

Die Auflassungsvormerkung als schuldrechtliches Sicherungsinstrument zur Eigentumsübertragung von Grundstücken

**Eine kritische Auseinandersetzung mit ihrer
Notwendig- bzw. Entbehrlichkeit**

D i p l o m a r b e i t

**an der Fachhochschule der Sächsischen Verwaltung Meißen
Fachbereich Steuer- und Staatsfinanzverwaltung**

**vorgelegt von
Marlene Thiemer
aus Freiberg**

Meißen, 11.04.2021

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
1 Einleitung	- 1 -
2 Begriffserläuterungen	- 3 -
2.1 Eigentum.....	- 3 -
2.2 Auflassung	- 3 -
2.3 Vormerkung	- 4 -
2.4 Auflassungsvormerkung.....	- 4 -
3 Historische Entwicklung der Vormerkung	- 6 -
4 Entstehung.....	- 7 -
4.1 Sicherungsfähiger Anspruch	- 7 -
4.2 Bewilligung.....	- 8 -
4.3 Eintragung.....	- 9 -
4.4 Berechtigung des Bewilligenden	- 10 -
5 Rechtsnatur.....	- 11 -
5.1 Dingliches Recht	- 11 -
5.2 Schuldrechtliche Verfügungsbeschränkung.....	- 12 -
5.3 Sicherungsmittel eigener Art	- 12 -
6 Wirkung	- 14 -
6.1 Sicherungswirkung.....	- 14 -
6.2 Vollwirkung.....	- 16 -
6.3 Rangwirkung.....	- 17 -
6.4 Wirkung gegenüber Erben	- 19 -
7 Abwägung Notwendigkeit bzw. Entbehrlichkeit	- 20 -
7.1 Pro-Argumente.....	- 20 -
7.1.1 Schutz vor rechtsgeschäftlichen Verfügungen.....	- 20 -
7.1.2 Schutz vor hoheitlichen Verfügungen.....	- 22 -
7.1.3 Ausschluss beschränkter Erbenhaftung	- 24 -

7.1.4	Ansprüche des Vormerkungsberechtigten.....	- 25 -
7.1.5	Belehrungspflichten des Notars.....	- 26 -
7.2	Contra-Argumente.....	- 27 -
7.2.1	Ausschließlicher Schutz vor Verfügungen	- 27 -
7.2.2	Kostenfaktor.....	- 31 -
7.2.3	Risiko für Dritte und den Verkäufer	- 34 -
7.2.4	Alternativen zur Auflassungsvormerkung	- 35 -
8	Bewertung der Argumente.....	- 37 -
9	Zusammenfassung.....	- 40 -
	Literaturverzeichnis	V
	Verzeichnis der Rechtsvorschriften.....	VIII
	Verzeichnis der Rechtsprechung.....	IX
	Eidesstaatliche Erklärung.....	X

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	=	Absatz
Aufl.	=	Auflage
Bd.	=	Band
bzw.	=	beziehungsweise
ebd.	=	ebenda
f.	=	folgende (Seite)
ff.	=	fortfolgende (Seiten)
Fn	=	Fußnote
h. M.	=	herrschende Meinung
hrsg. v.	=	herausgegeben von
Jg.	=	Jahrgang
Nr.	=	Nummer
S.	=	Seite(n)
s.	=	siehe
u. a.	=	und andere (Autoren oder Verlagsorte)
Verf.	=	Verfasser
vgl.	=	vergleiche
zit. nach	=	zitiert nach

1 Einleitung

Die Vormerkung existiert als Sicherungsinstrument schon seit über zwei Jahrhunderten. Nach erstmaliger Legaldefinition im Jahr 1812 in § 438 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) als „bedingte Eintragung in das öffentliche Buch“, wurde der Begriff „Vormerkung“ dann im Jahr 1900 in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) aufgenommen. Seitdem erfolgt die Belastung des Grundbuches durch Eintragung der Vormerkung im Sinne des § 883 BGB in Abteilung II des Grundbuchs.

Um ein Grundstück zu erwerben, sind aufgrund des Trennungs- und Abstraktionsprinzips des bürgerlichen Rechtes, ein Verpflichtungsgeschäft und ein separates Verfügungsgeschäft notwendig. Das Verpflichtungsgeschäft wird durch den Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages und das Verfügungsgeschäft durch den Eigentumserwerb realisiert.

Der Eigentumserwerb an einem Grundstück kann gemäß § 873 Absatz 1 BGB nur durch eine Einigung über die Rechtsänderung zwischen dem berechtigten Veräußerer und dem Erwerber (Auflassung) und der Eintragung der Rechtsänderung in Abteilung II des Grundbuches erfolgen.

Zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages, der Auflassung und der tatsächlichen Eintragung des neuen Eigentümers liegt oft ein längerer Zeitraum. Ein Problem stellt dabei der öffentliche Glaube des Grundbuches gemäß § 892 BGB dar, welcher die Richtigkeit des Grundbuches annimmt. Diejenige Person, die als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, wird auch als der tatsächliche Eigentümer angesehen.

Zur Sicherung der eigenen Rechtsposition und zum Schutz vor Zwischenverfügungen des ursprünglichen Eigentümers besteht für den Käufer die Möglichkeit, eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eintragen zu lassen. Die Auflassungsvormerkung stellt eine spezielle Form der Vormerkung dar, mit dem Zweck der Sicherung des Anspruches des Käufers auf Eigentumsübertragung. Solange keine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen ist, kann jeder Dritte gutgläubig das Eigentum an dem bereits veräußerten Grundstück erwerben.

Aufgrund der weit zurückreichenden Historie stellt sich die Frage, ob die Auflassungsvormerkung auch heute noch zeitgemäß ist und die aufzuwendenden

Kosten noch in Einklang mit der eigentlichen Bedeutung und Wirkung der Auflassungsvormerkung stehen.

Das Ziel dieser Arbeit ist eine kritische Auseinandersetzung zur Notwendigkeit der Auflassungsvormerkung als temporäre Grundbuchbelastung. Dazu werden sowohl die historische Entwicklung, als auch die Rechtsnatur und die grundlegenden Wirkungen der Vormerkung beleuchtet. Wichtig für die Betrachtung ist auch die Entstehung einer Vormerkung und die Wirkung in besonderen rechtlichen Umständen, wie zum Beispiel einer Zwangsvollstreckung oder einem Insolvenzverfahren.

Es wird untersucht, ob Angriffsmöglichkeiten bezogen auf das originäre Schutzziel der Auflassungsvormerkung bestehen. Zudem wird mit Pro- und Contra - Argumenten abgewogen, ob die Auflassungsvormerkung ein weiterhin notwendiges Sicherungsinstrument im Grundbuch darstellt.

2 Begriffserläuterungen

Im folgenden Abschnitt werden die wichtigsten Begriffe für den thematischen Zusammenhang definiert. Damit entfallen zur besseren Lesbarkeit der Arbeit die konkreten Begriffsdefinitionen in den einzelnen Fachkapiteln.

2.1 Eigentum

Der Begriff Eigentum umfasst die rechtliche Herrschaft über eine Sache und somit die Befugnis mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen.¹ Es ist zudem das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache, welches die Rechtsordnung kennt.²

Eigentum kann in verschiedenen Erscheinungsformen auftreten, zum Beispiel als Alleineigentum, Miteigentum oder Gesamthandseigentum. Der Erwerb von Eigentum kann kraft Gesetzes im Rahmen der §§ 873 - 984 BGB erfolgen. Die Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen erfolgt derivativ durch Einigung zwischen Eigentümer und Erwerber und Übergabe der Sache³ oder originär nach den §§ 937 ff. BGB. Die Übertragung von Eigentum an einem Grundstück erfolgt durch Einigung zwischen dem berechtigten Veräußerer und dem Erwerber sowie Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch.⁴

2.2 Auflassung

Eine Sonderform der Einigung zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück stellt die Auflassung dar. Sie ist eine auf die Übereignung eines Grundstückes gerichtete dingliche Einigung. Der Auflassungsbegriff in seiner sprachwörtlichen Übersetzung stammt aus dem Frühmittelalter und bedeutet das gleiche wie „offen lassen“ oder „geöffnet lassen“.⁵

¹ vgl. § 903 Satz 1 BGB

² Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl. 1992, § 24; Rösch in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, 9. Aufl., § 903 BGB, jurisPK-BGB (Stand: 01.07.2020)

³ § 929 S. 1 BGB

⁴ § 873 Abs. 1 BGB

⁵ vgl. Pfeifer/Diehn in: Staudingers Kommentar zum BGB, Vorbemerkung zu § 925 BGB, Rn.3;

Da zur damaligen Zeit noch keine Grundbücher existierten, wurde durch das offengebliebene von Fenstern und Türen des Hauses bekanntgegeben, dass das Haus verkauft wird. Die Auflassung ist in § 925 BGB rechtlich geregelt. Legal definiert ist sie die „zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers“⁶.

Die Auflassung muss „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden“⁷. Diese zuständige Stelle ist zwingend ein Notariat, da § 311b BGB bei Verträgen, durch die sich ein Vertragsteil zur Übertragung eines Grundstücks verpflichtet, eine notarielle Beurkundung vorsieht. Eine Auflassung darf gem. § 925 Absatz 2 BGB weder bedingt noch befristet erklärt werden, da sonst Unwirksamkeit als Rechtsfolge eintritt. § 925 BGB ist Grundvoraussetzung für den Übergang des Eigentums an Grundstücken und hat somit hohe praktische Bedeutung.

2.3 Vormerkung

Der Begriff „Vormerkung“ im Sinne der §§ 883 - 888 BGB stellt eine vorläufige Eintragung im Grundbuch zur Sicherung einer künftigen Eintragung eines Rechtes dar.⁸ Da zwischen der Entstehung einer Verfügung (Verpflichtungsgeschäft) und der tatsächlichen Erfüllung der Verfügung (Verfügungsgeschäft) ein erheblicher Zeitraum liegen kann, besteht die Möglichkeit, eine Vormerkung ins Grundbuch eintragen zu lassen. Diese sichert dann den schuldrechtlichen Anspruch aus dem Verpflichtungsgeschäft auf dingliche Änderung der Rechtslage ab und sorgt für eine Unwirksamkeit entsprechender nachträglicher Verfügungen.

2.4 Auflassungsvormerkung

Die in der Praxis am häufigsten verwendete Vormerkungsart ist die Vormerkung für Übereignungsansprüche. Diese bezeichnet man auch als Auflassungsvormerkung oder Eigentumsvormerkung.⁹ Durch die Eintragung einer Auf-

⁶ § 925 Abs. 1 S. 1 BGB

⁷ § 925 Abs. 1 S. 1 BGB

⁸ Stöfen, Vormerkung in Gabler Wirtschaftslexikon, abgerufen am 16. August 2020, URL: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/vormerkung-48569#definition>

⁹ Gursky in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883 BGB Rn. 93

lassungsvormerkung wird der Anspruch des Käufers auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gesichert.¹⁰ Sie kündigt als Eintragung in Abteilung II des Grundbuches einen künftigen Eigentumswechsel an.

Schuldrechtliche Grundlage für den Anspruch auf Eigentumsverschaffung und somit Eintragung einer Auflassungsvormerkung ist ein Veräußerungsvertrag, welcher der Form nach § 311b Absatz 1 Satz 1 BGB entsprechen muss. Meist ist es ein notariell beurkundeter Grundstückskaufvertrag.

¹⁰ vgl. § 925 Abs. 1 S. 1 BGB

3 Historische Entwicklung der Vormerkung

Während viele unserer heutigen Rechtsbegriffe dem römischen Recht entstammen, bildet die Vormerkung eine Ausnahme, da sie ihren Ursprung im deutschsprachigen Partikularrecht findet.¹¹ Der Auflassungsvormerkung vergleichbare Gebilde traten erstmals in der Preußischen Hypothekenordnung (PrHypO) vom 20. Dezember 1783 auf. Sie wurden „Protestationen“ genannt. Protestationen konnten gem. § 289 Tit. II PrHypO eingelegt werden, „wenn jemand einen Realanspruch an einem Grundstück behauptet, den er aber sofort liquid zu machen, ohne seine Schuld verhindert wird“^{12,13} Daraufhin übernahmen sowohl das Eigentumserwerbsgesetz als auch die preußische Grundbuchordnung (PrGBO) vom 5. Mai 1872 die vorläufigen Eintragungen und nannten sie „Vormerkungen“. Diese Vormerkungen dienten sowohl dem Schutz bestehender dinglicher Rechte¹⁴, als auch dem Schutz von persönlichen Rechten auf Erwerb eines dinglichen Rechts.¹⁵ Das sächsische Recht trennte dies und ordnete der Vormerkung lediglich den Schutz von persönlichen Rechten auf Erwerb dinglicher Rechte zu.¹⁶ Aufgrund der Tatsache, dass die Vormerkung eine Mischform zwischen Schuld- und Sachenrecht darstelle und somit gegen die strenge Trennung, die in der Kodifikation einhergehen sollte, verstoße, lehnte die erste Kommission bei Schaffung des BGB die Aufnahme der Vormerkung zunächst ab. Die zweite Kommission konnte diese Ablehnung allerdings nicht befürworten, da „dieses Institut in großen Teilen Deutschlands geltendes Recht sei und redlich Gebrauch davon gemacht werde“¹⁷. Die bloße Annahme, dass eine derartige Sicherung nicht erforderlich sei, da im Mobiliarrecht auch keine existiere, sei nicht Grund genug die Vormerkung zu versagen. Somit wurde die Vormerkung, als Instrument zum Schutz persönlicher Ansprüche auf dingliche Rechtsänderung, ins Gesetz aufgenommen.¹⁸

Seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches im Januar 1900 ist die Vormerkung mit ihren Wirkungen in den §§ 883 ff. BGB geregelt.

