

# Mündlicher Prüfungsfall: Das verflixte Vorkaufsrecht\*

Von RiSG Dr. **Robert Horn**, Gießen\*\*

*Die Klausur behandelt zunächst einen zivilprozessualen Teil, der sich auf Grundzüge des Erkenntnisverfahrens bezieht und anhand der ZPO-Regelungen zu bewältigen ist. Anschließend geht es um Fragestellungen aus dem Immobiliarsachenrecht, deren Beantwortung sich ebenfalls im Kern aus den einschlägigen materiell-rechtlichen BGB-Vorschriften ergibt.*

## Sachverhalt

S hat eine kleine Gärtnerei in Marburg erworben. Weil sie mit dem Gedanken spielt, sich auf die Züchtung von exotischen Pflanzen zu spezialisieren, möchte sie ihren Betrieb vergrößern. Dazu würde sich das Nachbargrundstück, als dessen Eigentümer I im Grundbuch eingetragen ist, besonders gut eignen. I ist aber nicht bereit, sein Grundstück zu verkaufen. Nach intensiven Verhandlungen einigen sich S und I über die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts gegen Zahlung von 15.000 €. Das Aufsuchen eines Notars halten sie für entbehrlich. Das Vorkaufsrecht wird ins Grundbuch eingetragen.

Allerdings war das Grundbuch unrichtig. Wahrer Eigentümer ist E. Das war weder S noch I bekannt. Nach Berichtigung des Grundbuchs verkauft E das Grundstück an D zum Preis von 150.000 €. Die Bedenken der D wegen des eingetragenen Vorkaufsrechts hatte E erfolgreich zerstreut. D wird als Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen und zahlt den vereinbarten Kaufpreis an E. Das Grundstück wird übergeben.

S ärgert sich maßlos, als sie von diesen Vorgängen und davon erfährt, dass D neben ihrer Gärtnerei eine Autowerkstatt einrichten will. Nach Rücksprache mit ihrem Anwalt schreibt S fristgerecht an E, sie übe hiermit ihr Vorkaufsrecht aus.

E teilt daraufhin S mit, dass ihn das Vorkaufsrecht nichts angehe. Beide sind aber der Auffassung, dass diese Frage letztlich nur durch ein Gericht geklärt werden könne. Da beide in Gießen wohnen, vereinbaren sie schriftlich, dass das Landgericht Gießen für ihre Streitigkeiten zuständig sein soll. Daraufhin erhebt S, vertreten durch ihren Anwalt, gegen E beim Landgericht Gießen Klage auf Auflassung des Grundstücks an sie. In der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Gießen äußert der Vorsitzende Zweifel im Hinblick auf die Zulässigkeit der erhobenen Klage.

## Aufgabe 1

1. Ist die Klage der S zulässig?
2. Was wird der Rechtsanwalt von S tun?

---

\* Der Fall wurde in leicht abgewandelter Form im mündlichen Teil der Ersten Juristischen Staatsprüfung am 6.6.2018 in Gießen gestellt.

\*\* Der *Autor* ist stellvertretender Direktor des Sozialgerichts Gießen und Kommissionsvorsitzender in der Staatlichen Pflichtfachprüfung in Hessen.

## Aufgabe 2

Ist die Klage der S begründet?

## Aufgabe 3

1. Welche Ansprüche hat S gegen D?
2. Welche Gegenrechte und Gegenansprüche hat D gegen S?

## Grobgliederung der Falllösung

*Zu Aufgabe 1*

- I. Zulässigkeit der Klage der S
  1. Sachliche Zuständigkeit des Landgerichts Gießen
  2. Örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Gießen
  3. Ergebnis
  4. Reaktion des Rechtsanwaltes der S: § 281 Abs. 1 ZPO

*Zu Aufgabe 2*

- II. Begründetheit der Klage der S gegen E  
Anspruch auf Auflassung nach §§ 1098 Abs. 1, 464 Abs. 2, 433 Abs. 1 BGB
  1. Erwerb des Vorkaufsrechts nach §§ 873, 1094 BGB
  2. Eintritt des Vorkaufsfalles nach §§ 1098, 463 BGB
  3. Ausübung des Vorkaufsrechts
  4. Unmöglichkeit der Auflassung nach § 275 BGB
  5. Ergebnis

