

# Der grundbuchliche Rechtshängigkeitsvermerk – ungeregt und entbehrlich?

Von Rechtsanwalt Dr. **Jörg Zeising**, Berlin

*Bei gesetzlich nicht geregelten Rechtsinstituten ist der Pluralismus in der akademischen Lehre und in der Rechtsprechung besonders groß. Dies trifft auch für den grundbuchlichen Rechtshängigkeitsvermerk zu, hinsichtlich dessen die Meinungen sogar so weit gehen, seine Eintragung als „inhaltlich unzulässig“<sup>1</sup> zu bezeichnen. Der insbesondere auf Studium und Ausbildung zugeschnittene Beitrag will eine mit den Rechtsinstituten Vormerkung und Widerspruch vergleichende Betrachtung und systematische Einordnung des Rechtshängigkeitsvermerkes vornehmen sowie dessen Funktion, Eintragungsvoraussetzungen und Daseinsberechtigung aufzeigen.*

## I. Einleitung

Neben dem Rechtshängigkeitsvermerk sind die Vormerkung und der Widerspruch als weitere spezifisch grundstücksrechtliche Institute zu nennen, wobei alle drei der Sicherungsscharaktere eint. Unterschiede bestehen hinsichtlich der Sicherungswirkungen und der Eintragungsvoraussetzungen.

### 1. Die Vormerkung

Die Vormerkung (§§ 883 ff. BGB) dient der Sicherung rein obligatorischer gegenwärtiger oder künftiger, bedingter oder unbedingter Ansprüche, die z.B. auf Vertrag, vertragsähnlichen Rechtsgrundlagen, auf Vermächtnis<sup>2</sup>, Bereicherung oder unerlaubter Handlung beruhen können. Stets ist die Vormerkung streng akzessorisch mit der schuldrechtlichen Forderung, die sie sichert. Ist der schuldrechtliche Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer aus § 433 Abs. 2 BGB vormerkungsgesichert, handelt es sich um die praktisch bedeutsame Auflassungsvormerkung:

*Beispiel a:* Schließt der Verkäufer mit dem Käufer einen Grundstückskaufvertrag ab und verkauft und übereignet der Verkäufer hernach das gleiche Grundstück an einen Dritten, so hat der erste Käufer das Nachsehen; er kann nur Schadensersatz vom Verkäufer aus §§ 283, 280 Abs. 1 BGB verlangen, während der Verkäufer dem Erstkäufer gegenüber von seiner Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB frei wird. Ist hingegen zugunsten des Erstkäufers eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen, wäre der Erwerb des Zweitkäufers nach § 883 Abs. 2 BGB vormerkungswidrig und daher relativ unwirksam.

Neben der relativen Unwirksamkeit entgegenstehender Verfügungen (auch solcher, die im Rahmen der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder des Insolvenzverfahrens getroffen werden, § 883 Abs. 2 S. 2 BGB) dient die Vormerkung auch der Rangwahrung beschränkt dinglicher Rechte, § 883 Abs. 3 BGB:

*Beispiel b:* Verpflichtet sich der Grundstückseigentümer gegenüber seiner Bank, ihr für eine Darlehensgewährung eine Hypothek an seinem Grundstück zu bestellen, dann erlangt die Hypothek im Grundbuch den Rang, den sie mit ihrer Eintragung hat. Zwischenzeitliche Eintragungen von Grundpfandrechten anderer Grundpfandgläubiger würden der Hypothek im Rang (und daher z.B. auch in der Zwangsversteigerung, §§ 10 Abs. 1 Nr. 4, 11 Abs. 1 ZVG) vorgehen. Ist jedoch der schuldrechtliche Anspruch der Bank gegen den Grundstückseigentümer auf Einräumung einer Hypothek vormerkungsgesichert, würde sich der Rang der Hypothek nach dem Rang der eingetragenen Vormerkung richten; die Hypothek hätte damit Vorrang vor allen Rechten, die zwar früher als diese, aber nach der Vormerkung eingetragen worden sind.

Die Eintragung einer Vormerkung erfordert entweder die Bewilligung des Betroffenen (in den Beispielen a und b: des jeweiligen Grundstückseigentümers) oder eine einstweilige Verfügung (siehe unter V.2.), § 885 Abs. 1 BGB. Ausnahmsweise wird die Vormerkung unter den Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 GBO von Amts wegen eingetragen.

### 2. Der Widerspruch

Häufig wird der Unterschied zwischen Vormerkung und Widerspruch cursorisch so umschrieben: Die Vormerkung „prophezeit“ (die der Erfüllung des gesicherten Anspruchs entsprechende dingliche Rechtslage), der Widerspruch „protestiert“ gegen die Richtigkeit des Grundbuchs<sup>3</sup>. Damit ist gemeint, dass der Widerspruch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hinsichtlich einer Eintragung oder Löschung oder Lücke im Grundbuch, gegen die sich der Widerspruch richtet, ausschließt und so einem gutgläubigen Erwerb entgegensteht, § 892 BGB.

*Beispiel c:* Der Bucheigentümer A, der zwar als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, jedoch materiell-rechtlich nicht Grundstückseigentümer ist, veräußert das Grundstück an den gutgläubigen B, der seinerseits Eigentum an dem Grundstück kraft guten Glaubens erlangen kann. Ist jedoch ein Widerspruch gegen das Eigentum im Grundbuch eingetragen, kann B trotz guten Glaubens nicht Eigentum am Grundstück erwerben, § 892 BGB.

Hat A dem bösgläubigen Gläubiger C eine Grundschuld bestellt und überträgt C die Grundschuld an den gutgläubigen D, so hindert der nach Grundschuldbestellung und vor Abtretung eingetragene Widerspruch gegen das Eigentum nicht den gutgläubigen Erwerb der Grundschuld durch D. Erforderlich ist vielmehr ein einzutragender Widerspruch gegen die

<sup>1</sup> Lickleder, ZJP 114 (2001), 195 (208).

<sup>2</sup> Nicht vor dem Erbfall, BGHZ 12, 115; Hieber, DNotZ 1952, 432; Haegeler, RPfeger 1969, 271.

<sup>3</sup> Formulierung geht zurück auf v. Reichel, in: Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 46, 1904, S. 59 (66); vgl. auch Hager, JuS 1990, 429 (430).

Grundschuld, um den gutgläubigen Erwerb der Grundschuld durch D auszuschließen<sup>4</sup>.

Der Widerspruch wird gemäß § 899 Abs. 1 BGB entweder aufgrund der Bewilligung des vom Berichtigungsanspruch Betroffenen (im Beispiel c: des Bucheigentümers A bzw. des Grundschuldgläubigers C) oder aufgrund einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO (vgl. V.2.) eingetragen. Im Fall des § 1139 BGB genügt der Antrag des Widersprechenden. Von Amts wegen wird der Widerspruch nach §§ 18 Abs. 2, 53 GBO eingetragen.

## II. Der Rechtshängigkeitsvermerk

Der Rechtshängigkeitsvermerk ist im Gesetz nicht völlig unerwähnt: Gesetzlich modifizierte Ansprüche auf Eintragung eines Rechts- bzw. Anhängigkeitsvermerkes enthalten die §§ 92 Abs. 2, 113 Abs. 3 S. 2, 116 Abs. 2 S. 2 SachenR-BerG als Sonderregelungen zur Anpassung der Rechtsverhältnisse im Beitrittsgebiet an das Sachenrecht des BGB bzw. der ErbbauVO sowie § 8 Abs. 4 GBBerG für das Verfahren der Grundbuchberichtigung nach § 8 Abs. 1 GBBerG.

