

Wieling · Finkenaue **Sachenrecht**

§ 985

Herausgabeanspruch

**Der Eigentümer kann von dem
Besitzer die Herausgabe der Sache
verlangen.**

6. Auflage



Springer

Springer-Lehrbuch

Hans Josef Wieling • Thomas Finkenauer

Sachenrecht

6. Auflage

 Springer

Professor em. Dr. Dr. h.c. Hans Josef Wieling†
Richter am Oberlandesgericht Koblenz a.D.,
Universität Trier
Deutschland

Professor Dr. Thomas Finkenauer
Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Römisches Recht und Europäisches Privatrecht,
Universität Tübingen
Deutschland

ISSN 0937-7433

ISSN 2512-5214 (electronic)

Springer-Lehrbuch

ISBN 978-3-662-61797-7

ISBN 978-3-662-61798-4 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-662-61798-4>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer

© Springer-Verlag GmbH Deutschland, ein Teil von Springer Nature 1992, 1994, 1997, 2001, 2007, 2020
Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

Vorwort zur sechsten Auflage

Hans Wieling war es nicht vergönnt, sein Lehrbuch des Sachenrechts neu aufzulegen. Als er dies erkannte, bat er mich, sein Lehrbuch weiterzuführen. Dies gab mir die Möglichkeit, die längst überfällige Neuauflage zu besorgen. Grundkonzeption und Anlage des Buchs habe ich bewahrt und weitgehend der Versuchung widerstanden, es in seinem mobiliarrechtlichen Teil um Passagen aus Wielings weit ausführlicherem „Handbuch“ – Sachenrecht I: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Aufl. 2006 – zu ergänzen. Das hätte den Charakter des Buchs als Lehrbuch zerstört. Wer sich tiefergehend informieren will, möge dies in Wielings Handbuch tun.

Die Neuauflage des Lehrbuchs berücksichtigt die seit seiner letzten Bearbeitung im Jahr 2007 eingetretenen Gesetzesänderungen, neue Rechtsprechung und wissenschaftliche Literatur. Sie hat auch die Gelegenheit geboten, Mängel zu beseitigen, Lücken zu schließen sowie zur besseren Verständlichkeit einiges zu ergänzen, so etwa ausführliche Erläuterungen des Grundbuchs, ein Kapitel zu den altrechtlichen Dienstbarkeiten und Ausführungen zum Kulturgüterschutz. Modernisiert habe ich das Buch durch leichter zitierbare Randnummern, die alte Zählung aber zusätzlich beibehalten.

Danken möchte ich den Tübinger Lehrstuhlmitarbeitern für ihre kritische Durchsicht und vielfältigen Anregungen sowie allen Lesern, die mich durch Hinweise und Verbesserungsvorschläge bei der Anfertigung der neuen Auflage unterstützt haben.

Tübingen, im April 2020

Thomas Finkenauer

Vorwort zur ersten Auflage

Lehrbücher gibt es der verschiedensten Art und mit den unterschiedlichsten Zielrichtungen, und alle haben ihre Berechtigung. Das vorliegende ist nicht als Paukbuch gedacht, das allein der Vermittlung des Stoffs dient, damit der Leser immer weiß, was herrschende Meinung ist. Das ist zwar wichtig, wird häufig sogar für das Wichtigste des juristischen Studiums überhaupt gehalten. Einem wissenschaftlichen Studium entspricht es jedoch, auch die Gründe der gesetzlichen Entscheidungen und Lehrsätze zu kennen und zu begreifen, um über die Probleme anhand der gelieferten Informationen selbst nachdenken und neu auftauchende Rechtsfragen selbst entscheiden zu können. Die Darstellung und das Auswendiglernen der jeweils herrschenden Meinungen vermitteln diese Fähigkeit nicht; nur die Darlegung des Problems und das Aufzeigen der relevanten Entscheidungskriterien – dazu gehören auch die oft vernachlässigten rechtsgeschichtlichen Gesichtspunkte – helfen weiter. Beides soll hier geboten werden, soweit es der zur Verfügung stehende Raum gestattet.