¹¹ vgl. *Reichel*, Die Vormerkung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, in: JherJb, Band 46, 1904, S. 59

¹² § 289 PrHypO

¹³ vgl. *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), S. 4

¹⁴ vgl. *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), S. 4; §§ 88, 102 PrGBO

¹⁵ vgl. *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), S. 4; §§ 64, 88 PrGBO

¹⁶ vgl. *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), S. 4

¹⁷ ebenda

¹⁸ ebenda

4 Entstehung

Das erstmalige Entstehen einer Vormerkung wird auch Ersterwerb der Vormerkung genannt. Dieser Ersterwerb kommt nur zum Tragen, wenn die wesentlichen Voraussetzungen des § 883 BGB i. V. m. § 885 BGB erfüllt sind. Voraussetzung für die Entstehung einer Vormerkung sind demnach ein sicherungsfähiger Anspruch, eine Bewilligung des Betroffenen oder eine einstweilige Verfügung und die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch.¹⁹ Diese drei Voraussetzungen, sowie die damit einhergehende Berechtigung des Bewilligenden werden im nächsten Abschnitt detaillierter betrachtet.

4.1 Sicherungsfähiger Anspruch

Der § 883 BGB regelt, welche konkreten Ansprüche durch eine Vormerkung sicherbar sind. Gemäß § 883 Absatz 1 BGB kann eine Vormerkung sowohl „zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts“²⁰ dienen.

Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch muss immer ein schuldrechtlicher Anspruch sein²¹, mit dem Ziel einer dinglichen Rechtsänderung. Dieser kann sowohl vertraglich als auch gesetzlich sein. Bei der Auflassungsvormerkung ist es meist der Anspruch aus § 433 Absatz 1 Satz 1 BGB auf Übereignung des Grundstücks.

Da die Vormerkung streng akzessorisch mit der schuldrechtlichen Forderung ist²², muss dieser Anspruch tatsächlich bestehen und muss zudem gültig und nicht formnichtig sein.²³ Nichtbestehende Ansprüche sind somit nicht vormerkungsfähig.²⁴

Der Anspruch kann nach § 883 Absatz 1 Satz 2 BGB auch künftige oder an eine Bedingung gebunden sein. Künftige wirksame Ansprüche sind zum Beispiel

¹⁹ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 885 BGB Rn. 1 (Stand: 01.07.2020)

²⁰ § 883 Abs. 1 S. 1 BGB

²¹ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 883 BGB, Rn 27 (Stand: 01.07.2020)

²² vgl. *Hager*, Die Vormerkung in: Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung, S. 430 zu III. 1; BGH, Urt. v. 07.03.2002 - IX ZR 457/99 - BGHZ 150, 138

²³ vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2005 - IX ZR 100/03 - NZI 2006, 331, 332; *Kohler* in: Münchner Kommentar-BGB, § 883 Rn. 23

²⁴ vgl. <http://rechtslexikon.net/d/vormerkung/vormerkung.htm>

Grundstückskaufverträge, deren behördliche Genehmigungen noch ausstehen. Formnichtige Kaufverträge hingegen sind trotz Heilungsmöglichkeit nach § 311 b Absatz 1 Satz 2 BGB mit ex-nunc Wirkung nach herrschender Meinung nicht als künftige Ansprüche nach § 883 Absatz 1 Satz 2 BGB sicherbar.

4.2 Bewilligung

Die Bewilligung richtet sich sowohl nach § 885 Absatz 1 BGB als auch nach dem grundbuchrechtlichen Verfahrensrecht des § 19 Grundbuchordnung (GBO). Die Besonderheit bei der materiell-rechtlichen Bewilligung der Vormerkung liegt darin, dass es sich nicht um eine rechtliche Einigung, also um zwei übereinstimmende Willenserklärungen, sondern lediglich um eine einseitige Willenserklärung seitens des durch die Eintragung der Vormerkung Betroffenen handelt.²⁵

Diese einseitige Erklärung muss entweder gegenüber der zuständigen Behörde - dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten erklärt werden. Die Bewilligungserklärung stellt somit eine empfangsbedürftige materiell-rechtliche Willenserklärung dar²⁶, welche auch nach der Eintragung erklärt werden kann.²⁷ Diese materiell-rechtliche Bewilligungserklärung ist aber von der formell-rechtlichen Bewilligung nach § 19 GBO (Eintragungsbewilligung) zu unterscheiden.²⁸ Man spricht deshalb von einem Doppelcharakter der Bewilligungserklärung.²⁹

Die formell-rechtliche Bewilligung muss den Formerfordernissen des § 19 GBO entsprechen. Dies bedeutet konkret, dass sie durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen sein muss. Die materiell-rechtliche Bewilligung hingegen kann formlos, also auch mündlich, erteilt werden kann.³⁰ Zudem muss die Eintragungsbewilligung dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz gerecht werden, das heißt Angabe des Vormerkungsberechtigten, des

²⁵vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 887 BGB (Stand: 01.07.2020)

²⁶ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 887 BGB (Stand: 01.07.2020); BGH, Urt. v. 26.11.1999 - V ZR 432/98 - BGHZ 143, 175; *Herrler* in: Palandt, § 885 BGB, Rn. 8

²⁷ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 887 BGB (Stand: 01.07.2020); BGH, Urt. v. 26.11.1999 - V ZR 432/98 - BGHZ 143, 175

²⁸ vgl. *Kohler* in: Münchener Kommentar-BGB, § 885 BGB, Rn. 14

²⁹ vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 885 BGB, Rn. 3

³⁰ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 887 BGB (Stand: 01.07.2020); *Kohler* in: Münchener Kommentar-BGB, § 885 BGB, Rn. 17

Schuldners und des Anspruchsgegenstandes sind zwingend erforderlich.³¹ Mit Abgabe der materiell-rechtlichen Bewilligung erfolgt in der Praxis meist auch konkludent die Abgabe der formell-rechtlichen Bewilligung.³²

Um die Eintragung einer Vormerkung gegebenenfalls gegen den Willen des Schuldners durchsetzen zu können, kann die Bewilligung des Betroffenen gemäß § 885 Absatz 1 Satz 1 BGB durch eine einstweilige Verfügung ersetzt werden. Dabei gelten für das Verfügungsverfahren grundsätzlich die §§ 935 – 945 Zivilprozessordnung (ZPO). Für den Erlass ist das Gericht der Hauptsache zuständig.

Allerdings entfällt gem. § 885 Absatz 1 Satz 2 BGB eine Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes. Lediglich die Glaubhaftmachung des zu sichernden Anspruchs wird vorausgesetzt³³, zum Beispiel durch Vorlage eines Grundstückskaufvertrages.

Somit müssen alle Inhalte einer Bewilligung letztendlich auch in der einstweiligen Verfügung enthalten sein. Nach § 28 GBO sind dies der Berechtigte, das betroffene Grundstück oder Grundstücksrecht und der zu sichernde Anspruch.³⁴

4.3 Eintragung

Konstitutive Voraussetzung für das Entstehen der Vormerkung ist gem. § 885 Absatz 1 BGB die Eintragung der Vormerkung in Abteilung II des Grundbuches. Diese richtet sich, wie jede Eintragung im Grundbuch, nach den allgemeinen Grundsätzen des formellen Grundbuchrechts, somit nach den §§ 13, 19, 29 und 39 GBO.

Zur Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt ist zuerst ein Antrag auf Eintragung zwingende Voraussetzung (§ 13 GBO). Sowohl Gläubiger als auch

³¹ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 887 BGB Rn. 74 (Stand: 01.07.2020);

³² vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 887 BGB (Stand: 01.07.2020); *Herrler* in: Palandt, § 885 BGB, Rn. 9

³³ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 887 BGB (Stand: 01.07.2020); OLG Frankfurt, Urt. v. 30.07.1992 -27 W 43/92 - NJW-RR 1993, 473

³⁴ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 887 BGB (Stand: 01.07.2020); *Artz* in: Erman, § 885 BGB, Rn.10

Schuldner sind antragsberechtigt.³⁵ Zudem müssen die Eintragungsbewilligung gem. § 19 GBO oder eine einstweilige Verfügung, wie in der unter Gliederungspunkt 4.2 erwähnten festgelegten Form vorliegen.

Entscheidend für die Eintragung ist ebenso, dass die durch das Recht betroffene Person im Grundbuch als Berechtigter voreingetragen ist (§ 39 GBO).³⁶ Nur wenn alle Voraussetzungen des formellen Grundbuchrechts vorliegen, kann die Vormerkung wirksam im Grundbuch eingetragen werden.

4.4 Berechtigung des Bewilligenden

Zur Entstehung der Vormerkung muss abschließend der Bewilligende auch tatsächlich zur Bewilligung berechtigt oder verfügungsbefugt über das Grundstück sein. Dies ist grundsätzlich bei jedem Inhaber des betroffenen Grundstücksrechtes (Grundstückseigentümer) oder zum Beispiel einem gemäß § 80 InsO verfügungsbefugten Insolvenzverwalter gegeben.³⁷

Wenn der Bewilligende weder Eigentümer noch gemäß § 185 BGB verfügungsbefugt ist, kommt nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes der Vormerkung in Betracht.³⁸ Ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung könnte direkt auf § 892 BGB beruhen. Da die Vormerkung aber keine Verfügung über ein Recht darstellt, ist die direkte Anwendung ausgeschlossen. Nach herrschender Meinung greifen für den gutgläubigen Erwerb dann die §§ 892, 893 BGB analog, da der Vormerkung verfügungsähnliche Wirkungen zukommen.³⁹

³⁵ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 887 BGB (Stand: 01.07.2020); *Artz* in: Erman, § 885 BGB, Rn.10

³⁶ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 887 BGB Rn. 80 (Stand: 01.07.2020)

³⁷ vgl. *Kohler* in: Münchener Kommentar BGB, § 885 BGB Rn. 18

³⁸ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, § 885 BGB, 9. Auflage, jurisPK-BGB (Stand: 01.07.2020)

³⁹ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 885 BGB Rn. 37 (Stand: 01.07.2020)

5 Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der Vormerkung ist „eine der am meisten diskutierten theoretischen Streitfragen des Sachenrechts“⁴⁰. Da die Vormerkung einen „schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung absichert“⁴¹, weist sie sowohl schuldrechtliche als auch dingliche Elemente auf.⁴² Im folgenden Abschnitt werden die unterschiedlichen rechtlichen Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung bezüglich der Rechtsnatur der Vormerkung genauer betrachtet.

5.1 Dingliches Recht

Ein dingliches Recht wird anhand der drei Kriterien Verfügungsschutz, Schutz im Insolvenzverfahren und der Zwangsvollstreckung sowie Anspruchs- und Klageschutz charakterisiert.⁴³ Die ersten zwei Charakterisierungsmerkmale sind durch den § 883 BGB, den § 106 Insolvenzordnung (InsO) und den § 48 Zwangsvollstreckungsgesetz (ZVG) bezogen auf die Vormerkung erfüllt, da diese den Schutz vor Zwischenverfügungen oder Insolvenz des ursprünglichen Eigentümers sowie möglichen daraus resultierenden Zwangsvollstreckungen garantieren.

Ebenfalls enthält die Vormerkung durch ihr Erfordernis der Eintragung im Grundbuch und der Wirkung gegenüber Dritten dingliche Ausgestaltungselemente.

Die Basis der Vormerkung ist allerdings kein dinglicher Anspruch, da der Anspruch des Vormerkungsberechtigten nicht auf der Vormerkung selbst, sondern auf der Forderung gegen den Schuldner beruht.⁴⁴ Die Grundlage für die Akzessorietät der Vormerkung ist somit ein schuldrechtlicher und kein dinglicher Anspruch.⁴⁵

Auch KOHLER verneint die Zuordnung der Vormerkung als dingliches Recht, da der Vormerkungsberechtigte, anders als ein dinglicher Berechtigter, keinen eigenständigen Anspruch gegen den Grundstückseigentümer habe und ius ad rem

⁴⁰ Füller, Eigenständiges Sachenrecht, S. 100

⁴¹ Schröder, Immobiliarsachenrecht, S. 18

⁴² vgl. Schulze u.a. in: Bürgerliches Gesetzbuch § 883 BGB, Rn. 2; Kohler in: Münchener Kommentar- BGB, § 883 BGB, Rn. 5

⁴³ vgl. Hager, Die Vormerkung in: Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung, Heft 6, S. 439

⁴⁴ vgl. Hager, Die Vormerkung in: Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung, Heft 6, S. 439

⁴⁵ vgl. Westermann, BGB-Sachenrecht, Rn. 478

(lat. Recht auf eine Sache) hier nicht vorläge.⁴⁶ Der Vormerkungsberechtigte habe lediglich einen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung gegen den Schuldner.⁴⁷

Auch der Anspruch auf Zustimmung nach § 888 BGB, welcher dingliche Wirkung hat, genüge demnach nicht um eine Qualifizierung der Vormerkung als dingliches Recht zu schlussfolgern.⁴⁸ Vielmehr stellt die Vormerkung nur eine „Durchgangserrscheinung auf dem Wege vom schuldrechtlichen Anspruch zur Begründung des dinglichen Rechts“⁴⁹ dar.