Im Übrigen ist die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes im Gesetz nicht vorgesehen; die Zulässigkeit des Vermerkes wird jedoch nunmehr fast einhellig anerkannt<sup>5</sup>. Der dahinter stehende Rechtsgedanke ist folgender: Wenn ein Rechtsstreit über ein Recht an einem Grundstück anhängig ist, so schließt dies gemäß § 265 Abs. 1 ZPO das Recht der Prozessparteien nicht aus, über das Grundstück zu verfügen, es insbesondere zu veräußern. Jedoch erstreckt § 325 Abs. 1 ZPO die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils auch auf die Personen, die nach Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind. Nach § 325 Abs. 2 ZPO gelten jedoch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu-

gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechend. Das bedeutet, dass die Wirkungen des § 325 Abs. 1 ZPO nur dann gegenüber dem Rechtsnachfolger eintreten, wenn er „bösgläubig“ ist. Wann „Bösgläubigkeit“ i.S.d. § 325 Abs. 2 ZPO vorliegt und wann die übrigen Voraussetzungen dieser Norm gegeben sind, wird in objektiver und subjektiver Hinsicht von Rechtsprechung und Lehre allerdings unterschiedlich beurteilt.

### 1. Reichweite des § 325 Abs. 2 ZPO

Umstritten ist zunächst, welche objektiven Anforderungen § 325 Abs. 2 ZPO voraussetzt, damit der Erwerber von der Rechtskraft des seinem Veräußerer ungünstigen Urteils freigestellt wird. Grundvoraussetzung für § 325 Abs. 2 ZPO ist zunächst, dass das materielle Recht einen Erwerb vom Nichtberechtigten kraft guten oder öffentlichen Glaubens überhaupt zulässt<sup>6</sup>.

*Beispiel d:* A ist Eigentümer eines Mietshauses und hat eine darin befindliche Wohnung an B vermietet. B nimmt den A klageweise auf Zahlung von Vorschuss für Mangelbeseitigungsarbeiten nach § 563a Abs. 2 Nr. 1 BGB in Anspruch<sup>7</sup>. A beabsichtigt, das Hausgrundstück nach Rechtshängigkeit an C zu veräußern. B will einen Rechtshängigkeitsvermerk ins Grundbuch eintragen lassen, um sicherzustellen, dass das Urteil auch gegen C wirkt und C das Grundstück nicht gutgläubig „lastenfrei“ erwirbt. Die Eintragung des Vermerkes wäre in diesem Fall unzulässig. Nach § 325 Abs. 2 ZPO finden die materiellen Gutglaubensvorschriften bei Veräußerung der streitbefangenen Sache entsprechende Anwendung. Das materielle Recht kennt aber keinen Gutglaubensschutz in Bezug auf Mietverhältnisse und die damit zusammenhängenden Vermieterpflichten; der Erwerber tritt nach § 566 Abs. 1 BGB vielmehr kraft Gesetzes in die Rechte und Pflichten des Vermieters ein, ohne dass er gegenwärtige oder künftige, schwebende oder nicht schwebende Sekundäransprüche des Mieters „gutgläubig wegerwerben“ könnte<sup>8</sup>.

Ferner kann § 325 Abs. 2 ZPO nur für den Erwerb vom Nichtberechtigten, nicht jedoch vom Berechtigten bemüht werden<sup>9</sup>. Die gegenteilige Auffassung<sup>10</sup> ist abzulehnen, weil

<sup>4</sup> Str., wie hier *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, § 892 Rn. 135 m.w.N., a.A. (Widerspruch setzt sich auch gegenüber Zweiterwerb durch) z.B. RGZ 129, 124; *Stürmer*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2002, § 892 Rn. 27 m.w.N.

<sup>5</sup> Z.B. OLG Stuttgart NJW 1960, 1109 f.; OLG Stuttgart OLGZ 1979, 300 (302 f.); OLG Stuttgart Rpfleger 1997, 15; OLG Zweibrücken OLGZ 1989, 260 (261); OLG Schleswig SchlHA 1994, 169; OLG München NJW 1966, 1030; OLG München MDR 2000, 782; OLG Schleswig FamRZ 1996, 175; *Gursky* (Fn. 4), § 892 Rd. 264; *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 899 Rn. 30 f.; *Kössinger*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 899 Rn. 14; *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 899 Rn. 9 ff.; *Holzer*, in: Hügel, Beck'scher Online-Kommentar zur GBO, Ed. 7, Stand: 1.10.2007, § 22 Rn. 34; *Vollkommer*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 27. Aufl. 2009, § 325 Rn. 50; *Leipold*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl. 2008, § 325 Rn. 42; *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 325 Rn. 100; *Rahn*, BWNotZ 1960, 61 ff.; *Böttcher*, Rpfleger 1983, 49 (52); *Stadler*, Jura 2001, 433 (439); *Krug*, ZEV 1999, 161 (165); a.A. *Lickleder*, ZJP 114 (2001), 195 ff.

<sup>6</sup> Z.B. §§ 135 Abs. 2, 932 ff., 936, 892 f., 1138, 1207 f. BGB; §§ 363 f., 366 HGB.

<sup>7</sup> Zum Vorschussanspruch des Mieters vgl. bspw. BGH NJW 1971, 1450; KG NJW-RR 1988, 1039; OLG Düsseldorf NZM 2000, 464; BGHZ 56, 136 = NJW 1971, 1450; *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 536a Rn. 24; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 536a Rn. 18; *Derleder*, NZM 2002, 676 (681); *Kinne*, GE 2001, 1235 (1238).

<sup>8</sup> Zu zwischen Vermieter (=Veräußerer) und Mieter zum Zeitpunkt des Erwerbs schwebenden Streitigkeiten wegen Verzuges von Mangelbeseitigungsarbeiten vgl. BGH NJW 2005, 1187.

<sup>9</sup> *Gottwald* (Fn. 5), § 325 Rn. 97; *Leipold* (Fn. 5), § 325 Rn. 38, 42 f.; *Vollkommer* (Fn. 5), § 325 Rn. 45; *Schreiber*, Jura 2008, 121 (123); *Blomeyer*, Zivilprozeßrecht – Erkennt-

sie nicht erklären kann, warum der Gesetzgeber den Schutz des Gutgläubigen an der Regelung orientiert wissen will, die für den Rechtserwerb des Nichtberechtigten nach materiellem Recht getroffen worden ist. Hätte der Gesetzgeber einen Ausschluss der Rechtskrafterstreckung schon dann gewollt, wenn der Erwerber nur hinsichtlich Rechtshängigkeit oder Rechtskraft gutgläubig ist und vom Berechtigten erwirbt, hätte er es anders formulieren können. Vielmehr macht der Verweis auf die materiellen Regelungen des Erwerbs vom Nichtberechtigten nur Sinn, wenn § 325 Abs. 2 ZPO den Erwerb vom Nichtberechtigten trotz Rechtshängigkeit bzw. Rechtskraft sicherstellen will. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, welcher praktische Schutz mit einer Anwendung des § 325 Abs. 2 ZPO auf den Erwerb vom Berechtigten verbunden wäre.

Objektiv verlangt § 325 Abs. 2 ZPO ferner, dass ein materiell-rechtlicher Erwerb überhaupt wirksam erfolgt ist. Scheitert der Erwerb (z.B. an der Bösgläubigkeit des Erwerbers, an einem eingetragenen Widerspruch gemäß § 892 Abs. 1 S. 1 BGB oder an § 935 ZPO hinsichtlich beweglicher Sachen), so ist schon der Anwendungsbereich des § 325 Abs. 1 ZPO nicht eröffnet, da es an einer Rechtsnachfolge im Eigentum fehlt. Für eine denkbare Rechtsnachfolge im Besitz nach § 325 Abs. 1, 2. Altern. ZPO sieht das materielle Recht allerdings keinen „Erwerb vom Nichtberechtigten“ vor. Besteht demgemäß eine Rechtskraftbindung nach § 325 Abs. 1 ZPO nicht, ist die Frage nach einem rechtskraftfreien Erwerb nach § 325 Abs. 2 ZPO bei gescheitertem Eigentumserwerb obsolet.

