

Examensklausur – Zivilrecht: Haus am See für Tag am Meer

Von Ass. jur. **Matthias Breidenstein**, Erlangen

Die Klausur hat ihren Schwerpunkt im Immobiliarsachenrecht. Sie kombiniert Probleme des (gutgläubigen) Grundstücks- und Vormerkungserwerbs mit der Frage nach der Begründung von Anwartschaftsrechten an Grundstücken. Über das für die Vormerkung typische Dreipersonenverhältnis spannt die Klausur einen Bogen in das Schuldrecht, insbesondere sind die Voraussetzungen des Rücktritts und des Gläubigerverzugs zu erörtern. Der Schwierigkeitsgrad der Klausur liegt auf gehobenem Examensniveau.

Sachverhalt

Erna ist Eigentümerin mehrerer Hausgrundstücke am Starnberger See. Als sich ihr 90. Geburtstag nähert, wird sie mehr und mehr der Auffassung, dass alles Weltliche vergänglich ist. Sie beschließt deshalb, eines ihrer Grundstücke an den im Vereinsverzeichnis des AG Starnberg eingetragenen Verein „Gartenpflege – grüner Daumen hoch“ zu verschenken. In der Satzung ist niedergelegt, dass alle Mitglieder den privaten Gartenbau in Starnberg fördern und zur biologischen Verschönerung der Stadt beitragen. Der Gärtnerverein wird nach erklärter Auffassung durch den Vorstand im Namen des Vorstands in das Grundbuch eingetragen. Dass Erna im Zeitpunkt der Auflassungserklärungen unzurechnungsfähig war, ist weder den Vertretern des Gärtnervereins noch dem Notar aufgefallen.

Der Gärtnerverein hat jedoch entgegen der eigenen Beurteilungen kein besonderes Interesse an dem Grundstück, sondern ausschließlich an dem dahinter stehenden Wert. Schnell wird der Vorstand sich daher mit dem Tretbootverleiher Torben einig, diesem das Grundstück für 750.000 € zu veräußern. Am Tag des Notartermins ist Torben jedoch bettlägerig krank, er schickt daher seine Angestellte Vroni zum Termin. Torben erteilt Vroni die Maßgabe, den Vertrag wie vorbesprochen abzuschließen, und teilt dies dem Gärtnerverein mit. Vroni jedoch ist verärgert wegen der zusätzlichen Arbeit. Um Torben zu schädigen, lässt sie als Kaufpreis 800.000 € festlegen. Zeitgleich werden die Auflassungserklärungen abgegeben. 750.000 € hatte Torben der Vroni schon mitgegeben. Die übrigen 50.000 € sollen vereinbarungsgemäß eine Woche später im Vereinsheim der Gärtner, dem satzungsmäßigen Sitz des Vereins, gezahlt werden. Dem Gärtnerverein ist dies nur recht so. Gleichzeitig wird zugunsten des Torben eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

Torben ist erbost über die von Vroni verursachten Mehrkosten, billigt den Vertrag dennoch telefonisch gegenüber dem Gärtnerverein. Als er zum vereinbarten Zeitpunkt den Kaufpreisrest begleichen will, ist im Vereinsheim jedoch niemand anzutreffen. Auf der Rückfahrt wird der Umschlag mit dem Geld dem Torben gestohlen, diesen Rest will er jetzt nicht mehr zahlen.

Die Gärtner erliegen unterdessen in ihrem Gewinnstreben gleich zwei anderen Versuchungen: Sie gehen auf das Angebot des Privatiers Pradash ein, der für das Grundstück 900.000 € bietet. Pradash wird in der Folge ins Grundbuch eingetragen. Fast zeitgleich verpachten sie das Grundstück an

den Bio-Bauern Balthasar, der für seine mit Seewasser gewässerten Kartoffeln berühmt ist, für 10.000 € jährlich auf 15 Jahre. Die Gärtner sind der Ansicht, mit diesen Einnahmen ließe sich wunderbar der jährliche Vorstandsausflug an die spanische Mittelmeerküste finanzieren, die Kombination von Verkauf und Verpachtung sei ja wohl kein Problem. Balthasar hat zur Vorbereitung der Bewirtschaftung das Grundstück schon einmal durch einen Zaun, der später Ackerland von Weide trennen soll, unterteilt.

Sowohl von der Veräußerung an Pradash als auch von der Verpachtung an Balthasar ist Torben nicht begeistert. Er meint, ihm allein stehe das Grundstück zu, und zwar ohne Belastung von irgendeinem Anspruch Dritter. Von Pradash verlangt er daher den Verzicht auf alle Rechte an dem Grundstück und von Balthasar die Beseitigung des Zauns.

Pradash meint, er müsse gar nichts tun, weil er Eigentümer sei, und schon gar nicht so lange, wie Torben nicht seine Schulden gegenüber dem Gärtnerverein begleiche, dies ergebe sich schon aus den §§ 770 Abs. 1, 1137, 1211 BGB.

Fallfrage: Welche Ansprüche hat Torben gegen Pradash und Balthasar?

Lösung

Teil 1: Ansprüche des T gegen P auf „Verzicht auf alle Rechte am Grundstück“

A. Anspruch des T gegen P auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs aus § 894 BGB

Hinweis: Der Anspruch ist gerichtet auf Zustimmung zur Grundbuchänderung, nicht etwa auf die Grundbuchänderung als solche. Dieses Anspruchsziel beruht auf dem Erfordernis aus § 19 GBO: Für die Grundbuchänderung ist nicht nur ein Antrag erforderlich, sondern vor allem auch die Bewilligung des Buchrechtsinhabers, es gilt der grundbuchrechtliche Bewilligungsgrundsatz. § 894 BGB ist die materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage für die Zustimmung. Die prozessuale Umsetzung des Anspruchs findet sich in § 894 Abs. 1 S. 1 ZPO: Mit Rechtskraft des Urteils ersetzt der Titel die Willenserklärung

I. Anspruch entstanden

Für die Entstehung des Anspruchs ist erforderlich, dass die Eigentumslage, die sich aus dem Grundbuch ergibt, zulasten des T als Anspruchsteller von der wahren Rechtslage abweicht und P als Anspruchsgegner formell betroffen¹ sein.

1. Unrichtigkeit des Grundbuchs

Es müsste sich zunächst ein Widerspruch zwischen der Eigentumslage nach dem Grundbuch und der wahren Rechtslage ergeben.

¹ Formell betroffen ist jeder, dessen Bewilligung nach grundbuchrechtlichen Grundsätzen erforderlich ist. Ausführlich dazu *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 18 Rn. 27.

Ausweislich des Grundbuchs ist P Eigentümer. Fraglich ist, ob dies der wahren Rechtslage entspricht.

Hinweis: Kommen wie im vorliegenden Fall mehrere verschiedene Vorgänge als Anknüpfungspunkte für einen Eigentumserwerb in Betracht, so empfiehlt es sich, stets chronologisch vorzugehen, um keinen der möglichen Erwerbstatbestände zu übersehen und das tatsächliche Geschehen genau zu erfassen.

a) Eigentumsverlust an G

Ursprünglich war E Eigentümer. E könnte ihr Eigentum jedoch an G gem. §§ 873, 925 Abs. 1 BGB verloren haben. Dazu ist zunächst erforderlich, dass G und E wirksame dingliche Einigungserklärungen, die Auflassungserklärungen, abgegeben haben.

G kann als juristische Person nicht selbst handeln, ihm könnten aber die Willenserklärungen des Vorstands zurechenbar sein gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Dazu müsste G ein rechtsfähiger Verein sein und der Vorstand den Verein wirksam vertreten haben.

Ein Verein ist ein auf Dauer angelegter Zusammenschluss von Personen zur Erreichung eines bestimmten Zwecks mit körperschaftlicher Verfassung. Vorliegend wollen die Mitglieder von G langfristig den privaten Gartenbau fördern und zur biologischen Verschönerung Starnbergs beitragen, ein Verein liegt somit vor. Der Verein müsste zudem rechtsfähig sein.

Hinweis: Die Rechtsfähigkeit ist streng genommen keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die ordnungsgemäße Vertretung, denn nach Rechtsprechung und ganz herrschender Literatur sind die §§ 21 ff. BGB entgegen der Gesetzessystematik auch auf den nicht rechtsfähigen Verein anzuwenden. Im Ergebnis ist also auch der nicht rechtsfähige Verein rechtsfähig.²

Fraglich ist aber, ob der nicht rechtsfähige Verein grundbuchfähig ist. Im Ergebnis kann auch der nicht rechtsfähige Verein wie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden,³ allerdings wäre nach ständiger Praxis der Grundbuchämter nicht nur der Verein als solcher, sondern zusätzlich alle Mitglieder einzutragen,⁴ die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung, die für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und damit auch für den nicht-rechtsfähigen Verein an sich Grundbuchfähigkeit annahm,⁵ ist durch die Neuregelung des § 47 Abs. 2 GBO obsolet.⁶ Dieses Problem sollte im Fall jedoch nicht aufgeworfen und durch die Prüfung der Rechtsfähigkeit bereits bei der Vertretung ausgeschlossen werden.

² Vgl. statt aller *Schwarz/Schöpflin*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 54 Rn. 18 ff.

³ Vgl. *K. Schmidt*, NJW 2001, 1002.