5.2 Schuldrechtliche Verfügungsbeschränkung

Für eine Charakterisierung der Vormerkung als schuldrechtliche Verfügungsbeschränkung spricht die Dominanz des schuldrechtlichen Anteils, aufgrund der Akzessorietät der Vormerkung und der daraus resultierenden Abhängigkeit der Vormerkung von dem bestehenden schuldrechtlichen Anspruch.

Zudem wirkt die Vormerkung als relative Verfügungsbeschränkung, da der Berechtigte vor späteren Verfügungen des ursprünglichen Eigentümers geschützt wird⁵⁰, ohne dass dies zu einer Grundbuchsperrung führt.

Allerdings würde, so GURSKY, die Einordnung der Vormerkung als Verfügungsbeschränkung nur einen geringen Teil der Vormerkungswirkungen beschreiben. Andere Verfügungsbeschränkungen beruhen zudem auf Gesetz oder behördlichen bzw. gerichtlichen Anordnungen und treten unabhängig von der Eintragung im Grundbuch in Kraft. Die Wirkungen der Vormerkung seien aber direkt von einer Eintragung im Grundbuch abhängig. All dies widerspreche somit der Zuordnung der Vormerkung als Verfügungsbeschränkung.⁵¹

5.3 Sicherungsmittel eigener Art

⁴⁶ vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883 BGB Rn. 330

⁴⁷ vgl. *Kohler* in: Münchener Kommentar BGB, § 883 BGB Rn. 5

⁴⁸ vgl. *Kohler* in: Münchener Kommentar BGB, § 883 BGB Rn. 5 Fn. 13, *Canaris*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Festschrift für Flume, 1987, S. 381,382, Fn. 50

⁴⁹ BGH, Urt. v. 21.12.1960 - VIII ZR 204/59 -, BGHZ 34, 254-260, juris

⁵⁰ vgl. *Hager*, Die Vormerkung in: Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung, Heft 6, S. 439

⁵¹ *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883 BGB Rn. 331

Aufgrund der Lückenhaftigkeit von § 883 BGB und der daraus resultierenden nicht möglichen Zuordnung in eine bestimmte Rechts- oder Begriffskategorie, sowie der Tatsache, dass die Vormerkung sowohl schuldrechtliche als auch dingliche Merkmale vorweist, erfasst die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur die Vormerkung als Sicherungsmittel eigener Art, sogenanntes „sui generis“.⁵²

Aufgrund des schuldrechtlichen Anspruchs, der auf eine spätere dingliche Rechtsänderung gerichtet ist, verleiht die Vormerkung dem schuldrechtlichen Anspruch in enormem Umfang dingliche Wirkung.⁵³ Die Vormerkung führt somit zu einer Gebundenheit an einem Grundstück, ohne selbst ein Recht an einem Grundstück zu sein.⁵⁴

Gemäß Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 15. Dezember 1972⁵⁵ spricht für den Charakter der Vormerkung als Sicherungsmittel eigener Art auch die Tatsache, dass die Wirksamkeit der Vormerkung nicht durch die bloße Löschung im Grundbuch erlischt, sondern erst mit Eintritt eines materiellen Erlöschungstatbestandes endet. Diese Erlöschungstatbestände sind wiederum auch den dinglichen Rechten ähnlich.

⁵² vgl. BGH, Beschluss v. 13.02.2014 - V ZB 88/13 -, BGHZ 200, 179-188, Rn. 23; *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 883 BGB, Rn. 10 (Stand: 01.07.2020)

⁵³ vgl. BGH, Urt. v. 15.12.1972 - V ZR 76/71 -, BGHZ 60, 46-54; vgl. *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), S. 304ff.

⁵⁴ vgl. <http://www.rechtslexikon.net/d/vormerkung/vormerkung.htm>, abgerufen am 12.12.2020

⁵⁵ vgl. BGH, Urt. v. 15.12.1972 – V ZR 76/71 -, BGHZ 60, 46-54

6 Wirkung

Die Vormerkung ist ein Sicherungsmittel, welches entsprechend des § 883 BGB in dreierlei Weise wirkt. Sie hat in jedem Fall Sicherungswirkung und Rangwirkung und in bestimmten Fällen wird auch eine Vollwirkung realisiert.⁵⁶ Zudem entfaltet die Vormerkung gemäß § 884 BGB eine gesonderte Wirkung gegenüber Erben. Der folgende Abschnitt beleuchtet die verschiedenen Wirkungen der Vormerkung und spezifiziert die Wirkungen in Bezug auf die Auflassungsvormerkung.

6.1 Sicherungswirkung

Durch die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch soll der Gläubiger vor allem davor geschützt werden, dass der verfügungsbefugte Schuldner die Durchsetzung des schuldrechtlichen Anspruchs vereitelt. Hauptwirkung der Vormerkung ist somit der Schutz des Erwerbers eines Rechtes an einem Grundstück vor vormerkungswidrigen Zwischenverfügungen des Veräußerers.

Der volle Umfang der Sicherungswirkung greift, wenn eine Verfügung der Erfüllung des gesicherten Anspruches entgegensteht oder diese verschlechtert (inhaltliche Relativität). Die Verschlechterung muss dabei im Verhältnis zur Situation bei Eintragung der Vormerkung im Grundbuch gesehen werden.⁵⁷ Im Rechtsgebrauch spricht man dann von einer vormerkungswidrigen Verfügung.

Bei der Auflassungsvormerkung können sich vormerkungswidrige Verfügungen zum Beispiel durch nochmalige Übereignungen des ursprünglichen Eigentümers oder Grundstücksbelastungen infolge der Eintragung von Hypothek oder Grundschuld ergeben. Die Abtretung von Belastungen, die vor der Eintragung der Auflassungsvormerkung vorliegen, ist dahingegen aber nicht vormerkungswidrig und wird nicht somit von der Schutzwirkung erfasst.⁵⁸

Rechtsfolge der Eintragung einer Vormerkung ist die Unwirksamkeit weiterer Verfügungen gemäß § 883 Absatz 2 BGB. Weitere Verfügungen des ursprünglichen Eigentümers sind zwar grundsätzlich möglich, aber gegenüber dem Vormerkungsberechtigten in jedem Fall unwirksam und der Vormerkungsberechtigte kann unverändert seinen Anspruch gegenüber dem Schuldner geltend

⁵⁶ vgl. *Lüke*, Sachenrecht 2018

⁵⁷ vgl. *Schulze u.a.* in: Bürgerliches Gesetzbuch, § 883, Rn. 40

⁵⁸ vgl. *Schulze u.a.* in: Bürgerliches Gesetzbuch, § 883, Rn. 42

machen.⁵⁹ Da sich die Unwirksamkeit nur auf die Rechtsbeziehung zwischen Vormerkungsberechtigtem und Zwischenerwerber bezieht, wird von relativer Unwirksamkeit gesprochen.⁶⁰ Der durch die Zwischenverfügungen Begünstigte kann sich nicht wirksam gegenüber dem Vormerkungsberechtigten auf diese berufen, da der Schutz nur persönlich zugunsten des Anspruchsinhabers wirkt (persönliche Relativität).⁶¹

Es wird allerdings weder eine Grundbuchsperrung noch eine Verfügungsbeschränkung bewirkt.⁶² Der Schuldner bleibt weiterhin uneingeschränkt verfügungsbefugt.⁶³

In Bezug auf eine eingetragene Auflassungsvormerkung bedeutet dies konkret, dass der ursprüngliche Eigentümer weitere Übereignungen des Grundstückes oder Bestellungen von Grundschuld oder Hypothek auf dem Grundstück zwar durchführen kann, diese aber gegenüber dem Vormerkungsberechtigten in jedem Fall unwirksam sind. Der Vormerkungsberechtigte kann sich somit weiterhin auf die durch die Auflassungsvormerkung gesicherte Eigentumsübertragung des Grundstückes berufen und diese gegenüber dem Schuldner geltend machen.

Der Zeitpunkt des Beginns der Sicherungswirkung wird laut Gesetz auf „nach der Eintragung der Vormerkung“⁶⁴ festgelegt. Laut GURSKY sei diese Gesetzesformulierung aber zu ungenau.⁶⁵ Die Sicherungswirkung greife, entgegen der Formulierung im Gesetzestext, nicht erst nach Eintragung, sondern bereits nach Entstehung der Vormerkung, so GURSKY.⁶⁶ Diese Genauigkeit in der Formulierung sei vor allem wichtig, da die Möglichkeit bestehe, dass es sich nicht um den Regelfall handelt, bei dem die Entstehung mit der Eintragung einhergeht, sondern um eine Differenzierung zwischen Entstehung und Eintragung, beispielsweise bei einer unwirksamen Bewilligungserklärung.⁶⁷

⁵⁹ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 883 BGB, Rn. 57 (Stand: 01.07.2020)

⁶⁰ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 883 BGB, Rn. 56 (Stand: 01.07.2020)

⁶¹ vgl. *Schulze u.a.* in: Bürgerliches Gesetzbuch, § 883, Rn. 40

⁶² vgl. BGH, Urt. v. 20.10.2000 - V ZR 194/99 - WM 2001, 212; OLG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 21.01.2019 - 12 Wx 66/18; *Herrler* in: Palandt, § 883 BGB Rn. 22.

⁶³ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 883 BGB Rn. 55 (Stand: 01.07.2020)

⁶⁴ § 883 Abs. 2 S. 1 BGB

⁶⁵ vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883, Rn. 225

⁶⁶ vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883, Rn. 225, *Kohler* in: Münchner Kommentar - BGB, §883 BGB, Rn. 43

⁶⁷ *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883, Rn. 225

6.2 Vollwirkung

Der Sicherungszweck der Vormerkung wird über den § 882 Absatz 2 Satz 2 BGB auch auf Verfügungen im Rahmen der Vollstreckung ausgedehnt. Die Vollwirkung deckt somit die Sicherung von Verfügungen im Rahmen von Insolvenz, Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung in gleichem Umfang wie rechtsgeschäftliche Zwischenverfügungen ab.⁶⁸

Für die Vormerkung gilt grundsätzlich Insolvenzfestigkeit entsprechend des § 106 InsO.⁶⁹ Fällt der Verkäufer des Grundstückes in Insolvenz, erhält der Käufer grundsätzlich nur einen Anspruch auf Geld oder Rückzahlung des Kaufpreises. Der Übereignungsanspruch würde verloren gehen. Ist aber vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Verkäufer, sowie vor Erlass eines richterlichen Veräußerungs- oder Verfügungsverbotes eine Vormerkung bereits im Grundbuch eingetragen⁷⁰, muss der gesicherte Anspruch auch trotz Verfahrenseröffnung durch den Insolvenzverwalter erfüllt werden.⁷¹

Ein Wahlrecht des Insolvenzverwalters ist gemäß § 103 InsO immer ausgeschlossen, wenn eine wirksame Auflassungsvormerkung eingetragen ist. Trifft der Insolvenzverwalter eine vormerkungswidrige Verfügung, ist auch diese gegenüber dem Vormerkungsberechtigten gemäß § 883 Absatz 2 BGB unwirksam⁷², insoweit „sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde“⁷³.

Des Weiteren umfasst die Vollwirkung der Vormerkung den Schutz vor Zwangsvollstreckungen in das durch die Vormerkung gesicherte Grundstück. Wenn das Recht des beitreibenden Gläubigers nach Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch eingetragen wurde, wird die Vormerkung in das geringste Gebot gemäß § 44 ZVG aufgenommen und bleibt somit bestehen. Der Vormerkungsberechtigte kann dann seinen Anspruch nach § 888 Absatz 2 Satz 2 i. V. m. § 888 Absatz 1 BGB wie üblich durchsetzen.⁷⁴

⁶⁸ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 883 BGB Rn. 65 (Stand: 01.07.2020); *Kohler* in: Münchener Kommentar-BGB, § 883 BGB, Rn. 60

⁶⁹ *Kohler* in: Münchener Kommentar-BGB, § 883 BGB, Rn. 63

⁷⁰ vgl. BGH, Urt. v. 14.09.2001 - V ZR 231/00 - Rn. 14

⁷¹ ebenda

⁷² vgl. *Knöpfe* in: Juristische Schulung 1981, Heft 3, S. 163

⁷³ § 883 Abs. 2 BGB

⁷⁴ vgl. *Knöpfe* in: Juristische Schulung 1981, Heft 3, S. 163; *Kohler* in: Münchener Kommentar-BGB, § 883 BGB, Rn. 61

Geht die Vormerkung allerdings der Eintragung des Rechts des Gläubigers im Rang nach, erlischt sie nach den §§ 52 Absatz 1 Satz 2, 91 ZVG mit dem Zuschlag und an die Stelle der Vormerkung tritt ein Recht auf Beteiligung am Versteigerungserlös.⁷⁵

Die herrschende Meinung erachtet die Grundsätze im Wesentlichen auch für die Auflassungsvormerkung gleich. Eine Auflassungsvormerkung stünde einer Zwangsversteigerung nicht entgegen, da sie gegenüber Maßnahmen zur Zwangsvollstreckung keine größere Wirkung haben könne, als gegenüber rechtsgeschäftlichen Verfügungen. Sie sei somit, wenn dem Recht des betreibenden Gläubigers vorgehend, nach den §§ 9 Nr. 1, 48 ZVG wie ein eingetragenes Recht zu behandeln und in das geringste Gebot aufzunehmen.⁷⁶ Die aufgenommene Auflassungsvormerkung bliebe dann beim Zuschlag bestehen, wodurch der Vormerkungsberechtigte sie dann nach § 888 Absatz 1 BGB geltend machen könne.⁷⁷

Wenn eine Auflassungsvormerkung allerdings den Rechten der betreibenden Gläubiger vorgehe und Auflassung und Eigentumsumschreibung vor dem Zuschlag erfolgen, sei das Verfahren nach § 28 ZVG aufzuheben.⁷⁸ Eine Anwendbarkeit des § 883 Absatz 2 BGB ist somit nach herrschender Meinung davon abhängig, ob der vorgemerkte Anspruch trotz Zuschlag bestehen bleibt.⁷⁹

6.3 Rangwirkung

Die Vormerkung hat gemäß § 883 Absatz 3 BGB bezüglich der Rangwahrung absolute Wirkung. Der Rang der Vormerkung richtet sich nach den § 879 ff. BGB und somit nach dem Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch.⁸⁰ Unter mehreren eingetragenen Rechten bestimmt sich der Rang nach der Reihenfolge ihrer Eintragungen (§ 879 Absatz 1 Satz 2 BGB).

