

# Übungsfall: Der nicht eingetragene Gesellschafterwechsel

Von Wiss. Mitarbeiterin **Doris Leitner**, Bayreuth\*

*Der Fall betrifft aktuelle Fragen des Immobiliarsachen- und Gesellschaftsrechts. Konkret geht es um Probleme im Zusammenhang mit einer Vormerkungsbewilligung und den neuen gesellschaftsrechtlich relevanten Vorschriften §§ 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO sowie um Aspekte betreffend die neue Vorschrift § 1192 Abs. 1a BGB.*

## Sachverhalt

Die Studienfreunde A, B und C haben endlich ihre Ausbildung zum Volljuristen hinter sich gebracht und ihre Rechtsanwaltszulassung erhalten. Sie möchten sich nun in einer Anwaltssozietät zusammenschließen, um ihrem Beruf gemeinsam nachgehen zu können. Daher einigen sie sich darauf, eine Anwaltssozietät in Bayreuth zu gründen.

Um ihr Vorhaben zu realisieren, schließen A, B und C im Namen ihrer Sozietät mit V am 9.7.2006 formwirksam einen Kaufvertrag über das Grundstück Flurnummer 1155 in Bayreuth, das mit einem Bürogebäude bebaut ist. Auch die Auflassung wird ordnungsgemäß erklärt. Am 30.8.2006 wird die Sozietät bestehend aus A, B und C als Eigentümerin des Grundstücks eingetragen. Anschließend renovieren A, B und C das Gebäude und richten sich standesgemäß ein. Im Oktober 2006 können sie endlich mit ihrer Tätigkeit beginnen.

Anfang 2009 erhält A plötzlich ein Jobangebot von einer namhaften Großkanzlei. Als A sich dazu entschließt, dieses Angebot anzunehmen, beraten A, B und C über die Zukunft der Kanzlei. Sie kommen überein, dass A seinen Anteil an der Sozietät an D abtreten solle. Nach Rücksprache mit D einigt sich A daraufhin am 10.2.2009 über die Übertragung seines Anteils. Auch das Grundbuchamt wird über die Änderung informiert. Eine Eintragung im Grundbuch erfolgt jedoch nicht.

Aufgrund der immer größer werdenden Aktenberge wird das Bürogebäude der Kanzlei jedoch bald zu klein. Daher entschließen sich B, C und D dazu, das Grundstück Flurnummer 1155 zu verkaufen und ein neues Grundstück zu erwerben. Als A von den Plänen erfährt, bittet er B, C und D, der Vertragsunterzeichnung beiwohnen zu dürfen. B, C und D haben nichts dagegen. Um einen Käufer zu finden, inseriert B anschließend nach Rücksprache mit seinen Kollegen eine Anzeige für das Grundstück Flurnummer 1155, die am 17.10.2009 geschaltet wird. Noch am selben Tag meldet sich telefonisch X bei B und vereinbart mit ihm einen Termin. X ist von dem Objekt so begeistert, dass er den Kaufvertrag so schnell wie möglich abschließen will. Die Vertragsunter-

zeichnung solle am 26.10.2009 erfolgen. Am 26.10.2009 hat D jedoch unverhofft einen wichtigen Gerichtstermin. Er teilt seinen Kollegen B und C vor seiner Abfahrt daher mit, dass der Vertragsschluss mit X in seinem Interesse sei, sofern X mindestens 600.000 € zu zahlen bereit ist. Vor dem städtischen Notar einigen sich A, B und C als Vertreter der Kanzlei mit X, der keine Kenntnis vom Gesellschafterwechsel hat, sodann darauf, dass X das Grundstück Flurnummer 1155 zum Preis von 500.000 € kaufe. Der Kaufpreis solle erst im Februar 2010 fällig werden. Zur Sicherung seines Anspruchs aus dem Kaufvertrag wird X zugleich eine Vormerkung bewilligt, die am 15.12.2009 eingetragen wird.

Am Tag nach der Vertragsunterzeichnung, meldet sich plötzlich der wohlhabende Y bei B. Er möchte das Grundstück Flurnummer 1155 unbedingt erwerben und würde dafür sogar 700.000 € zahlen. B ist der Meinung, dass das Geschäft mit X unwirksam sei, da ja ein Kaufpreis i.H.v. 500.000 € und nicht – wie von D gefordert – i.H.v. 600.000 € ausgehandelt wurde. Nachdem B seine Kollegen C und D vom Angebot des Y und seinen Überlegungen zum Geschäft mit X in Kenntnis gesetzt hat, wollen sie unbedingt mit Y ins Geschäft kommen. Daraufhin schließen B, C und D als Vertreter der Sozietät mit Y am 30.10.2009 formwirksam einen Kaufvertrag über das Grundstück zum Preis von 700.000 € unter gleichzeitiger Erklärung der Auflassung. Die Schlüsselübergabe erfolgt am 2.11.2009, die Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch am 8.1.2010.

Einige Zeit nach seinem Einzug, am 12.12.2009, trifft Y zufällig den X. Beide kommen ins Gespräch und X erzählt dem Y begeistert von seinem neuen Grundstück. Zwar stehe die Eintragung als Eigentümer noch aus, Kaufvertrag und Vormerkungseintragung seien aber schon erfolgt. Als herauskommt, dass vom Grundstück Flurnummer 1155 die Rede ist, bekommt Y Zweifel an der Wirksamkeit seines Geschäfts mit der Sozietät. Er beschließt der Sache nachzugehen. Infolge des aufkommenden Weihnachtsstresses vergisst Y die Sache jedoch wieder.

Mitte Januar 2010 gibt plötzlich die veraltete Ölheizung im Bürogebäude ihren Geist auf. Y lässt daraufhin sofort für 20.000 € eine neue Heizungsanlage einbauen.

Auch B, C und D begeben sich gleich nach der Schlüsselübergabe auf die Suche nach einem neuen Grundstück. Sie werden bald fündig und einigen sich daher – unter gleichzeitiger Erklärung der Auflassung – im Namen der Sozietät mit der Eigentümerin Z am 19.11.2009 formwirksam über den Kauf des Grundstücks Flurnummer 1756 zum Preis von 1.100.000 €. Schlüsselübergabe und Eintragung erfolgen am 15.12.2009. Da die Anwälte lediglich 800.000 € anzahlen können, wird die Restforderung durch eine Grundschuld gesichert. Eintragung der Grundschuld sowie Übergabe des Grundschuldbriefs erfolgen am 18.12.2009. Zudem wird mündlich vereinbart, dass eine Vollstreckung aus der Grundschuld nicht vor dem 30.6.2011 erfolgen dürfe.