Das Buch ist gedacht einmal für den ersten Einstieg in das Sachenrecht, soweit der Benutzer (Anfänger) bereit ist, nicht nur die Lehrsätze aufzunehmen, sondern sich auch über das „Warum“ Gedanken zu machen. In dem Maße, in welchem die Materie den Ausbildungsstand des Benutzers übersteigt, können die entsprechenden Passagen für ein späteres Studium zurückgestellt werden. Der Anfänger etwa, der sich über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen in § 9 des Buches informieren will, muß sich nicht beim ersten Durchgang mit den heiklen Fragen der Vertretung beim Eigentumserwerb (§ 9 VII), mit Fragen des Geheißerwerbs (§ 9 VIII) oder mit der Übereignung von Wertpapieren (§ 9 IX) befassen.

Dem Fortgeschrittenen soll das Buch zur Information, zur Wiederholung und zum tieferen Verständnis dienen, wobei es die Absicht war, für den Studenten und Examenskandidaten die gesamte prüfungsrelevante Materie darzubieten. Das heißt freilich nicht, daß nicht auch Randgebiete zur Prüfung des Verständnisses herangezogen werden können; diese können nicht Gegenstand eines Lehrbuchs sein.

Auch den Praktiker dürfte das Buch interessieren, soweit es um einen Überblick und um eine erste Orientierung über die Grundprobleme eines bestimmten Gebietes geht. Für ein tieferes Eindringen in die Materie sei auf mein Handbuch „Sachenrecht“

verwiesen (hiervon liegt bisher der erste Band in der Reihe „Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften“ vor). Ich habe mich bemüht, die Systematik beider Bücher möglichst ähnlich zu gestalten, so daß der Leser die ausführliche Darstellung im Handbuch leicht finden kann.

Trier, August 1992

Hans Josef Wieling

Inhaltsübersicht

- Teil 1: Grundsätze des Sachenrechts, § 1
- Teil 2: Sachen, § 2
- Teil 3: Besitz an Sachen, §§ 3–7
- Teil 4: Eigentum an beweglichen Sachen, §§ 8–12
- Teil 5: Beschränkte dingliche Rechte an beweglichen Sachen, §§ 13–18
- Teil 6: Allgemeiner Teil des Grundstücksrechts, §§ 19–22
- Teil 7: Grundeigentum, § 23
- Teil 8: Grundeigentumsähnliche Rechte, § 24
- Teil 9: Nutzungs- und Erwerbsrechte an Grundstücken, § 25
- Teil 10: Grundpfandrechte, §§ 26–33

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXV

Literatur	XXIX

Teil 1: Grundsätze des Sachenrechts

§ 1. Einleitung und Grundsätze des Sachenrechts	3
I. Einleitung	3
1. System des Sachenrechts	3
2. Anwendbarkeit des 1. und 2. Buchs.	4
3. Objekte des Sachenrechts.	5
II. Dingliche Rechte.	6
1. Wesen des dinglichen Rechts.	6
2. Arten der dinglichen Rechte.	7
3. Prinzipien der dinglichen Rechte	9
III. Dingliche Rechtsgeschäfte	11
1. Die Einigung als Rechtsgeschäft	11
2. Übergabe und Eintragung.	13
3. Prinzipien des dinglichen Rechtsgeschäfts	14
4. Verfügungsverbote; Erwerbsverbot	18

Teil 2: Sachen

§ 2. Sachen	25
I. Begriff der Sache.	25
1. Körperlichkeit und Beherrschbarkeit	25
2. Strukturen der Sachen	26
II. Arten der Sachen.	28
1. Nicht verkehrsfähige Sachen	28
2. Der menschliche Körper.	29