Abweichend von § 879 BGB richtet sich der Rang des vorgemerkten Rechts, gemäß § 883 Absatz 3 BGB aber nicht nach dem Zeitpunkt der Eintragung des

⁷⁵ vgl. *Knöpfe* in: Juristische Schulung, 1981, Heft 3, S.164; *Soergel*, BGB, §883 Rn. 40-43; *Kohler* in: Münchener Kommentar-BGB, § 883 BGB, Rn. 62

⁷⁶ vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883 BGB, Rn. 298

⁷⁷ vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883 BGB, Rn. 299

⁷⁸ vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883 BGB, Rn. 300

⁷⁹ vgl. *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), S. 192

⁸⁰ vgl. *Kohler* in: Münchener Kommentar-BGB, § 883 BGB, Rn. 65

Rechts im Grundbuch, sondern nach dem Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch.⁸¹ Somit wird gemäß der Rangwirkung des § 883 Absatz 3 BGB bewirkt, dass alle nach Eintragung der Vormerkung, aber vor Eintragung des Eigentumsübergangs eingetragenen Rechte, dem Recht des Eigentumsüberganges nachgehen, obwohl diese zeitlich gesehen vorher eingetragen wurden.⁸²

Es handelt sich hierbei um eine Durchbrechung des Prioritätsprinzip⁸³, welches das Vorgehen eines zeitlich früher entstandenen Rechtes einem später entstandenen Rechtes regelt.⁸⁴ Voraussetzung für die Wirksamkeit der Rangwirkung ist eine wirksam entstandene Vormerkung und dass diese zum Zeitpunkt der Entstehung des Rechtes noch besteht.⁸⁵

Vom Anwendungsbereich des § 883 Absatz 3 BGB sind alle dinglichen Grundstücksbelastungen, nicht aber das Eigentum erfasst, da das Eigentum nach herrschender Meinung keinen eigenen Rang besitzt.⁸⁶ Eine Anwendung des § 883 Absatz 3 BGB auf die Auflassungsvormerkung ist somit ausgeschlossen.

ASSMANN begründet dies mit der Tatsache, dass eine Voreintragung des Eigentums für den Vormerkungsberechtigten keinen Vorteil gegenüber dem § 883 Absatz 2 i. V. m. § 888 BGB bringen würde und zudem eine solche Verlagerung des Zeitpunkts der Eigentumsübertragung auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung grundsätzlich nicht möglich sei, da der Eigentumserwerb an das Vorliegen der Erwerbsvoraussetzungen geknüpft ist.⁸⁷

Ein Gläubiger aus einer Auflassungsvormerkung hätte somit keine Möglichkeit sich auf die Rangwirkung zu berufen, sondern müsste nach § 883 Absatz 2 i. V. m. § 888 BGB gegen die vormerkungswidrige Zwischenbelastung vorgehen.⁸⁸

⁸¹ vgl. *Kohler* in: Münchener Kommentar-BGB, § 883 BGB, Rn. 68

⁸² vgl. *Assmann*, Die Vormerkung, S. 145; *Soergel*, BGB, § 883, Rn. 38

⁸³ vgl. *Stamm*, Schriften zum Bürgerlichen Recht - Die Auflassungsvormerkung, Eine Fiktion der bedingten Verfügung im Immobiliarsachenrecht, S. 35

⁸⁴ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 883 BGB Rn. 77 (Stand: 01.07.2020)

⁸⁵ vgl. *Assmann*, Die Vormerkung, S. 146

⁸⁶ vgl. *Assmann*, Die Vormerkung, S. 146; vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar BGB, § 883, Rn. 273

⁸⁷ vgl. *Assmann*, Die Vormerkung, S. 146

⁸⁸ vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883 BGB, Rn. 273

6.4 Wirkung gegenüber Erben

Die Rechtsfolgen der Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch werden durch den § 884 BGB ergänzt. Die Vormerkung regelt in diesem Fall, dass eine beschränkte Erbenhaftung, bei Tod des ursprünglichen Eigentümers bzw. Veräußerers, ausgeschlossen ist.⁸⁹ Die Eintragung einer Vormerkung schützt somit den Vormerkungsinhaber vor einer möglichen Haftungsbeschränkung des Erben nach den §§ 1973, 1975-1992, 1994 und 2000 BGB.⁹⁰ Der Erbe bleibt somit „unbeschränkt und unbeschränkbar auf Erfüllung des gesicherten Anspruchs“⁹¹ haftbar.

Die Wirkung gegenüber Erben greift unstrittig, insoweit die Vormerkung vor Eintritt des Erbfalls im Grundbuch eingetragen worden ist.⁹² Nach herrschender Meinung greift sie ebenso, wenn die Vormerkung zwar zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht eingetragen war, aber vom Erblasser bewilligt und ein Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt wurde.⁹³

Zudem entfaltet der § 884 BGB nur seine Wirkung als Rechtsfolge einer eingetragenen Vormerkung, „soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist“⁹⁴. Konkret bedeutet dies, dass Anspruch und Vormerkung einander decken müssen.⁹⁵ Bei einer eingetragenen Auflassungsvormerkung kann die Haftungsbeschränkung des Erben also nur ausgeschlossen werden, soweit derjenige Anspruch auf Übereignung eines Grundstückes betroffen ist, der auch konkret durch die Auflassungsvormerkung gesichert wird.

⁸⁹ vgl. § 884 BGB

⁹⁰ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 884 BGB Rn. 2 (Stand: 01.07.2020)

⁹¹ *Bassenge* in: Palandt BGB, § 884 BGB, Rn. 1; *Herrler* in: Palandt BGB, § 884 BGB, Rn. 1

⁹² vgl. *Kohler* in: Münchener Kommentar-BGB, § 884, Rn. 2; vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 884 BGB Rn. 14 (Stand: 01.07.2020)

⁹³ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 884 BGB Rn. 15 (Stand: 01.07.2020); *Gursky* in: Staudingers Kommentar BGB, § 884 BGB, Rn. 6; *Kohler* in: Münchener Kommentar-BGB; § 884 BGB; Rn. 2

⁹⁴ § 884 BGB

⁹⁵ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 884 BGB Rn. 18 (Stand: 01.07.2020); *Gursky* in: Staudingers Kommentar BGB, § 884 BGB, Rn. 5

7 Abwägung Notwendigkeit bzw. Entbehrlichkeit

Wesentlicher Baustein der Arbeit ist die Beantwortung der Frage zur Notwendigkeit der Auflassungsvormerkung im Hinblick auf die weit zurückreichende Historie. Dazu ist im folgenden Abschnitt eine detaillierte Aufgliederung der einzelnen Argumente bezogen auf Literatur- und Rechtsmeinungen erfolgt.

7.1 Pro-Argumente

7.1.1 Schutz vor rechtsgeschäftlichen Verfügungen

Aufgrund des Trennungs- und Abstraktionsprinzips und der damit verbundenen strikten Trennung zwischen schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft⁹⁶, handelt es sich oftmals um einen mehraktigen Prozess beim Erwerb von Eigentum an einem Grundstück. Zuerst wird ein beurkundeter Kaufvertrag über ein Grundstück vor einem Notar geschlossen, das so genannte Verpflichtungsgeschäft. Verkäufer und Erwerber einigen sich hierbei über die Kaufpreiszahlung und die Übertragung des Eigentums.

Als Erfüllung dieses Kaufvertrages muss dann gemäß § 925 BGB eine Auflassung, somit die Einigung der Parteien über den Übergang des Eigentums, vor einem Notar erfolgen. Während im Mobiliarsachenrecht nur Einigung und Übergabe für die Eigentumsübertragung erforderlich sind, ist im Immobiliarsachenrecht die Eintragung im Grundbuch konstitutiv, da eine tatsächliche Übergabe eines Grundstückes unmöglich ist.⁹⁷ Wenn die Auflassung rechtswirksam erklärt wurde, kann somit ein Antrag auf Eigentumsumschreibung von dem Notar bei dem zuständigen Grundbuchamt eingereicht werden, um den Eigentumsübergang zu vervollständigen.

Die Genehmigung des Grundbuchamtes auf Eintragung des neuen Eigentümers, ist aber von zahlreichen Genehmigungen und Bescheinigungen, wie zum Beispiel der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes abhängig. Diese Anforderung kann in der Praxis zu enormen zeitlichen Verzögerungen führen. Der Zeitraum zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der Auflassung und tatsächlichen Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuch ist somit

⁹⁶ vgl. *Westermann*, Sachenrecht: Ein Lehrbuch, S. 631

⁹⁷ vgl. *Stamm*, Schriften zum Bürgerlichen Recht - Die Auflassungsvormerkung, Eine Fiktion der bedingten Verfügung im Immobiliarsachenrecht, S. 18

aufgrund der Bürokratie oft zeitlich lang gestreckt. Bis zum tatsächlichen Eigentumsübergang können mehrere Wochen bis hin zu mehreren Monaten vergehen. Während dieses Zeitraumes kann der bisherige Rechtsinhaber weiterhin Verfügungen treffen, da die dingliche Rechtslage sich durch den schuldrechtlichen Vertrag nicht ändert.⁹⁸

Dies ist der Fall aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Der § 892 BGB definiert, dass „zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig“⁹⁹. Das bedeutet, dass jeder Dritte dem Grundbuch uneingeschränkt Glauben schenken kann und den dort eingetragenen Eigentümer als den tatsächlichen Eigentümer ansehen darf. Solange der Veräußerer also als Grundstückseigentümer im Grundbuch eingetragen ist, kann er weiterhin über das Grundstück verfügen und jeder Dritte kann gutgläubig das Eigentum an dem Grundstück erwerben.

Der Abschluss des Verfügungsgeschäftes hindert den Verkäufer nicht an weiteren Verfügungen, auch dann nicht, wenn das Grundstück bereits aufgelassen und die Eintragung im Grundbuch beantragt ist.¹⁰⁰ Er ist somit weiterhin in der Lage rechtsgeschäftliche Verfügungen, wie zum Beispiel Eigentumsübertragungen, Abtretungen oder Grundstücksbelastungen durchzuführen. Der ursprüngliche Eigentümer könnte somit den Erwerb noch beeinträchtigen, indem er das Grundstück erneut veräußert, durch eine Hypothek oder Grundschuld belastet oder selbst in eine Insolvenz fällt.

Um dieses Risiko des Erwerbers auf Belastungen des Grundstückes nach abgeschlossenem Kaufvertrag auszuschließen, existiert das Sicherungsmittel der Auflassungsvormerkung, als vorübergehende Eintragung und Belastung des Grundbuchs. Erst wenn eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen wurde, erlischt der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß § 892 BGB und damit auch die Verfügungsbefugnis des ursprünglichen Eigentümers.

Die Auflassungsvormerkung bewirkt somit, bei formgemäßer Eintragung im Grundbuch, dass Verfügungen oder Belastungen des ursprünglichen Eigentümers zwar möglich, aber gegenüber dem Vormerkungsberechtigten in jedem Fall unwirksam

⁹⁸ vgl. *Brehm, Berger*, Sachenrecht, 2006, S. 212

⁹⁹ § 892 Abs. 1 BGB

¹⁰⁰ vgl. *Knöpfle*, Die Vormerkung, in: Juristische Schulung, 1981, Heft 3, S. 157, Fn. 3

sind.¹⁰¹ Dies bedeutet, dass der ursprüngliche Eigentümer das Grundstück zwar an einen Dritten erneut veräußern kann, eine Geltendmachung gegenüber dem ursprünglichen Erwerber aber nicht mehr wirksam ist.

Diese Geltendmachung ist deshalb unwirksam, da der Dritte aus der eingetragenen Auflassungsvormerkung erkennen kann, dass der ursprüngliche Eigentümer nicht mehr Verfügungsbefugter ist. Der Dritte hat somit, wenn die Veräußerung trotzdem erfolgt ist, nicht mehr in gutem Glauben entsprechend des öffentlichen Glaubens des Grundbuches gehandelt. Ein gutgläubiger Grundstückserwerb des Dritten nach § 892 BGB ist bei eingetragener Auflassungsvormerkung somit ausgeschlossen.

Der ursprüngliche Erwerber behält seinen gesicherten Anspruch auf Eigentumsübertragung und kann diesen gegen den Dritten geltend machen. Dem neuen Eigentümer wird die Sicherheit gegeben, sein Eigentum so zu erhalten, wie es vereinbart wurde. Nachträgliche Beeinträchtigungen oder Belastungen sollen weitestgehend ausgeschlossen werden.