Im neuen Jahr überschlagen sich dann plötzlich die Ereignisse: Am 1.2.2010 überweist X 500.000 € auf das Konto

---

\* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Stefan Leible) der Universität Bayreuth. Der Fall war Gegenstand einer Hausarbeit im Rahmen der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene von Prof. Dr. Leible im Wintersemester 2009/2010. 1,61 % der Arbeiten wurden mit „gut“ bewertet, 6,45 % mit „vollbefriedigend“, 30,65 % mit „befriedigend“, 37,09 % mit „ausreichend“ und 24,19 % mit „mangelhaft“ (gerundete Werte).

der Sozietät und verlangt von ihr mit Schreiben vom 2.2.2010 Übergabe und Übereignung des Grundstücks Flurnummer 1155. Als die Sozietät auf dieses Schreiben nicht reagiert, erhebt X Klage, die der Sozietät am 16.2.2010 zugestellt wird. B teilt dem X daraufhin nach Rücksprache mit seinen Kollegen in der Klageerwiderung mit, dass die Sozietät der falsche Ansprechpartner sei. X solle sich vielmehr an den neuen Eigentümer Y halten. Daraufhin begibt sich X am 24.2.2010 zu Y und nimmt diesen in Anspruch. Y ist jedoch nicht bereit sein Grundstück aufzugeben. Schließlich habe er doch rechtswirksam Eigentum am Grundstück erworben. Am 15.3.2010 meldet sich überdies die W-GmbH – an welche die Z, ohne einen der Anwälte zu informieren, die Forderung und die Grundschuld schriftlich und mittels Übergabe des Grundschuldbriefs am 7.1.2010 übertragen hatte – bei der Sozietät und verlangt von ihr Zahlung in Höhe von 300.000 €, gegebenenfalls die Duldung der Zwangsvollstreckung. B wendet hiergegen ein, dass er – was der Wahrheit entspricht – im Namen der Kanzlei am 4.1.2010 sowie am 2.2.2010 jeweils 100.000 € an Z gezahlt habe. Eine Eintragung diesbezüglich im Grundbuch war jedoch nicht erfolgt. Überdies dürfe gemäß seiner Abrede mit Z erst im Juli 2011 vollstreckt werden. Dies müsse auch gegenüber einem neuen Gläubiger gelten. Die Geschäftsführer der W-GmbH hatten allerdings weder von den bereits erfolgten Zahlungen noch von der Vollstreckungsvereinbarung Kenntnis. Lediglich der Sicherungscharakter war ihnen bekannt.

Frage 1: Welche Ansprüche hat X gegen Y?

Frage 2: Welche Ansprüche hat die W-GmbH gegen die Sozietät?

## Lösung

### Frage 1

#### A. Anspruch aus § 894 BGB

X könnte einen Anspruch gegen Y auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB haben. Hierfür müsste absolute Unrichtigkeit des Grundbuchs vorliegen. Absolute Unrichtigkeit läge vor, wenn das eingetragene Grundstückseigentum des Y objektiv nicht besteht. Daher ist die Eigentümerstellung des Y zu prüfen.

Y könnte das Eigentum am Grundstück Flurnummer 1155 von der Sozietät gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB erworben haben.

#### I. Auflassung

Zunächst müsste eine wirksame Auflassung gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB zwischen der Sozietät und Y vorliegen.

##### 1. Rechtsfähigkeit der Sozietät

Bei der Auflassung handelt es sich um einen dinglichen Vertrag, der Rechtsfähigkeit der Beteiligten voraussetzt. Bez. X ist Rechtsfähigkeit unproblematisch gegeben. Allein fraglich ist die Rechtsfähigkeit der Sozietät.

Die Rechtsfähigkeit der Sozietät könnte sich vorliegend aus einer Charakterisierung der Sozietät als Außen-GbR

ergeben. Die Rechtsfähigkeit einer Außen-GbR ist mittlerweile auch vom BGH anerkannt.<sup>1</sup> Die neuen Vorschriften § 47 Abs. 2 GBO und § 899a BGB bestätigen dies.<sup>2</sup>

Zu prüfen ist nunmehr, ob die Sozietät eine Außen-GbR darstellt. Für eine Außen-GbR müsste gem. § 705 BGB ein Gesellschaftsvertrag zwischen den Anwälten vorliegen, mit denen diese sich zur Erreichung oder Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichten, der auch die Teilnahme am Rechtsverkehr nach außen mitumfasst. Indem sich die Anwälte einigten, eine Sozietät zu gründen, liegt ein Gesellschaftsvertrag vor. Des Weiteren wollten sich die Anwälte zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen. Dies ist ein legitimer Zweck einer GbR. Eine andere Gesellschaftsform wie die OHG oder PartG scheidet überdies aus, da die Anwälte als Freiberufler weder ein Handelsgewerbe führen, noch die Anforderungen der §§ 3 ff. PartGG erfüllt sind. Damit ist die Sozietät als GbR zu qualifizieren.

Die Sozietät ist mithin rechtsfähig.

##### 2. Wirksame Vertretung

Weiter müsste die Sozietät bei der Auflassung wirksam vertreten worden sein. Gem. §§ 709, 714 BGB wird mangels anderweitiger Abreden die GbR durch alle Gesellschafter gemeinsam nach außen vertreten. Zum Zeitpunkt der Auflassung waren, da A seinen Geschäftsanteil gem. §§ 413, 398 BGB wirksam an D abgetreten hatte (eine bestimmte Form war bei der Anteilsübertragung nicht einzuhalten<sup>3</sup>), B, C und D Gesellschafter. Da diese die Auflassung erklärt haben, wurde die GbR auch wirksam vertreten.

##### 3. Form

Die Form der Auflassung gem. § 925 Abs. 1 S.1 BGB, der die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile vor dem Notar verlangt, ist laut Sachverhalt gewahrt.

#### II. Eintragung

Auch die nach § 873 Abs. 1 BGB erforderliche Eintragung des Y ist laut Sachverhalt am 8.1.2010 erfolgt.

#### III. Berechtigung

Zu prüfen ist schließlich die Berechtigung der Sozietät. Eine Berechtigung läge vor, wenn die Sozietät Eigentümerin des Grundstücks oder gem. § 185 BGB berechtigt wäre. Vorliegend könnte die Sozietät das Eigentum am Grundstück gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB von V erlangt haben.

Wie bereits dargelegt, war die Sozietät hier als Außen-GbR rechtsfähig.

<sup>1</sup> BGH NJW 2001, 1056; weitergeführt in BGH NJW 2006, 3716; NJW 2008, 1378; NJW 2009, 594.

<sup>2</sup> Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209 (211).

<sup>3</sup> BGHZ 86, 367 (369 f.); Habermaier, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 719 Rn. 12 f.; Ulmer/Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 719 Rn. 33; Westermann, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 719 Rn. 10.

Die Auflassung zwischen V und der Sozietät ist laut Sachverhalt formgerecht am 9.7.2006 erfolgt.

Problematisch ist allerdings die Eintragung der Sozietät. Zwar wurde die Sozietät vorliegend am 30.8.2006 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Fraglich ist jedoch, ob die Sozietät auch grundbuchfähig ist. Nach h.M. ist die Grundbuchfähigkeit der GbR mittlerweile allerdings als Folge ihrer Rechtsfähigkeit zu bejahen.<sup>4</sup> Zwar könnte man hiergegen anführen, dass § 47 GBO und § 899a BGB auch die Eintragung der Gesellschafter verlangen. Sinn und Zweck dieser Vorschriften zeigen jedoch, dass sie die Grundbuchfähigkeit der GbR nicht berühren. Sie stellen ein rein buchungstechnisches Element dar.<sup>5</sup> Daher ist die Sozietät grundbuchfähig.<sup>6</sup>

Von der Berechtigung des V ist auszugehen.