*Zu Aufgabe 3*

- III. Anspruch S gegen D auf Zustimmung zur Eintragung der S als Eigentümerin nach §§ 1098 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB
- IV. Anspruch aus § 894 BGB
- V. Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks, § 985 BGB
- VI. Anspruch aus § 985 BGB analog
- VII. Anspruch aus § 1100 BGB
- VIII. Gegenrechte und Gegenansprüche der D
  1. Anspruch auf Zahlung von 150.000 €, § 1100 S. 2 BGB
  2. Zurückbehaltungsrecht der D gem. § 1100 S. 1 BGB

## Lösungsvorschlag zu Aufgabe 1

### I. Zulässigkeit der Klage der S

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung der Klage von S stellt sich die Frage der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Landgerichts Gießen. Sonstige Zulässigkeitsprobleme sind nicht ersichtlich.

#### *1. Sachliche Zuständigkeit des Landgerichts Gießen*

Die sachliche Zuständigkeit betrifft die Abgrenzung der Zuständigkeit erster Instanz nach der Art des Streitgegenstandes<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Schultzky*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1 Rn. 5.

und richtet sich gem. § 1 ZPO nach GVG. Die sachliche Zuständigkeit der Landgerichte ergibt sich aus § 71 GVG, wobei die Landgerichte in Zivilsachen in erster Instanz für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zuständig sind, die nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind. Nach § 23 Nr. 1 GVG sind die Amtsgerichte für Streitigkeiten über Ansprüche zuständig, deren Streitwert 5.000 € nicht übersteigt, soweit keine vom Streitwert unabhängige Zuweisung nach den §§ 23 Nr. 2, 23a oder 23b GVG eingreift. Dies ist hier nicht der Fall. Deshalb ist nach § 23 Nr. 1 GVG der Wert des Streitgegenstandes maßgebend.

Der Wert des Streitgegenstandes bestimmt sich nach den §§ 3 ff. ZPO (§ 2 ZPO). Im vorliegenden Fall könnte § 6 ZPO einschlägig sein. § 6 ZPO greift bei allen Verfahren ein, in denen um Besitz jeglicher Art gestritten wird, unabhängig davon, ob das Recht dinglicher oder obligatorischer Natur ist.<sup>2</sup> Hier steht ein Anspruch aus einem dinglichen Vorkaufsrecht in Frage. S macht mit ihrer Klage den Auflassungsanspruch geltend, den das Vorkaufsrecht nach §§ 1094, 1098 Abs. 1, 664 Abs. 2, 433 Abs. 1 BGB gewährt. Nach h.M. findet § 6 ZPO jedoch auch dann Anwendung, wenn der Kläger auf Auflassung klagt.<sup>3</sup> Wenn bereits für die Besitzklage der Sachwert entscheidend ist, so muss dies erst recht für die Eigentumsklage gelten. Der Streit um den Sachbesitz kann nicht wertvoller sein als der Streit um das Eigentum daran.<sup>4</sup>

Dementsprechend ist für die Klage der S der Verkehrswert des Grundstücks maßgeblich. Dieser liegt bei 150.000 €, also über 5.000 €. Der Rechtsstreit fällt demnach nicht in die Zuständigkeit der Amtsgerichte, sondern nach § 71 Abs. 1 GVG in die Zuständigkeit der Landgerichte. Das Landgericht Gießen ist sachlich zuständig.

## 2. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand) bezieht sich darauf, welches Gericht 1. Instanz wegen seines örtlichen Sitzes die Sache zu erledigen hat.<sup>5</sup> Der Gerichtsstand richtet sich nach den §§ 12 ff. ZPO. Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass S und E eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen haben. Durch eine Gerichtsstandsvereinbarung (§ 38 ZPO) kann die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts begründet werden. Hier ist allerdings fraglich, ob S und E eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung getroffen haben. Grundsätzlich sind nämlich Gerichtsstandsvereinbarungen unzulässig, damit die durch die gesetzlichen Regelungen der §§ 13–37 ZPO gewährleistete Waffengleichheit der Parteien nicht zu deren Disposition gestellt wird.<sup>6</sup> Die Gerichtsstandsvereinbarung zwischen S und E ist daher nur wirksam, wenn sie besonders zugelassen wäre.