⁴ Vgl. nur *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 54 Rn. 8.

⁵ BGH NJW 2009, 594.

⁶ *Wicke*, GWR 2009, 336.

Vorliegend ist der Vereinszweck nichtwirtschaftlicher Art, die Rechtsfähigkeit richtet sich also nach § 21 BGB. Mit Eintragung in das Vereinsregister des AG Starnberg erlangt G somit Rechtsfähigkeit. Der Vorstand hat bei den Verhandlungen eigene Willenserklärungen im Namen des Vereins abgegeben. Die Vertretungsmacht ergibt sich aus § 26 Abs. 2 S. 1 BGB. Danach hat der Vorstand organschaftliche Vertretungsmacht.⁷

Damit liegt eine dem G zurechenbare, wirksame Willenserklärung vor.

E war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unerkant geisteskrank. Ihre Erklärung ist daher gem. §§ 105 Abs. 1, 104 Nr. 2 BGB unwirksam.

Es liegt keine wirksame Auflassung vor, E hat ihr Eigentum nicht verloren.

b) Eigentumsverlust an T

E könnte ihr Eigentum aber durch Übereignung von G an T gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB verloren haben.

Eine Auflassungserklärung hat weder G noch T abgegeben, vielmehr hat für den G der Vorstand und für den T die V gehandelt.

§ 925 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt, dass die Auflassungserklärungen „bei gleichzeitiger Anwesenheit“ der Vertragsparteien abgegeben werden müssen. Dabei ist aber nicht erforderlich, dass die Vertragspartner in Person erscheinen. Es handelt sich nicht um ein höchstpersönliches Geschäft, Vertretung ist zulässig.⁸ G ist durch den Vorstand wirksam vertreten worden. V hat eine eigene Willenserklärung im Namen des T mit Vertretungsmacht abgegeben, ihre Erklärung ist also dem T zurechenbar gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB.

Hinweis: Achtung Abstraktionsprinzip! Hinsichtlich der Erklärungen auf dinglicher Ebene hat sich V an die Vorgaben des T gehalten. Bei der Abgabe der Auflassungserklärungen stellt sich die falsus procurator- Problematik nicht.

Es liegen somit auf beiden Seiten zurechenbare Auflassungserklärungen vor.

Es fehlt jedoch an der Eintragung des T, ein Eigentumserwerb des T scheidet damit aus.

c) Eigentumsverlust an P

E könnte ihr Eigentum jedoch durch Übereignung von G an P verloren haben.

aa) Gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB

Wirksame Auflassungserklärungen von G und P gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB liegen vor.

⁷ In Abgrenzung zur rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht durch Vollmacht gem. § 167 Abs. 1 BGB entsteht die organschaftliche Vertretungsmacht mit der Bestellung des Vorstandes kraft Gesetzes, s.a. *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, Vor §§ 164-181 Rn. 7.

⁸ Vgl. dazu *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, § 13 Rn. 25 mit weiteren Erläuterungen.

P ist auch im Grundbuch eingetragen gem. § 925 Abs. 1 BGB.

Im Zeitpunkt der Eintragung bestand auch die Einigung zwischen G und P fort, dass P von G Eigentum an dem Grundstück erwerben sollte.

Hinweis: Der Prüfungspunkt „Fortdauer der dinglichen Einigung“ ergibt sich so nicht aus dem Gesetz, bei Grundstücksgeschäften aber aus einem Gegenschluss aus § 878 Abs. 2 BGB, sofern dessen Voraussetzungen nicht vorliegen.⁹

Allerdings ist G weder Eigentümer des Grundstücks, noch sonst berechtigt, über das Grundstück zu verfügen. Es fehlt daher an der Berechtigung des G zur Veräußerung des Grundstücks gem. § 873 Abs. 1 BGB.

bb) Gem. § 892 Abs. 1 BGB

Denkbar ist jedoch ein gutgläubiger Erwerb gem. § 892 Abs. 1 BGB.¹⁰

Ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts liegt in Form des zwischen G und P geschlossenen Kaufvertrags vor. E ist Eigentümerin, aber nicht eingetragen. Damit ist das Grundbuch unrichtig. G ist als Eigentümer eingetragen, also ergibt sich aus dem Grundbuch auch die Legitimation des Verfügenden. Des Weiteren müsste P als Erwerber gutgläubig sein. Der Erwerber ist nur dann bösgläubig, wenn er die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt.¹¹

P hatte keine Kenntnis vom Eigentum der E. Vor allem schadet es aber auch nicht, dass zugunsten des T eine Vormerkung eingetragen war, denn auch die Kenntnis von einer Auflassungsvormerkung ist nicht geeignet, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu zerstören. Die Auflassungsvormerkung ändert nichts an der Berechtigung des Eigentümers. Sie hindert auch den Rechterwerb des Zweiterwerbers (hier: P) nicht, sondern hat gem. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB lediglich die Wirkung, dass gegenüber dem Inhaber der Auflassungsvormerkung jede Verfügung über das Grundstück relativ unwirksam ist.¹²

Ein Widerspruch gegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs gem. § 899 BGB ist nicht eingetragen.

2. Ergebnis

P ist Eigentümer des Grundstücks geworden. Buchlage und wahre Rechtslage fallen somit nicht aus einander.

⁹ Zu der Frage der Bindungswirkung der dinglichen Einigungserklärungen *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 872-874.

¹⁰ Zu den Voraussetzungen des § 892 Abs. 1 BGB im Einzelnen s. *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 13 Rn. 40 ff.

¹¹ Vertiefend dazu sowie zu den unterschiedlichen Anforderungen an den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen und Immobilien *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 23 Rn. 30.

¹² Zur Figur der relativen Unwirksamkeit s. *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 2. Aufl. 2006, § 13 Rn. 10; zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten durch den historischen Gesetzgeber *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 20 Rn. 34.

II. Ergebnis

Es besteht kein Anspruch des T gegen P auf Grundbuchberichtigung aus § 894 Abs. 1 BGB.

B. Anspruch des T gegen P auf Zustimmung zur Löschung gem. § 888 Abs. 1 BGB

I. Anspruch entstanden

Damit der Anspruch zur Entstehung gelangt, muss P ein Recht erworben haben, das aufgrund einer Vormerkung zugunsten des T dem T gegenüber unwirksam ist. Darüber hinaus müsste die Löschung des P für den Rechtserwerb des T erforderlich sein.

1. Recht des P

Es ist ein Recht des P im Grundbuch eingetragen, nämlich das Eigentumsrecht an dem Grundstück.

2. Vormerkung

Zugunsten des T müsste eine Vormerkung bestehen.

a) Erwerb der Vormerkung gem. §§ 883, 885 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Erwerb der Vormerkung gem. §§ 883, 885 BGB.

aa) vormerkungsfähiger Anspruch

Wie sich aus dem Wortlaut des § 883 Abs. 1 BGB ergibt, ist für den Erwerb einer Vormerkung stets ein zu sichernder Anspruch erforderlich.¹³ Vorliegend müsste also im Zeitpunkt der Bewilligung der Vormerkung ein Anspruch des T auf Eigentumsübertragung bestanden haben. Ein solcher Anspruch könnte sich aus einem zwischen G und T geschlossenen Kaufvertrag ergeben. Dies setzt einen wirksamen Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB voraus.

(1) Kaufvertrag über 750.000 €

Ein Kaufvertrag mit dem Inhalt 750.000 € ist nicht zustande gekommen. Es bestand zwar eine Einigung zwischen T und G, die gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB bei Grundstücksgeschäften erforderliche notarielle Beurkundung gem. § 128 BGB lag jedoch nicht vor, sodass der Vertrag formnichtig gem. § 125 BGB ist.

Auch eine Heilung gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB scheidet aus, denn T wurde nicht ins Grundbuch eingetragen.

(2) Kaufvertrag über 800.000 €

Möglich erscheint jedoch ein wirksamer Kaufvertrag mit einem Kaufpreis von 800.000 €.

T selbst hat zwar keine Erklärung abgegeben, ihm könnte aber die Erklärung der V zurechenbar sein gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Vorliegend hat V eine eigene Willenserklärung im

¹³ Die Vormerkung ist daher streng akzessorisches Sicherungsmittel, vgl. *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 14 Rn. 5 mit weiteren Erläuterungen.

Namen des T abgegeben. Problematisch ist jedoch, ob dies mit Vertretungsmacht geschah.

V hatte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Vollmacht für den Abschluss des Vertrags über 800.000 €, sie durfte nur ein Geschäft über 750.000 € abschließen, insoweit war ihre Vertretungsmacht beschränkt. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses handelte sie damit als falsus procurator. Durch die nachträgliche Genehmigung des T wurde ihre Auflassungserklärung jedoch zumindest nachträglich rückwirkend wirksam gem. §§ 185 Abs. 2 S. 1, 184 Abs. 1 BGB.¹⁴ Für die Genehmigung gilt gem. § 182 Abs. 2 BGB nicht dasselbe Formerfordernis wie für den Hauptvertrag. Damit ist es vorliegend unproblematisch, dass T lediglich telefonisch gegenüber G genehmigt hat. Die gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche notarielle Form des Kaufvertrags ist gewahrt. Damit besteht letztlich rückwirkend ein wirksamer Kaufvertrag.