## 2. „Doppelte Gutgläubigkeit“ des Erwerbers?

In subjektiver Hinsicht wird im Rahmen des § 325 Abs. 2 ZPO die sog. „doppelte Gutgläubigkeit“ des Erwerbers zitiert, die allerdings durchaus mehrdeutig verstanden werden kann. „Doppelte Gutgläubigkeit“ beschreibt zunächst den guten Glauben des Erwerbers in zweifacher Hinsicht: materiell-rechtliche Gutgläubigkeit einerseits und Gutgläubigkeit hinsichtlich der Rechtshängigkeit andererseits. An die „doppelte Gutgläubigkeit“ des Erwerbers werden nun verschiedene Rechtsfolgen geknüpft, die jedoch streng voneinander getrennt betrachtet werden müssen. Die „doppelte Gutgläubigkeit“ des Erwerbers wird als Voraussetzung zum einen für den Eigentumserwerb an sich und zum anderen für den gutgläubig „präjudizfreien“ Erwerb i.S.d. § 325 Abs. 2 ZPO bemüht, was keineswegs kritikfrei ist.

nisverfahren, 2. Aufl. 1995, § 92 III 2; Calavros, Urteilswirkungen zu Lasten Dritter, S. 101 ff.

<sup>10</sup> Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Kommentar zur ZPO, 67. Aufl. 2009, § 325 Rn. 97; Reichelt, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 30. Aufl. 2009, § 325 Rn. 8.

## a) Keine „doppelte Gutgläubigkeit“ für den materiell-rechtlichen Erwerb

Entgegen einer verbreiteten Meinung<sup>11</sup> wird der materielle Erwerb durch § 325 Abs. 2 ZPO nicht durch Aufstellung einer zusätzlichen Voraussetzung erschwert. Entscheidend ist nämlich, dass der Gesetzgeber mit der in § 325 Abs. 2 ZPO angeordneten entsprechenden Anwendung der Gutglaubensvorschriften nur prozessuale, nicht jedoch auch materiell-rechtliche Konsequenzen verknüpft, was sich aus Folgendem ergibt:

§ 325 Abs. 2 ZPO schafft keine zusätzliche materiell-rechtliche Erwerbsvoraussetzung für den Erwerb vom Nichtberechtigten dergestalt, dass für den gutgläubigen Eigentumserwerb neben den Voraussetzungen des § 892 BGB auch noch die Gutgläubigkeit des Erwerbes hinsichtlich der Rechtshängigkeit vorliegen müsse. Hiergegen spricht, dass die Rechtskraft eines Urteils nach allgemeinem Verständnis die materielle Rechtslage nicht beeinflusst<sup>12</sup>. Die prozessualen Wirkungen eines Urteils erstrecken sich eben nur auf die Prozessparteien inter partes und schaffen keine inter omnes gültigen materiell-rechtlichen Erwerbshindernisse. Die ausschließlich prozessuale Konsequenz des § 325 Abs. 2 ZPO besteht demgemäß nur darin, die Möglichkeit des obsiegenden Klägers, sich gegenüber dem Erwerber auf die Feststellungen des rechtskräftigen Urteils zu berufen, zu begrenzen, nicht darin, in die materiell-rechtlichen Erwerbsvoraussetzungen einzugreifen.

## b) Keine „doppelte Gutgläubigkeit“ für den gutgläubig „präjudizfreien“ Erwerb

Die h.M.<sup>13</sup> und die Rechtsprechung<sup>14</sup> wollen unter Hinweis auf den in § 325 Abs. 2 ZPO enthaltenen Verweis auf die materiell-rechtlichen Gutglaubensvorschriften den Erwerber nur dann vor der Rechtskraft des seinem Veräußerer ungünstigen Urteils schützen, wenn sich sein guter Glaube sowohl auf die materielle Berechtigung des Veräußerers als auch auf die Nicht-Rechtshängigkeit eines Rechtsstreits über das materielle Recht des Veräußerers bezieht (sog. „doppelte Gutgläubigkeit“ des Erwerbers). Die Gegenmeinung lässt Gut-

<sup>11</sup> RGZ 79, 165; BGHZ 4, 285; Leipold (Fn. 5), § 325 Rn. 36 m.w.N.; Wieczorek, Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 325 Rn. 109; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl. 2004, § 155 II 2 Rn. 11; Henckel, ZZP 82 (1969), 333 (358); Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches III, 1904, S. 125.

<sup>12</sup> Blomeyer (Fn. 9), § 92 III 2; Lickleder, ZZP 114 (2001) 195 (203).

<sup>13</sup> Leipold (Fn. 5), § 325 Rn. 38; Gottwald (Fn. 5), § 325 Rn. 97; Vollkommer (Fn. 5), § 325 Rn. 46; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 11), § 155 Rn. 11; Blomeyer (Fn. 9), § 92 III 2; Calavros (Fn. 9), S. 101 ff.; Henckel, ZZP 82 (1969), 333 (341, 358 f.); Scholz-Mantel, Der Begriff des Rechtsnachfolgers im Sinne des § 325 ZPO, 1969, S. 263a ff.

<sup>14</sup> RGZ 79, 165 (168); 88, 267 (268); BGHZ 4, 283 (285); KG JW 1932, 191 f.

gläubigkeit hingegen nur hinsichtlich der Rechtshängigkeit genügen<sup>15</sup>.

Die Antwort hierzu liegt in der Regelung des § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO: Danach wirkt ein Urteil, das einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld betrifft, gegen den Erwerber eines Grundstücks auch dann, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. Nach unbestrittener Auffassung<sup>16</sup> sind von dieser Vorschrift solche Entscheidungen nicht erfasst, die Ansprüche aus sonstigen eingetragenen Rechten (z.B. Grunddienstbarkeiten, Nießbräuchen) betreffen. Auf den ersten Blick scheint § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO eine überflüssige Regelung<sup>17</sup> zu sein, da ein gutgläubig-lastenfreier Erwerb des Grundstücks nach materiellem Recht aufgrund der eingetragenen Belastung schon nicht möglich ist (vgl. § 892 BGB). Nach der unter II.1. dargestellten Auffassung müsste deshalb ein gutgläubig „präjudizfreier“ Erwerb auch ohne die Regelung des § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO ausgeschlossen sein; es bleibt damit bei der Grundregel des § 325 Abs. 1 ZPO. Aber der Gesetzgeber hat nicht ohne Grund die Anordnung, Gutgläubigkeit allein hinsichtlich der Rechtshängigkeit schütze noch nicht vor Rechtskrafterstreckung, für erforderlich gehalten und sie auf den in § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO umschriebenen Teilbereich begrenzt. Anders ausgedrückt: Der Gesetzgeber hat bewusst von einer allgemeinen Klarstellung in Bezug auf jedes im Grundbuch eingetragene Recht verzichtet. Die Regelung macht eben nur Sinn, dass im Umkehrschluss der gute Glaube an die Rechtshängigkeit vor einer Rechtskrafterstreckung entweder ohne diese Anordnung oder außerhalb des Anwendungsbereiches dieser Norm (z.B. bei Klagen aus Dienstbarkeiten oder Nießbräuchen) bewahren kann. Insbesondere bei nicht in § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO erwähnten eingetragenen Rechten soll allein der gute Glaube an die Rechtshängigkeit – und nur auf diesen stellt der Gesetzgeber dem Wortlaut nach ab – einen rechtskraftfreien Erwerb des Grundstücks ermöglichen. Die subjektiven Anforderungen (Gutgläubigkeit nur hinsichtlich der Rechtshängigkeit) können aber in § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO nicht anders sein als in § 325 Abs. 2 ZPO, denn in beiden Fällen ist das streitgegenständliche Grundstück bzw. das Grundstück, auf dem das dingliche Recht lastet, Veräußerungsgegenstand.