Nach GANTER ist die Wirkung der Auflassungsvormerkung in diesem Fall auch so bedeutend, da sie auch dann greift, wenn noch behördliche Genehmigungen oder Zustimmungen Dritter ausstehen oder ein vollmachtloser Vertreter auf Käuferseite gehandelt hat.¹⁰²

7.1.2 Schutz vor hoheitlichen Verfügungen

Für einen Erwerber mindestens genauso risikobehaftet wie rechtsgeschäftliche Zwischenverfügungen sind Vollstreckungsakte Dritter.¹⁰³

Verfügungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung sind, so ASSMANN, „alle Hoheitsakte, die eine dingliche Rechtsänderung bezüglich des Rechts bewirken, auf das sich der vormerkungsgesicherte Anspruch bezieht“¹⁰⁴.

¹⁰¹ vgl. Hager, Die Vormerkung, in: Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung, Heft 6, S. 429

¹⁰² vgl. Ganter, Die Belehrungspflicht des Notars über die Erforderlichkeit einer Auflassungs- oder Eigentumserwerbsvormerkung in: Neue Juristische Wochenschrift, 1986, 1017, Pkt. I.1.

¹⁰³ vgl. Rüscher, Die Vormerkung in: Juristische Ausbildung, 2020, Heft 7, S. 649

¹⁰⁴ vgl. Assmann, Die Vormerkung (§ 883 BGB), S. 88

In der Einzelzwangsvollstreckung ist der Vormerkungsberechtigte durch § 883 Absatz 2 Satz 2 BGB geschützt und kann dann die Bewilligung zur Löschung einer Zwangshypothek nach § 888 Absatz 1 BGB kraft Rechtsgeschäfts in gleicher Weise wie die Löschung der Auflassungsvormerkung verlangen.

In der Insolvenz unterscheidet ASSMANN zwei Fallkonstellationen – die Insolvenz des Verkäufers und die Insolvenz des nachrangigen Rechtsinhabers. Bei Insolvenz des Verkäufers hat der Insolvenzverwalter ein Wahlrecht, ob er den Vertrag erfüllt oder die Erfüllung verweigert. Es greift aber § 106 InsO welcher ihm dieses Wahlrecht aberkennt und dem Vormerkungsberechtigten den Anspruch auf Erfüllung der Übereignungsverpflichtung gibt.¹⁰⁵ § 106 InsO begrenzt eben dieses Wahlrecht, damit die akzessorische Auflassungsvormerkung ihre Grundlage nicht verliert.¹⁰⁶

Der Gläubiger kann somit weiter auf Erfüllung sowohl bei Insolvenz als auch Konkurs bestehen.¹⁰⁷ Zudem bejaht ASSMANN, dass der Vormerkungsberechtigte einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung des Rechtes unter Kostentragung der Insolvenzmasse habe. Diese Auffassung ist in der Literatur aber strittig.¹⁰⁸

Die zweite Konstellation ist die Insolvenz des am Grundstück nachrangigen Rechtsinhabers. Diesem fehle als Hypothekengläubiger die Verfügungsbefugnis zur Erteilung der Löschungsbewilligung, die er nach § 888 i. V. m. § 883 Absatz 2 BGB abzugeben hätte. Der Vormerkungsberechtigte hätte somit die Möglichkeit vom Insolvenzverwalter die Zustimmung zu verlangen, da dieser an die Stelle des Hypothekengläubigers trete.¹⁰⁹

Ohne eine vorher eingetragene Auflassungsvormerkung bestehe somit die Möglichkeit, dass der Erwerber bei Eintritt einer Insolvenz des Verkäufers keinen Anspruch mehr auf Übereignung des Grundstückes hat, da der Insolvenz- oder Konkursverwalter eine Erfüllung des Vertrages anhand seines Wahlrechtes ablehnen könnte. Eine eindeutige Sicherheit bestünde für den Käufer nur, wenn er Wissen über die gesamten finanziellen Verhältnisse des Verkäufers hätte und eine Insolvenz somit ausschließen könnte.

¹⁰⁵ vgl. *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), S. 257 ff.

¹⁰⁶ vgl. *Rüscher*, Die Vormerkung in: Juristische Ausbildung, 2020, S. 649

¹⁰⁷ vgl. *Kohler* in: Münchner Kommentar- BGB, § 883 BGB, Rn. 53

¹⁰⁸ ebenda

¹⁰⁹ vgl. *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), 1998, S. 257ff.

7.1.3 Ausschluss beschränkter Erbenhaftung

Neben einem Schutz vor Zwischenverfügungen des ursprünglichen Eigentümers oder dessen Insolvenz schützt die Auflassungsvormerkung den Erwerber auch im Falle des Todes des ursprünglichen Eigentümers im Rahmen der gesetzlichen Regelung des § 884 BGB. Das Risiko des Todes des Veräußerers beinhaltet vor allem die Gefahr einer beschränkten Erbenhaftung.¹¹⁰

Grundsätzlich übernimmt ein Erbe als Gesamtrechtsnachfolger den gesamten Nachlass des Verstorbenen. Dazu zählen sowohl Vermögen als auch Schulden. Nach § 1967 BGB haften die Erben auch für jegliche Nachlassverbindlichkeiten. Er tritt somit nach den §§ 1922, 1967 Absatz 1 BGB in alle Verpflichtungen des Erblassers ein.¹¹¹ In bestimmten Fällen stehen dem Erben aber Möglichkeiten offen, seine eigene Haftung gemäß §§ 1973 ff. BGB zu beschränken, dies nennt man beschränkte Erbenhaftung.

§ 884 BGB schließt eben diese beschränkte Erbenhaftung aus, insoweit der Anspruch durch eine Vormerkung gesichert ist. Im Falle einer Auflassungsvormerkung würde dies bedeuten, dass ein Eigentumsübertragungsanspruch durch eine Auflassungsvormerkung gesichert sein muss. Nur dann greift der § 884 BGB in seiner vollen Wirkung.

Das heißt, der Erbe tritt nach dem Tod des ursprünglichen Eigentümers in alle Rechtsbeziehungen des Erblassers ein. Er würde somit auch in die Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches eintreten. Ist also eine wirksame Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen, kann sich der Erbe nicht auf beschränkte Erbenhaftung berufen, sondern muss die Übereignung des Grundstückes erfüllen.

Aus erbrechtlicher Sicht schützt der § 884 BGB vor allem bei den folgenden zwei Fallkonstellationen. Zum einen, wenn der Erblasser ein auf sich eingetragenes Grundstück verkauft, das eigentlich dem Erben gehört und eine Auflassungsvormerkung bestellt ist. Zum anderen, wenn der Erbe die Befriedigung von Nachlass-

¹¹⁰ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 884 BGB Rn. 1 (Stand: 01.07.2020)

¹¹¹ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 884 BGB Rn. 12 (Stand: 01.07.2020)

gläubigern wegen eigenen Aufwendungsersatzansprüchen gemäß §§ 1991 Absatz 1, Absatz 3, 1978 und 1979 BGB verweigern darf.¹¹² Aus vormerkungsrechtlicher Sicht findet der § 884 BGB auch bei allen anderen Fällen von beschränkter Erbenhaftung Anwendung und entfaltet dann seine Sicherungswirkung.

7.1.4 Ansprüche des Vormerkungsberechtigten

Ist aufgrund einer Zwischenverfügung des ursprünglichen Eigentümers, eine Belastung des Grundstücks im Grundbuch eingetragen, wird der Vormerkungsberechtigte in seinen Rechten beeinträchtigt. Er hat dann gemäß § 888 BGB das Recht, die Zustimmung des vormerkungswidrig eingetragenen Dritten zur Löschung oder Rechtsänderung des Rechtes zu verlangen, insoweit alle Voraussetzungen des § 888 BGB vorliegen.

Dazu muss zunächst die Auflassungsvormerkung wirksam entstanden und der Käufer somit Vormerkungsberechtigter geworden sein (siehe Gliederungspunkt 4). Aufgrund der Akzessorietät der Vormerkung muss zudem auch der gesicherte Anspruch wirksam entstanden und fällig sein.

Weitere Voraussetzung ist das Vorliegen einer Verfügung des ursprünglichen Eigentümers, welche zugleich vormerkungswidrig ist. Eine Verfügung liegt vor, bei jedem Rechtsgeschäft, das „unmittelbar auf Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtes am Grundstück“¹¹³ abzielt. Diese Verfügung ist dann vormerkungswidrig, wenn der gesicherte Anspruch vereitelt oder beeinträchtigt wird.¹¹⁴

Laut Literaturmeinung stellt bei einer Grundstücksübereignung jede weitere Verfügung zumindest eine Beeinträchtigung dar, da immer das Recht des Eigentums betroffen ist.¹¹⁵ Die Abtretung eines bereits bestehenden Rechtes an einem Grundstück oder einer bereits vor Eintragung der Auflassungsvormerkung

¹¹² *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 884 BGB Rn. 10 (Stand: 01.07.2020); *Gursky* in: Staudinger, § 884 BGB, Rn. 2

¹¹³ BGH, Urt. v. 03.03.1954 - VI ZR 259/52 - BGHZ 13, 1-5, Rn. 31

¹¹⁴ vgl. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB

¹¹⁵ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 888 BGB Rn. 61 (Stand: 01.07.2020)

bestehenden Belastung stellt allerdings keine vormerkungswidrige Verfügung dar.¹¹⁶

Beim Vorliegen aller notwendigen Voraussetzungen kann die nach formellem Grundbuchrecht im Sinne des § 19 GBO notwendige Bewilligung des Betroffenen erwirkt werden.

7.1.5 Belehrungspflichten des Notars

Der Notar, (abgeleitet von dem lateinischen Wort notarius, zu Deutsch „Geschwindschreiber“) ist eine Person, „welche Beglaubigungen und Beurkundungen von Rechtsgeschäften vornimmt“¹¹⁷. Die Rechtsgeschäfte liegen grundsätzlich in den Gebieten des Familien-, Erb-, Gesellschafts- und Grundstücksrechts. Um in Deutschland ein Grundstück zu erwerben, ist es notwendig einen Notar hinzuzuziehen, da der § 311b BGB bei Kaufverträgen über Grundstücke eine notarielle Beurkundung vorschreibt.

Zudem muss für den Eigentumsübergang eine Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber (Auflassung) vor dem Notar erfolgen.¹¹⁸ Hierbei muss der Notar, anders als ein Rechtsanwalt, aber stets unparteiisch sein. Den Notar treffen zudem gewisse Amtspflichten, wie zum Beispiel die Pflicht zur Aufklärung und Belehrung.¹¹⁹ Somit könnte für den Notar auch eine Pflicht zur Belehrung über Sicherungsmöglichkeiten beim Eigentumserwerb von Grundstücken bestehen. Eine allgemeine Verpflichtung über Sicherungsmöglichkeiten aufzuklären, lehnte das Oberlandesgericht Schleswig-Holstein mit Urteil vom 27. Oktober 1972 aber ab.¹²⁰

Entgegen des gerichtlichen Urteils empfindet die herrschende Meinung diese Aufklärungspflicht aber als durchaus notwendig, wenn „die wirtschaftliche Gefahr gerade aus der rechtlichen Anlage des Vertrages oder der vorgesehenen Art der

¹¹⁶ vgl. *Stamm* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 888 BGB Rn. 62 (Stand: 01.07.2020)

¹¹⁷ <https://www.anwalt.org/notar/>; abgerufen am 02.11.2020

¹¹⁸ vgl. § 925 Abs. 1 BGB

¹¹⁹ <https://www.anwalt.org/notar/>; abgerufen am 02.11.2020

¹²⁰ vgl. OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 30.06.1972 - 3 U 57/71 -; OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 27.10.1972 - 3 U 30/72 -; *Ganter*, Die Belehrungspflicht des Notars über die Erforderlichkeit einer Auflassungs- oder Eigentumserwerbsvormerkung in: Neue Juristische Wochenschrift, 1986, 1017, Pkt. II.1.

Durchführung erwachse und wenn besondere Umstände nahelegten, dass eine Schädigung eintreten könne“¹²¹.

Nach GANTER sei der Notar zwar kein Steuer- oder Wirtschaftsberater, solle aber dem Vertragsschließenden wirtschaftliche Entscheidungen erleichtern. Ein Notar stoße zwangsläufig auf die Frage der Vormerkung, wenn er seine Pflichten zur Aufklärung des Sachverhaltes nach § 17 Absatz 1 Satz 1 Beurkundungsgesetz (BeurkG) und zur Betreuenden Belehrung nach § 17 Absatz 1 Satz 2 BeurkG ernst nimmt, so GANTER. Zur Aufklärung des Erwerbers gehöre somit auch die Aufklärung über den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges.

Dem Erwerber müsse verdeutlicht werden, dass das Eigentum nicht schon durch die Auflassung, sondern erst durch die tatsächliche Eintragung im Grundbuch übergehe und der Verkäufer bis dahin weiterhin in der Lage ist über das Grundstück zu verfügen. In diesem Zusammenhang sollte der Notar dann zwangsläufig den Erwerber befragen, ob er das Risiko solcher nachträglichen Verfügungen tragen wolle oder eine Sicherung, in Form einer Auflassungsvormerkung, bevorzuge.¹²²

Daraufhin erließ der Bundesgerichtshof im Oktober 1988 ein Urteil, welches die Pflicht zur Belehrung über die Auflassungsvormerkung als immer notwendig erachtet, es sei denn, der Antrag werde direkt beim Grundbuchamt gestellt. Nur so könne der Erwerber wirksam vor Zwischenverfügungen geschützt werden. Zudem entspreche dies auch der notariellen Praxis, die sich bereits auf eine Belehrung bezüglich der Vormerkung eingestellt habe.¹²³

7.2 Contra-Argumente

7.2.1 Ausschließlicher Schutz vor Verfügungen

Die Eintragung der Vormerkung zieht verschiedene Schutzwirkungen gegenüber dem Erwerber nach sich. All diese beziehen sich jedoch ausschließlich auf Verfügungen des ursprünglichen Eigentümers bzw. Veräußerers. Verfügungen

¹²¹ *Ganter*, Die Belehrungspflicht des Notars über die Erforderlichkeit einer Auflassungs- oder Eigentumserwerbsvormerkung in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 1017, Pkt. II.1.