(3) Bestehen eines Anspruchs im Zeitpunkt der Bewilligung

Für die wirksame Bestellung der Vormerkung ist jedoch erforderlich, dass der Anspruch auf Übereignung im Zeitpunkt der Bewilligung gem. § 885 BGB besteht. Im Zeitpunkt der Bewilligung hatte T den Vertragsabschluss durch V jedoch noch nicht genehmigt, ein Anspruch des T bestand mangels wirksamer Vertretung noch nicht. Im relevanten Zeitpunkt war ungewiss, ob T genehmigen würde, die Entstehung des Anspruchs von T gegen G hing also von einer Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB ab. Für einen derartigen Fall bestimmt § 883 Abs. 1 S. 2 BGB, dass auch bedingte Ansprüche vormerkbar sind.¹⁵ Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt dies ohne weitere Anforderungen.

Hinweis: Weitere Anforderungen ergeben sich auch nicht aus dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Dieser findet hier keine Anwendung, denn dieser gilt gerade nur bei dinglichen Rechtsgeschäften

Doch nach Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur sind über den Gesetzeswortlaut hinaus enge Anforderungen an die Vormerkbarkeit eines bedingten Anspruchs zu stellen. Diese restriktive Haltung fußt vor allem auf der Überlegung, dass eine faktische Grundbuchsperrung drohe, wenn künftige und bedingte Ansprüche unbeschränkt vormerkungsfähig wären.¹⁶ Sie lässt sich aber auch mit der sogenannten Voll-

wirkung der Vormerkung in der Insolvenz des Vormerkungsschuldners gem. § 883 Abs. 2 S. 2 BGB i.V.m. § 106 Abs. 1 S. 1 InsO begründen: Durch Vormerkung gesicherte Ansprüche sind insolvenzfest, d.h. der Gläubiger eines Auflassungsanspruchs, der durch eine Vormerkung gesichert ist, kann die Auflassung auch in der Insolvenz seines Vertragspartners verlangen und ist nicht auf eine Befriedigung aus der Insolvenzmasse angewiesen. Wäre jeder zukünftige Anspruch vormerkbar, würden Ansprüche wohl deswegen vorsorglich durch Vormerkung gesichert, um sich vor der Zwangsvollstreckung durch Dritte zu sichern, auch wenn die Durchführung des Vertrages zwischen den Parteien noch gar nicht feststeht. Dies würde Drittgläubiger schädigen und ist nicht hinzunehmen.

Aufgrund dieser Erwägungen hat sich die Rechtsboden-theorie entwickelt: Erforderlich ist eine feste Rechtsgrundlage. Das bedeutet, dass der Anspruch nicht mehr nur von der Willkür des Schuldners abhängt.¹⁷ Vorliegend hängt die Wirksamkeit des Vertrags zwischen G und T ausschließlich von der Genehmigung des erwerbenden T ab. Dem G ist es nicht möglich, sich einseitig vom Vertrag zu lösen.¹⁸ Damit besteht eine ausreichend feste Rechtsgrundlage.¹⁹

bb) weitere Voraussetzungen

Die gem. § 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB erforderliche Bewilligung setzt voraus, dass der von der Eintragung Betroffene die Eintragung einseitig erklärt.²⁰ Dabei gilt der aus dem Grundbuch ersichtliche Eigentümer über § 891 BGB als berechtigt.²¹ Vorliegend hat G die Eintragung der Vormerkung bewilligt.

Die Eintragung gem. § 885 Abs. 1 S. 1 BGB wurde auch vorgenommen.

(Fn. 9), Rn. 2252. Gegen weitere Anforderungen *Wieling*, Sachenrecht, § 22 II c).

¹⁷ Teilweise wird darüber hinausgehend gefordert, dass die Entstehung des Anspruchs ausschließlich vom Willen des Gläubigers abhängen dürfe. Vgl. zu diesem hier nicht relevanten Streitpunkt *Gursky* (Fn. 15), § 883 Rn. 185.

¹⁸ Die grundsätzlich gegebene Möglichkeit des Widerrufs bis zur Genehmigung gem. § 178 BGB besteht hier nicht, da G von der beschränkten Vollmacht der V und deren vollmachtswidrigem Verhalten wusste, vgl. zu dieser Konstellation *Berger*, in: Festschrift Kollrosser, 2004, S. 35 (44).

¹⁹ So auch KG NJW 1971, 1319 (1320); *Böttcher*, RPfleger 2006, 293 (295); *Gursky* (Fn. 15), § 883 Rn. 193. Weiterführend zum Verhältnis des § 883 Abs. 1 S. 2 BGB zu § 925 Abs. 2 BGB *Stamm*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2008, § 883 BGB, Rn. 46.

²⁰ Dabei handelt es sich um eine materiell-rechtliche, von der grundbuchrechtlichen Bewilligung verschiedene Erklärung, vgl. dazu *Kössinger*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 885 Rn. 2; *Wacke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 885 Rn. 14; *Westermann*, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998, § 83 II 2; *Knöpfle*, JuS 1981, 157 (160).

²¹ S. dazu *Kössinger* (Fn. 20), § 885 BGB Rn. 4.

¹⁴ *Baur/Stürmer* (Fn. 1), § 22 Rn. 5, s.a. *Kanzleitner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 925 Rn. 18.

¹⁵ Von der ganz herrschenden Meinung wird der aufschiebend bedingte Anspruch als ein Unterfall des künftigen Anspruchs angesehen, s. *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, § 883 Rn. 176 m.w.N.; anders aber bspw. *Preuss*, AcP 201 (2001), 580 (582), der den bedingten Anspruch als „Vorstufe“ zum vollen Anspruch ansieht.

¹⁶ So BGHZ 151, 116 (121), auch *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 14 Rn. 9. Systematische Erwägungen zur Ungleichbehandlung zwischen Hypothek und Vormerkung bei den Anforderungen an die zugrunde liegenden Ansprüche: *Wilhelm*

Im Zeitpunkt der Eintragung waren G und T sich auch immer noch einig bezüglich der Eintragung des T.

Zur Eintragung einer Vormerkung ist der Eigentümer des Grundstücks berechtigt. G ist vorliegend weder Eigentümer des Grundstücks gewesen, noch hat E ihn dazu ermächtigt. Es fehlt also an der Berechtigung des G.

b) Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung?

Denkbar ist aber, dass T die Vormerkung gutgläubig vom Nichtberechtigten G erworben hat.

aa) Einschlägige Gesetzesgrundlage

Im Ergebnis herrscht Einigkeit, dass ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung möglich sein muss. Anderenfalls ergäbe sich bei dem Erwerb von einem Nichtberechtigten die absurde Situation, dass der erste Erwerber seinen Anspruch nicht sichern könnte, der Erwerber wäre also vor Zwischenverfügungen des nichtberechtigten Veräußerers nicht geschützt. So könnte der Nichtberechtigte also an einen zweiten Erwerber wirksam veräußern. Dieser Zweiterwerber stünde dann besser als bei einem Erwerb vom Berechtigten, denn in diesem Falle wäre ja eine Vormerkung eingetragen. Eine Begünstigung des zweiten Erwerbers ist aber nicht gewollt.²²

Streit besteht nur hinsichtlich der einschlägigen Norm. Der Streit entzündet sich an der Rechtsnatur der Vormerkung, denn damit ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung über § 892 Abs. 1 BGB möglich ist, müsste es sich um ein dingliches Recht handeln.

Teilweise²³ wird ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung direkt über § 892 Abs. 1 BGB als möglich angesehen. Nach dieser Ansicht ist die Vormerkung ein dingliches Recht. Dies beruhe darauf, dass die Vormerkung durchaus dingliche Wirkungen aufweise, insbesondere über § 883 Abs. 2 BGB vor späteren beeinträchtigenden Verfügungen schütze.

Die wohl herrschende Meinung²⁴ sieht in der Vormerkung kein dingliches Recht, sondern ein dingliches Sicherungsmittel eigener Art. Diese Einordnung folgt aus der „Zwitterstellung“ der Vormerkung: Sie knüpft an schuldrechtlichen Anspruch an, soll aber gleichzeitig mit dinglicher Wirkung den Inhaber vor der Vereitelung des Rechtserwerbs schützen. Aufgrund dieser dinglichen Wirkung wird die in der Bestellung der Vormerkung eine Verfügung über das Grundstücksrecht gesehen, wie § 893 BGB a. E. es fordert.

²² Kohler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 883 Rn. 74; Hager, JuS 1990, 429 (437).

²³ Wilhelm (Fn. 9), Rn. 2264; Wunner, NJW 1969, 113 (116).

²⁴ BGHZ 60, 46 (49); Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 883 Rn. 26; Baur/Stürner (Fn. 1), § 20 Rn. 61; Kohler (Fn. 22), § 883 Rn. 74; Gursky (Fn. 15), § 883 Rn. 341; offenlassend hinsichtlich der direkten Anwendung des § 893 BGB Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 553.

Teilweise²⁵ wird die direkte Anwendung des § 893 Alt. 2 BGB abgelehnt, die Vorschrift aber analog angewendet. Der Gesetzgeber habe den Fall nicht geregelt, durch einen Vergleich der Interessenlagen müsse man aber zu dem Ergebnis kommen, dass bei einer Vormerkung in gleichem Maße wie bei einer Verfügung über ein dingliches Recht der Erwerb im Vertrauen auf den Rechtsschein des Grundbuchs stattfinde.