*Zwischenergebnis:* Die Sozietät hatte mit der Eintragung am 30.8.2006 wirksam Eigentum am Grundstück Flurnummer 1155 erworben. Sie war bei der Auflassung an Y Berechtigte, und hat auch bis zur Eintragung des Y die Berechtigung nicht etwa durch eine Auflassung an X verloren, da dieser nicht in das Grundbuch eingetragen wurde. Y ist daher Eigentümer des Grundstücks Flurnummer 1155 gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB geworden. § 883 Abs. 2 BGB ist irrelevant, da diese Vorschrift lediglich relative Wirkung im Verhältnis zu einem Vormerkungsberechtigten entfaltet. Es besteht somit keine absolute Unrichtigkeit des Grundbuchs.

*Ergebnis:* Ein Anspruch gem. § 894 BGB entfällt.

## B. Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB

X kann aber möglicherweise von Y die Zustimmung zu seiner eigenen Eintragung als Eigentümer gem. § 888 Abs. 1 BGB verlangen. Hierfür müsste der Anspruch zunächst entstanden sein.

### I. Vormerkungserwerb durch X

Dies setzt zunächst voraus, dass eine Vormerkung zugunsten des X besteht. Dies wäre der Fall, wenn X wirksam eine Vormerkung erworben hätte. Für einen wirksamen Vormerkungserwerb müssten die Voraussetzungen der §§ 883 Abs. 1 S. 1, 885 Abs. 1 BGB vorliegen. Problematisch sind hier allein das Bestehen eines schuldrechtlichen Anspruchs und das Vorhandensein einer wirksamen Bewilligung.

#### 1. Sicherungsfähiger Anspruch

Vorliegend könnte dem X ein Anspruch gem. §§ 433 Abs. 1 S. 1, 311 b Abs. 1 BGB gegenüber der Sozietät zustehen. Die Sozietät ist als Außen-GbR rechtsfähig, s.o. Fraglich ist somit lediglich, ob eine Einigung zwischen X und der Sozietät erfolgt ist.

a) Die Zeitungsanzeige ist mangels Rechtsbindungswillens lediglich eine invitatio ad offerendum und somit kein Angebot.

b) Allerdings wird am 26.10.2009 vor dem städtischen Notar eine Einigung über den Kauf des Grundstücks Flurnummer 1155 zum Preis von 500.000 € erzielt. Damit liegt eine Einigung vor.

c) Fraglich ist jedoch, ob die Sozietät wirksam vertreten wurde. Gem. §§ 709, 714 BGB ist für eine wirksame Vertretung der GbR eine Gesamtvertretung erforderlich. Hierfür ist es ausreichend, wenn ein Gesellschafter nach außen hin tätig wird und die anderen zustimmen oder eine spezielle Vollmacht erteilen.<sup>7</sup> Vorliegend waren bei Vertragsschluss lediglich A, B und C anwesend. Aufgrund der wirksamen Anteilsabtretung des A an D gem. §§ 413, 398 BGB ist aber D neben B und C Gesellschafter der Sozietät. Daher hätte D beim Kaufvertragsschluss anwesend sein oder zumindest seine Zustimmung oder eine Vollmacht abgeben müssen. Ob eine wirksame Zustimmung oder Vollmacht des D erfolgte kann jedoch vorliegend dahinstehen, da sich B und C jedenfalls nicht im Rahmen der Zustimmung bzw. Vollmacht bewegt haben. Daher sind die Erfordernisse einer Gesamtvertretung nicht erfüllt.

d) Ein anderes Ergebnis könnte sich aber über § 899a BGB ergeben. § 899a S. 2 BGB bewirkt i.V.m. § 892 Abs. 1 bzw. § 893 BGB mittelbar Verkehrsschutz hinsichtlich der Vertretung einer GbR.<sup>8</sup> Er ist gem. Art. 229 § 21 EGBGB auch auf sog. Altfälle, mithin bis dato ordnungsgemäßen Eintragungen, die vor dem 18.8.2009 erfolgten, anwendbar. Voraussetzung für einen solchen Verkehrsschutz ist jedoch, dass die handelnden Gesellschafter in Ansehung des eingetragenen Rechts im Grundbuch eingetragen sind. Vorliegend waren die beim Vertragsschluss anwesenden Personen (A, B und C) im Grundbuch als Eigentümer des Grundstücks Flurnummer 1155 eingetragen. Auch war V hinsichtlich ihrer Vertretungsmacht gutgläubig. Die Voraussetzungen des § 899a S. 2 BGB i.V.m. §§ 892 ff. BGB sind somit eigentlich erfüllt.

Fraglich ist aber, ob sich die Gutgläubenswirkung des § 899a auch auf schuldrechtliche Verträge bezieht. Zwar könnte man gegen eine derartige Wirkung zunächst den Wortlaut und die systematische Stellung des § 899a BGB anführen: § 899a BGB spricht ausdrücklich von einer Vermutung „in Ansehung des eingetragenen Rechts“. <sup>9</sup> Damit soll erreicht werden, dass dem Grundbuch nicht die Funktion

<sup>4</sup> BGH NJW 2008, 1378; NJW 2009, 594.

<sup>5</sup> Scherer, NJW 2009, 3063 (3064 f.).

<sup>6</sup> Näher zu dieser Problematik Scherer, NJW 2009, 3063 ff.

<sup>7</sup> RGZ 112, 215; 118, 168 (170); Schilken, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 167 Rn. 53 ff.; Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 167 Rn. 13; Schramm, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 164 Rn. 85 ff.; Westermann in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 714 Rn. 7.

<sup>8</sup> Lautner, DNotZ 2009, 650 (664); Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421 (422).

<sup>9</sup> BT-Drs. 16/13437, S. 26; Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421 (422); Kuckein/Jenn, NZG 2009, 848 (851); Schürnbrand/Weiß, ZJS 2009, 607 (610); Geibel, ZJS 2009, 339 (343).

eines allgemeinen Ersatzregisters zukommt. § 899a BGB soll vielmehr funktional dem § 891 BGB entsprechen.<sup>10</sup> Ferner ist § 899a BGB im dritten Buch des BGB und mithin im Sachenrecht verankert worden.<sup>11</sup> Hätte § 899a BGB auch für schuldrechtliche Verträge gelten sollen, hätte man die Vorschrift an anderer Stelle, z.B. bei den §§ 172 ff. BGB oder den §§ 705 ff. BGB einordnen können.<sup>12</sup> Auch der Wortlaut („Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht“) und die Systematik des § 892 Abs. 1 BGB, auf den § 899a S. 2 BGB mitunter verweist, gehen in eine derartige Argumentationsrichtung.<sup>13</sup> Damit erscheint auf den ersten Blick eine schuldrechtliche Wirkung ausgeschlossen. Ein anderes Ergebnis ergibt sich jedoch aus dem Telos des § 899a BGB. § 899a BGB soll nach dem Willen des Gesetzgebers die Transaktionssicherheit mit der GbR wieder herstellen, ohne der GbR ihre Rechtsfähigkeit zu nehmen.<sup>14</sup> Dieses Ziel wird jedoch nicht erreicht, wenn Verfügungen über den Bereicherungsausgleich wieder rückgängig gemacht werden können.<sup>15</sup> Überdies ist der Wortlaut des § 899a BGB weit zu verstehen. Die Formulierung „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ meint „mit (unmittelbarem) Bezug auf“; dies umfasst auch den schuldrechtlichen Bereich.<sup>16</sup> Auch der Wortlaut des § 892 Abs. 1 BGB sollte nicht so eng gefasst werden. Schließlich ist diese Norm nach § 899a S. 2 BGB nur *entsprechend* anzuwenden. Die besseren Argumente sprechen somit für eine schuldrechtliche Wirkung des § 899a BGB.