Hätte der Gesetzgeber bei den in § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO nicht erwähnten eingetragenen Rechten auch materielle Gutgläubigkeit für einen rechtskraftfreien Erwerb verlangt, hätte er dies ohne Weiteres anordnen können. Und dass Kenntnis von der Rechtshängigkeit nicht zugleich materielle Bösgläubigkeit voraussetzt, sondern an verschiedenen Stellen allenfalls gleichgestellt wird, zeigt sich z.B. in den §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 987, 989, 990 Abs. 1, 994 Abs. 2 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken: Wer von der Anhängigkeit eines

Rechtsstreits um den erworbenen Gegenstand gewusst hat, gilt als hinreichend gewarnt, ohne dass er zugleich materiell in bösem Glauben gewesen sein muss.

Freilich wird das Erfordernis der „einfachen“ Gutgläubigkeit (nur hinsichtlich der Rechtshängigkeit) in gewisser Weise insofern „verwässert“, als für § 325 Abs. 2 ZPO ein voll wirksamer Erwerb vom Nichtberechtigten – wie hier (vgl. II.1.) – verlangt wird. Letzteres setzt ja gerade auch den materiell-rechtlichen guten Glauben voraus, was im Ergebnis doch zum Erfordernis der „doppelten Gutgläubigkeit“ zu führen scheint. Anliegen dieses Beitrages ist es jedoch auch, beide subjektiven Komponenten in einer strengen Abstraktion zu verdeutlichen: Objektive Voraussetzung des § 325 Abs. 2 ZPO ist der wirksame Erwerb vom Nichtberechtigten, wofür – und nur hierfür – u.a. materielle Gutgläubigkeit vorliegen muss. In subjektiver Hinsicht setzt § 325 Abs. 2 ZPO nur prozessuale Gutgläubigkeit voraus. Ist der Erwerber materiell bösgläubig, scheitert bereits ein materieller Erwerb, so dass schon eine Rechtskraftbindung nach § 325 Abs. 1 ZPO ausscheidet. Ist der Erwerber nur prozessual bösgläubig, kommt eine Rechtskraftbindung nach § 325 Abs. 1 ZPO, nicht jedoch ein gutgläubig „präjudizfreier“ Erwerb nach § 325 Abs. 2 ZPO in Betracht.

Aus dem in § 325 Abs. 2 ZPO enthaltenen Verweis auf das materielle Recht ergeben sich zugleich die Anforderungen, die an den guten Glauben hinsichtlich der Rechtshängigkeit zu stellen sind. Hiernach beurteilt sich, ob lediglich positive Kenntnis (wie z.B. bei § 892 BGB für Grundstücke) oder auch grobe Fahrlässigkeit (wie bei § 932 Abs. 2 BGB für bewegliche Sachen) schadet<sup>18</sup>. Und wenn der Gesetzgeber durch den Verweis auf die materiellen Gutgläubigkeitsvorschriften auch die hieraus resultierende Beweislastverteilung hinsichtlich der auf die Rechtshängigkeit bezogenen Bösgläubigkeit geregelt wissen sollte<sup>19</sup>, so ergibt sich Folgendes: Die sich aus materiellem Recht ergebende Darlegungs- und Beweislast liegt wegen der Negativfassung des § 892 Abs. 1 S. 1 BGB bei dem, der die Unanwendbarkeit der §§ 892 f. BGB wegen der Kenntnis des Erwerbers behauptet<sup>20</sup>. Im Folgeprozess zwischen dem Sieger (Prätendent) im Erstprozess und dem Erwerber ist Ersterer für die Tatsache, dass der Erwerber positiv Kenntnis von der Rechtshängigkeit des Rechtsstreits zwischen dem Prätendent und dem Veräußerer hatte und daher ein gutgläubig „präjudizfreier“ Erwerb nach § 325 Abs. 2 ZPO ausscheidet, beweisbelastet. Nach der allgemeinen prozessualen Beweislastregel, wonach der Anspruchsteller für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner hingegen für die rechtshindernden, rechtsvernichtenden

<sup>15</sup> Hartmann (Fn. 10) § 325 Rn. 9; Reichelt (Fn. 10), § 325 Rn. 8; Lickleder, ZJP 114 (2001), 195 (203 f.); v. Olshausen, JZ 1988, 584 (592 f.).

<sup>16</sup> BGH NJW 1960, 1348.

<sup>17</sup> Gottwald (Fn. 5), § 325 Rn. 104; Musielak, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2009, § 325 Rn. 28; v. Olshausen, JZ 1988, 584 (587 f.).

<sup>18</sup> Leipold (Fn. 5), § 325 Rn. 43; Gottwald (Fn. 5), § 325 Rn. 99; Hartmann (Fn. 10) § 325 Rn. 9; Vollkommer (Fn. 5), § 325 Rn. 46; Musielak (Fn. 17), § 325 Rn. 27; Reichold, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 30. Aufl. 2009, § 325 Rn. 8.

<sup>19</sup> So v. Olshausen, JZ 1988, 584 (590).

<sup>20</sup> Gursky (Fn. 4), § 892 Rn. 140 f., 172 f.; Kohler (Fn. 5), § 892 Rn. 49.

und rechtshemmenden Merkmale beweislaster ist<sup>21</sup>, wäre dies nicht ohne weiteres der Fall.

Die Kenntnis der Rechtshängigkeit steht damit der Kenntnis eines Rechtsmangels gleich<sup>22</sup>. Deshalb muss es möglich sein, den guten Glauben bezüglich der Rechtshängigkeit auszuschließen, was nur bei einer entsprechenden Eintragung im Grundbuch gesichert ist (vgl. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB).

Der Rechtshängigkeitsvermerk beseitigt daher die Möglichkeit, dass ein redlicher Erwerber gemäß § 892 BGB das betreffende Recht erwirbt. Ohne die Eintragung eines solchen Vermerkes wäre der wahre Berechtigte – von den Möglichkeiten des Widerspruchs nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB einmal abgesehen – gegenüber Erwerbern, welche während des laufenden Rechtsstreits das Grundstück erwerben, schutzlos ausgeliefert, da eine Mitteilung über den laufenden Rechtsstreit an alle möglichen potentiellen Erwerber faktisch undurchführbar ist<sup>23</sup>.

*Beispiel e:* A begehrt von dem im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen B klageweise die Berichtigung des Grundbuches nach § 894 BGB dahingehend, dass A als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird. Veräußert B nach Zustellung der Klage des A das Grundstück an C, muss sich C die Rechtswirkungen eines stattgebenden Urteils nach § 325 Abs. 1 ZPO entgegenhalten lassen, es sei denn, C ist im Hinblick auf die Rechtshängigkeit der Klage des A gutgläubig. Dann besteht – neben der Möglichkeit, dass der C aufgrund der Grundbuchlage gutgläubig Eigentum erwirbt, § 892 Abs. 1 BGB – die Gefahr, dass A erneut gegen C seinen Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB klageweise geltend machen muss. Um die Gutgläubigkeit im Bezug auf die Rechtshängigkeit auszuschließen, kann A im Grundbuch in Abteilung 2 einen Vermerk z.B. mit dem Inhalt „Es ist ein Rechtsstreit zwischen A und B vor dem Landgericht ... zu Az. ... anhängig.“ eintragen lassen.

### III. Funktion des Rechtshängigkeitsvermerkes

Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach § 325 Abs. 2 ZPO kann jedoch nur durchgreifen, soweit eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Veräußerers stattfindet. Dies ist nach § 265 Abs. 1 ZPO dann der Fall, wenn die streitbefangene Sache veräußert oder abgetreten wird. Im obigen Fall (e) der Grundbuchberichtigung ist das Grundstück selbst streitbefangen, und gerade dies würde der Rechtshängigkeitsvermerk zum Ausdruck bringen. Es ist mithin zweifelhaft (und soll gerichtlich durch den von A verfolgten Grundbuchberichtigungsanspruch geklärt werden), ob B berechtigt ist, das Grundstück an C zu veräußern, ob also B eine dingliche Rechtsposition am Streitgegenstand hat, die ihn zur Veräuße-

rung berechtigt. Diese Zweifel sollen durch die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes auch bei C aufkommen und so seine Gutgläubigkeit im Bezug auf die Rechtshängigkeit ausschließen.