Im Ergebnis ist der gutgläubige Erwerb der Vormerkung jedenfalls möglich.

bb) tatbestandliche Voraussetzungen

Ein Rechtsgeschäft iSe. Verkehrsgeschäft liegt mit dem Kaufvertrag zwischen G und T vor.

E ist noch Eigentümerin, G jedoch im Grundbuch eingetragen, das Grundbuch ist damit zugunsten des Verfügenden unrichtig.

Gutgläubigkeit des Erwerbers liegt vor, denn T hatte keine positive Kenntnis von der fehlenden Berechtigung des G zur Bewilligung der Vormerkung.

Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs gem. § 899 BGB ist nicht eingetragen.

Damit hat T gutgläubig eine Vormerkung erworben.

3. Unvereinbarkeit mit dem Recht des T

Das durch P erworbene Eigentum ist mit dem Anspruch des T auf Übertragung des Eigentums unvereinbar.

4. Erforderlichkeit der Löschung

Die Löschung der Buchposition des P müsste für den Erwerb des Grundstücks durch T erforderlich sein. Aufgrund des formellen Konsensprinzips gem. § 19 GBO ist die Bewilligung des Inhabers einer Buchposition zur Eintragung des Erwerbers im Grundbuch und damit zur Vollendung des Rechtserwerbs erforderlich. Damit T seinen Anspruch gegen G auf Eintragung durchsetzen kann, muss die Eintragung des P also gelöscht werden.

5. Ergebnis

Der Anspruch des T gegen P auf Zustimmung ist entstanden.

II. Anspruch nicht erloschen

Erlöschensgründe sind nicht ersichtlich.

III. Anspruch durchsetzbar

Damit der Anspruch durchsetzbar ist, muss er fällig und einredefrei sein. Vorliegend erscheint möglich, dass P dem T eine Einrede entgegenhalten kann.

²⁵ Reinicke, NJW 1964, 2373 (2374); Westermann (Fn. 20) § 84 IV; so auch noch Wacke, Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1997, § 883 Rn. 41.

1. Mögliche Einreden

Eigene Einreden des P direkt gegen den Anspruch aus § 888 BGB sind nicht ersichtlich.²⁶ Denkbar ist, dass P dem Anspruch des T auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung entgegenhalten kann, dass G gem. §§ 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB zum Rücktritt berechtigt ist, weil T nicht den gesamten Kaufpreis beglichen und somit seine Leistung nicht vollumfänglich erbracht hat.

Ob der Dritterwerber (hier: P) eine solche Einrede des G auch gegen den Anspruch des Vormerkungsinhabers auf Zustimmung geltend machen kann, ist im Gesetz nicht geregelt. Es bestehen jedoch in §§ 770 Abs. 1²⁷, 1137, 1211 BGB gesetzliche Regelungen, die in Drei-Personen-Verhältnissen erlauben, dass ein am Vertragsschluss nicht beteiligter Dritter die vertragliche Einreden einer der Vertragsparteien geltend macht. Möglich erscheint, aus diesen Regelungen einen Rechtsgedanken zu entwickeln, der im Rahmen des § 888 BGB analog anwendbar ist. Es müssten dazu die Voraussetzungen der Analogie vorliegen.

Hinweis: Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur beschränken sich die Erläuterungen auf die Frage der vergleichbaren Interessenlage, größtenteils wird sogar davon abgesehen und die Anwendbarkeit schlichtweg statuiert. Die Herausarbeitung der Voraussetzungen der Analogie bildet aber eine elementare Herausforderung in der studentischen Übungsarbeit, gerade wenn der anzuwendende Rechtsgedanke bereits im Klausursachverhalt angegeben ist. Zu den Voraussetzungen der Analogie.²⁸

Es liegt wie gerade erwähnt insoweit eine Regelungslücke vor.

Diese ist auch planwidrig, denn der Gesetzgeber hat keine bewusste Unterscheidung zwischen den geregelten Fällen aus dem Bereich der Bürgschaft, der Hypothek und der Grundschuld einerseits und dem Fall der Vormerkung andererseits treffen wollen. Das Recht des Dritten, Einwendungen geltend zu machen, wurde im Gesetzgebungsprozess absichtlich offen und der Rechtsprechung und Wissenschaft zur Entwicklung überlassen.²⁹

²⁶ Zu denkbaren Einreden des P selbst vgl. *Eckert*, in: *Schulze/Dörner/Ebert*, *Nomos Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2007, § 888 Rn. 9.

²⁷ § 770 Abs. 1 BGB nennt den Rücktritt nicht explizit, die Vorschrift erstreckt sich aber auf dieses Recht, ganz h.M., vgl. *BGHZ* 165, 363 (368) sowie die Nachweise bei *Habersack*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2009, § 770 Rn. 6 in Fn. 18. Im Ergebnis wird § 770 Abs. 1 BGB somit „doppelt analog“ angewendet.

²⁸ *Bitter/Rauhut*, *JuS* 2009, 289 (297 f.); *Möllers*, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 4. Aufl. 2008, S. 89 ff.; *Tettinger*, *Einführung in die juristische Arbeitstechnik*, 3. Aufl. 2003, Rn. 242 ff.; *Pawlowski*, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Aufl. 1999, § 11 3.); sehr aufschlussreich *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, § 80.

²⁹ Die Reichstagskommission hielt eine Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Vormerkungsinhaber und

Die Interessenlage im Verhältnis zwischen Dritterwerber und Vormerkungsinhaber müsste derjenigen aus den herangezogenen Vorschriften entsprechen. Die angeführten Vorschriften bezwecken alle den Schutz eines unbeteiligten Dritten vor dem Eingriff in eines seiner Rechte. Durch die Zustimmung zur Löschung der eigenen Grundbuchposition wird auch der Dritterwerber gezwungen, einen Eingriff in seine Rechte zu dulden. Schließlich ist er im Grundsatz rechtmäßiger Eigentümer geworden, denn der durch eine Vormerkung belastete Eigentümer kann immer noch jedem Dritten wirksam Eigentum verschaffen.

Zweifel bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 770 Abs. 1, 1137, 1211 BGB auf den vorliegenden Fall bestehen, weil in allen genannten Situation der Dritte für eine fremde Schuld eintritt und diese Geldschuld inhaltlich identisch begleicht, im Fall der Bürgschaft direkt durch Zahlung, im Fall von Hypothek und Grundschuld durch Duldung der Zwangsvollstreckung. Bei § 888 BGB handelt es sich nicht um die Erfüllung der eigentlichen Hauptschuld, sondern nur um einen prozessualen Hilfsanspruch, der Hauptanspruch auf Übereignung wird weiter gegenüber dem Vertragspartner bzw. Schuldner dieser Hauptpflicht geltend gemacht. Der Dritterwerber tritt also nicht in die Position des Schuldners des Auflassungsanspruchs ein. Aber aus der Überlegung, dass es sich bei § 888 BGB lediglich um einen prozessualen Hilfsanspruch³⁰ handelt, folgt auch ein prozessökonomisches Gegenargument: Letztlich bleibt Ziel des Vormerkungsinhabers, Eigentümer des Grundstücks zu werden. Stehen diesem Anspruch Einreden entgegen, wird er ihn nicht durchsetzen können. Der Anspruch aus § 888 ZPO liefe dann leer. In diesem Fall ist es nur konsequent, wenn hier schon Verteidigungsmöglichkeiten, die ihren Ursprung in dem anspruchsbegründenden Vertrag haben, berücksichtigt werden.³¹

Dritterwerber weder in die eine noch in die andere Richtung für erforderlich, vgl. *Mugdan*, *Die gesammelten Materialien zum BGB*, Nachdruck 1979, Bd. 3 Sachenrecht S. 571 f. unter F.; sehr lesenswert: *RGZ* 53, 28 (32). Bei genauer Lektüre der Gesetzgebungsmaterialien erscheinen gar Zweifel daran angebracht, ob überhaupt eine Lücke vorliegt, denn die Reichstagskommission geht davon aus, dass Rechtsprechung und Wissenschaft dem Dritterwerber wohl die Einreden zugestehen werden. Es liegt somit der Schluss nahe, dass der historische Gesetzgeber eine Negativregelung geschaffen hätte, wenn er dem Dritterwerber die Einreden nicht hätte zugestehen wollen. Andererseits bleibt auch im Unklaren, warum dann nicht eine entsprechende Positivregelung, die beantragt worden war, aufgenommen wurde.

³⁰ *BGHZ* 49, 263 (267); *Kössinger* (Fn. 20), § 888 Rn. 8.

³¹ So auch die h.M., vgl. *Gursky* (Fn. 15), § 888 Rn. 52; *Kohler* (Fn. 22), § 888 Rn. 8.; *Jauernig*, in: *Jauernig*, *Kommentar zum BGB*, 12. Aufl. 2007, § 888 Rn. 3; *Eckert* (Fn. 26), § 888 Rn. 8; *Kössinger* (Fn. 20), § 888 Rn. 10; *Huhn*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, *Kommentar zum BGB*, 4. Aufl. 2009, § 888 Rn. 6; *Rechtsprechung seit RGZ* 53, 28 (32); vgl. *OLG Celle NJW* 1958, 385, *BGH WM* 1966, 893 (894); *BGH NJW* 2000, 3496. Die Beschränkung von *Wilhelm* (Fn. 9), Rn. 2285 auf die Fälle, in denen der Schuldner des

P kann dem T damit im Ergebnis die Rücktrittsmöglichkeit des G entgegenhalten.