¹²² *Ganter*, Die Belehrungspflicht des Notars über die Erforderlichkeit einer Auflassungs- oder Eigentumserwerbsvormerkung in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 1017, Pkt. II.1.

¹²³ vgl. BGH, Urt. v. 06.10.1988 - IX ZR 142/87 -, Rn. 31 ff.

sind Rechtsgeschäfte, „die unmittelbar auf Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtes am Grundstück abzielen“¹²⁴.

Ein Problemgebiet stellen Vermietungen, Verpachtungen sowie damit verbundene Gebrauchsüberlassungen dar. Bei Veräußerung eines Grundstückes tritt der Erwerber gemäß § 578 BGB i. V. m. § 566 BGB in die sich aus dem Mietvertrag ergebenden Rechte und Pflichten des Vermieters ein und somit auch in die Pflicht zur Überlassung der Mietsache nach § 535 Absatz 1 Satz 1 BGB. Die Vorschrift des § 566 BGB ist auch auf Pachtverträge anzuwenden (§ 581 Absatz 2 BGB).

Nach derzeitiger Rechtsprechung stellen Vermietungen oder Verpachtungen keine Verfügungen im Sinne des Wortlautes des § 883 Absatz 2 Satz 1 BGB dar, sondern lediglich Abschlüsse von Verpflichtungsgeschäften, die nicht unmittelbar zu einer Rechtsveränderung führen und erst mit Erfüllung eintreten.¹²⁵ Die schuldrechtliche Miete oder Pacht wäre davon somit nicht erfasst.

Nach herrschender Literatur¹²⁶ sprechen eine Vielzahl der Gründe aber für eine analoge Anwendung des § 883 BGB auf Vermietungen und Verpachtungen. GURSKY fasst die Tatsache auf, dass wenn § 883 BGB vor anspruchswidrigen Verfügungen schütze, dieser Schutz sich auch erst recht auf obligatorische Verträge ausdehnen müsse, da dem Vormerkungsgläubiger sonst in selbigem Maße der unmittelbare Besitz des Grundstückes vorenthalten bliebe.¹²⁷

Argument für eine analoge Anwendung sei zudem, dass ein Mieter als solcher im Rahmen des § 566 BGB nicht schutzwürdig sei, da für ihn die Vormerkung aus dem Grundbuch jederzeit erkennbar sei und eine Warnung für ihn somit ablesbar sei.¹²⁸ Eine Benachteiligung des Mieters durch unbillige Informationspflichten läge laut KOHLER nicht vor.¹²⁹

Die aktuelle Rechtsprechung und auch einige Teile der Literatur, z. B. ASSMANN lehnen die analoge Anwendung des § 883 BGB auf Miet- und Pachtverträge strikt

¹²⁴ BGH, Urt. v. 03.03.1954 - VI ZR 259/52 -, BGHZ 13, 1-5, Rn. 31

¹²⁵ <https://www.juracademy.de/schuldrecht-bt3/entgeltliche-verfuegung-nichtberechtigter.html>

¹²⁶ vgl. *Herrler* in Palandt, § 883 BGB, Rn. 20, *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883, Rn. 211; *Hager*, Die Vormerkung. in: Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung, S. 429 - 434

¹²⁷ vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 883, Rn. 211

¹²⁸ vgl. *Rüscher*, Die Vormerkung. in: Juristische Ausbildung, 2020; *Kohler* in: Münchner Kommentar-BGB, § 883 BGB; Rn. 54

¹²⁹ *Kohler* in: Münchner Kommentar-BGB, § 883 BGB; Rn. 54

ab und halten an dem dinglichen Verfügungsbegriff fest.¹³⁰ Der Sinn und Zweck des § 566 BGB als Schutzvorschrift für Mieter vor Veräußerungen sei durch eine analoge Anwendung, also einer Gleichstellung von Vermietung und Verfügung, komplett unterlaufen.¹³¹

Durch die Auflassungsvormerkung soll der vorgemerkte Anspruch gegen Vereitelung oder Beeinträchtigung vormerkungswidriger Verfügungen geschützt werden. Weder der Vertrag über die Vermietung oder Verpachtung noch die tatsächliche Gebrauchsüberlassung stellen Rechtsgeschäfte in diesem Sinne dar.¹³² Auch das Argument der Offenkundigkeit des Grundbuches greife hier nicht, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein durchschnittlicher Mieter, vor Abschluss eines Mietvertrages, Einsicht ins Grundbuch nimmt.¹³³

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erkennt an, dass der Erwerber des Grundstückes durch die Vermietung, Verpachtung oder Gebrauchsüberlassung daran gehindert ist, dass erworbene Grundstück unmittelbar in Besitz zu nehmen und darüber nach Belieben zu verfahren, aber der eigentliche Erwerb des Eigentums sei nicht gehindert. Zudem trete der Erwerber nicht nur in die Verpflichtungen aus den Miet- bzw. Pachtverträgen ein, sondern auch in die daraus hervorgehenden Rechte.¹³⁴

Eine grundsätzliche Belastung des Erwerbers aus den Verpflichtungen des Vertrages sei ebenso auszuschließen, da beispielsweise bei einem Erwerb des Grundstückes der lediglich als Kapitalanlage dienen sollte, nicht von einer tatsächlichen Beeinträchtigung gesprochen werden kann. Der unmittelbare Besitz habe in diesem Fall wahrscheinlich nie im Vordergrund gestanden. Eine allgemeine Anmaßung, die Interessen des Erwerbers seien immer beeinträchtigt, schließt die Rechtsprechung somit aus.¹³⁵

ASSMANN führt zudem an, dass der Vormerkungsberechtigte zwar durch den Mietvertrag, an dessen Vertragsschluss er nicht beteiligt war, gebunden würde,

¹³⁰ vgl. BGH, Urt. v. 03.03.1954 - VI ZR 259/52 -, BGHZ 13, 1-5; BGH, Urt. v. 19.10.1988 - VIII ZR 22/88 -, juris; Assmann, Die Vormerkung (§ 883 BGB), S. 97

¹³¹ vgl. Rüscher, Die Vormerkung. in: Juristische Ausbildung, 2020; Müller, Sachenrecht, 2017, Rn. 2918; Schulze u.a. in: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, § 883, Rn. 45

¹³² BGH, Urt. v. 03.03.1954 - VI ZR 259/52 -, BGHZ 13, 1-5

¹³³ vgl. BGH, Urt. v. 03.03.1954 - VI ZR 259/52 -, BGHZ 13,1-5, Rn. 32; Rüscher, Die Vormerkung. in: Juristische Ausbildung, 2020; Schulze u.a. in: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, § 883, Rn. 45

¹³⁴ vgl. BGH, Urt. v. 03.03.1954 - VI ZR 259/52 -, BGHZ 13,1-5, Rn. 32

¹³⁵ ebenda

diese Beeinträchtigung, keinen unmittelbaren Besitz auf das Grundstück erlangen zu können, aber von der Intensität her nicht einer dinglichen Belastung gleichzusetzen sei.

Zudem sei eine Lösung vom Vertrag aufgrund der Mieterschutzvorschriften zwar „mit Schwierigkeiten verbunden, aber dennoch einfacher als bei einer dinglichen Berechtigung eines Dritten“¹³⁶. Der Vormerkungsberechtigte sei, anders als bei dinglichen Nutzungsrechten, nie vollständig seines Besitzes entraubt, sondern könne im Rahmen einer Kündigung seinen Besitz zurückerlangen.¹³⁷

Eine eingetragene Auflassungsvormerkung schützt nach derzeitigem Rechtsstand den Erwerber somit nicht vor Vermietungen und Verpachtungen des ursprünglichen Grundstückseigentümers.¹³⁸

Dem Veräußerer ist es also möglich noch nach Auflassung des Grundstückes Miet- oder Pachtverträge mit Dritten abzuschließen, in welche der Erwerber im Rahmen des § 566 BGB dann nach Eigentumsübergang eintreten muss. Alle Rechte und Pflichten aus den vom ursprünglichen Eigentümer abgeschlossenen Verträgen würden somit auf den neuen Eigentümer übergehen, unabhängig davon, ob er davon Kenntnis hatte oder nicht.

Wenn keine Kündigungsfrist im Mietvertrag vereinbart wurde, gilt die gesetzliche Frist. Die regelmäßige gesetzliche Kündigungsfrist nach § 573c Absatz 1 BGB beträgt drei, sechs oder neun Monate, abhängig von der Dauer des bestehenden Mietverhältnisses. In der Vielzahl der Fälle kann mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten gerechnet werden, da bei einer Vermietung des ursprünglichen Eigentümers nach erfolgter Auflassung, die Dauer des geschlossenen Mietverhältnisses unter fünf Jahren liegt. Bei Pachtverträgen, in denen die Pachtzeit nicht bestimmt ist, ist eine Kündigung nur zum Schluss eines Pachtjahres möglich.¹³⁹

Dies bedeutet, dass der Erwerber des Grundstückes mindestens drei Monate bis hin zu fast einem Jahr in die Vermieterpflichten, wie zum Beispiel Verkehrssicherungspflichten und damit verbundene Sanierungspflichten eintreten muss. Für den Erwerber können somit enorme Belastungen und Kosten anfallen, von

¹³⁶ vgl. Assmann, Die Vormerkung (§ 883 BGB), S. 98

¹³⁷ ebenda

¹³⁸ vgl. BGH, Urt. v. 03.03.1954 - VI ZR 259/52 -, BGHZ 13, 1-5

¹³⁹ vgl. § 584 Abs. 1 BGB

denen er im Vorhinein keine Kenntnis hatte und auch nicht haben konnte, wenn die Vermietungen erst nach der Auflassung stattgefunden haben.

Diesen Fall der nachträglichen Verschlechterung der Verhältnisse durch den ursprünglichen Eigentümer sichert eine eingetragene Auflassungsvormerkung indes nicht ab.

7.2.2 Kostenfaktor

Nicht außer Acht zu lassen, ist die Tatsache, dass für jede Eintragung im Grundbuch sowie für die Beauftragung des Notars Kosten anfallen, die derjenige, der die Eintragung herbeiführen möchte, tragen muss. So fallen auch Kosten bei Eintragung einer Auflassungsvormerkung an.

Diese richten sich nach dem Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG). Nach Anlage 1 des GNotKG Nr. 14150 liegt der Gebührensatz für die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch bei 0,5. Bemessungsgrundlage für die Gebühr ist dabei der Geschäftswert, welcher nach § 45 Absatz 3 GNotKG der Wert des vorgemerkten Rechtes ist. Bei einer Grundstücksübergabe wäre das vorgemerkte Recht somit die zukünftige angestrebte Grundbucheintragung des neuen Eigentümers.

Anhand der Anlage 2 zu § 34 Absatz 3 GNotKG (Tabelle B), kann die Gebühr für diese Grundbucheintragung des zukünftigen Eigentümers entsprechend dem Geschäftswert des Grundstückes abgelesen werden.

Zur Verdeutlichung der Berechnungsschritte wird nachfolgend eine detaillierte Aufstellung der anfallenden Kosten bei einem beispielhaft gewählten Grundstückswert von 200.000,00 € aufgezeigt.

Grundbuchgebühren:

I Eintragung des neuen Eigentümers (Anlage 2, Tabelle B)	435,00 €
II Eintragung der Auflassungsvormerkung (0,5 von I)	217,50 €
III Löschung der Auflassungsvormerkung	25,00 €
Summe Grundbuchkosten	677,50 €

Notargebühren:

IV Beurkundung des Kaufvertrages (2,0 von I)	870,00 €
V Gebühr für Abwicklungstätigkeiten & Betreuung	217,50 €
VI Vertragsvollzugsgebühren	217,50 €
VII Pauschale Entgelte (Post, Telekommunikation)	20,00 €
Zwischensumme	1.325,00 €
VIII zzgl. 19 % MwSt.	251,75 €
Summe Notargebühren	1.576,75 €

GESAMTKOSTEN (Summe aus I – VIII) 2.254,25 €

Bei dem beispielhaft angesetzten Geschäftswert von 200.000,00 € würde die Gebühr für die Eintragung des neuen Eigentümers gemäß Tabelle 435,00 € betragen. Nach Anwendung des Gebührensatzes von 0,5 hätte der Käufer somit 217,50 € für die Eintragung der Auflassungsvormerkung zu zahlen. Zudem können auch Kosten für die Löschung der Vormerkung anfallen, welche nach Anlage 1 des GNotKG 25,00 € betragen.

Hinzu kommen selbstverständlich noch die Gebühren für den Notar. Für die schuldrechtliche Grundlage der Vormerkung, dem notariell beurkundetem Grundstückskaufvertrag, wird der Gebührensatz von 2,0 auf die oben definierte Bemessungsgrundlage angewendet. Die Kosten für die Beurkundung betragen somit 870,00 €.