Da auch die Form des § 311b Abs. 1 BGB gewahrt wurde, ist ein schuldrechtlicher Anspruch aus §§ 433 Abs. 1 S. 1, 311b Abs. 1 BGB mithin gegeben.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> BT-Drs. 16/13437, S. 26 f.; *Heßeler/Kleinhenz*, WM 2010, 446 (448); *Kiehnle*, ZHR 174 (2010), 209 (214); *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (660 f.); *Schürnbrand/Weiß*, ZJS 2009, 607 (608).

<sup>11</sup> *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421 (422); *Kuckein/Jenn*, NZG 2009, 848 (851); *Heßeler/Kleinhenz*, WM 2010, 446 (448); *Schürnbrand/Weiß*, ZJS 2009, 607 (610).

<sup>12</sup> *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421 (422); *Heßeler/Kleinhenz*, WM 2010, 446 (448).

<sup>13</sup> *Kuckein/Jenn*, NZG 2009, 848 (851); vgl. auch BT-Drs. 16/13437, S. 26.

<sup>14</sup> Vgl. BT-Drs. 16/13437, S. 1 und 23 f.; *Kiehnle*, ZHR 174 (2010), 209 (211 f.).

<sup>15</sup> *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421 (422 f.); *Heßeler/Kleinhenz*, WM 2010, 446 (449); *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (671); *Kuckein/Jenn*, NZG 2009, 848 (851); *Schürnbrand/Weiß*, ZJS 2009, 607 (610). Vgl. auch *Kiehnle*, ZHR 174 (2010), 209 (221 ff.), der dieses Problem zwar erkennt, i.E. allerdings eine Erstreckung des § 899a BGB auf das schuldrechtliche Geschäft ablehnt.

<sup>16</sup> *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (671).

<sup>17</sup> Der Anspruch ist auch nicht infolge Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB, erloschen. Denn die Übereignung an Y ist gem. § 883 Abs. 2 BGB relativ unwirksam. Damit bleibt die Sozietät im Verhältnis zu X Berechtigter.

## 2. Bewilligung

Eine Bewilligung der Vormerkung gem. § 885 Abs. 1 BGB ist laut Sachverhalt am 26.10.2009 erfolgt. Bewilligungsberechtigt war die Sozietät als Eigentümerin des Grundstücks. A, B und C haben sie wirksam über § 899a S. 2 BGB i.V.m. §§ 892 S. 1 bzw. 893 Alt. 2 BGB vertreten.

*Zwischenergebnis:* X hat wirksam eine Vormerkung erworben. Er ist Vormerkungsberechtigter.

## II. Rechtserwerb eines Dritten

Es müsste ein Rechtserwerb eines Dritten vorliegen. Vorliegend hat Y von der Sozietät Eigentum am Grundstück erworben. (s.o.) Daher ist ein Rechtserwerb eines Dritten gegeben.

## III. Relative Unwirksamkeit gegenüber X

Der Rechtserwerb des Y müsste relativ unwirksam sein. Dies wäre der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 883 Abs. 2 BGB gegeben sind.

a) Es müsste zunächst eine Verfügung nach Eintragung der Vormerkung gegeben sein. Problematisch ist vorliegend, dass die dingliche Einigung zwischen der Sozietät, vertreten durch B, C und D, und Y (30.10.2009) vor Eintragung der Vormerkung (15.12.2009) erfolgte, die diesbezügliche Eintragung aber erst danach vorgenommen wurde (8.1.2010). Es stellt sich damit die Frage, ob eine Verfügung nach Eintragung der Vormerkung vorliegt. Dies ist zu bejahen. Eine „Verfügung“ i.S.d. § 883 Abs. 2 BGB liegt nach h.M. erst vor, wenn sämtliche Voraussetzungen der jeweiligen Verfügung erfüllt sind, bei § 873 Abs. 1 BGB mithin Einigung und Eintragung.<sup>18</sup> Vorliegend war die Übereignung an Y mit Eintragung am 8.1.2010 abgeschlossen. Die Eintragung der Vormerkung erfolgte am 15.12.2009. Daher liegt eine Verfügung nach Eintragung der Vormerkung vor.

b) Vormerkungswidrigkeit ist ebenfalls gegeben, da die notwendige Bewilligung gem. § 19 GBO den Anspruchs des X aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB erschwert.

*Zwischenergebnis:* Die Übereignung ist relativ unwirksam. Der Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB besteht.

## IV. Mögliche Einreden des Y

Fraglich ist jedoch die Durchsetzbarkeit des Anspruchs. In Betracht kommen vorliegend Zurückbehaltungsrechte des Y im Hinblick auf die von ihm für den Einbau einer neuen Heizung aufgewendeten Kosten in Höhe von 20.000 €.

### 1. Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts

Hierfür müsste zunächst eine Rechtsgrundlage gegeben sein. In Betracht hierfür kommen sowohl § 1000 BGB analog als auch § 273 BGB. Der BGH zieht in solchen Fällen § 273 BGB mit der Begründung heran, dass § 1000 BGB nur die Verteidigung gegenüber Herausgabeansprüchen ermögliche.<sup>19</sup> Diese Vorgehensweise ist jedoch abzulehnen. Bejaht man, wie in der folgenden Konstellation (vgl. die Ausführun-

<sup>18</sup> *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, § 883 Rn. 225 m.w.N.

<sup>19</sup> BGHZ 75, 288 (293).

gen unter 2. c), die analoge Anwendbarkeit der §§ 994 ff. BGB, so muss aus systematischen Gründen auch § 1000 BGB analog angewendet werden. Denn § 1000 BGB gehört zum einen in das System der § 994 ff. BGB und ist zum anderen *lex specialis* zu § 273 BGB.<sup>20</sup> Damit greift § 1000 BGB analog.

## 2. Verwendungsersatzanspruch des Y

Es müsste weiterhin ein Verwendungsersatzanspruch des Y gegenüber X bestehen.

a) In Betracht kommt zunächst ein Anspruch gem. §§ 292 Abs. 1, 2 BGB (analog). Dieser entfällt jedenfalls aber mangels Rechtshängigkeit des Berichtigungsanspruchs.<sup>21</sup>

b) Y könnte gegenüber X einen Anspruch auf Verwendungsersatz gem. § 994 Abs. 1 BGB haben. Hierfür müsste eine Vindikationslage zum Zeitpunkt der Verwendungsvornahme bestehen. X ist jedoch (noch) nicht Eigentümer des Grundstücks. Zur Zeit der Verwendungsvornahme ist vielmehr Y der Eigentümer. Zwar ist der Eigentumserwerb des Y dem X gegenüber gem. § 883 Abs. 2 BGB relativ unwirksam. (s.o.) Das Eigentum des Y muss jedoch erst von X „zerstört“ werden, und zwar über die Geltendmachung und Durchsetzung seiner Ansprüche aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB und § 888 BGB. Solange dies nicht erfolgt, ist Y wirksam Eigentümer. Mangels Vindikationslage entfällt dieser Anspruch daher.

c) Y könnte gegenüber X einen Anspruch auf Verwendungsersatz gem. § 994 Abs. 1 BGB analog haben.

aa) Hierfür müssten zunächst die Analogievoraussetzungen gegeben sein.