2. Voraussetzungen des Rücktritts bei G

G müsste gegenüber T zum Rücktritt berechtigt sein. Die erforderliche Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB hat nur dann ein Rückgewährschuldverhältnis³² zur Folge, wenn die Voraussetzungen des Rücktritts gem. § 323 Abs. 1 BGB vorliegen.

Der gem. § 323 Abs. 1 BGB gegenseitige Vertrag liegt mit dem zwischen G und T geschlossenen Kaufvertrag vor.

Bei der von T nicht erbrachten Leistung müsste es sich um eine fällige Leistung handeln. Die Zahlungsverpflichtung des T in Höhe der nicht erbrachten 50.000 € müsste also fällig sein. Fälligkeit liegt vor, wenn der Gläubiger die Leistung fordern kann. Vorliegend wurde zwischen G und T vereinbart, dass T die Scheine zu einem bestimmten Zeitpunkt zu G bringen sollte, eine Leistungszeit war damit vereinbart, die Leistung fällig.³³ Über den Wortlaut des § 323 Abs. 1 S. 1 BGB hinaus ist jedoch als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal³⁴ zu fordern, dass der Anspruch vollwirksam ist.

Dies bedeutet insbesondere, dass er nicht unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 bis Abs. 3 BGB sein darf.³⁵ Denkbar ist, dass die Geldleistung aufgrund des Diebstahls der Scheine gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden ist. Der Grundsatz, dass § 275 BGB auf die Geldschuld unanwendbar ist,³⁶ bedeutet lediglich, dass die Pflicht zur Geldzahlung nicht durch Vermögenslosigkeit des Schuldners unmöglich wird. Beschränkt sich hingegen die Leistungspflicht auf bestimmte Scheine, so ist mit deren Untergang die Erfüllung dieser konkretisierten Leistungspflicht unmöglich geworden. Fraglich ist, ob sich im vorliegenden Fall die Leistungspflicht des T auf bestimmte Geldscheine beschränkt.

a) Konkretisierung gem. § 243 Abs. 2 BGB

§ 243 BGB ist auf die Geldschuld nicht anwendbar, denn die Gattungsschuld stellt einen Unterfall der Sachschuld dar, die Geldschuld ist aber keine Sachschuld. Sie richtet sich nicht auf die Verschaffung bestimmter Sachen in Form der Geld-

Hauptanspruchs die Einrede auch geltend machen will, spielt vorliegend keine Rolle, denn G hat nicht gesagt, dass er trotz ausgebliebener Teilzahlung leisten werde.

³² Zum Begriff des Rückgewährschuldverhältnisses s. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, Vor § 322, Rn. 5.

³³ Ein Rückgriff auf die Zweifelsregel des § 271 BGB ist nicht erforderlich, da die Parteiabrede vorrangig ist, *Bittner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 271 BGB Rn. 4.

³⁴ Vgl. dazu ausführlich *Herresthal*, Jura 2008, 561 (562 f.).

³⁵ *Ernst* (Fn. 32), § 323 Rn. 47.

³⁶ *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 275 Rn. 2; *Löwisch/Caspers*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 275 Rn. 72; *Ernst* (Fn. 32), § 275 Rn. 13.

scheine, sondern auf die Verschaffung einer Vermögensmacht in dem Umfang, der zwischen den Parteien festgelegt ist.³⁷ Eine Konkretisierung über § 243 Abs. 2 BGB ist damit bei Geldschulden nicht möglich.

b) Gefahrübergang gem. § 300 Abs. 2 BGB

Es könnte aber gem. § 300 Abs. 2 BGB die Leistungsgefahr hinsichtlich der von T ausgewählten und zum Vereinssitz von G mitgenommenen Geldscheine auf G übergegangen sein. Ist dies der Fall, so hätte G ab diesem Zeitpunkt die Gefahr zu tragen, dass die Geldscheine untergehen, auch bei Untergang müsste T dann nicht nochmals leisten. In der Folge stünde G kein Rücktrittsrecht wegen nicht erbrachter Leistung zu. § 300 Abs. 2 BGB findet auf Geldschulden zumindest analoge Anwendung.³⁸

Es müssten die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs vorliegen. Gem. § 294 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn der Schuldner die Leistung ordnungsgemäß tatsächlich anbietet. Die Verpflichtung zum tatsächlichen Angebot der Leistung bedeutet, dass der Schuldner alles zu tun hat, was auf seiner Seite zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist. Nur die Annahme der Leistung durch den Vertragspartner darf zur Erfüllung der eigenen Leistungspflicht noch fehlen.³⁹ Vorliegend ist zwischen G und T vereinbart, dass T die 50.000 € an den Vereinssitz bringen soll.⁴⁰ Dies hat T getan, die Erfüllung seiner Leistungspflicht scheiterte daran, dass zum vereinbarten Termin niemand anwesend war. Ein tatsächliches Angebot im Sinne des § 294 BGB liegt vor.

Hinweis: Annahmeverzug ist auch dann anzunehmen, wenn man das Vorliegen eines tatsächlichen Angebots verneint, denn gem. § 296 BGB war das Angebot zumindest wegen der Nichteinhaltung des Übergabetermins entbehrlich.⁴¹

³⁷ *Grothe*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 244 Rn. 8 f.; *Prütting/Wegen/Weinreich/Schmidt-Kessel*, 4. Aufl. 2009, § 243 Rn. 5; *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 245 Rn. 12; *Toussaint*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2008, § 243 Rn. 7, § 244 Rn. 3. Auch eine entsprechende Anwendung des § 243 Abs. 2 BGB ist wegen § 270 Abs. 1 BGB als *lex specialis* nicht möglich, vgl. *Schiemann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 243 Rn. 35; a.A. noch BGHZ 83, 293 (300).

³⁸ *Löwisch/Feldmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 300 Rn. 18; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 300 Rn. 7; *Unberath*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 300 Rn. 6.

³⁹ *Löwisch/Feldmann* (Fn. 38), § 294 Rn. 11.

⁴⁰ Nach § 270 Abs. 1 BGB muss Gläubiger dem Schuldner Geld an dessen Wohnsitz übergeben; die Norm ist aber bloße Auslegungsregel, Parteiabrede ist vorrangig, vgl. *Unberath* (Fn. 38), § 270 Rn. 5; zu der Frage, ob es sich bei der Geldschuld um eine Schickschuld oder eine modifizierte Bringschuld handelt, s. *Scheibengruber/Breidenstein*, WM 2009, 1393 (1396).

⁴¹ BGH NJW-RR 1991, 267 (268).

Auch wenn nur kurzfristig niemand das Geld entgegennehmen konnte, scheitert der Annahmeverzug vorliegend nicht an § 299 BGB. Dieser setzt voraus, dass keine Leistungszeit bestimmt war, G und T haben aber vereinbart, wann T das Geld zu G bringen sollte. Es liegt somit Annahmeverzug vor. Folglich war in dem Zeitpunkt, als die Geldscheine gestohlen wurden, die Leistungsgefahr schon auf G übergegangen, G kann von T nicht nochmalige Leistung fordern. Auf den Nichterhalt der 50.000 € kann G einen Rücktritt nicht stützen.

Damit liegen die Voraussetzungen des Rücktritts gem. § 323 Abs. 1 BGB nicht vor.

3. Entfall der Übereignungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB

P könnte dem T zudem den Entfall der Erfüllungspflicht des G entgegenhalten. Denkbar ist, dass G von seiner Erfüllungspflicht gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB befreit ist.

Hinweis: § 243 Abs. 2 BGB und § 300 Abs. 2 BGB sind Gefahrtragungsregeln, sie regeln die Frage, wer die Leistungsgefahr zu tragen hat, d.h. der Gefahr, bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes noch einmal mit einer gleichen Gattungssache leisten zu müssen; davon unabhängig ist die Frage der Gegenleistungsgefahr, d.h. der Gefahr, trotz zufälligen Untergangs des Leistungsgegenstandes zur Gegenleistung verpflichtet zu bleiben.

a) Entfall der Leistungspflicht des Vertragspartners

Vertragspartner des G ist der T. Dessen Pflicht zur Leistung von 50.000 € ist infolge Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB entfallen, s.o. 2. b).

b) Teilleistung

Vorliegend hat T 750.000 € gezahlt, er hat damit eine Teilleistung erbracht. In diesem Fall findet gem. § 326 Abs. 1 S. 1 2. HS BGB der § 441 Abs. 3 BGB entsprechende Anwendung. Das Gesetz sieht also bei Teilunmöglichkeit eine entsprechend geminderte Gegenleistung vor. Wie die Minderung bei einer unteilbaren Gegenleistung (hier: Übereignung eines Grundstücks) zu erfolgen hat, ist umstritten⁴², vorliegend ist dieser Streit aber im Ergebnis irrelevant.

c) Ausnahme gem. § 326 Abs. 2 BGB

In Betracht kommt hier ein Behalt des Gegenleistungsrechts gem. § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB. G befand sich ab dem Zeitpunkt, in dem T das Geld am Vereinssitz übergeben wollte, in Annahmeverzug, s.o. Daher behält T seinen Anspruch auf die volle Gegenleistung.

d) Ergebnis

Die Leistungspflicht des G ist auch nicht entfallen. Auch dies kann P dem T also nicht entgegenhalten.