3. Öffentliche Sachen	31
4. Res sacrae	32
5. Vertretbare und verbrauchbare Sachen	33
6. Grundstücke und bewegliche Sachen	33
III. Bestandteile	33
1. Begriff des Bestandteils	33
2. Begriff des wesentlichen Bestandteils	35
3. Wesentliche Bestandteile nach § 93	36
4. Wesentliche Bestandteile nach § 94 Abs. 1	38
5. Wesentliche Bestandteile nach § 94 Abs. 2	39
6. Scheinbestandteile nach § 95	40
7. Nicht wesentliche Bestandteile	43
IV. Zubehör	44
1. Zweckbestimmung des Zubehörs	44
2. Räumliches Verhältnis und Verkehrsanschauung	45
3. Ende der Zubehörereigenschaft	45
4. Rechtsfolgen der Zubehörereigenschaft	46
V. Früchte und Nutzungen	47
1. Früchte	47
2. Nutzungen	48

Teil 3: Besitz an Sachen

§ 3. Einleitung in das Recht des Besitzes	51
I. Begriff und Aufgaben des Besitzes	51
II. Wesen des Besitzes und Grund des Besitzschutzes	54
§ 4. Unmittelbarer Besitz; Erwerb und Verlust	57
I. Unmittelbarer Besitz; Besitzobjekte	57
1. Unmittelbarer Besitz	57
2. Besitzobjekte, Teil- und Mitbesitz	60
3. Besitzsubjekte	61
4. Eigen- und Fremdbesitz	61
II. Erwerb des unmittelbaren Besitzes	62
1. Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1	62
2. Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2	64
III. Erhalt und Verlust des unmittelbaren Besitzes	65
IV. Besitzdiener und Stellvertreter im Besitz	66
1. Besitzdiener	66
2. Stellvertretung im Besitz	69
V. Erbenbesitz	70
§ 5. Schutz des unmittelbaren Besitzes	75
I. Einführung	75
II. Verbotene Eigenmacht	75

1. Voraussetzungen der verbotenen Eigenmacht	75
2. Besitzentziehung, Besitzstörung und fehlerhafter Besitz.	77
III. Gewaltrechte	78
1. Besitzwehr	78
2. Besitzkehr.	79
IV. Besitzschutzansprüche	80
1. Anspruch wegen Besitzentziehung, § 861	80
2. Anspruch wegen Besitzstörung, § 862.	81
3. Einwendungen gegen die Ansprüche aus §§ 861, 862.	84
4. Schutz des Mitbesitzes	86
5. Anspruch aus § 867	86
6. Sonstige Besitzschutzansprüche.	87
§ 6. Mittelbarer Besitz	89
I. Geschichte und Wesen des mittelbaren Besitzes.	89
1. Entstehung des mittelbaren Besitzes	89
2. Wesen des mittelbaren Besitzes	90
II. Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes	90
1. Besitzmittlungsverhältnis und Herausgabeanspruch	90
2. Unmittelbarer Besitz und Besitzwille	91
3. Mehrstufiger mittelbarer Besitz	92
III. Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes	92
1. Erwerb des mittelbaren Besitzes	92
2. Übertragung des mittelbaren Besitzes	93
3. Verlust des mittelbaren Besitzes.	95
IV. Schutz des mittelbaren Besitzes	96
1. Gewaltrechte des mittelbaren Besitzers	97
2. Besitzschutzanspruch aus § 869.	97
§ 7. Rechtsbesitz an Dienstbarkeiten.	99

Teil 4: Eigentum an beweglichen Sachen

§ 8. Eigentum: Begriff, Inhalt, Arten	103
I. Garantie und Bindung des Eigentums.	103
II. Begriff und Beschränkung des Eigentums	106
III. Eigentümermehrheit	108
1. Gesamthandseigentum	108
2. Bruchteilseigentum	109
§ 9. Eigentumserwerb vom Berechtigten	113
I. Erwerb durch Einigung und Übergabe, § 929 S. 1	113
1. Einigung.	114
2. Übergabe	115
3. Übergabesurrogate	117
II. Brevi manu traditio, § 929 S. 2	117