Fraglich ist aber, ob der Rechtshängigkeitsvermerk auch für die Fälle zulässig sein kann, bei denen ein schuldrechtlicher Anspruch Gegenstand einer Klage ist.

*Beispiel f:* A ist aufgrund notariellen Kaufvertrages dem B gegenüber zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet. B nimmt den A klageweise auf Auflassung dieses Grundstücks in Anspruch. B will durch Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes verhindern, dass A während des Rechtsstreits das Grundstück an C veräußert, weil dann seine Eigentumsverschaffungsklage wegen § 275 Abs. 1 BGB abgewiesen werden würde.

*Beispiel g:* A hat den B mit der Vornahme von Erdausharbeiten auf seinem – des A – Grundstück beauftragt. Als A den Werklohn an B nicht zahlt, nimmt B den A klageweise auf Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek im Grundbuch nach § 648 Abs. 1 BGB in Anspruch. B will durch Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes verhindern, dass A das Grundstück nach Rechtshängigkeit an C veräußert, weil dann die Voraussetzungen des § 648 Abs. 1 BGB (Identität zwischen Besteller und Grundstückseigentümer) – jedenfalls zum Schluss der mündlichen Verhandlung – nicht gegeben wären und die Klage des B abgewiesen werden würde.

Die Meinungen hierzu sind geteilt, wengleich sich eine h.M. gegen die Zulässigkeit des Rechtshängigkeitsvermerkes in diesen Fällen herauskristallisiert<sup>24</sup>. Zwei Punkte sprechen – der h.M. folgend – entscheidend gegen die Zulässigkeit:

Zum einen ist bei schuldrechtlichen Ansprüchen das Grundstück, auf das diese sich beziehen, nicht streitgegenständlich. Den Streitgegenstand bilden vielmehr die schuldrechtlichen Ansprüche selbst. Daher liegen bereits die Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 ZPO nicht vor, so dass aus diesem Grund ein Schutz des im Bezug auf die Rechtshängigkeit gutgläubigen Erwerbers nach § 325 Abs. 2 ZPO nicht bestehen kann.

Zum anderen kann bei schuldrechtlichen Ansprüchen ein Gutgläubigkeitsschutz nicht eingreifen, was letztlich der Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis geschuldet ist: Wer lediglich schuldrechtlich zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet ist, unterliegt keinem Verfügungsverbot, das einer wirksamen Verfügung an einen Dritten entgegenstehen könnte. Hieran ändert auch die Erhebung einer auf Eigentumsverschaffung gerichteten Klage nichts. Derjenige, der nach Rechtshängigkeit des Verschaffungs- oder sonstigen schuldrechtlichen Anspruchs das fragliche Grundstück erwirbt, erwirbt es vom Berechtigten; auf seine

<sup>21</sup> Vgl. BGB E I § 193 (zu „Begründung“, „Aushebung“ und „Hemmung“); ferner z.B. BGH NJW 1999, 352 (353), *Pritting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 286 Rn. 110 f.

<sup>22</sup> RGZ 79, 165 (168).

<sup>23</sup> OLG München NJW 1966, 1030; OLG Zweibrücken NJW 1989, 1098.

<sup>24</sup> BGHZ 39, 21; OLG Braunschweig MDR 1992, 74; OLG Stuttgart Rpfleger 1997, 15; OLG Schleswig FamRZ 1996, 175; *Gursky* (Fn. 4), § 892 Rn. 264; *Kohler* (Fn. 5), § 899 Rn. 30; a.A. OLG München NJW 1966, 1030.

Gutgläubigkeit kommt es nicht an. Mangels Relevanz des guten Glaubens für die Wirksamkeit der Verfügung ist daher die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes ebenfalls bedeutungslos. Die Grundbuchlage spiegelt die wahre materielle Rechtslage richtig wider, und der im Grundbuch eingetragene Eigentümer ist aufgrund seines Eigentums jederzeit formell und materiell dinglich berechtigt, das Eigentum wirksam zu übertragen, unabhängig davon, ob der mögliche Erwerber Kenntnis von der Rechtshängigkeit des schuldrechtlichen Anspruchs hätte.

Es ist also festzuhalten, dass die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks nur bei solchen Klagen in Betracht kommt, bei denen es um die Existenz oder den Umfang einer dinglichen, nicht lediglich schuldrechtlichen Rechtsposition geht. In den beiden Fällen f) und g) kann demgemäß ein Rechtshängigkeitsvermerk nicht eingetragen werden, weil nicht eine dingliche Rechtsposition des A in Zweifel gezogen wird, sondern allenfalls seine schuldrechtliche Verpflichtung aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 648 Abs. 1 BGB im Streit steht. Diese und auch die Rechtshängigkeit der Ansprüche hindern den A nicht, über das Grundstück wirksam durch Veräußerung an C zu verfügen. Allerdings stehen dem B zur Vermeidung der oben geschilderten Rechtsnachteile andere Sicherungsmittel zur Verfügung (siehe IV.).

#### IV. Systematische Stellung des Rechtshängigkeitsvermerkes

Der Rechtshängigkeitsvermerk (wie auch die Rechtshängigkeit selbst) zieht keine rechtliche Verfügungsbeschränkung nach sich, wie sich aus § 265 ZPO ergibt. Er kann allerdings eine wirtschaftliche oder faktische Verfügungsbeschränkung zur Folge haben, weil er – dem Schutz des klagenden Präzedenz dienend – für den Fall des Eintritts einer Rechtsnachfolge auf Seiten des Beklagten die Erstreckung der Rechtskraft des vom Kläger erwirkten Urteils auf den Rechtsnachfolger sicherstellt.

Der Vermerk unterscheidet sich von der Vormerkung (§ 883 BGB), vom Widerspruch (§ 53 GBO, §§ 899, 894 BGB) und vom gerichtlichen Veräußerungsverbot (§ 938 Abs. 2 ZPO). Die Vormerkung soll einen schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück etc. sichern (§ 883 Abs. 1 S. 1 BGB), wobei auch ein künftiger oder bedingter Anspruch ausreicht (§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB). Es handelt sich daher bei der Vormerkung nicht um eine Grundbuchberichtigung, sondern um Sicherung eines Anspruchs auf Änderung des durch das Grundbuch nachgewiesenen Rechtsstandes. Im Fall f) kann sich B zwar nicht mit einem Rechtshängigkeitsvermerk gegen die Verfügung des A an C schützen, wie gezeigt; jedoch kann B seinen Eigentumsverschaffungsanspruch gegen A durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung sichern, die sich auch bei einem Erwerb durch C durchsetzen würde. Analog besteht im Fall g) die Möglichkeit für B, seinen sich aus § 648 Abs. 1 BGB ergebenden schuldrechtlichen Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek durch Eintragung einer hierauf gerichteten Vormerkung zu sichern, die sich gleichsam bei einer Verfügung des A an C gegen Letzteren rangwahrend durchsetzen würde.

Der Widerspruch hingegen soll auf die Unrichtigkeit einer Eintragung im Grundbuch hinweisen und bezweckt, den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs zu sichern. Er dient mithin zur Erhaltung des Rechts, die Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 BGB zu verlangen. Er ist eine Schutzeintragung für das diesem Anspruch zugrunde liegende dingliche Recht<sup>25</sup>. Der Widerspruch führt also selbst keine Berichtigung des Grundbuchs herbei, sondern bewirkt lediglich, dass sich die materielle Rechtslage nicht mehr durch einen Erwerb kraft öffentlichen Glaubens ändern und so das unrichtig gebuchte Recht vereiteln kann.