IV. Ergebnis

T hat gegen P einen Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung aus § 888 BGB.

C. Anspruch des T gegen P auf Herausgabe der Grundbuchposition aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

Ein grds. denkbarer Anspruch des T gegen P auf Herausgabe der Grundbuchposition als erlangtes Etwas⁴³ aufgrund von Eingriffskondiktion scheidet zumindest am Vorrang der Leistungskondiktion, denn das Grundstück inkl. der Grundbuchposition wurde dem P von G geleistet.

2. Teil: Ansprüche des T gegen B auf Beseitigung des Zauns

A. Anspruch des T gegen B aus § 985 BGB

§ 985 BGB ist nicht auf Beseitigung der Beeinträchtigung eines Grundstücks gerichtet, sondern auf die Herausgabe des Besitzes an dem Grundstück. Die Norm ist daher von ihrem Anspruchsinhalt her bereits nicht geeignet.

B. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB

I. Anspruch entstanden

1. Anspruchsberechtigung des T

Der Wortlaut des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ist eindeutig: Anspruchsberechtigt ist ausschließlich der Eigentümer des Grundstücks. Denkbar ist jedoch, dass T aufgrund seiner erworbenen Rechtsstellung dem Eigentümer gleichzustellen ist.

a) Anspruchsberechtigung aufgrund Vormerkung

Nach herrschender Meinung⁴⁴ hängt die Anspruchsberechtigung des Vormerkungsinhabers davon ab, gegen wen er die Unterlassungsansprüche geltend machen möchte. Anspruchsberechtigt soll der Vormerkungsinhaber nur dann sein, wenn er die Abwehransprüche gegenüber dem Erwerber (hier P) geltend machen will. Keine Anspruchsberechtigung soll gegenüber anderen Dritten (hier etwa B) bestehen. Dies wird zunächst mit der Wirkung der Vormerkung gem. § 883 Abs. 2 BGB erklärt: Nur im Verhältnis zum Erwerber wirke die Vormerkung, nur sein Vertrag mit dem vormaligen Eigentümer sei relativ unwirksam. Damit sei nur die Rechtsposition des Erwerbers, nicht aber die eines Dritten beeinträchtigt. Darüber hinaus sei diese Unterscheidung interessengerecht, weil der Veräußerer (hier G) Abwehransprüche gegenüber dem Erwerber nicht geltend machen werde, gegenüber einem Dritten schon. Dementsprechend sei der Vormerkungsinhaber im ersten Fall mit Ansprüchen auszustatten, im zweiten Fall nicht. Dieser Argumentationslinie folgend wird vor-

⁴³ Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 812 Rn. 74 mit Hinweis auf die Verfügungsbefugnis des Buchberechtigten über § 891 BGB.

⁴⁴ Canaris, in: Festschrift für Flume, Bd. I, 1978, S. 371 (384); Hager, JuS 1990, 429 (437); a.A. Gursky (Fn. 15), § 1004 Rn. 87; Paulus, JZ 1993, 555 (557).

⁴² Vgl. die Nachweise bei Grothe (Fn. 37), § 326 Rn. 32.

gebracht, dass es bei Ansprüchen gegenüber Dritten zu einer Verdopplung der Zuständigkeit für die Geltendmachung (nämlich bei dem Veräußerer und dem Vormerkungsinhaber) komme, wenn beiden Ansprüche gegen den Dritten zustünden.⁴⁵

Diese im Grundsatz zutreffende Unterscheidung kann jedoch dann nicht gelten, wenn Abwehransprüche gegen Störer geltend gemacht werden sollen, die aufgrund eines langfristigen Miet- oder Pachtvertrags mit dem Veräußerer die Störung vornehmen. Die Interessensituation ist hier eine andere als bei einem beliebigen Dritten. Es kommt zu keiner Kollision von Abwehransprüchen, weil der Veräußerer gegen die vertraglich gestattete Störung nichts unternehmen kann und will. Aus dem gleichen Grund kommt es auch zu keiner Verdopplung der Zuständigkeit. Zudem greift auch das Argument aus der Wirkweise der Vormerkung hier nicht, denn nach der ratio des § 883 Abs. 2 BGB wirkt die Vormerkung auch gegenüber den Gläubigern langfristiger Miet- und Pachtverträge.⁴⁶ Diese Argumentation ist noch durch die allgemeine Erwägung zu ergänzen, dass eine möglichst frühe Gelegenheit der Anspruchsstellung durch den Vormerkungsinhaber letztlich auch den Störer vor umfangreicher Inanspruchnahme schützt, weil er frühzeitig um die Ansprüche weiß und die störende Maßnahme stoppen kann. Dies führt dazu, dass er weniger Investitionen tätigt und gleichzeitig weniger umfangreich beseitigen muss.

Folglich ist T hier auch gegenüber B und zwar bereits aufgrund seiner Vormerkung anspruchsberechtigt.

b) Anspruchsberechtigung aufgrund Anwartschaftsrechts

Die Anspruchsberechtigung des T könnte sich weiter daraus ergeben, dass er ein Anwartschaftsrecht an dem Grundstück erlangt hat. Vorliegend hat T noch kein Eigentum an dem Grundstück erlangt, es fehlt an der dazu erforderlichen Eintragung. Allerdings haben G und T schon gem. § 873 Abs. 2 BGB bindende Auflassungserklärungen abgegeben und zugunsten des T ist eine Vormerkung eingetragen. Ob daraus ein Anwartschaftsrecht und damit eine Anspruchsberechtigung im Rahmen des § 1004 BGB folgt, ist umstritten.

Hinweis: Die Vormerkung alleine reicht unbestritten nicht aus, um ein Anwartschaftsrecht zu begründen.⁴⁷ Hier gilt es in der Falllösung zu unterscheiden: Eine Anspruchsberechtigung im Rahmen des § 1004 BGB ist über die Vormerkung unmittelbar denkbar, aber die Vormerkung alleine begründet kein Anwartschaftsrecht. Für die Anspruchsberechtigung bestehen hier also zwei parallele Argumentationslinien.

⁴⁵ Ausführliche Argumentation bei *Canaris* (Fn. 44), S. 371 (385-387).

⁴⁶ Dazu genauer unter 4. c.

⁴⁷ Vgl. *Habersack*, JuS 2000, 1145 (1147); *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 13 Rn. 63.

aa) Anwartschaftsrecht mit bindender Einigung

Teilweise wird vertreten, ein Anwartschaftsrecht an einem Grundstück entstehe bereits in dem Zeitpunkt, in dem bindende Auflassungserklärungen gem. § 873 Abs. 2 BGB vorliegen.⁴⁸ Schon in diesem Zeitpunkt bestehe eine gesicherte Rechtsposition, die dem Erwerber von dem Veräußerer nicht mehr einseitig genommen werden könne und dem Eigentum vergleichbar sei. Allein deshalb, weil ein Dritter dieses Recht über einen gutgläubigen Erwerb des Grundstücks vereiteln könne, verliere es nicht seinen Charakter als Recht. Eine dem § 161 Abs. 3 BGB bei beweglichen Sachen vergleichbar starke Sicherung des Rechts gegen Zwischenverfügungen sei nicht zu fordern.⁴⁹

Nach dieser Ansicht ist vorliegend ein Anwartschaftsrecht entstanden.

bb) Anwartschaftsrecht durch bindende Einigung und Vormerkung

Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur fordern eine gewisse Verdinglichung der Rechtsposition. Dazu ist allerdings nicht das Vorliegen eines Eintragungsantrags erforderlich,⁵⁰ sondern die Eintragung einer Vormerkung reicht bereits aus.⁵¹ Der Vormerkungsinhaber erlange vor allem über § 883 Abs. 2, 3 BGB eine dingliche Sicherung seines Anspruches, denn er ist vor Zwischenverfügungen des Veräußerers geschützt. Diese Rechtsposition kann der Veräußerer dem Erwerber auch nicht mehr einseitig nehmen.

Auch nach dieser Ansicht ist vorliegend ein Anwartschaftsrecht entstanden.

cc) niemals Anwartschaftsrecht

Nach wiederum anderer Ansicht besteht vor der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch niemals eine dem Eigentum vergleichbare Rechtsposition.⁵² In Bezug auf die Vormerkung wird zugestanden, dass diese gewisse dingliche Wirkungen zeitige. Diese dinglichen Wirkungen träten jedoch schon allein aufgrund der Vormerkung ein, eine gleichzeitige Zuer-

⁴⁸ *Kanzleitner* (Fn. 14), § 925 Rn. 37; *Augustin*, in: Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 12. Aufl. 1978, §§ 925, 925a Rn. 84.

⁴⁹ *Reinicke/Tiedke*, NJW 1982, 2281 (2282).

⁵⁰ Ob dies ausreicht, ist ebenfalls umstritten. Hier erlangt insbesondere § 17 GBO eine Schlüsselrolle in der Argumentation, vgl. zu diesem Streit *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 13 Rn. 62.

⁵¹ So *Grün*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 925 Rn. 43; *Bassenge*, in: *Palandt*, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 925 Rn. 25; *Baur/Stürmer* (Fn. 1), § 19 Rn. 15; *Brehm/Berger* (Fn. 12), § 11 Rn. 19; BGHZ 83, 395 (399); 89, 41 (45); 106, 108 (111) hinsichtlich der Pfändbarkeit.