<sup>2</sup> Herget, in: Zöller (Fn. 1), § 6 ZPO Rn. 3 f.

<sup>3</sup> OLG München NJW-RR 1998, 142 (143); Herget (Fn. 2), § 6 ZPO Rn. 4.

<sup>4</sup> Heinrich, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 17. Aufl. 2020, § 6 Rn. 2; OLG Köln, Beschl. v. 20.9.2004 – 19 U 214/02.

<sup>5</sup> Schultzky (Fn. 1), § 1 Rn. 7.

<sup>6</sup> Heinrich (Fn. 4), § 38 Rn. 1; BGH NJW 1983, 159 (162).

Die Gerichtsstandsvereinbarung zwischen S und E könnte hier nach § 38 Abs. 3 ZPO besonders zugelassen sein. Das ist der Fall, wenn die Vereinbarung ausdrücklich und schriftlich nach dem Entstehen der Streitigkeit geschlossen wird. Die zwischen S und E getroffene Vereinbarung erfolgte zunächst schriftlich. In der Vereinbarung kam auch unmissverständlich zum Ausdruck, dass es sich um eine Zuständigkeitsregelung handelt. Deshalb erfolgte die Vereinbarung auch ausdrücklich.<sup>7</sup>

Sie müsste auch nach dem Entstehen der Streitigkeit geschlossen worden sein. Dies erfordert keinen bereits anhängigen Rechtsstreit zwischen den Parteien. Hierfür genügt vielmehr die unterschiedliche Äußerung unterschiedlicher Ansichten der Parteien über die Rechtsfolgen aus dem Rechtsverhältnis.<sup>8</sup> Im vorliegenden Fall haben S und E bereits vor Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung unterschiedliche Rechtsauffassungen in Bezug auf die Rechtswirkungen des Vorkaufsrechts geäußert. Mit Zugang der Erklärung des E<sup>9</sup>, dass ihn das Vorkaufsrecht nichts angehe, ist deshalb die Streitigkeit zwischen S und E entstanden. Die Vereinbarung zwischen S und E ist als nachträgliche Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne des § 38 Abs. 3 ZPO gesetzlich zugelassen.

Die Gerichtsstandsvereinbarung zwischen S und E könnte jedoch nach § 40 Abs. 2 ZPO unwirksam sein. Dies wäre dann der Fall, wenn für die Klage gem. § 40 Abs. 2 S. 1 ZPO ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet wäre. Die ausschließliche Zuständigkeit bedeutet, dass die Zuständigkeit eines Gerichts der Parteivereinbarung entzogen ist und andere Zuständigkeiten nicht wirksam werden lässt.<sup>10</sup>

Um einen ausschließlichen Gerichtsstand handelt es sich bei dem dinglichen Gerichtsstand des § 24 ZPO. Dieser gilt nach § 24 Abs. 1 ZPO für Klagen, durch die eine dingliche Belastung geltend gemacht wird. S macht mit ihrer Klage ein dingliches Vorkaufsrecht, also eine dingliche Belastung geltend, vgl. § 24 Abs. 2 ZPO. § 24 Abs. 1 ZPO findet Anwendung. Es besteht ein ausschließlicher Gerichtsstand für die Klage von S.

Die Gerichtsstandsvereinbarung von S und E ist daher nach § 40 Abs. 2 Satz 1 ZPO unzulässig.

Das Landgericht Gießen wäre also nur dann örtlich zuständiges Gericht für die Klage der S, wenn es nach § 24 ZPO zuständig wäre. Bei den ein Vorkaufsrecht betreffenden Klagen kommt es auf das nach § 1094 BGB maßgebende, also das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück an, § 24 Abs. 2 ZPO. Örtlich ausschließlich zuständiges Gericht für die Klage der S ist also das Landgericht Marburg. Die Klage hätte somit vor dem Landgericht Marburg erhoben werden müssen.