Bei gleichbleibendem Geschäftswert kommen eine Vollzugsgebühr und eine Betreuungsgebühr von jeweils 217,50 € hinzu. Zudem können verschiedene Pauschalen, wie zum Beispiel Post- oder Dokumentenpauschalen, abhängig vom Notar, berechnet werden. Zu den Notarkosten ist dann, anders als bei den Grundbuchgebühren, abschließend noch die Mehrwertsteuer hinzuzurechnen.

Für die vollständige Abwicklung der Übereignung inklusive Eintragung einer Auflassungsvormerkung und Eintragung des neuen Eigentümers, muss der Käufer laut der obigen Beispielberechnung Kosten in Höhe von 2.254,25 € einplanen.

Zieht der Käufer die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nicht in Betracht, entfallen alle Kosten die in Verbindung mit der Auflassungsvormerkung stehen. Dies wären gemäß der Beispielrechnung 217,50 € für die Eintragung und 25,00 € für die Löschung. Zudem reduzieren sich gegebenenfalls die Notargebühren, da der Aufwand des Notars aufgrund fehlender Beantragung der Auflassungsvormerkung beim Grundbuchamt gegebenenfalls geringer wird.

Wenn der Käufer die Eintragung einer Auflassungsvormerkung als Sicherungsinstrument also nicht in Erwägung zieht, müsste er circa 300,00 € weniger Kosten einplanen.

7.2.3 Risiko für Dritte und den Verkäufer

Für die Eintragung der Auflassungsvormerkung ist, wie unter Punkt 5.3 erwähnt, gemäß § 19 GBO die Eintragungsbewilligung des ursprünglichen Eigentümers erforderlich. Wenn der Grundstücksverkäufer zu diesem Zeitpunkt den Kaufpreis noch nicht erhalten hat, ist in dieser Bewilligung somit eine Vorleistung durch ihn zu sehen. Wenn der schuldrechtliche Anspruch auf dem die Auflassungsvormerkung beruht, zum Beispiel wegen Rücktritt des Käufers, Nichterfüllung des Käufers oder Leistungsstörungen aufgrund der Akzessorietät erlischt, erlischt somit auch die Auflassungsvormerkung.¹⁴⁰

Sollte die Eintragung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch währenddessen aber bereits erfolgt sein, bleibt die Auflassungsvormerkung trotz Erlöschen als Buchposition im Grundbuch bestehen, bis eine Löschung erfolgt.

Diese Löschung gestaltet sich in vielen Fällen schwierig, da die Löschung gemäß § 19 GBO die Bewilligung des Betroffenen, also des ursprünglichen Käufers bedarf. Insofern der Grundstückserwerb gescheitert ist, ist der ursprüngliche Käufer meist nicht bereit, diese Löschung zu bewilligen. Ist dies der Fall, kann die Löschung nur gerichtlich in Form einer Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB eingeklagt werden.¹⁴¹ Dies ist oft zeitaufwendig. Für den Verkäufer entsteht somit ein wirtschaftlicher Nachteil, da er indessen nicht wirksam über sein Eigentum verfügen kann.

Zudem können, wenn nach beurkundetem Grundstückskaufvertrag und erfolgter Auflassung aber vor Eintragung des neuen Eigentümers eine vormerkungswidrige Belastung im Grundbuch eingetragen wurde, für den Verkäufer Kosten zur Löschung anfallen. Eine gesetzliche Regelung zur Kostentragung bei Löschung einer vormerkungswidrigen Belastung auf Verlangen des Vormerkungsberechtigten gibt es nicht. § 888 Absatz 1 BGB regelt nur, dass der Vormerkungsberechtigte die Zustimmung verlangen kann.

Eine Kostentragungsregelung enthält der § 897 BGB. Danach würde diejenige Person die Kosten tragen, die die Berichtigung des Grundbuches verlangt. Dies

¹⁴⁰ BGH, Urt. v. 22.02.2009 - IX ZR 66/07 -, juris, Tz. 12; *Herrler* in: Palandt, § 886, Rn. 4

¹⁴¹ BGH, Urt. v. 15.12.1972 - V ZR 76/61 -, Rn. 16

wäre somit der Erwerber. § 894 BGB sei aber gemäß Literaturmeinung¹⁴² nur bei Fällen einer Grundbuchberichtigung anwendbar. Laut Report des Deutschen Notarinstituts aus dem Jahr 2012 handele es sich bei dieser Löschung nicht um einen Grundbuchberichtigungsanspruch im eigentlichen Sinne, da das Grundbuch durch die eingetragene vormerkungswidrige Verfügung nicht unrichtig i. S. d. § 894 BGB wird.¹⁴³ Die Kostentragung nach § 897 BGB ist somit auszuschließen.

Nach Auffassung GURSKY müsste demnach der zur Zustimmung Verpflichtete die Kosten der Löschung tragen. Angelehnt auch an die allgemeine Praxis, in der der Schuldner die zur Erfüllung seiner Verpflichtungen notwendigen Aufwendungen zu tragen hat. Der Schutz des zustimmungspflichtigen Dritten ist zudem auszuschließen, da der Dritte hätte erkennen können, dass eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen war.¹⁴⁴ Somit wäre entweder der Veräußerer oder ein vormerkungswidrig eingetragener Dritter zur Tragung der Kosten der Löschung verpflichtet.

7.2.4 Alternativen zur Auflassungsvormerkung

Wenn man die Notwendigkeit der Auflassungsvormerkung betrachtet, sollte auch eine Abwägung der Alternativen erfolgen.

Eine Möglichkeit die vielfach in der Literatur hinzugezogen wird, stellt eine Änderung des § 925 Absatz 2 BGB dar, in Form einer Zulassung der bedingten Auflassung. § 925 Absatz 2 BGB schließt eine Befristung oder Bedingung der Auflassung aus, zur Wahrung der Rechtssicherheit und der Klarheit, dass keine falsche Person im Grundbuch eingetragen ist. Eine bedingte Auflassung wäre als Alternative nur denkbar, wenn von ihr der gleiche Schutz für den Erwerber ausgehe, wie von der Auflassungsvormerkung.

Dazu müsste laut STAMM die bedingte Auflassung so gelten, wie eine bedingte Verfügung im Immobiliarsachenrecht. Im Immobiliarsachenrecht wird bei Erwerb eines beschränkt dinglichen Rechtes dieser durch einen Eintragungsvermerk ausgewiesen. Dieser Eintragungsvermerk würde auch bei einer bedingten Auflassung zur Folge haben, dass ein gutgläubiger Dritterwerb ausgeschlossen wäre, da der

¹⁴² vgl. *Herrler* in: Palandt, § 897 Rn. 1; *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 897, Rn. 8

¹⁴³ vgl. DNotI-Report 1/2012, S. 3

¹⁴⁴ vgl. *Gursky* in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 888 BGB, Rn. 60

Dritter sich bei Eintritt der Bedingung, nicht auf guten Glauben berufen kann. (§ 161 Absatz 1 Satz 1 BGB).¹⁴⁵

Folge wäre somit, dass der Käufer vor Zwischenverfügungen des Verkäufers auch bei einer bedingten Auflassung angemessen geschützt wäre. Zudem müsste der Verkäufer auch keine Insolvenz des Käufers befürchten, denn wenn nach Eintragung im Grundbuch keine Kaufpreiszahlung erfolgt, kann der Verkäufer nach den §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB vom Vertrag zurücktreten und Einwilligung zur Löschung der Auflassungsvormerkung verlangen.

Durch die bedingte Auflassung wird zudem die Durchbrechung des Prioritätenprinzips, welches bei Eintragung einer Auflassungsvormerkung stattfindet, vermieden, weil dem bedingten Eigentum der Vorrang eingeräumt wird.¹⁴⁶

Als Schlussfolgerung stellt STAMM die Auflassungsvormerkung als Schutzinstrument vor Zwischenverfügungen grundsätzlich in Frage, da die bedingte Auflassung dies auch gewährleiste.¹⁴⁷ Das einzige Problem was STAMM dabei sieht, ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Auflassung als bedingungsfeindlich erklärt hat. Eine Lösung, die STAMM dabei sieht, ist die Zulassung der bedingten Auflassung parallel zur Auflassungsvormerkung¹⁴⁸. Somit wäre zudem der Rechtsstreit um den gutgläubigen Erwerb ausgeschlossen, da § 892 BGB dann direkt unmittelbar zur Anwendung kommen würde.

¹⁴⁵ vgl. *Stamm* in: Schriften zum Bürgerlichen Recht - Die Auflassungsvormerkung, Eine Fiktion der bedingten Verfügung im Immobiliarsachenrecht, 2003, S. 50

¹⁴⁶ *ebenda*

¹⁴⁷ *Stamm* in: Schriften zum Bürgerlichen Recht - Die Auflassungsvormerkung, Eine Fiktion der bedingten Verfügung im Immobiliarsachenrecht, 2003, S. 155

¹⁴⁸ vgl. *Stamm* in: Schriften zum Bürgerlichen Recht - Die Auflassungsvormerkung, Eine Fiktion der bedingten Verfügung im Immobiliarsachenrecht, 2003, S. 156

8 Bewertung der Argumente

Wenn man die unter Gliederungspunkt 7 erläuterten Argumente genauer betrachtet, kann man direkt erkennen, dass die Sicherungswirkung der Auflassungsvormerkung einen enorm gewichtigen Teil der pro - Argumente einnimmt, was für ihre Bedeutsamkeit selbst spricht.

Rechtsprechung und Literatur sind sich einig, dass die Auflassungsvormerkung als eingetragene Belastung im Grundbuch sowohl vor rechtsgeschäftlichen Verfügungen wie erneuten Veräußerungen oder Grundstücksbelastungen als auch vor hoheitlichen Verfügungen wie Insolvenzen oder Zwangsvollstreckungen schützt. Ebenso wird der Fall des Todes des Veräußerers vor erfolgter Übereignung gesetzlich gemäß § 884 BGB abgesichert.

Zudem kommen dem Vormerkungsberechtigten vielerlei Ansprüche aus der eingetragenen Auflassungsvormerkung zu, sollte der ursprüngliche Eigentümer trotz dessen weitere Zwischenverfügungen vornehmen. Der § 888 BGB stellt für die Verfasserin eine wichtige Anspruchsgrundlage dar, da er die einzige Möglichkeit darstellt, sich als Grundstückserwerber auf seine Rechte berufen zu können und die möglicherweise erfolgten Zwischenverfügungen zu revidieren.

Schutz vor rechtsgeschäftlichen sowie hoheitlichen Rechtsgeschäften könnte in gleichem Umfang wie die Auflassungsvormerkung nur eine bedingte Verfügung gewährleisten. Diese bedingte Verfügung ist aber vom Gesetzgeber im Rahmen des § 925 Absatz 2 BGB ausgeschlossen und bedürfte zu ihrer Wirksamkeit somit einer Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die Belehrungspflicht des Notars war zwar vorerst nicht durch die Rechtsprechung im Rahmen der Aufklärungspflicht des Notars vorgeschrieben¹⁴⁹, da die herrschende Meinung sie aber als unumgänglich erachtete, weil man zwangsläufig im Rahmen der notariellen Gespräche und der Betrachtung des Sachverhaltes auf das Thema einer Eintragung der Auflassungsvormerkung stoße, wurde sie dann durch den Bundesgerichtshof im Oktober 1988 als zwingende Notwendigkeit im Rahmen eines notariellen Aufklärungsgespräches erachtet.

Die Tatsache, dass man in nahezu jedem Notargespräch bezüglich eines Grundstückserwerbes auf die Auflassungsvormerkung zu sprechen kommt und dass die

¹⁴⁹ vgl. *Ganter*, Die Belehrungspflicht des Notars über die Erforderlichkeit einer Auflassungs- oder Eigentumserwerbsvormerkung in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 1017, Pkt. II.1.

Erwähnung der Auflassungsvormerkung generell zur notariellen Praxis gehört, wie auch der BGH in seinem Urteil anerkennt¹⁵⁰, stellt für die Verfasserin einen klaren Hinweis auf die Bedeutung dieser dar.

Obwohl die Sicherungswirkung einen gewichtigen Teil einnimmt, ist ein bedeutender Teil nicht von ihrer Schutzwirkung erfasst. Vermietungen und Verpachtungen und die damit verbundenen Gebrauchsüberlassungen des ursprünglichen Eigentümers nach erfolgter Auflassung werden laut derzeitiger Rechtsprechung nicht vom Schutzzumfang der Auflassungsvormerkung erfasst.

Die Verfasserin teilt die Argumente der Rechtsprechung und einiger Literaturstimmen, welche eine analoge Anwendung des § 883 BGB auf Vermietungen und Verpachtungen ablehnen. Vor allem aufgrund der gesetzlichen Definition einer Verfügung, welche Miet- oder Pachtverträge und damit verbundene Gebrauchsüberlassung konkret nicht erfasst, kann das Argument befürwortet werden. Zudem teilt die Verfasserin die Auffassung einer Schutzwürdigkeit des Mieters oder Pächters in vollem Umfang, da nach eigener Erfahrung eine Einsicht ins Grundbuch vor Abschluss eines Miet- oder Pachtvertrages unwahrscheinlich ist.

Somit stellen Vermietungen und Verpachtungen zwar eine Lücke in der Schutzwirkung dar, diese ist aber im Verhältnis zu den Risiken, die auftreten können, wenn man die Eintragung der Auflassungsvormerkung gesamt ausschließt, relativ gering und noch vertretbar. Man tritt als Erwerber des Grundstückes zwar in die Rechten und Pflichten des Vermieters bzw. Verpächters ein, erhält aber im Gegenzug auch alle Rechte. Zudem besteht immer die Möglichkeit der Kündigung im Rahmen der gesetzlichen Kündigungsvorschriften.