(1) Eine Analogie erfordert erstens eine planwidrige Regelungslücke. Indem Verwendungsersatzansprüche des Dritterwerbers gegen den Vormerkungsberechtigten nicht im BGB geregelt sind, ist eine Regelungslücke gegeben. Fraglich ist aber, ob diese Regelungslücke planwidrig ist. Dies ist zu bejahen.<sup>22</sup> Eine Planwidrigkeit ergibt sich insbesondere aus den Protokollen zur Entstehungsgeschichte des BGB: Ihnen zufolge hat die Zweite Kommission lediglich etwaige Schadensersatzansprüche des Vormerkungsinhabers gegenüber dem Dritterwerber diskutiert und diese abgelehnt. Verwendungsersatzansprüche des Dritterwerbers gegenüber dem Vormerkungsinhaber waren hingegen nicht Gegenstand der Diskussion.<sup>23</sup>

(2) Zweitens ist für eine Analogie eine vergleichbare Interessenlage nötig. Diese könnte sich aus der Vergleichbarkeit mit dem Verhältnis des wahren Berechtigten zum Bucheigentümer im Fall des § 894 ergeben. Denn im Verhältnis des wahren Berechtigten zum Bucheigentümer im Fall des § 894 ist eine vindikationsähnliche Lage bereits anerkannt.<sup>24</sup>

Der Dritterwerber in der Vormerkungskonstellation, im vorliegenden Falle also Y, hat zwar im Gegensatz zum Bucheigentümer objektiv rechtswirksam Eigentum erlangt. Allerdings ist die relative Unwirksamkeit seines Erwerbs gem. § 883 Abs. 2 BGB zu beachten: Sie hat zur Folge, dass der Vormerkungsinhaber weiterhin Übergabe und Übereignung vom Auflassungsschuldner verlangen kann und der Dritterwerber aufgrund seiner Zustimmungsverpflichtung nach § 888 BGB – ähnlich wie der Bucheigentümer – jederzeit mit einem Eigentumsverlust rechnen muss. Daher ist eine Vergleichbarkeit des Dritterwerbers in der Vormerkungskonstellation mit dem Bucheigentümer zu bejahen.

Problematischer ist die Gleichstellung des Vormerkungsberechtigten mit dem wahren Berechtigten in der Bucheigentumskonstellation, also dem wahren Eigentümer. Hier ist zu beachten, dass der Vormerkungsberechtigte lediglich einen obligatorischen Anspruch hat, dem wahren Eigentümer steht hingegen ein dinglicher Anspruch zu. Darüber hinaus hat der Vormerkungsberechtigte im Gegensatz zum wahren Eigentümer bis zur Geltendmachung und Durchsetzung seines Anspruchs gegen den Auflassungsschuldner kein Nutzungsrecht; dies hat bis dahin vielmehr der Dritterwerber in der Vormerkungskonstellation.

Ungeachtet dieser Unterschiede ist aber dennoch eine Vergleichbarkeit und damit auch eine Analogie zu bejahen: Stehen nämlich dem Vormerkungsinhaber im Verhältnis zum Auflassungsschuldner die Nutzungen zu, dann hat der Vormerkungsinhaber trotz seiner obligatorischen Rechtsstellung die bessere Rechtsposition hinsichtlich der Nutzungen inne. Ferner ist zu beachten, dass der Dritterwerber in der Vormerkungskonstellation ohne eine analoge Anwendung der §§ 994 ff. BGB lediglich die Möglichkeit hätte, seine Verwendungen über kaufrechtliche Sekundäransprüche gegenüber dem Verkäufer (hier: §§ 437 Nr. 2, 435 S. 1, 326 Abs. 5, 346, 347 Abs. 2 BGB sowie §§ 437 Nr. 3, 435 S. 1, 311a Abs. 2 BGB) geltend zu machen. Diese sind aber mangels gegebenen Zurückbehaltungsrechts nicht gleichwertig. Auch führen sie zu einer unbilligen Lösung, denn es ist nicht einzusehen, warum der Verkäufer Schadensersatz hinsichtlich der getätigten Verwendungen leisten soll, obwohl diese nicht ihm, sondern dem Vormerkungsinhaber zu Gute kommen.<sup>25</sup> Aus diesen Gründen erscheint eine analoge Anwendung der §§ 994 ff. BGB vorzugswürdig.<sup>26</sup>

bb) Die Voraussetzungen des § 994 Abs. 1 BGB analog müssten erfüllt sein.

(1) Eine vindikationsähnliche Lage liegt vor. X ist Vormerkungsinhaber, Y ist Dritterwerber. (s.o.) Im Verhältnis X–Y besteht kein Recht zum Besitz. Der Kaufvertrag zwischen Y und der Sozietät wirkt nur relativ.

(2) Die Heizungsreparatur ist eine notwendige Verwendung, da sie zur ordnungsgemäßen Nutzung des Grundstücks objektiv erforderlich ist. Auch fällt sie nicht unter „gewöhnliche Erhaltungskosten“, da sie eine außergewöhnliche Erhaltungsmaßnahme darstellt.

<sup>20</sup> So i.E. auch *Gursky* (Fn. 18), § 888 Rn. 81; *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 888 Rn. 23.

<sup>21</sup> BGH NJW 2000, 2899.

<sup>22</sup> So die h.M., vgl. *Gursky* (Fn. 18), § 888 Rn. 77 m.w.N. Ablehnend z.B. *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 463.

<sup>23</sup> Vgl. Antrag 1 d, Protokolle zum BGB, Bd. III, 741, 747; abgedruckt bei *Assmann* (Fn. 22), S. 437.

<sup>24</sup> BGHZ 75, 288 (291); 87, 296 (297); 144, 323 (328 f.).

<sup>25</sup> *Gursky* (Fn. 18), § 888 Rn 77.

<sup>26</sup> So BGHZ 144, 323 (328 f.); ähnliche Lösung über § 999 Abs. 2 BGB vgl. *Kohler*, NJW 1984, 2849 ff.