## 3. Ergebnis:

Die Klage der S ist unzulässig.

<sup>7</sup> Heinrich (Fn. 4), § 38 Rn. 22.

<sup>8</sup> Schultzky (Fn. 1), § 38 Rn. 22; Patzina, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 38 Rn. 35.

<sup>9</sup> Vgl. Touissant, in: Beck'scher Online Kommentar zur ZPO, Ed. 36, Stand: 1.3.2020, § 38 Rn. 36.

<sup>10</sup> Schultzky (Fn. 1), § 12 Rn. 8.

#### 4. Reaktion des Rechtsanwalts der S

Auf Grund der örtlichen Unzuständigkeit des Landgerichts Gießen muss der Rechtsanwalt der S einen Antrag auf Verweisung des Rechtsstreites an das Landgericht Marburg stellen, um eine Abweisung der Klage als unzulässig zu verhindern. Dies folgt aus § 281 Abs. 1 ZPO, nach dem sich das Gericht im Falle seiner örtlichen Unzuständigkeit auf Antrag des Klägers für unzuständig erklären und den Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen hat.

#### Lösungsvorschlag zu Aufgabe 2

#### II. Begründetheit der Klage der S gegen E

Die Klage der S ist begründet, wenn sie gegen E einen Anspruch auf Auflassung des Grundstücks hat.

Der Anspruch S gegen E auf Auflassung des Grundstücks kann sich aus §§ 1098 Abs. 1, 464 Abs. 2, 433 Abs. 1 BGB ergeben. Voraussetzung hierfür ist, dass S ein dingliches Vorkaufsrecht im Sinne des § 1094 BGB erworben hat, der Vorkaufsfall eingetreten ist und S das Vorkaufsrecht frist- und formgerecht ausgeübt hat. Denn mit Ausübung eines wirksam vereinbarten Vorkaufsrechts kommt ein selbständiger schuldrechtlicher Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und Vorkaufsverpflichteten zustande, aus dem sich ein Auflassungsanspruch ergibt.<sup>11</sup>

#### 1. Erwerb des Vorkaufsrechts

S müsste ein dingliches Vorkaufsrecht wirksam erworben haben.

#### a) Einigung und Eintragung

Die Vereinbarung eines dinglichen Vorkaufsrechts setzt die Einigung über die Bestellung eines Vorkaufsrechtes an einem Grundstück und dessen Eintragung in das Grundbuch voraus (§ 873 Abs. 1 BGB). S hat sich hier mit I über die Bestellung eines Vorkaufsrechts an dem Grundstück in Marburg geeinigt.

Umstritten ist, ob diese Einigung auch formfrei möglich ist. §§ 873, 311b Abs. 1 S. 1 BGB beantworten die Frage nicht. Nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich ein Teil verpflichtet, Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Dies gilt auch für eine schuldrechtliche Vereinbarung über die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts. Auch diese Vereinbarung begründet eine Verpflichtung, unter gewissen Umständen – bei Ausübung des Vorkaufsrechts – das Grundstück zu übereignen. Ohne notarielle Beurkundung ist die Vereinbarung nach § 125 S. 1 BGB nichtig. Analog § 311b Abs. 1 S. 2 BGB wird der Mangel jedoch geheilt, wenn das dingliche Vorkaufsrecht durch Einigung und Eintragung nach § 873 BGB entstanden ist. § 873 BGB schreibt für die Einigung eine Form nicht vor. Der BGH hat in der Vergangenheit ohne nähere Begründung die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB auch auf die

Bestellung des Vorkaufsrechts, also ein Verfügungsgeschäft, erstreckt.<sup>12</sup> Die nunmehr h.M. lehnt dagegen die Ausdehnung der Formvorschrift auf die dingliche Einigung ab.<sup>13</sup> Dem ist zuzustimmen, weil nach dem eindeutigen Wortlaut des § 313 S. 1 BGB nur die Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb des Grundstücks an einem Grundstück erfasst wird, nicht dagegen das Verfügungsgeschäft. Hier kann die Streitfrage aber schon deshalb dahinstehen, weil ein Formmangel nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB mit Eintragung des Vorkaufsrechts geheilt worden wäre.<sup>14</sup>

Das Vorkaufsrecht ist auch zu Gunsten der S im Grundbuch eingetragen worden. Einigung und Eintragung liegen daher vor.