Während beim Widerspruch die Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen der Unrichtigkeit der materiellen Rechtslage geltend gemacht wird und deshalb der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen werden soll, besagt der Rechtshängigkeitsvermerk nur, dass ein Rechtsstreit bezüglich einer unmittelbaren rechtlichen Beziehung einer Partei zum Grundstück anhängig ist, dessen Verlauf und Ausgang offen und auch von der wahren Rechtslage verschieden sein kann. Der Rechtshängigkeitsvermerk beinhaltet damit nur den Hinweis auf eine möglicherweise eintretende Unrichtigkeit des Grundbuchs, die aber durch rein prozessuale Handlungen verhindert werden kann; der Widerspruch hat hingegen die Unrichtigkeit der formellen Grundbuchlage zum Inhalt. Im Vergleich zum Widerspruch ist damit der Rechtshängigkeitsvermerk ein Sicherungsmittel von wesentlich geringerem Gewicht<sup>26</sup>.

Im obigen Beispiel e) hätte A Gutgläubenschutz auch durch die Eintragung eines Widerspruchs nach §§ 899, 894 BGB erlangen können. Dies würde aber voraussetzen, dass A hierzu entweder die Eintragungsbewilligung des B nach § 899 Abs. 2 S. 1, 2. Altern. BGB, §§ 19, 29 GBO einholt (die B freiwillig wohl nicht abgeben würde) oder aber nach § 899 Abs. 2 S. 1, 1. Altern. BGB, § 941 ZPO, § 38 GBO verfährt; letzterenfalls müsste er die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Verfahren nach § 935 ZPO glaubhaft machen können.

Die Eintragung eines gerichtlichen Veräußerungsverbotes hat hingegen – im Gegensatz zu Vormerkung und Widerspruch – berichtigende Wirkung. Denn das Veräußerungsverbot tritt mit Zustellung der einstweiligen Verfügung nach § 938 Abs. 2 ZPO sofort in Kraft, ohne dass es dazu einer Eintragung im Grundbuch bedarf. Von diesem Zeitpunkt an ist das Grundbuch unrichtig, da es die durch das Verbot bewirkte Verfügungsbeschränkung nicht ausweist. Da dieses aber nach den Gutgläubensvorschriften überwunden werden kann, §§ 136, 135 Abs. 2 BGB, muss das Verbot im Grundbuch vermerkt werden, um zu verhindern, dass die wahre Rechtslage im Rahmen eines Erwerbes kraft öffentlichen Glaubens nach § 892 Abs. 1 S. 2 BGB unberücksichtigt bleibt.

<sup>25</sup> OLG Stuttgart DNotZ 1980, 106 (107).

<sup>26</sup> BayObLG JurBüro 1993, 227 (228); OLG München Rpfleger 2000, 106 (107).

## V. Eintragungsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes sind umstritten. So wird vertreten, dass hierfür der Weg der Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO gangbar und somit der Nachweis der Rechtshängigkeit in der Form des § 29 GBO ausreichend ist<sup>27</sup>. Nach der Gegenmeinung kann die Eintragung des Vermerkes, wenn der Betroffene sie nicht bewilligt, nur im Wege der einstweiligen Verfügung erzwungen werden<sup>28</sup>.

### 1. Eintragung aufgrund Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO

Damit nach § 22 Abs. 1 GBO vorgegangen werden kann, muss es sich bei der Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes um eine Grundbuchberichtigung handeln. Eine berichtigende Eintragung bekundet eine Rechtsänderung, die außerhalb des Grundbuchs eingetreten ist. Sie führt also – unabhängig von deren verfahrensrechtlicher Begründung – materiell-rechtlich nicht zu einem Rechtsübergang, weil das Grundbuch entweder von Anfang an unrichtig war oder eine Rechtsänderung außerhalb des Buchs eingetreten ist; es handelt sich lediglich um beurkundende Eintragungen<sup>29</sup>.

Man könnte mit dem OLG München vertreten, dass im Grundbuch auch ein Hinweis auf eine künftig eintretende oder auch nur künftig „möglicherweise eintretende Unrichtigkeit“<sup>30</sup> möglich wäre. Denn der Rechtshängigkeitsvermerk besage, dass ein Rechtsstreit im Bezug auf das Grundstück anhängig sei, in dessen Ergebnis sich möglicherweise eine Unrichtigkeit des Grundbuchs ergeben könnte. Dem ist jedoch entscheidend damit entgegenzutreten, dass die Möglichkeit einer künftigen Unrichtigkeit des Grundbuchs keine Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 GBO ist. Das Grundbuch kann künftige Tatsachen nur dann dokumentieren, wenn diese die gegenwärtige Rechtslage beeinflussen; im Übrigen

bekundet das Grundbuch nur gegenwärtige Rechtsverhältnisse<sup>31</sup>.

Darüber hinaus ist die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht vom Ausgang des Rechtsstreits, auf den der Rechtshängigkeitsvermerk verweist, abhängig. Das Urteil hat keine rechtsgestaltende, sondern lediglich feststellende Wirkung, so dass bereits aus diesem Grund von einer urteilsbedingt „künftig eintretenden Unrichtigkeit“ des Grundbuchs nicht gesprochen werden kann.

Eine Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes kommt daher nur dann unter dem Gesichtspunkt einer Grundbuchberichtigung in Betracht, wenn die Tatsache der Rechtshängigkeit eine Unrichtigkeit des Grundbuchs bewirkt hat, wenn also die Klageerhebung zu einer Änderung der materiellen Rechtslage geführt hat. Dabei kann nicht jede Tatsache Einzug ins Grundbuch finden, sondern nur eine solche, die in irgendeiner Weise rechtlich erheblich werden kann. Das ist zum einen der Fall, wenn die Eintragung konstitutive Wirkung hat, zum anderen, wenn an die Eintragung bzw. Nichteintragung Gutglaubenstatbestände anknüpfen.

Die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes hat eindeutig keine konstitutive Wirkung, denn zwischen den Parteien tritt Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 1 ZPO mit Zustellung der Klageschrift, also unabhängig von einer Grundbucheintragung ein.

Der Gesetzgeber überträgt die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils nach § 325 Abs. 2 ZPO nur dann auf den Erwerber, wenn ihm die Rechtshängigkeit positiv bekannt war oder aber ein Rechtshängigkeitsvermerk im Grundbuch eingetragen war. Tatsächlich besteht im Falle der Nichteintragung des Vermerkes und der Gutgläubigkeit des Erwerbers die Möglichkeit des gutgläubig „präjudizfreien“ Erwerbs.

Die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes kann aber auch nur einen solchen – eben genannten – Erwerb verhindern, sie kann einen Eigentumserwerb nicht schlichtweg verhindern. Kommen der Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes daher keine materiellen Wirkungen zu, etwa dass sie einen gutgläubigen Eigentumserwerb verhindern könnte, kann auch ein materieller Gutgläubensschutz des Rechtsverkehrs hierdurch nicht begründet werden. Tatsachen, die rein prozessuale Wirkungen mit sich bringen, die im Falle ihrer Nichteintragung einen materiell-rechtlichen Rechtsverlust nicht verhindern können, wirken im Falle ihrer Eintragung im Grundbuch nicht „berichtigend“ und sind demgemäß auch nicht nach § 22 Abs. 1 GBO eintragungsfähig.

### 2. Eintragung durch einstweilige Verfügung nach §§ 935, 941 ZPO

Wenn eine freiwillige Eintragungsbewilligung des Betroffenen – wie in den meisten Fällen – nicht vorliegt, kann die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes nur aufgrund einer einstweiligen Verfügung (Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO) durchgesetzt werden.