⁵² *Medicus* (Fn. 24), Rn. 469; *Wilhelm* (Fn. 9), Rn. 2332; *Habersack*, JuS 2000, 1145 (1147) spricht von einer unnötigen „Erhöhung“ zu einem Anwartschaftsrecht; dem widerspricht *Konzen*, in: *Festgabe 50 Jahre BGH Bd. I*, S. 871 (886, 894) mit Hinweis auf §§ 1281, 1282 BGB.

kennung eines Anwartschaftsrechts sei nicht erforderlich. Zudem sei die Rechtsposition die der gem. § 883 Abs. 2 BGB gesicherte Erwerber mit Eintragung der Vormerkung erlange, bloß ein vom Auflassungsanspruch abhängiges, streng akzessorisches Gebilde, das dem Eigentum nicht vergleichbar sei.⁵³

dd) Streitentscheid

Ein Anwartschaftsrecht entsteht, wenn von einem mehraktigen Erwerbstatbestand schon so viele Teilakte erfüllt sind, dass der Veräußerer diese Rechtsposition nicht mehr einseitig zerstören kann. Mit bindender Auflassungserklärung über § 873 Abs. 2 BGB kann der Veräußerer diese nicht mehr zurücknehmen. Gleichzeitig sind alle Zwischenverfügungen über § 883 Abs. 2 BGB gegenüber dem Erwerber relativ unwirksam. Die Voraussetzungen des Anwartschaftsrechts liegen somit in diesen Fällen vor. Wie die Vormerkung rechtlich einzuordnen ist, bleibt insoweit unerheblich. Gleiches gilt für die Frage, ob die Gewährung eines Anwartschaftsrechts über die Vormerkungswirkung hinaus erforderlich ist.

Es ist somit ein Anwartschaftsrecht zugunsten des T entstanden, auch darüber ist er anspruchsberechtigt im Rahmen des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB.

2. Anspruchsgegner: Störer

Vorliegend hat der Anspruchsgegner B den Zaun errichtet. Er ist somit Handlungsstörer.⁵⁴

3. Eigentumsbeeinträchtigung

Das Eigentum muss gegenwärtig und durch menschliches Verhalten hervorgerufen sein und darf nicht in der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes liegen.⁵⁵

Vorliegend ist die Inbesitznahme des Grundstücks durch T problemlos möglich, nur bleibt der Zaun dabei bestehen. Es liegt somit eine Beeinträchtigung in sonstiger Weise vor.

4. Keine Duldungspflicht

Gem. § 1004 Abs. 2 BGB ist der Beseitigungsanspruch ausgeschlossen, wenn eine Duldungspflicht besteht. Eine Duldungspflicht könnte sich vorliegend aus Landpachtvertrag gem. §§ 581, 585 BGB ergeben, wenn der zwischen G und B geschlossene Vertrag auch den T binden würde. Denkbar ist eine solche Bindung des Erwerbers gem. §§ 581 Abs. 2, 566 Abs. 1 BGB.

a) Vertragstyp

Vertrag ist Pachtvertrag gem. § 581 Abs. 1 BGB, denn B soll in Abgrenzung vom Mietvertrag nicht nur zur Nutzung, sondern auch zur Fruchtziehung berechtigt sein, insbesondere Kartoffeln als unmittelbare Sachfrüchte⁵⁶ ernten können. Es

⁵³ Gursky (Fn. 15), § 873 Rn. 184 m.w.N.

⁵⁴ Zum Störerbegriff s. a. *Brehm/Berger* (Fn. 12), § 7 Rn. 9.

⁵⁵ Im letzten Erfordernis zeigt sich das Verhältnis zu § 985 BGB: § 1004 BGB ergänzt diesen, vgl. statt aller *Viehweg/Werner* (Fn. 8), § 9 Rn. 4.

⁵⁶ Zu den verschiedenen Arten von Früchten vgl. *Ellenberger* (Fn. 4), § 99 Rn. 2 ff.

liegt der Sonderfall eines Landpachtvertrages gem. § 585 Abs. 1 S. 1, 2 BGB vor, denn B will das Grundstück zur Bodennutzung verwenden. Auf einen Landpachtvertrag finden gem. § 581 Abs. 2 BGB die mietvertraglichen Vorschriften zwar im Grundsatz keine Anwendung, aber gem. § 593b BGB gilt eine Gegenausnahme für § 566 Abs. 1 BGB; Grundsatz, dass der Erwerber des Grundstücks mit der Veräußerung in die Rechte und Pflichten des Veräußerers eintritt, gilt auch hier.⁵⁷

b) Grundsätzliche Rechtsfolge

Als Rechtsfolge ergibt sich aus §§ 593b, 566 Abs. 1 BGB, dass der zwischen G und B geschlossene Pachtvertrag den Rechtsnachfolger T mit Eigentumserwerb bindet. Vorliegend hat T das Grundstück zwar noch nicht erworben, die Erweiterung der Anspruchsberechtigung auf den Anwartschaftsberechtigten und Vormerkungsinhaber hat aber im Rahmen der Duldungspflichten zur Folge, dass T sich auch hier schon wie ein Eigentümer behandeln lassen muss.

Danach bestünde eine Duldungspflicht des T.

c) Unwirksamkeit aufgrund Vormerkung?

Denkbar ist jedoch, dass T sich aufgrund seiner Vormerkung den Abschluss des Pachtvertrags zwischen G und B nicht entgegenhalten lassen muss. Der Vertragsabschluss könnte gem. § 883 Abs. 2 BGB gegenüber T unwirksam sein. Dies ist allerdings höchst problematisch.

aa) eine Ansicht: keine Unwirksamkeit

Die zumindest früher herrschende Meinung verweist auf den Wortlaut des § 883 Abs. 2 S. 1 BGB. Dieser spricht von einer „Verfügung“, also von einem Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf die dingliche Rechtslage einwirkt.⁵⁸ Darunter fällt der Abschluss eines Pachtvertrages nicht.⁵⁹ Pacht sei auch kein Minus, sondern als schuldrechtliches Rechtsgeschäft gerade ein Aliud zu einer Verfügung, sodass eine mit dinglichen Rechten vergleichbare Rechtslage nicht bestehe.

Hinweis: *Staaake* und *Löhnig/Gietl*⁶⁰ verweisen auf die Möglichkeit der Verwertungskündigung durch den Vermieter nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB als wesentlichen Unterschied zum Nießbrauch. Dies ist freilich nicht ohne Weiteres mög-

⁵⁷ Die Überschrift des § 566 BGB ist insoweit unglücklich, als es für den Vertragsübergang nicht auf den Abschluss des Kaufvertrags ankommt, sondern auf den Eigentumsübergang, vgl. dazu *Emmerich*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2006, § 566 Rn. 26.

⁵⁸ Beispiele bei *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 19 Rn. 6.

⁵⁹ *Augustin* (Fn. 48), § 883 Rn. 93 mit Verweis auf die Unterscheidung zwischen Verfügung und Vermietung/Verpachtung in §§ 1821 Nr. 1, 1822 Nr. 4 BGB.

⁶⁰ *Staaake*, *Jura* 2006, 561 (565); *Löhnig/Gietl*, *JuS* 2008, 102, (104 f.).

lich.⁶¹ Zudem passt § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB im vorliegenden Fall nicht, denn bei bereits abgeschlossenem Mietvertrag und erfolgter Eintragung einer Auflassungsvormerkung steht der Kaufpreis fest, wirtschaftliche Nachteile drohen dem Vermieter nicht mehr.⁶²

Auch wertungsmäßig sei eine Sicherung des Erwerbers gegen den Mieter bzw. Pächter nicht erforderlich, denn die Beschränkung der Herrschaftsmacht des Erwerbers erfolge nicht ohne Ausgleich, weil der Erwerber den Miet-/Pachtzins erhält und darüber hinausgehenden Schaden vom Veräußerer ersetzt verlangen kann. Zudem unterliefe die Annahme einer Unwirksamkeit eines Mietvertrags die soziale Schutzfunktion, die § 566 BGB beabsichtigt und die darin besteht, dass Veräußerungen die Rechtsposition des Mieters unberührt lassen.⁶³ Die Rechtsprechung betont vor allem, dass sowohl der Erwerber des Grundstücks, als auch der Mieter bzw. Pächter lediglich über einen schuldrechtlichen Anspruch verfügen und es daher nicht gerechtfertigt ist, einen der beiden Anspruchsinhaber zu bevorzugen, indem der andere Vertragsabschluss für unwirksam erklärt wird.⁶⁴

bb) Gegenansicht: Unwirksamkeit

Nach einer vor allem in der Literatur vertretenen Gegenansicht⁶⁵ ist § 883 Abs. 2 BGB bei langfristigen Miet- und Pachtverträgen analog⁶⁶ anzuwenden, sodass auch diese schuldrechtlichen Rechtsgeschäfte gegenüber dem Vormerkungsinhaber relativ unwirksam sind.

Eine Regelungslücke liegt vor, denn die Frage, ob auch schuldrechtliche Rechtsgeschäfte im aufgrund vorher eingetragene Vormerkung unwirksam sein können, ist im Gesetz weder positiv noch negativ geregelt.