#### b) Berechtigung des I

I war allerdings nicht Eigentümer des Grundstücks und damit nicht Berechtigter im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB. S kann das Vorkaufsrecht deshalb allenfalls gutgläubig erworben haben. Ein gutgläubiger Erwerb kommt nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB in Frage. Danach gilt zu Gunsten desjenigen, der ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. § 892 BGB fingiert die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers<sup>15</sup> und schützt den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Rechten durch Verkehrsgeschäft.<sup>16</sup>

Das Vorkaufsrecht stellt ein dingliches Recht an einem Grundstück dar, da es sich als Belastung des Grundstücks auswirkt und den Eigentümer in der Verfügung einschränkt.<sup>17</sup> Dieses hat S auch durch Rechtsgeschäft von I erworben. Es liegt zudem ein Verkehrsgeschäft vor, weil auf Erwerber- und Veräußererseite verschiedene Personen beteiligt sind.<sup>18</sup>

Weiterhin setzt § 892 Abs. 1 S. 1 BGB voraus, dass I Bucheigentümer war, im Grundbuch kein Widerspruch eingetragen und die Unrichtigkeit des Grundbuchs der S auch nicht bekannt war. Davon ist laut Sachverhalt auszugehen. S hat

<sup>12</sup> BGH NJW-RR 1991, 205 (206); ebenso OLG Rostock OLG-Report 2000, 245 (246 f.); *Kanzleiter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 311b Rn. 34 Fn. 100.

<sup>13</sup> *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 1094 Rn. 5; *Stürner*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2001, § 1094 Rn. 7; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1094 Rn. 7; ebenso BGH NJW 2016, 2035.

<sup>14</sup> Vergleiche BGH NJW-RR 1991, 205 (206).

<sup>15</sup> *Picker*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 892 Rn. 3 f.

<sup>16</sup> *Touissant*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, juris PraxisKommentar zum BGB, 9. Aufl. 2020, § 311 BGB Rn. 135 m.w.N. in Fn. 653.

<sup>17</sup> *Omlor*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.5.2019, § 1094 Rn. 1.

<sup>18</sup> *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 892 Rn. 33.

<sup>11</sup> BGHZ 67, 395 (397) = BGH NJW 1977 (762); *Reinschl*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 53. Ed., Stand: 1.2.2020, § 1098 Rn. 9 m.w.N.

daher von I das Vorkaufsrecht an dem Marburger Grundstück gutgläubig erworben.

*c) Wirksamkeit des Vorkaufsrechts*

Streitig ist, ob sich an der wirksamen Bestellung des Vorkaufsrechts dadurch etwas ändert, dass das schuldrechtliche Rechtsgeschäft nicht notariell abgeschlossen wurde. Eine frühere Rechtsprechung verlangte in Bezug auf das schuldrechtliche Rechtsgeschäft über die Bestellung eines Vorkaufsrechts die notarielle Beurkundung entsprechend § 311 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>19</sup> Da hier die notarielle Beurkundung der schuldrechtlichen Einigung fehlt, wäre danach das Kausalgeschäft zwischen S und I formunwirksam gem. § 125 S. 1 BGB. Ob dies in Durchbrechung des Abstraktionsprinzips nach § 139 BGB auch zur Unwirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts führt, kann hier offenbleiben.<sup>20</sup> Denn durch die Einigung zwischen I und S und die Eintragung des Vorkaufsrechts im Grundbuch ist der Formmangel des Kausalgeschäfts jedenfalls entsprechend § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geheilt worden.

S hat ein Vorkaufsrecht an dem Grundstück in Marburg wirksam erworben.