<sup>27</sup> OLG Stuttgart OLGZ 1979, 300; OLG Zweibrücken OLGZ 1989, 260 (262 ff.); OLG Schleswig SchlHA 1994, 168; OLG Schleswig FamRZ 1996, 176; OLG München Rpfleger 2000, 106 (107); OLG Braunschweig MDR 1992, 74; OLG Braunschweig NJW-RR 2005, 1099 (1100 f.); BayObLG NJW-RR 2003, 234; 2004, 1461; BayObLG Rpfleger 2003, 132; 2004, 691; LG Braunschweig NdsRpfl 1955, 174; LG Potsdam NJOZ 2004, 2906 (2907); *Stürner* (Fn. 4), § 899 Rn. 14; *Kössinger* (Fn. 5), § 899 Rn. 14; *Bassenge* (Fn. 5), § 899 Rn. 7; *Baur/Stürner*, Lehrbuch des Sachenrechts, 18. Aufl. 2008, § 18 Rn. 42; *Rahn*, BWNotZ 1960, 61; *Kohler*, Das Verfügungsverbot gemäß § 938 Abs. 2 ZPO im Liegenschaftsrecht, 1984, S. 91 ff.; *Heinrich/Heinrich*, JuS 1996, 1019 (1022); *Mai*, BWNotZ 2003, 108 (110).

<sup>28</sup> OLG Stuttgart NJW 1960, 1109 f.; OLG München NJW 1966, 1030; *Gursky* (Fn. 4), § 899 Rn. 102; *Kohler* (Fn. 5), § 899 Rn. 31; *Leipold* (Fn. 5), § 325 Rn. 42; *Holzer* (Fn. 5), § 22 Rn. 34; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1654; *Lickleder*, ZZP 114 (2001), 195 (196 ff., 200, 207); *Wächter*, NJW 1966, 1030.

<sup>29</sup> BayObLGZ 34, 179 (181); *Holzer* (Fn. 5), § 22 Rn. 9.

<sup>30</sup> Rpfleger 2000, 106 (107).

<sup>31</sup> *Lickleder*, ZZP 114 (2001), 195 (199).

## a) Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung

Im Bereich des zivilprozessualen einstweiligen Rechtsschutzes (Arrestverfahren, einstweilige Verfügung) wird das Gericht das Bestehen eines Anspruchs wegen einer besonderen Eilbedürftigkeit summarisch prüfen und im Ergebnis dessen den Erlass eines Arrestbefehls bzw. einer einstweiligen Verfügung beschluss- oder urteilsförmig anordnen oder ablehnen. Je nach Zielrichtung unterscheidet man im Bereich der einstweiligen Verfügung die Sicherungsverfügung nach § 395 ZPO, die auf die Sicherung eines status quo (Sicherung eines nicht auf Geld gerichteten Anspruchs in Abgrenzung zum Arrest, § 916 ZPO) gerichtet ist, die Verfügungsverfügung nach § 940 ZPO, die auf die vorläufige Schaffung eines status quo (vorläufige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses) abzielt, und die sog. Leistungs- oder Befriedigungsverfügung nach § 940 ZPO analog<sup>32</sup>, bei der ausnahmsweise das eigentlich nur vorläufige Verfügungsbegehren mit der Hauptsache übereinstimmt.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist schlüssig, wenn der Antragsteller Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund glaubhaft machen kann, §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO. Der Verfügungsanspruch beschreibt hierbei den materiell-rechtlichen Anspruch des Antragstellers gegen den Antragsgegner, der auf eine Individualleistung gerichtet ist, die nicht in Geld besteht und sich nicht in eine Geldleistung umwandeln kann (im Gegensatz zum Arrestanspruch: nur Geldforderung oder Anspruch, der in eine Geldforderung übergehen kann, § 916 Abs. 1 ZPO). Als Verfügungsansprüche im einstweiligen Verfügungsverfahren kommen z.B. Herausgabeansprüche, der Auflassungsanspruch, der Grundbuchberichtigungsanspruch, der Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB) oder possessorische Besitzschutzansprüche in Betracht.

Der Verfügungsgrund ergibt sich aus § 935 ZPO (für die Sicherungsverfügung) bzw. aus § 940 ZPO (für die Regelungs- und Befriedigungsverfügung). In bestimmten Fällen hält das Gesetz ohne weiteres eine Dringlichkeit für gegeben mit der Folge, dass es keiner Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes bedarf<sup>33</sup>. Nach allgemeiner Auffassung<sup>34</sup> setzen possessorische Besitzschutzansprüche (§§ 861, 862 BGB) keinen besonderen Verfügungsgrund voraus, was der

rechtspolitischen Zielsetzung dieser Ansprüche und der Systematik der §§ 863 ff. BGB entnommen wird; auch in diesem Fall ist die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes entbehrlich.

Die Mittel der „Glaubhaftmachung“ regelt § 294 ZPO, der hierfür alle Beweismittel einschließlich der eidesstattlichen Versicherung zulässt. Die „Glaubhaftmachung“ weicht vom Regelbeweismaß der vollen Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache (Vollbeweis) insofern ab, als dass im Rahmen des § 294 ZPO nur ein „geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit“<sup>35</sup>, ein „gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit“<sup>36</sup> bzw. eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“<sup>37</sup> gefordert wird. Der Richter kann die behauptete Tatsache nach § 294 ZPO nur zugrunde legen, wenn er ihr Bestehen für wahrscheinlicher hält als das Gegenteil<sup>38</sup>.

## b) Glaubhaftmachung bei Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes

Insbesondere für den Rechtshängigkeitsvermerk besteht Streit hinsichtlich der Anforderungen an die Glaubhaftmachung:

So wird vertreten, dass im Verfügungsverfahren über die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes auch der Verfügungsgrund aus § 935 ZPO, mithin die Gefährdung des geltend gemachten Hauptanspruchs (z.B. § 894 BGB) glaubhaft zu machen sei<sup>39</sup>. Die Auffassung verkennt, dass die Gefahr eines endgültigen Rechtsverlustes des möglicherweise wahren Berechtigten schwerer wiegt als die durch die Eintragung des Vermerkes begründeten, jedenfalls zeitlich beschränkten Beeinträchtigungen des Buchberechtigten. Entsprechende Erwägungen liegen – wie oben<sup>40</sup> erwähnt – auch den §§ 885 Abs. 2 S. 2, 899 Abs. 2 S. 2 BGB zugrunde. Die Gefährdung des Hauptanspruchs ist infolge des stets möglichen Erwerbs redlicher Dritter von selbst gegeben und muss daher – abweichend von §§ 917, 920 Abs. 2, 936 ZPO – nicht glaubhaft gemacht werden.

Umstritten ist ferner, ob der Antragsteller die Begründetheit der Hauptsacheklage, also das materiell-rechtliche Bestehen seines streitbefangenen Anspruchs<sup>41</sup>, oder lediglich die

<sup>32</sup> Zur Analogie und zu den Voraussetzungen der Befriedigungsverfügung z.B. *Drescher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 938 Rn. 12 ff.; *Huber*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2009, § 940 Rn. 12 ff.; *Schilken*, Die Befriedigungsverfügung, 1976, S. 30 ff.; *Schuler*, NJW 1959, 1801 (1802); *Baur*, BB 1964, 607 (608); *Blomeyer*, ZJP 65 (1952), 52 (65).

<sup>33</sup> §§ 885 Abs. 1, 899 Abs. 2 BGB, § 12 Abs. 2 UWG.

<sup>34</sup> OLG Frankfurt BB 1981, 148; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 1516; OLG Köln ZMR 1997, 463 (464); OLG Köln MDR 2000, 152; OLG Rostock OLG-NL 2001, 279; *Bund*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 861 Rn. 18; *Joost*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 861 Rn. 16; *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 861 Rn. 23; *Bassenge* (Fn. 5), § 861 Rn. 12.

<sup>35</sup> Z.B. BGH NJW 1994, 2898.

<sup>36</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 11), § 109 Rn. 4; *Reichold* (Fn. 18), § 294 Rn. 1.