(3) Fraglich ist daher, ob Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit gegeben ist. Rechtshängigkeit liegt mangels klageweiser Geltendmachung des Anspruchs des X auf Zustimmung zur Eigentümereintragung nicht vor. In Betracht kommt daher lediglich Bösgläubigkeit. Vorliegend ist § 990 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) einschlägig. Bösgläubigkeit ist in dieser Konstellation erst dann anzunehmen, wenn der Dritterwerber die Umstände kennt, die die relative Unwirksamkeit begründen, hier also die Vormerkung.<sup>27</sup> Vorliegend erfuhr Y schon aufgrund des Gesprächs mit X am 12.12.2009 von der Vormerkung. Er ist daher gem. § 990 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) in positiver Weise bösgläubig. Dass er bei den Anwälten keine Nachforschungen mehr über die Wirksamkeit seines Geschäfts unternommen hat, ist ohne Relevanz, da es für § 990 Abs. 1 S. 2 BGB analog nur auf die positive Kenntnis der Vormerkung ankommt.

d) Der Verwendungsersatzanspruch hinsichtlich der Heizungsreparatur richtet sich aufgrund der Bösgläubigkeit daher nicht nach § 994 Abs. 1 BGB analog, sondern gem. § 994 Abs. 2 BGB analog nach den Vorschriften über die GoA. Die Ersatzfähigkeit der Verwendungen hängt demnach davon ab, ob diese dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Vormerkungsinhabers entsprechen. Ist dies der Fall, greifen §§ 683 S. 1, 670 BGB, anderenfalls § 684 BGB. Die weiteren Voraussetzungen einer GoA, insbesondere das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens, sind jedenfalls entbehrlich, da sie in den von § 994 Abs. 2 BGB (analog) erfassten Konstellationen regelmäßig fehlen, die Verweisung des § 994 Abs. 2 BGB sich also sinnvollerweise nicht hierauf erstrecken kann.<sup>28</sup> Vorliegend entspricht die Heizungsreparatur dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des X. Einschlägig sind daher §§ 683 S. 1, 670 BGB und nicht § 684 BGB. Da der Einbau der Heizungsanlage zweifelsohne auch, wie von §§ 683 S. 1, 670 BGB gefordert, erforderlich war, sind die Voraussetzungen der §§ 683, 670 BGB erfüllt. Ein Anspruch aus §§ 994 Abs. 2, 683 S. 1, 670 BGB analog besteht somit in Höhe von 20.000 €.

e) Y könnte einen Ersatzanspruch gegen X gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 951 Abs. 1 S. 1 BGB haben. Hierfür müssten die §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 951 Abs. 1 S. 1 BGB allerdings überhaupt anwendbar sein. Dies ist jedoch aufgrund der Sperrwirkung des EBV zu verneinen.<sup>29</sup> Ein Anspruch entfällt daher.

f) Y könnte einen Aufwendungsersatzanspruch gegen X gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB haben. Die §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB sind zwar unproblematisch anwendbar, da die berechnete GoA einen Rechtsgrund darstellt und ein Konkur-

renzverhältnis zu den § 812 ff. BGB daher nicht auftritt. Der Anspruch entfällt jedoch, da kein fremdes Geschäft vorliegt. Denn Y ist hinsichtlich des Grundstücks dinglich berechtigt, die Vormerkung schafft lediglich ein obligatorisches Recht.

*Zwischenergebnis:* Ein Verwendungsersatzanspruch des Y besteht nach §§ 994 Abs. 2, 683 S. 1, 670 BGB analog.

### 3. Ausschluss nach § 1000 S. 2 BGB

Y dürfte das Grundstücks ferner nicht durch eine vorsätzlich begangene Handlung erlangt haben, § 1000 S. 2 BGB. Dies ist der Fall.

*Ergebnis:* Ein Zurückbehaltungsrecht des Y gem. § 1000 BGB analog besteht. Der Anspruch des X aus § 888 Abs. 1 BGB ist somit nur Zug um Zug gegen Ersatz der von Y gemachten Aufwendungen in Höhe von 20.000 € durchsetzbar.

### C. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

X könnte die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB von Y verlangen. Y hat zwar die Eintragung als Eigentümer im Grundbuch erlangt. Dies geschah jedoch durch Leistung der Sozietät. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB entfällt daher aufgrund der Subsidiarität der Nichtleistungskondition.

### Frage 2

#### A. Anspruch aus §§ 433 Abs. 2, 398 BGB

Die W-GmbH könnte einen Anspruch auf Zahlung des restlichen Kaufpreises i.H.v. 300.000 € gegenüber der Sozietät gem. §§ 433 Abs. 2, 398 BGB haben.

#### I. Rechtsfähigkeit der W-GmbH

Die W-GmbH ist gem. § 13 Abs. 1 GmbHG rechtsfähig.

#### II. Abtretbarer Anspruch

Es müsste ein abtretbarer Anspruch bestehen. Vorliegend könnte ein abtretbarer Anspruch gem. § 433 Abs. 2 BGB gegeben sein. Zwischen der Sozietät, wirksam gem. §§ 709, 714 BGB vertreten durch alle Gesellschafter, und der Z wurde ein wirksamer Kaufvertrag gem. §§ 433, 311b Abs. 1 BGB geschlossen. Der Anspruch ist jedoch durch die Zahlung vor Abtretung gem. § 362 Abs. 1 BGB i.H.v. 100.000 € erloschen.<sup>30</sup> Hierauf kann sich die Sozietät gem. § 404 BGB auch gegenüber der W-GmbH berufen. Ein gutgläubiger Forderungserwerb existiert grundsätzlich<sup>31</sup> nicht.<sup>32</sup> Daher besteht ein abtretbarer Anspruch nur i.H.v. 200.000 €.

<sup>27</sup> BGHZ 87, 296 (298 f.); *Gursky* (Fn. 18), § 888 Rn. 78 m.w.N.

<sup>28</sup> Der Verweis in § 994 Abs. 2 BGB wird nach h.M. als partielle Rechtsgrundverweisung verstanden, vgl. *Gursky* (Fn. 18), § 994 Rn. 23 ff. m.w.N.

<sup>29</sup> BGHZ 39, 186 (188 f.); 41, 157 (158, 160); 41, 346; BGH WM 1973, 560 (563); WM 1983, 393 (394); DB 1986, 1563 (1565); NJW 1986, 2643 (2645); NJW 1996, 52; WM 2001, 1909 (1911); a.A. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 74 I 3, S. 346.

<sup>30</sup> Aufgrund der Identität von Schuldner und Eigentümer und der vereinbarten Ratenzahlung ist davon auszugehen, dass eine Zahlung auf die Forderung gegeben ist. Diese Zahlung kann hinsichtlich der (Sicherungs-)Grundschuld über die Einrede des mangelnden Sicherungsfalles, die aus dem Sicherungsvertrag resultiert, Berücksichtigung finden.

<sup>31</sup> Eine Ausnahme existiert in § 405 BGB, vgl. *Busche*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2005, Einleitung zu §§ 398 ff. Rn. 27 sowie § 405 Rn. 1 ff.

<sup>32</sup> *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 34 I, S. 576.

### III. Wirksame Abtretung

Der Anspruch müsste wirksam an die W-GmbH abgetreten worden sein. Hierfür müsste gem. § 398 S. 1 BGB eine Einigung zwischen Zedent und Zessionar über die Übertragung des Anspruchs, eine Berechtigung auf Seiten des Zedenten<sup>33</sup> und das Fehlen eines Ausschlussgrunds nach den §§ 399, 400 BGB gegeben sein.<sup>34</sup> Eine Einigung zwischen dem Zedenten Z und der W-GmbH als Zessionar liegt vor. Die W-GmbH wurde hierbei wirksam gem. § 35 GmbHG vertreten. Auch war Z zur Übertragung der Forderung berechtigt, da sie zum Zeitpunkt der Einigung Inhaber der zu übertragenden Kaufpreisforderung i.H.v. 200.000 € war. Etwaige Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich. Eine wirksame Abtretung des Anspruchs liegt somit vor.