*2. Eintritt des Vorkaufsfalls*

Mit dem Verkauf des Grundstücks von Eigentümer E an D ist der Vorkaufsfall eingetreten, vgl. §§ 1098 Abs. 1 S. 1, 463 BGB.

*3. Ausübung des Vorkaufsrechts*

S müsste das Vorkaufsrecht auch wirksam ausgeübt haben. Dies setzt gem. §§ 1098 Abs. 1, 464 Abs. 1 S. 1 BGB eine entsprechende Erklärung gegenüber dem Verpflichteten voraus. Vorkaufsverpflichteter ist nicht derjenige, der das Vorkaufsrecht eingeräumt hat – also nicht I –, sondern derjenige, der zur Zeit der Bestellung des Vorkaufsrechts der Eigentümer ist und der das Grundstück dann verkauft und damit den Vorkaufsfall herbeigeführt hat.<sup>21</sup> Das ist hier E.

S hat als Vorkaufsberechtigte ihr Vorkaufsrecht gegenüber E ausgeübt.

Diese Erklärung bedurfte nach §§ 1098 Abs. 1 S. 1, 465 Abs. 1 S. 2 BGB nicht der Form des § 313 BGB. Sie erfolgte laut Sachverhalt auch innerhalb der Frist des § 469 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB.

Mit der form- und fristgerechten Ausübung des Vorkaufsrechts durch S ist ein Kaufvertrag zwischen S und E zustande gekommen, aus dem S einen Anspruch auf Auflassung des Grundstücks nach § 433 Abs. 1 BGB hat.

*4. Unmöglichkeit der Auflassung*

Der Auflassungsanspruch der S könnte aber wegen Unmöglichkeit nach § 275 BGB untergegangen sein.

E hat sein Eigentum am Grundstück nach §§ 873, 925 BGB an D übertragen, die auch als Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen worden ist. Es stellt sich die Frage, ob für E dadurch die Auflassung an S unmöglich geworden ist.

Dagegen könnte die Wirkung des Vorkaufsrechts gem. § 1098 Abs. 2 BGB sprechen. Danach hat das Vorkaufsrecht Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung, § 883 BGB findet also entsprechende Anwendung. Das bedeutet, dass eine Verfügung, die nach der Eintragung des Vorkaufsrechts getroffen wird, nach § 883 Abs. 2 BGB insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Die Eigentumsübertragung von E an D ist eine Verfügung über das belastete Grundstück und erfolgte nach Eintragung des Vorkaufsrechts der S. Außerdem würde eine wirksame Eigentumsübertragung von E an D den Anspruch der S auf Auflassung vereiteln.

Die Eigentumsübertragung von E auf D ist demzufolge gegenüber S nach § 883 Abs. 2 BGB relativ unwirksam.<sup>22</sup> E kann sich deshalb gegenüber S nicht auf Unmöglichkeit berufen. Der Gesichtspunkt der Unmöglichkeit steht einer Verurteilung des E zur Abgabe der Auflassungserklärung nicht entgegen.<sup>23</sup>

*5. Ergebnis*

Die Klage der S ist begründet.

**Lösungsvorschlag zu Aufgabe 3**

**III. Anspruch S gegen D auf Zustimmung zur Eintragung der S als Eigentümerin, §§ 1098 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB**

Somit ist zu prüfen, ob S von D die Zustimmung zu ihrer Eintragung nach §§ 1098 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB verlangen kann. Die Zustimmung der D ist deshalb erforderlich, weil die Eintragung der S zur Verwirklichung des auf Grund des Vorkaufsrechts gesicherten Anspruchs nach § 19 GBO formell-rechtlich die Zustimmung der nach §§ 1098 Abs. 2, 883 Abs. 2 BGB vormerkungswidrig eingetragenen D voraussetzt. Es handelt sich um einen unselbständigen dinglichen Hilfsanspruch auf Zustimmung.<sup>24</sup>

Dieser setzt voraus, dass der Erwerb eines im Grundbuch eingetragenen Rechts gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten ein Vorkaufsrecht besteht, unwirksam ist. Die relative Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung von E an D gegenüber S wurde bereits bejaht. Die Voraussetzungen des § 888 Abs. 1 BGB liegen vor.