<sup>37</sup> BGH NJW 1998, 1870; 1996, 1682; BGH VersR 1976, 928; BGH MDR 1983, 749; *Prütting* (Fn. 21), § 294 Rn. 24 f.; *Leipold* (Fn. 5), § 294 Rn. 6; *Hartmann* (Fn. 10) § 294 Rn. 1; *Huber* (Fn. 32), § 294 Rn. 3.

<sup>38</sup> *Huber* (Fn. 32), § 294 Rn. 3.

<sup>39</sup> OLG Stuttgart NJW 1960, 1109; OLG München NJW 1966, 1030; a.A. Stuttgart OLGZ 79, 300; OLG Zweibrücken NJW 1989, 1098; OLG Schleswig NJW-RR 1994, 1498; *Gursky* (Fn. 4), § 899 Rn. 102; *Kohler* (Fn. 5), § 899 Rn. 31; *Kössinger* (Fn. 5), § 899 Rn. 14; *Wächter*, NJW 1966, 1366.

<sup>40</sup> Siehe V.2.a).33

<sup>41</sup> So LG Braunschweig NdsRpfl. 1955, 174; *Gursky* (Fn. 5), § 899 Rn. 102; *Kohler* (Fn. 5), § 899 Rn. 31; *Wächter*, NJW 1966, 1366; *Kohler* (Fn. 27), S. 91 ff.



Tatsache der Rechtshängigkeit glaubhaft machen muss<sup>42</sup>. Es wird in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass mit Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes eine wenigstens faktische Verfügungssperre auch dann verbunden ist, wenn die Klage über den Hauptanspruch völlig aussichtslos ist; weil die Eintragung dieses Vermerkes ein zu schwerer Eingriff in die Rechtsposition des Buchberechtigten sei, könne und dürfe man es dem Prätendenten hierbei nicht zu leicht machen<sup>43</sup>. Im Übrigen würde der grundbuchliche Widerspruch, zu dessen Eintragung die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft gemacht werden muss, erheblich an Bedeutung verlieren, wenn man lediglich die Glaubhaftmachung der Rechtshängigkeit für die Eintragung des Vermerkes für ausreichend halte; der Prätendent würde den letzteren, weil einfacheren Weg vorziehen und könne damit die gleichen Wirkungen erzielen<sup>44</sup>.

Entscheidend aber ist, dass mit Rücksicht auf das Kostenrisiko von vornherein aussichtslose Klagen nur in seltenen Fällen erhoben werden dürften und dass die Gefahr eines dinglichen Rechtsverlustes des Anspruchstellers höher einzuschätzen ist. Im Übrigen verlaubar der Rechtshängigkeitsvermerk – wie dessen Name schon sagt – auch nur die Rechtshängigkeit eines Hauptanspruchs in einem Klageverfahren, dessen Ausgang ungewiss ist, nicht jedoch die Unrichtigkeit des Grundbuchs, wie oben gezeigt. Durch den ausschließlich prozessuale Wirkungen zeitigenden Rechtshängigkeitsvermerk wird eben nur der gutgläubig „präjudizfreie“ Eigentumserwerb nach § 325 Abs. 2 ZPO, nicht jedoch der Eigentumserwerb selbst nach § 892 BGB verhindert, da die Gutgläubigkeit i.S.d. § 325 Abs. 2 ZPO gerade nicht (zusätzliche) Voraussetzung für den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten ist (vgl. II. 2. a)). Der Widerspruch „protestiert“ hinsichtlich der materiellen Eigentums- und formellen Grundbuchlage; deshalb ist im Verfügungsverfahren über den Widerspruch auch die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu prüfen und daher auch glaubhaft zu machen. Der Rechtshängigkeitsvermerk hingegen will eine Abweichung der Grundbuch- von der Eigentumslage nicht aufzeigen, sondern lediglich auf einen im Streit befindlichen dinglichen Anspruch hinweisen, der – als weiteren Schritt – zur Änderung der Grundbuchlage führen könnte. Die Glaubhaftmachung kann nie weiter gehen, als die Verlautbarung des Rechts, dessen Eintragung begehrt wird, reicht. Somit genügt die Glaubhaftmachung der Rechtshängigkeit des Hauptanspruchs, um die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes im Verfahren nach §§ 935, 941 ZPO durchzusetzen.

Dies führt freilich nicht zur gelegentlich befürchteten und oben bereits geschilderten Bedeutungslosigkeit des Widerspruchs: Im Fall e) könnte A mit derselben, von ihm avisierter Wirkung (und mit der materiell-rechtlichen Wirkung nach § 892 Abs. 1 S. 1, 2. HS BGB) die Eintragung eines Widerspruchs durchsetzen, allerdings nur, wenn er die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft zu machen imstande wäre. Ist

er dies nicht, bleibt ihm die zwar leichter durchzusetzende Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes, allerdings dann nur mit der „schwächeren“ prozessualen Wirkung der Verhinderung des gutgläubig „präjudizfreien“ Erwerbs nach § 325 Abs. 2 ZPO.

## VI. Zusammenfassung

Der Rechtshängigkeitsvermerk ist als zulässiger und grundbuchlich eintragungsfähiger Vermerk anzusehen, dessen Funktion sich darauf beschränkt, einen nach § 325 Abs. 2 ZPO redlichen Erwerb zu verhindern und die Möglichkeit des Prätendenten, sich auf ein stattgebendes Urteil auch gegenüber einen rechtshängig-gutgläubigen Erwerber zu berufen, zu erhalten. Für rein schuldrechtliche Ansprüche ist jedoch die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes ausgeschlossen.

§ 325 Abs. 2 ZPO stellt keine zusätzlichen Voraussetzungen für den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten dergestalt auf, dass bei Streitbefangenheit eines Grundstücks neben der Gutgläubigkeit i.S.d. § 892 Abs. 1 S. 1, 2. HS BGB auch noch Gutgläubigkeit i.S.d. § 325 Abs. 2 ZPO gegeben sein müsse. Die letztgenannte Vorschrift setzt jedoch objektiv voraus, dass der Erwerb vom Nichtberechtigten überhaupt wirksam ist.

Da der Rechtshängigkeitsvermerk lediglich die zuvor beschriebene prozessuale Wirkung hat, kommt der Eintragung des Vermerkes keine berichtigende Wirkung i.S.d. § 22 GBO zu; eine Eintragung über § 22 GBO scheidet mithin aus.

Bewilligt der Buchberechtigte die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes nicht freiwillig, kann der Prätendent durch eine im einstweiligen Verfügungsverfahren zu erwerbende Sicherungsverfügung nach §§ 935, 941 ZPO die Eintragung durchsetzen. Hierbei ist in analoger Anwendung des § 899 Abs. 2 S. 2 BGB die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes nicht erforderlich. Der Antragsteller hat lediglich die Rechtshängigkeit des Hauptanspruchs, nicht jedoch auch dessen Begründetheit bzw. die Erfolgsaussicht seiner Hauptsacheklage glaubhaft zu machen.

Im systematischen Vergleich zum Widerspruch ergibt sich Folgendes: Kann der Prätendent die Unrichtigkeit des Grundbuchs, also die Begründetheit seines Hauptanspruches (z.B. aus § 894 BGB) glaubhaft machen, kann er sowohl die Eintragung eines Widerspruchs mit der „stärkeren“ materiell-rechtlichen Wirkung aus § 892 Abs. 1 S. 1, 2. HS BGB als auch die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes mit der „schwächeren“ rein prozessualen Wirkung des § 325 Abs. 2 ZPO verlangen. Gelingt ihm die Glaubhaftmachung der Begründetheit des Hauptanspruches nicht, steht ihm lediglich die letztgenannte Möglichkeit offen.

<sup>42</sup> So OLG Stuttgart DNotZ 1980, 106 (107); OLG Zweibrücken NJW 1989, 1098 (1099).

<sup>43</sup> Kohler (Fn. 5), § 899 Rn. 31; Wächter, NJW 1966, 1367.

<sup>44</sup> Wächter, NJW 1966, 1367.