### IV. Einwendungen der Schuldnerin

Allerdings könnten etwaige Gegenrechte der Schuldnerin bestehen, welche die Durchsetzbarkeit des Anspruchs hindern. Vorliegend kommt hierbei ein Berufen der Sozietät auf die Zahlung nach Abtretung gem. § 407 BGB in Betracht. Hierfür sind eine Rechtshandlung nach der Abtretung an den Zedenten sowie eine Unkenntnis der Schuldnerin von der Abtretung erforderlich. Die Zahlung nach der Abtretung i.H.v. 100.000 € erfüllt unproblematisch diese Anforderungen. Die Sozietät kann sich daher gem. § 407 BGB auf die erfolgte Zahlung nach der Abtretung berufen.

*Ergebnis:* Ein Anspruch gem. §§ 433 Abs. 2, 398 BGB besteht, er ist aber lediglich in Höhe von 100.000 € durchsetzbar.

### B. Anspruch aus §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB

Die W-GmbH könnte gegen die Sozietät einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gem. §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB wegen eines Betrages von 300.000 € haben.

Dies setzt voraus, dass die W-GmbH Inhaberin einer entsprechenden fälligen Grundschuld ist, und keine pfandrechtsbezogenen Einreden bestehen.

### I. Wirksame Grundschuldbestellung

Hierfür müsste zunächst eine Grundschuld bestehen. Erforderlich für eine Grundschuldbestellung sind eine Einigung über deren Bestellung, §§ 873 Abs. 1, 1191 Abs. 1 BGB, eine Eintragung der Grundschuld, §§ 873 Abs. 1, 1192 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB, eine Briefübergabe oder eine Eintragung des Briefausschlusses im Grundbuch, §§ 1192 Abs. 1, 1116, 1117 BGB, sowie eine Berechtigung des durch die Grund-

schuld Belasteten. Die genannten Voraussetzungen sind vorliegend im Verhältnis der Sozietät zu Z unproblematisch erfüllt. Daher besteht eine (Brief-)Grundschuld.

### II. Übertragung an W-GmbH

Die (Brief-)Grundschuld müsste wirksam an die W-GmbH übertragen worden sein. Eine (Brief-)Grundschuld wird als sonstiges Recht gem. §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 1, 398, 413 BGB übertragen. Folglich sind eine schriftliche Abtretungserklärung sowie die Übergabe des Grundschuldbriefs erforderlich. Diese Erfordernisse wurden vorliegend erfüllt. Die Grundschuld wurde mithin wirksam übertragen.

### III. Einreden der Schuldnerin

Allerdings könnten etwaige Gegenrechte der Schuldnerin bestehen.

#### 1. Stundung

In Betracht kommt zunächst ein Berufen auf die Stundungsvereinbarung gem. §§ 1192 Abs. 1, 1157 S. 1 BGB.

a) Die Voraussetzungen des § 1157 S. 1 BGB sind vorliegend erfüllt, da die Vollstreckungsstundung eine Einrede gegen die Grundschuld selbst und mithin eine dingliche Einrede darstellt, die schon vor der Abtretung der Grundschuld bestand.<sup>35</sup> Eine Berufung auf die Stundungsvereinbarung ist daher an sich möglich.

b) Der W-GmbH könnte aber ein gutgläubig einredefreier Erwerb der Grundschuld gem. §§ 1192 Abs. 1, 1157 S. 2, 892 Abs. 1 BGB zugute kommen, so dass sich die Sozietät nicht auf die Einrede berufen kann.

Dies setzt nach § 892 Abs. 1 BGB voraus, dass ein Rechtsschein der Einredefreiheit aus dem Grundbuch hervorgeht, der Erwerber von der Einrede keine Kenntnis hat und auch kein Widerspruch gegen den Grundbuchinhalt eingetragen wurde. Im vorliegenden Fall war die Stundungsabrede nicht im Grundbuch eingetragen. Auch wusste die W-GmbH bzw. ihre Organe nichts von der Stundungsabrede.

Fraglich ist allerdings, ob nicht im Fall einer Sicherungsgrundschuld abweichend von § 892 Abs. 1 BGB bereits die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis vom Sicherungscharakter der Grundschuld und nicht erst die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis von der konkreten Einrede dazu führt, dass der Erwerber als bösgläubig anzusehen ist. Ein derart strenger Maßstab würde allerdings zu einem weitgehenden Ausschluss eines gutgläubig einredefreien Erwerbs bei Sicherungsgrundschulden führen und deren Verkehrsfähigkeit beeinträchtigen. Aus Gründen des Erwerberschutzes darf daher vom Bösgläubigkeitsmaßstab des § 892 Abs. 1 BGB nicht abgewichen werden<sup>36</sup>. Da die W-GmbH vorliegend keine Kenntnis von der Stundungsvereinbarung hat, ist sie als

<sup>33</sup> Das Erfordernis der Berechtigung ergibt sich aus der Charakterisierung der Abtretung als Verfügungsgeschäft, vgl. *Larenz* (Fn. 32), § 34 I, S. 575.

<sup>34</sup> § 1154 BGB ist bei der Übertragung der schuldrechtlichen Forderung nicht zu beachten. Zwar findet diese Vorschrift gem. § 1192 Abs. 1 BGB auf die Grundschuld entsprechend Anwendung. Vorliegend geht es aber nicht um die Übertragung der Grundschuld, sondern um die Übertragung der Forderung. Hier sind lediglich die §§ 398 ff. BGB relevant.

<sup>35</sup> Zu den Voraussetzungen des § 1157 BGB vgl. *Eickmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 1157 Rn. 2 ff.; *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 1157 Rn. 2; *Wenzel*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 1157 Rn. 1 ff.

<sup>36</sup> BGHZ 59, 1 (2).

gutgläubig anzusehen. Da auch die übrigen Voraussetzungen für einen gutgläubig einredefreien Erwerb gegeben sind, kann sich die Sozietät gegenüber der W-GmbH nicht auf die Stundung berufen.

c) Ein gutgläubig einredefreier Erwerb der Grundschuld könnte hinsichtlich der Stundungseinrede allerdings gem. § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Für eine Anwendbarkeit dieser Norm müsste zum einen eine Sicherungsgrundschuld und zum anderen eine Einrede i.S.d. § 1192 Abs. 1a BGB vorliegen.

Der Begriff der Sicherungsgrundschuld wird in § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB legaldefiniert und beschreibt eine Grundschuld, die zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden ist. Vorliegend diene die Grundschuld der Sicherung eines Kaufpreisanspruchs. Somit besteht eine Sicherungsgrundschuld.