S kann folglich von D gem. § 888 Abs. 1 BGB die nach § 19 GBO erforderliche Zustimmung zu ihrer Eintragung als

<sup>19</sup> BGH NJW-RR 1991, 205 (206); OLG Rostock OLG-Report 2000, 245 (246 f.); a.A. BGH NJW 2016, 235, der es nach einem formgerechten Verpflichtungsgeschäft hinsichtlich der eigentlichen Bestellung des Vorkaufsrechts bei der Formfreiheit belässt.

<sup>20</sup> Vgl. BGH NJW 1967, 1128 (1130).

<sup>21</sup> Schermaier, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 1094 Rn. 19.

<sup>22</sup> Kohler (Fn. 18), § 883 Rn. 50; Stürner (Fn. 13), § 883 Rn. 35.

<sup>23</sup> BGH NJW 1999, 2034 (2035); Stürner (Fn. 13), § 883 Rn. 35.

<sup>24</sup> Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 888 Rn. 1.

Eigentümerin im Grundbuch verlangen, da dies zur Verwirklichung ihres Anspruchs auf Auflassung gegen E erforderlich ist.

#### IV. Anspruch S gegen D auf Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB

Ein Anspruch aus § 894 BGB auf Grundbuchberichtigung besteht vorliegend nicht. Das Grundbuch wurde durch die Eintragung der D als Eigentümerin nicht unrichtig. Die Eintragung einer vormerkungswidrigen Verfügung im Sinne des § 883 BGB macht das Grundbuch nicht unrichtig.<sup>25</sup>

#### V. Anspruch S gegen D auf Herausgabe des Grundstücks aus § 985 BGB

Eine unmittelbare Anwendung des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB kommt hier nicht in Betracht, da ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zwischen S und D nicht besteht. S ist noch keine Eigentümerin des Grundstücks.

#### VI. Anspruch S gegen D auf Herausgabe des Grundstücks aus § 985 BGB analog

Des Weiteren könnte S gegen D einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks gem. § 985 BGB analog haben. Nach h.M. schützen die §§ 985 ff. BGB nicht nur den Eigentümer, sondern auch den Anwartschaftsberechtigten.<sup>26</sup> Die h.M. verweist darauf, dass es sich beim Anwartschaftsrecht um ein „wesensgleiches Minus“ zum Eigentum handelt. Nach der Gegenansicht ist § 985 BGB nicht analog auf den Anwartschaftsberechtigten anwendbar.<sup>27</sup> Die Streitfrage kann dahinstehen, wenn S kein Anwartschaftsrecht an dem Grundstück in Marburg erworben hätte. Ein Anwartschaftsrecht besteht nur dann, wenn von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechtes schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere, an der Entstehung des Rechts Beteiligte, nicht mehr einseitig zerstören kann.<sup>28</sup> Ein Anwartschaftsrecht setzt aber in jedem Fall voraus, dass die Auflassung bereits erfolgt ist. Wird die Auflassung nicht erklärt, so reicht auch eine Vormerkung allein nicht aus, um das Anwartschaftsrecht zu begründen.<sup>29</sup>

Im vorliegenden Fall hat das Vorverkaufsrecht nach § 1098 Abs. 2 BGB zwar die Wirkung einer Vormerkung. Da aber zwischen E und S noch keine Auflassung erfolgte, steht S auch kein Anwartschaftsrecht zu.

Ein Anspruch aus § 985 BGB analog besteht deshalb nicht.

<sup>25</sup> Kohler (Fn. 18), § 888 Rn. 1; OLG Hamm NJW-RR 1993, 520 (530).

<sup>26</sup> Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 985 Rn. 6; Mühl, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1990, § 985 Rn. 12; Müller-Laube, JuS 1993, 529 (530 f.).

<sup>27</sup> Spohnheimer, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 1.2.2020, § 985 Rn. 45 m.w.N. in Fn. 200.