Auch ein Risiko für Dritte ist bei der Eintragung einer Auflassungsvormerkung zwar vorhanden, dieses sollte aber für den Erwerber keine übergeordnete Rolle spielen. Laut Auffassung der Verfasserin haben vor allem die eigenen Interessen beim Erwerb eines Grundstückes Priorität.

Bei der Betrachtung des Kostenfaktors für die Eintragung ist erkennbar, dass geringe Mehrkosten abhängig vom Geschäftswert des Grundstückes zu erwarten sind, wenn der Erwerber sich für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung entscheidet. Die Abwägung der geringen Mehrkosten in Bezug auf das Risiko, muss der Käufer letztendlich selbst tragen. Die Verfasserin teilt die Auffassung,

¹⁵⁰ vgl. BGH, Urt. v. 06.10.1988 - IX ZR 142/87 -, Rn. 32

dass bei Nichteintragung einer Auflassungsvormerkung nur ein in Bezug auf die Gesamtkosten des Grundstückserwerbs sehr geringer Einsparbetrag zu erwarten ist. Wohingegen das Risiko des Käufers in Bezug auf nachfolgende Zwischenverfügungen als deutlich höher zu bewerten ist. Alleine das Risiko einer Zwangsvollstreckung oder Insolvenz des ursprünglichen Eigentümers, welches dem Erwerber den Eigentumserwerb gänzlich unmöglich machen könnte, rechtfertigt laut Meinung des Verfassers den mit der Eintragung der Auflassungsvormerkung verbundenen Mehrkostenbetrag.

Die Betrachtung der Alternativen spiegelt lediglich eine mögliche Alternative wieder. Die bedingte Verfügung stellt eine Option dar, die dem Schutzzumfang einer Auflassungsvormerkung gleichzusetzen wäre. Diese Anwendung einer bedingten Verfügung ist aber gesetzlich nach § 925 Absatz 2 BGB ausgeschlossen, was eine reelle Betrachtung als Alternative zum derzeitigen Rechtsstand unmöglich macht.

Weitere Ausweichmöglichkeiten, die den gleichen Sicherungseffekt wie die eingetragene Auflassungsvormerkung gewährleisten können, sind derzeit nicht ersichtlich. Somit ist auch dieses Contra-Argument aufgrund von mangelnden Alternativen im Rahmen der Gesetzgebung nicht prägend in Bezug auf die Notwendigkeit einer Auflassungsvormerkung.

9 Zusammenfassung

Seit dem Jahr 1900 existiert die Vormerkung im Rahmen der §§ 883 ff. BGB als Sicherungsinstrument im Bürgerlichen Gesetzbuch. Die spezielle Form der Auflassungsvormerkung soll seit nun über zwei Jahrhunderten den Schutz des Vormerkungsberechtigten bei Eigentumsübergängen gewährleisten.

Die Schutzwirkung der Auflassungsvormerkung ist gewiss nicht allumfassend, da zum Beispiel Zwischenverfügungen durch Vermietung oder Verpachtung gemäß einhergehender Rechtsprechung nicht erfasst sind. Dennoch hat die Sicherungswirkung nach Meinung der Verfasserin eine enorme Bedeutung, da ohne wirksam eingetragene Auflassungsvormerkung der Erwerber des Grundstückes vollkommen sicherungslos gegenüber weiteren Verfügungen des Veräußerers wäre.

Mit erheblichen finanziellen Einbußen, Belastungen des Eigentums oder gar Unmöglichkeit des Eigentumserwerbs müsste der Erwerber rechnen, wenn er sich für einen Grundstückserwerb ohne Eintragung einer Auflassungsvormerkung entscheidet. Ob die Kosten für Eintragung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch verbunden mit den Notarkosten, im Verhältnis zur Sicherungswirkung gegenüber dem Veräußerer stehen, sollte jeder Erwerber für sich selbst abwägen. Eine persönliche Beziehung bzw. eventuell vorhandene Vertrauensbasis zwischen Erwerber und Veräußerer spielen bei dieser Entscheidung gegebenenfalls auch eine Rolle.

Die finanziellen Mittel, welche der Erwerber dafür investieren muss, sind verhältnismäßig gering, im Vergleich dazu, was ihm an Kosten anfallen können, wenn der Veräußerer nach erfolgter Auflassung weitere Zwischenverfügungen trifft. Bis hin zum eigentlichen Verlust des Grundstückes aufgrund von Insolvenz des Veräußerers und damit verbundener Zwangsvollstreckung in das Grundstück oder anderweitigen Belastungen durch Grundschuld oder Hypothek kann dem Erwerber alles wiederfahren, wenn er die Auflassungsvormerkung als Sicherungsinstrument nicht ins Grundbuch eintragen lässt.

Zudem stellt ein Grundstückskauf für eine Vielzahl von Menschen ein einmaliges Ereignis dar, für welches sie meist ihr gesamtes Vermögen aufbringen. Für diese Käufer ist das Risiko nicht nur umso erheblicher, sondern kann auch für das ganze

Leben prägend sein, wenn sie ohne eine Auflassungsvormerkung den Grundstückserwerb vollziehen wollen und am Ende ohne jegliche Gegenleistung zurückbleiben.

Die Meinung des Verfassers ist eindeutig. Solange eine bedingte Verfügung durch den Gesetzgeber nicht ermöglicht wird, ist die Auflassungsvormerkung ein notwendiges Sicherungsinstrument, um den Erwerber weitestgehend vor möglichen Zwischenverfügungen des Veräußerers zu schützen.

Literaturverzeichnis

- Assmann, D. (1998). *Die Vormerkung (§883 BGB)* (Bd. 29). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Baur, F. (1992). *Lehrbuch des Sachenrechts* (16. Aufl.). München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Brehm, W., & Berger, C. (2006). *Sachenrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bundesgerichtshofes, M. d. (Hrsg.). (1989). *Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes - Kommentar* (12. Aufl., Bde. 2, 6. Teil §§832-853). Berlin, New York: Walter de Gruyter.
- Canaris, C.-W. (1978). Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *Festschrift für Flume*, S. 371-427.
- Deutsches Notarinstitut. (2012/1). *DNotI-Report - Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts*. Würzburg: Bundesnotarkammer.
- Erman, W. (Hrsg.). (1967). *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (4. neubearbeitete Aufl., Bd. 2). Münster/Westf.: Aschendorff.
- Füller, J. (2006). *Eigenständiges Sachenrecht?* Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ganter, H. G. (1986). Die Belehrungspflicht des Notars über die Erforderlichkeit einer Auflassungs- oder Eigentumserwerbsvormerkung. *Neue Juristische Wochenschrift*.
- Hager, J. (Juni 1990). Die Vormerkung. *Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, S. 429-439.
- Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.). (kein Datum). *juris Praxiskommentar BGB* (9. Aufl., Bde. 3 - Sachenrecht). Saarbrücken. Abgerufen am 1. Juli 2020
- Katko, P. (2006). *Bürgerliches Recht - Schnell erfasst*. Berlin: Springer-Verlag.
- Knöpfle, R. (März 1981). Die Vormerkung. *Juristische Schulung, Heft 3*, S. 157-168.
- Lüke, W. (2018). *Sachenrecht* (4. Aufl.). München: C.H. Beck oHG.
- Müller, K., & Gruber, P. (2017). *Sachenrecht*. Vahlen Verlag.
- Paintner, E. (2011). Voraussetzungen für Eintragung einer Auflassungsvormerkung. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 11, S. 690.

- Palandt, O. (2012). *Bürgerliches Gesetzbuch* (71. Aufl., Bd. 7). (Bassenge, Brudermüller, Diederichsen, Ellenberger, Grüneberg, Sprau, Weidlich, Hrsg.) München: C.H.Beck oHG.
- Palandt, O. (2018). *Bürgerliches Gesetzbuch* (77. Aufl.). (Brudermüller, Ellenberger, Götz, Grüneberg, Herrler, Sprau, Wicke, Hrsg.) München: C.H.Beck.
- Petersen, J. (2016). Die Vormerkung. *Juristische Ausbildung*(5), S. 495-497. Abgerufen am 17. November 2020
- Rechtslexikon.net*. (kein Datum). Abgerufen am 12. Dezember 2020 von <http://rechtslexikon.net/d/vormerkung/vormerkung.htm>
- Reichel, H. (1904). Die Vormerkung im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. In F. Regelsberger, & V. Ehrenberg (Hrsg.), *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* (Bd. 46, S. 59-182). Jena: Gustav Fischer.
- Rüscher, D. (2020). Die Vormerkung. *Juristische Ausbildung*(2020(7)), S. 649-663.
- Säcker, F. J., Rixecker, R., Oetker, H., & Limperg, B. (Hrsg.). (2013). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Aufl., Bd. Sachenrecht). München: C.H.Beck oHG.
- Schröder, R. (2009). *Immobiliarsachenrecht*. Vorlesungsbegleitendes Skript. Abgerufen am 12. Januar 2021
- Schulze, R. (2009). *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (Bd. 3: Sachenrecht). Nomos.
- Soergel, H. T. (Hrsg.). (2002). *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (13. neubearb. Aufl., Bde. 14. Sachenrecht §§854 - 984). Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH.
- Stamm, J. (2003). *Schriften zum Bürgerlichen Recht - Die Auffassungsvormerkung, Eine Fiktion der bedingten Verfügung im Immobiliarsachenrecht* (Bd. 277). Berlin: Duncker & Humblot.
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. (kein Datum). Berlin: Sellier-de Gruyter.
- Stöfen, M. (kein Datum). *Definition Vormerkung*. Abgerufen am 16. August 2020 von <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/vormerkung-48569#definition>
- Westermann, H. (1998). *Sachenrecht: ein Lehrbuch*. Heidelberg: C.F.Müller Verlag, Hüthig GmbH.
- Westermann, H. P. (2012). *BGB-Sachenrecht* (12. neu bearbeitete Aufl.). Heidelberg: C.F.Müller Verlag.

Wieling, H. (2007). *Sachenrecht* (5. Aufl.). Heidelberg: Springer-Verlag Berlin.

Wilhelm, J. (2010). *Sachenrecht*. Berlin/New York: Walter de Gruyter GmbH & Co.KG.

Wirkung der Vormerkung. (2011). *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis*, S. 56-57. Abgerufen am 17. November 2020 von https://www.wiso-net.de/document/NOTB_b8135ed50fe1cf3fba9c684c5be22e4eece698bd

Verzeichnis der Rechtsvorschriften

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) vom 1. Juni 1811, Erlass wurde im Amtlichen Sammelwerk (ASW), gestützt auf das Gesetz vom 5. Oktober 1967 über die Bereinigung der vor dem 1. Januar 1863 erlassenen Rechtsvorschriften, LGBl. 1967 Nr. 34, publiziert.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S.738), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 12. November 2020 (BGBl. I S. 2392) geändert worden ist

Grundbuchordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1114), die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 16. Oktober 2020 (BGBl. I S. 2187) geändert worden ist

Gerichts- und Notarkostengesetz vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 16. Oktober 2020 (BGBl. I S. 2187) geändert worden ist

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (ZVG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-14, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 16. Oktober 2020 (BGBl. I S. 2187) geändert worden ist

Insolvenzordnung (InsO) vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2020 (BGBl. I S. 2466) geändert worden ist

Verzeichnis der Rechtsprechung

BGH, Urteil vom 03. März 1954 - VI ZR 259/52 -, BGHZ 13, 1-5, juris

BGH, Urteil vom 21. Dezember 1960 - VIII ZR 204/59 -, BGHZ 34, 254-260, juris

BGH, Urteil vom 15. Dezember 1972 - V ZR 76/71 -, BGHZ 60, 46-54, juris

BGH, Urteil vom 6. Oktober 1988 - IX ZR 142/87 -, juris

BGH, Urteil vom 19. Oktober 1988 - VIII ZR 22/88, juris

BGH, Urteil vom 26. November 1999 - V ZR 432/98 -, BGHZ 143,175, juris

BGH, Urteil vom 20. Oktober 2000 - V ZR 194/99 - WM 2001, 212, juris

BGH, Urteil vom 14. September 2001 - V ZR 231/00 -, juris

BGH, Urteil vom 7. März 2002 - IX ZR 457/99 -, BGHZ 150,138, juris

BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 - IX ZR 100/03 -, NZI 2006, 331, 332, juris

BGH, Urteil vom 22. Februar 2009 - IX ZP 66/07 -, juris

BGH, Urteil vom 13. Februar 2014 - V ZB 88/13 -, BGHZ 200, 179 – 188, juris

Oberlandesgericht Schleswig-Holstein 3. Zivilsenat, Urteil vom 27. Oktober 1972 - 3 U 57/71 -, juris

Oberlandesgericht Schleswig-Holstein 3. Zivilsenat, Urteil vom 30. Juni 1972 - 3 U 30/72 -, juris

Oberlandesgericht Frankfurt, Urteil vom 30. Juli 1992 - 27 W 43/92 -, NJW-RR 1993, 473

Oberlandesgericht Sachsen-Anhalt, Urteil vom 21. Januar 2019 - 12 Wx 66/18 -

Eidesstaatliche Erklärung

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende Diplomarbeit eigenständig und ohne fremde Hilfe angefertigt habe. Textpassagen, die wörtlich oder dem Sinn nach auf Publikationen oder Vorträgen anderer Autoren beruhen, sind als solche kenntlich gemacht.

Die Arbeit wurde bisher keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Die gedruckte und die digitalisierte Form der Diplomarbeit sind identisch.

Freiberg, 11.04.2021

Marlene Thiemer