Aus der ratio legis, einschneidende Beschränkungen der späteren Rechtsausübung zu verhindern, leitet die Literatur ab, dass die Lücke auch planwidrig sei. Der Gesetzgeber wollte die Vormerkung so ausgestalten, dass sie umfassenden Erwerbsschutz gewährleistet.⁶⁷ Dies ist nur dann gesichert,

wenn auch Miet- und Pachtverträge relativ unwirksam sind.⁶⁸ Zudem wirken Miet- und Pachtvertrag über § 566 Abs. 1 BGB quasi-dinglich,⁶⁹ sie binden auch den Rechtsnachfolger. Sie dann von der Wirkung des § 883 Abs. 2 BGB auszunehmen, kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein.

Die Interessen des Vormerkungsinhabers sind in gleicher Weise wie etwa bei einem Nießbrauchsrecht beeinträchtigt, denn gerade bei langfristigen Pachtverträgen kann der Erwerber sein Grundstück über geraume Zeit nicht nutzen. Es ist zudem auch bei einem Vergleich der Rechtsstellung von Nießbrauchsberechtigtem und Pächter nicht systemkonform, dem nur schuldrechtlich Berechtigten eine stärkere Rechtsstellung einzuräumen als dem dinglich Berechtigten, dessen Recht als vormerkungswidrig unwirksam wäre.⁷⁰

cc) Streitentscheid

Durch die Einforderung von Mietzins und Schadensersatz ist der Erwerber gerade nicht hinreichend geschützt. Sein Interesse besteht darin, das Grundstück unbeschränkt nutzen zu können, und nicht darin, einen finanziellen Ausgleich zu erlangen.

Der aus Wertungsgesichtspunkten beim Mietvertrag vorgebrachte soziale Schutz des Mieters greift bei dem Pachtvertrag nicht, vorliegend ist nicht der Wohnraum des Mieters betroffen.⁷¹ Daher sprechen die besseren Argumente vorliegend für die zweite Ansicht. Der Pachtvertrag ist gegenüber T relativ unwirksam, es besteht keine Duldungspflicht.⁷²

5. Ergebnis

Es besteht keine Duldungspflicht, der Anspruch auf Beseitigung des Zauns ist entstanden.

II. Anspruch nicht erloschen

Erlöschensgründe sind nicht ersichtlich.

III. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch ist fällig und einredefrei.

IV. Ergebnis

Es besteht ein Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB.

⁶¹ Vgl. dazu die Rechtsprechungsnachweise bei *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 573 Rn. 35.

⁶² Vgl. dazu OLG Stuttgart, ZMR 2006, 42. Auch *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 573 Rn. 163 spricht von „geplantem“ Hausverkauf.

⁶³ So *Baur/Stürmer* (Fn. 1), § 20 Rn. 41.

⁶⁴ So schon BGHZ 13, 1 (4); ohne weitere Begründung bestätigt in BGH NJW 1989, 451, zustimmend *Kössinger* (Fn. 20), § 883 Rn. 52.

⁶⁵ *Kohler* (Fn. 22), § 883 Rn. 54 bezeichnet diese m.w.N. als die mittlerweile herrschende Meinung; *Westermann* (Fn. 20), § 83 IV 3c nennt noch die Gegenansicht herrschend.

⁶⁶ Dass eine direkte Anwendung ausscheidet, ist heute ganz allgemeine Meinung; zur früher vertretenen Auffassung, § 883 Abs. 2 BGB sei direkt anwendbar, vgl. die Nachweise bei *Gursky* (Fn. 15), § 883 BGB Rn. 210.

⁶⁷ *Wilhelm* (Fn. 9), Rn. 2289.

⁶⁸ *Canaris* (Fn. 44), S. 371 (394); *Baur/Stürmer* (Fn. 1), § 20 Rn. 42; *Kohler* (Fn. 22), § 883 Rn. 54.

⁶⁹ Zu diesem Sukzessionsschutz ausführlich *Canaris* (Fn. 44), S. 371 (394); auch *Gursky* (Fn. 15), § 883 Rn. 211.

⁷⁰ *Westermann* (Fn. 20), § 83 IV 3c; *Wilhelm* (Fn. 9), Rn. 2289 sieht dagegen sowohl die Position des Pächters als auch diejenige des Vormerkungsinhabers als verdinglicht an und löst die Konkurrenzfrage über den Rang der Rechte.

⁷¹ Infolge dessen greift auch das von *Löhnig/Gietl*, JuS 2008, 102 (104 f.) vorgebrachte Argument der Kündbarkeit nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB vorliegend nicht.

⁷² Auch die von *Haedicke*, JuS 2001, 966 (972) empfohlene Abwägung der Schutzzwecke von § 883 BGB und § 566 BGB käme im Falle des Pachtvertrags wohl dazu, dass der Schutz nach § 883 BGB vorrangig sein muss.

C. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 861 Abs. 1 BGB

Die Anspruchsgrundlage ist von ihrem Anspruchsziel her ungeeignet, denn T verlangt nicht die Wiedereinräumung des Besitzes.

D. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 862 Abs. 1 BGB

Ein solcher Anspruch besteht nicht, denn T hat das Grundstück bislang nicht in Besitz genommen.

E. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 1007 BGB

Die Anspruchsgrundlage ist von ihrem Anspruchsziel her ungeeignet, denn T verlangt nicht die Wiedereinräumung des Besitzes.

F. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus §§ 992, 823 Abs. 1 BGB**I. Anspruch entstanden***1. Vindikationslage**a) Besitz des B*

Besitz ist die tatsächliche Sachherrschaft getragen von einem Herrschaftswillen. Was für den Besitzerwerb an Grundstücken erforderlich ist, hängt von den Umständen ab. Eindeutige Nutzungshandlungen können ausreichend sein.⁷³ Vorliegend macht B durch die Vorbereitung des Anbaus von Kartoffeln deutlich, dass er allein das Grundstück besitzen will. B ist somit Besitzer gem. § 854 Abs. 1 BGB.

b) Eigentum des T

Vorliegend ist T noch nicht Eigentümer des Grundstücks, er ist jedoch Inhaber eines Anwartschaftsrechts, s.o. B. I. 1. b). Das Anwartschaftsrecht ist wesensgleiches Minus zum Eigentum und wird wie dieses behandelt.⁷⁴

c) Kein Besitzrecht des B

In Betracht kommt eine Besitzberechtigung des B aufgrund des mit G abgeschlossenen Pachtvertrags, dieser ist aber gegenüber T relativ unwirksam, s.o. B. I. 4. c).

2. Verbotene Eigenmacht

Gem. § 992 BGB müsste B seinen Besitz durch schuldhaftes⁷⁵ verbotene Eigenmacht erlangt haben. Verbotene Eigenmacht liegt gem. § 858 Abs. 1 BGB vor, wenn dem Besitzer der

Besitz ohne oder gegen dessen Willen entzogen wird. Vorliegend hat B den Besitz an dem Grundstück aber von G, dem damaligen Besitzer, überlassen bekommen.

Verbotene Eigenmacht liegt damit nicht vor.

3. Ergebnis

Ein Anspruch aus §§ 992, 823 Abs. 1 BGB ist nicht entstanden.

II. Ergebnis

T hat keinen Anspruch auf Beseitigung des Zauns aus §§ 992, 823 Abs. 1 BGB.

G. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 823 Abs. 1 BGB**I. Anwendbarkeit**

Vorliegend ist eine Vindikationslage gegeben. In einer solchen Situation ist § 823 Abs. 1 BGB nur unter den Voraussetzungen des § 992 BGB anwendbar. Das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer ist über die §§ 987 ff. BGB fein austariert, es soll insoweit abschließend sein.⁷⁶ Dies ergibt sich schon aus § 993 Abs. 1 2. HS BGB, der weitergehende Ansprüche gegen den gutgläubigen unverklagten Besitzer explizit ausschließt. Darüber hinaus würde gerade bei Anwendungen der Vorschriften über unerlaubte Handlungen § 992 BGB obsolet.

Hinweis: Ergänzend sei nur angemerkt, dass auch die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB nicht vorliegen: B müsste die Rechtsgutsverletzung fahrlässig im Sinne des § 276 Abs. 1, 2 BGB vorgenommen haben (wichtiger Unterschied zwischen § 1004 BGB und § 823 BGB!). Vorliegend müsste B also bei Bau des Zauns die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben bezüglich des Anwartschaftsrechts des T. Anknüpfungspunkt für eine solche Pflichtverletzung ist, dass B nicht im Grundbuch nachgesehen hat, ob zugunsten des T eine Vormerkung besteht. Eine solche Pflicht besteht jedoch nicht.

II. Ergebnis

Es besteht kein Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 823 Abs. 1 BGB.

⁷³ *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 854 Rn. 41 mit Hinweis auf RGZ 98, 279 (280) – Kiesentnahme.

⁷⁴ *Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 985 Rn. 3; *Eckert* (Fn. 26), § 985 Rn. 2; *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 59 Rn. 3; unentschlossen *Habermeier*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2008, § 985 Rn. 4.

⁷⁵ Strittig, vorliegend aber ohne Belang. Vgl. zur Vertiefung die Nachweise bei *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 8 Rn. 19.

⁷⁶ *Wieling* (Fn. 17), Rn. 1341.