<sup>28</sup> Kindl, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 53. Ed., Stand: 1.2.2020, § 929 Rn. 74; BGH NJW 1958, 1133 (1134); BGH NJW 1982, 715 f.; Ruge-Rannow, JA 2016, 487 (488).

<sup>29</sup> BGH NJW 1984, 937 f.; Berger (Fn. 24), § 873 Rn. 19 f.

#### VII. Anspruch S gegen D auf Herausgabe des Grundstücks aus § 1100 BGB

S könnte gegen D einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks aus § 1100 BGB haben.

Diese Vorschrift setzt zwar einen Anspruch des Vorkaufsberechtigten gegen den Dritten auf Herausgabe des Grundstücks voraus.<sup>30</sup> Unklar ist aber, ob dieser Anspruch bereits dann besteht, wenn der Vorkaufsberechtigte noch gar kein Eigentümer des Grundstücks ist. § 1100 BGB klärt die Frage nicht.

Der BGH bejaht einen solchen Herausgabeanspruch schon vor Eintragung des Vorkaufsberechtigten, allerdings ohne nähere Begründung unter Verweis auf § 1100 BGB.<sup>31</sup> Die dogmatische Grundlage ist aber nicht geklärt, wobei die überwiegende Meinung im Schrifttum dem BGH folgt.<sup>32</sup> Als Begründung hierfür wird angeführt, dass die beiderseitigen Ansprüche des Vorkaufsberechtigten und des dritten Käufers möglichst schon vor der Umschreibung des Grundstücks ausgetragen werden sollen.<sup>33</sup> Der Herausgabeanspruch nach § 1100 BGB wird danach den obligatorischen Ansprüchen zugerechnet.<sup>34</sup> Danach hat S gegen D einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks.

*Hinweis:* Von den Bearbeitern kann ein Eingehen auf diese Problematik kaum verlangt werden. Soweit § 1100 BGB geprüft wird, ist dies positiv anzurechnen.

#### VIII. Gegenrechte und Gegenansprüche der D

##### 1. Anspruch auf Zahlung von 150.000 € gem. § 1100 S. 2 BGB

Nach § 1100 S. 2 BGB kann der bisherige Eigentümer von dem Vorkaufsberechtigten Erstattung des Kaufpreises gegen Herausgabe des Grundstücks fordern, wenn der Vorkaufsberechtigte als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist. Ein Zahlungsanspruch der D gegen S nach § 1100 S. 2 BGB besteht noch nicht, da S noch nicht im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist.

##### 2. Zurückbehaltungsrecht der D gem. § 1100 S. 1 BGB

Nach § 1100 S. 1 BGB kann der neue Eigentümer, wenn er der Käufer ist, die Zustimmung zur Eintragung des Vorkaufsberechtigten als Eigentümer und die Herausgabe des Grundstücks verweigern, bis ihm der vereinbarte Kaufpreis, soweit er berichtigt ist, erstattet wird.

Im vorliegenden Fall hat D an E den Kaufpreis i.H.v. 150.000 € gezahlt. Der Kaufpreis ist somit berichtigt.

D kann also als neue Eigentümerin im Sinne des § 1100 S. 1 BGB gegenüber S als der Verkaufsberechtigten die Zu-

<sup>30</sup> Westermann (Fn. 13), § 1100 Rn. 2.

<sup>31</sup> BGHZ 115, 335 (345) = BGH NJW 1992, 236 (238).

<sup>32</sup> Westermann (Fn. 13), § 1100 Rn. 2; Berger (Fn. 24), § 1098 Rn. 2; so bereits OLG München NJW 1963, 301 (303) m. Anm. Hoche.

<sup>33</sup> Westermann (Fn. 13), § 1100 Rn. 1.

<sup>34</sup> Reetz, in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2016, § 1100 Rn. 1; Grziwotz, in: Ermann, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 1100 BGB Rn. 1, 2.

stimmung zur Eintragung der S im Grundbuch nach § 888 Abs. 1 BGB und die Herausgabe des Grundstückes nach § 985 BGB analog solange verweigern, bis S ihr den Kaufpreis i.H.v. 150.000 € erstattet hat.