlich hat Rosien eine ausführliche Arbeit über das Problem einer Verschlechterungshaftung dieses „vormerkungswidrigen“ Erwerbers - häufig auch „Dritterwerber“ genannt³ - vorgelegt⁴.

Der Ansatz der hiesigen Untersuchung geht über den Rosiens hinaus, weil auch die Frage einbezogen wird, ob und inwieweit der Vorgemerkte zum Ersatz von Verwendungen des vormerkungswidrigen Erwerbers verpflichtet ist. Dies ist möglicherweise ein Grund dafür, daß der Verfasser in wichtigen Punkten zu anderen Ergebnissen kommt als Rosien.

Ein weiterer Grund liegt wohl im zweiten Schwerpunkt dieser Arbeit; der Frage nach dem Ausgleich tatsächlicher Einwirkungen des Grundstücksverkäufers im Verhältnis zum Käufer.

Dieser zweite - von der Reihenfolge der Untersuchung her: erste - Schwerpunkt ist dadurch bedingt, daß von verschiedenen Standpunkten zur Situation bei der Vormerkung auch die Rechtslage im Kaufrecht zur Unterstützung der

² Vgl. hierzu näher unten im 6. Kapitel.

³ Der Ausdruck „Dritterwerber“ erscheint nicht glücklich:

Der „vormerkungswidrige“ Erwerber tritt zwar als dritte Person zu dem Zweipersonenverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer hinzu, typischerweise ist er aber ein „Ersterwerber“; erst der Umstand, daß er das betroffene Grundstück vor dem vorgemerkten Käufer erwirbt, macht den Erwerb vormerkungsrelevant.

Trotz sprachlicher Bedenken – es ist ja nicht die Person, sondern der von ihr vorgenommene Erwerbsakt vormerkungswidrig – wird hier wegen der begrifflichen Prägnanz der Ausdruck „vormerkungswidriger Erwerber“ bevorzugt.

⁴ Rosien, Der Schutz des Vormerkungsberechtigten - eine Untersuchung zum Schutz vor Einwirkungen tatsächlicher Art auf das vormerkungsbetroffene Grundstück, Köln, 1994.

eigenen Auffassung herangezogen wird⁵ und der Ausgleich tatsächlicher Einwirkungen in der Zeit zwischen Vertragsschluß und Gefahrübergang schon im kaufrechtlichen Bereich keineswegs unproblematisch ist.

An dieser Stelle soll der Hinweis auf den alten Streit über das Verhältnis der „positiven Vertragsverletzung“ (pVV) - hier wird der Ausdruck „schuldhafte Pflichtverletzung“ (sPV) bevorzugt - zu den Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff.⁶, auf die Entscheidungen BGHZ 114, 34 ff.⁷ und 129, 103 ff.⁸, die die Konkurrenz zwischen den §§ 459 ff. und dem Surrogatsanspruch gemäß § 281 ins Blickfeld gebracht haben sowie auf die wenig beachtete Vorschrift des § 450 zur Verwendungersatzpflicht des Käufers⁹ genügen.

Diese durchaus vormerkungsbezogen bedachte kaufrechtliche Thematik bildet nicht nur einen Schwerpunkt der Untersuchung, sondern zugleich auch deren Grenze: Ihr können nur sehr bedingt Antworten entnommen werden für vormerkungsgesicherte Eigentumsverschaffungsansprüche, die auf einer anderen Rechtsgrundlage, z.B. einer Schenkung beruhen. Das Gleiche gilt für vorgemerke Ansprüche, die statt auf den Erwerb von Eigentum auf den eines beschränkten dinglichen Rechts, etwa einer Hypothek, einer Dienstbarkeit oder eines Erbbaurechts gerichtet sind. Dies mag als Manko empfunden werden, rechtfertigt sich aber immerhin damit, daß sowohl die Eigentumserwerbsvormerkung als auch der Kaufvertrag in der Praxis am häufigsten vorkommen und besonders dort die Frage eines Ausgleichs tatsächlicher Einwirkungen virulent wird.

Bedeutung und praktische Häufigkeit des Kaufvertrages legitimieren zugleich die weitere Beschränkung des Feldes der Untersuchung, die darin liegt, daß als Grundgeschäft der vormerkungswidrigen Verfügung wiederum ein Kaufvertrag unterstellt wird. Kurz gesagt: Es geht um die Konstellation eines Doppel- (ver-) Kaufs¹⁰.

Ferner ist die Untersuchung bezogen auf den Kaufvertrag zwischen dem Vorgemerkten und seinem (später vormerkungswidrig verfügenden) Schuldner „erfüllungsorientiert“; d.h. die Darstellung ist von der Prämisse geleitet, daß der vorgemerkte Käufer nach Möglichkeit trotz etwaiger tatsächlicher Einwirkun-

⁵ S. *Staudinger/Seufert*, 11/1956, § 888 Rn 7; *Staudinger/Gursky*, 12/1987, § 888 Rn 61; *Kohler*, NJW 1984, 2849, 2856 Fn. 90; *Hager*, JuS 1990, 429, 437 Fn. 143.

⁶ Dazu näher im 3. Kapitel.

⁷ BGH, U.v. 8.3.1991, V ZR 351/89 (=NJW 1991, 1675 =WM 1991, 1044 =BB 1991, 1078 =LM § 281 Nr. 11).

⁸ BGH, U.v. 10.3.1995, V ZR 7/94 (=NJW 1995, 1737 =WM 1995, 1147). S. ferner OLG Hamm, NJW-RR 1993, 1366 und ausführlich sogleich im 2. Kapitel.

⁹ Hierzu näher im 4. Kapitel.

¹⁰ Dazu allgemein *Dubischar*, JuS 1970, 6 ff.