Fraglich ist allerdings, ob eine Stundungsvereinbarung bezüglich der Grundschuld als Einrede aufgrund des Sicherungsvertrags bzw. als Einrede, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergibt, qualifiziert werden kann. Einige bejahen dies mit der Begründung, dass die Stundungsvereinbarung eine Ergänzung des Sicherungsvertrages und daher eine Einrede i.S.d. § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB darstellt.<sup>37</sup> Andere verneinen eine derartige Qualifikation jedoch mit einem Verweis auf die Gesetzesmaterialien.<sup>38</sup> Nach dem *Bericht des Finanzausschusses*<sup>39</sup> sei § 1192 Abs. 1a BGB eine Sonderregelung ausschließlich für sicherungsvertragliche Einreden. Für dingliche Einreden greife § 1192 Abs. 1a BGB daher nicht. Hier bleibe es vielmehr bei den allgemeinen Regeln der §§ 1192 Abs. 1, 1157 BGB. Die letzte Ansicht erscheint aufgrund der Tatsache, dass § 1192 Abs. 1a S. 2 BGB anderenfalls funktional leerliefe und mithin rein deklaratorisch wäre, vorzugswürdig. Ein gutgläubiger Wegerwerb ist daher weiterhin möglich.<sup>40</sup>

## 2. Zahlung an Z vor Abtretung

In Betracht kommt jedoch ein Gegenrecht infolge der vor der Abtretung erfolgten Zahlung. Ein Berufen auf diese Zahlung über §§ 1192 Abs. 1, 1137 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet allerdings aus. Denn § 1137 BGB ist Ausdruck des Akzessorietätsprinzips der Hypothek und daher auf die Grundschuld nicht anwendbar. Allerdings sind §§ 1192 Abs. 1, 1157 S. 1 BGB bzw. § 1192 Abs. 1a S. 1 Alt. 1 BGB einschlägig. Diese Normen umfassen auch die Zahlung vor der Abtretung, denn die Tilgung vor der Abtretung ist über die Einrede des mangelnden Sicherungsfalles, die aus dem Sicherungsvertrag resultiert, sowohl eine Einrede gegen die Grundschuld selbst, § 1192 Abs. 1, 1157 S. 1 BGB, als auch eine Einrede, die dem Schuldner aufgrund des Sicherungsvertrages zusteht, § 1192 Abs. 1a S. 1 Alt. 1 BGB. Ein gutgläubig einredefreier Erwerb hinsichtlich dieser (sicherungsvertraglichen) Einrede

<sup>37</sup> So *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 45 Rn. 67i.

<sup>38</sup> So *Meyer*, Jura 2009, 561 (566); *Bülow*, ZJS 2009, 1 (5).

<sup>39</sup> BT-Drs. 16/9821, S. 16 f.

<sup>40</sup> Eine andere Ansicht ist bei entsprechender Begründung natürlich vertretbar.

ist gem. § 1192 Abs. 1a S. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen. Daher kann sich die Sozietät nicht auf die Zahlung vor der Abtretung berufen.

## 3. Zahlung an Z nach Abtretung

In Betracht kommt ferner ein Berufen auf die nach der Abtretung erfolgte Zahlung. Die Sozietät könnte sich hierbei auf § 1192 Abs. 1a S. 1 Alt. 2 BGB stützen. § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB umfasst neben den Einreden aufgrund des Sicherungsvertrages, § 1192 Abs. 1a S. 1 Alt. 1 BGB, auch Einreden, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, § 1192 Abs. 1a S. 1 Alt. 2 BGB, und somit auch Einreden, deren Tatbestand erst nach der Abtretung vollständig verwirklicht ist.<sup>41</sup> Die Unbeachtlichkeit derartiger Einreden infolge gutgläubig einredefreien Erwerbs ist gem. § 1192 Abs. 1a S. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen. Daher wäre ein Berufen auf diese Zahlung an sich gem. § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB möglich.

Problematisch gestaltet sich allerdings das Verhältnis zu § 1156 BGB. Nach der Gesetzesbegründung soll § 1192 Abs. 1a BGB den § 1156 BGB verdrängen.<sup>42</sup> Anderen Stimmen zufolge gelte § 1156 BGB allerdings weiterhin für die Grundschuld, und zwar über § 1192 Abs. 1 BGB.<sup>43</sup> Für die letztgenannte Ansicht sprechen mehrere Aspekte: Erstens ist der Wortlaut des § 1192 Abs. 1 BGB anzuführen. Nach dieser Norm sind die Vorschriften der Hypothek, die nicht auf dem Akzessorietätsgrundsatz basieren, auf die Grundschuld entsprechend anzuwenden. Unter diese anzuwendenden Normen fällt auch § 1156 BGB.<sup>44</sup> § 1156 BGB dient in seiner direkten Anwendung nicht der Akzessorietät der Hypothek, sondern der Herstellung von Grundbuchpublizität zum Schutz des Hypothekenerwerbers.<sup>45</sup> Dies bedeutet, dass sich der Eigentümer-Schuldner an der Eintragung im Grundbuch oder an dem Brief nebst evtl. öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen orientieren muss.<sup>46</sup> Vor möglichen Nachteilen einer Zahlung an den nicht mehr berechtigten Zedenten kann er sich über §§ 1161, 1160 Abs. 1 BGB bzw. § 1154 Abs. 3 BGB schützen.<sup>47</sup> Daneben ist § 893 BGB zu beachten.<sup>48</sup> Schutzlücken bestehen daher nicht.<sup>49</sup> Auch der neu eingefügte § 1192 Abs. 1a BGB erfordert keine andere Beurteilung: Der Wortlaut des § 1192 Abs. 1a BGB erlaubt es, den Sicherungsvertrag vorbehaltlich besonderer Regelung so zu verstehen, dass er dem Schuldner auf Grund einer Zahlung an den Nichtberechtigten keine Einrede gegen die Grundschuld zubilligt.<sup>50</sup> Ferner wird der Telos dieser Norm – wei-

<sup>41</sup> BT-Drs. 16/9821, S. 17.

<sup>42</sup> BT-Drs. 16/9821, S. 17.

<sup>43</sup> So *Kiehnle*, BKR 2009, 157 (158).

<sup>44</sup> *Kiehnle*, BKR 2009, 157 (158 f.).

<sup>45</sup> *Jauernig*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 1156 Rn. 1; *Wolfsteiner*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2009, § 1156 Rn. 2.

<sup>46</sup> *Kiehnle*, BKR 2009, 157 (158).

<sup>47</sup> *Kiehnle*, BKR 2009, 157; *Jauernig* (Fn. 45), § 1156 Rn. 1.

<sup>48</sup> *Jauernig* (Fn. 45), § 1156 Rn. 1

<sup>49</sup> *Kiehnle*, BKR 2009, 157; *Jauernig* (Fn. 45), § 1156 Rn. 1.

<sup>50</sup> *Kiehnle*, BKR 2009, 157 (159).

tergehender Schuldnerschutz<sup>51</sup> – durch die bereits genannten Schutzmöglichkeiten des Eigentümer-Schuldners, die auch bei einer Grundschuld entsprechend gelten<sup>52</sup>, gewahrt. Darüber hinaus ist auch die Informationsobliegenheit des Eigentümer-Schuldners hinsichtlich der dinglichen Rechtslage zu beachten<sup>53</sup>: Da der Eigentümer-Schuldner zur Aufklärung über die dingliche Rechtslage verpflichtet ist, wird dessen Schutzbedürftigkeit relativiert. § 1156 BGB ist damit über § 1192 Abs. 1 BGB anzuwenden. Die Sozietät kann sich daher gem. §§ 1192 Abs. 1, 1156 BGB nicht auf die Zahlung nach der Abtretung berufen.<sup>54</sup>

*Ergebnis:* Ein Anspruch gem. §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB besteht, er ist aber lediglich i.H.v. 200.000 € durchsetzbar.

---

<sup>51</sup> Vgl. BR-Drs. 152/08, S. 7.

<sup>52</sup> *Kiehnle*, BKR 2009, 157 (158 f.).

<sup>53</sup> *Kiehnle*, BKR 2009, 157 (160).

<sup>54</sup> Eine andere Ansicht ist bei entsprechender Begründung natürlich vertretbar.