III. Erwerb durch Besitzkonstitut, § 930.	118
IV. Eigentumserwerb nach § 931	122
1. Besitzabtretung.	122
2. Besitzeinweisung.	123
3. Forderungsabtretung	124
4. Übereignung besitzloser Sachen	124
V. Erwerb des Miteigentums	125
VI. Berechtigung des Veräußerers.	126
VII. Vertretung im Eigentumserwerb.	128
1. Unmittelbare Stellvertretung bei der Veräußerung.	128
2. Unmittelbare Stellvertretung beim Erwerb	129
3. Mittelbare Stellvertretung bei der Veräußerung.	130
4. Mittelbare Stellvertretung beim Erwerb.	130
5. „Geschäft für den, den es angeht“	131
VIII. Geheißerwerb	133
IX. Übereignung von Wertpapieren und Wertrechten	134
1. Wertpapiere	134
2. Wertpapiere im Depot	136
3. Sammelurkunden	136
4. Wertrechte	137
X. Traditionspapiere.	138
XI. Übereignung von Schiffen, § 929a	139
§ 10. Erwerb vom Nichtberechtigten.	141
I. Allgemeine Voraussetzungen.	142
1. Geschäft	142
2. Bewegliche Sachen	143
II. Guter Glaube.	143
1. Gegenstand und Umfang des guten Glaubens	143
2. Kausalität des Rechtsscheins	146
3. Zeitpunkt des guten Glaubens und Beweislast.	147
III. Gutgläubiger Erwerb nach §§ 932–934	148
1. Erwerb nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1	148
2. Erwerb nach §§ 929 S. 2, 932 Abs. 1 S. 2	148
3. Erwerb nach §§ 930, 933	149
4. Erwerb nach §§ 931, 934	151
5. Erwerb des Miteigentums	153
6. Geheißerwerb.	154
7. Wertpapiere und Wertrechte	155
8. Übereignung von Schiffen, §§ 929a, 932a.	156
IV. Abhanden gekommene Sachen	156
1. Abhandenkommen	156
2. Gutgläubiger Erwerb abhanden gekommener Sachen.	160
V. Folgen des gutgläubigen Erwerbs	161

1. Ausgleichsfragen	161
2. Rückerwerb des Nichtberechtigten	162
VI. Gutgläubig lastenfreier Erwerb	163
1. Voraussetzungen	163
2. Rechtsfolgen	164
§ 11. Originärer Eigentumserwerb	165
I. Ersitzung	165
1. Voraussetzungen der Ersitzung	165
2. Folgen der Ersitzung	167
3. Außerordentliche Ersitzung nach Vindikationsverjährung	168
II. Verbindung, Vermischung, Verarbeitung	170
1. Verbindung mit einem Grundstück, § 946	170
2. Verbindung beweglicher Sachen, § 947	170
3. Vermengung und Vermischung	171
4. Verarbeitung	172
5. Ausgleichsansprüche	176
III. Erzeugnisse und Bestandteile	179
1. Erwerb durch den Eigentümer, § 953	179
2. Erwerb durch dinglich Berechtigte, § 954	180
3. Erwerb des gutgläubigen Besitzers, § 955	181
4. Erwerb aufgrund einer Erwerbsgestattung, § 956	182
5. Gutgläubiger Erwerb aufgrund einer Gestattung, § 957	185
IV. Aneignung und Eigentumsaufgabe	187
1. Aneignung (Okkupation)	187
2. Eigentumsaufgabe (Dereliktion)	188
3. Wilde Tiere	189
4. Bienen	190
V. Fund	190
1. Verlieren und Finden	190
2. Pflichten des Finders	193
3. Rechte des Finders	194
4. Behörden- und Verkehrsfund	195
VI. Schatzfund	196
1. Schatz	196
2. Entdecken des Schatzes	197
3. Besitzergreifung	198
4. Rechtsfolgen	198
5. Öffentlichrechtliche Beschränkungen	199
§ 12. Schutz des Eigentums	201
I. Herausgabeanspruch, § 985	201
1. Voraussetzungen der Vindikation	201
2. Inhalt der Vindikation	202

3. Ausschluss der Vindikation	204
4. Rechtsnachfolge	209
5. Konkurrenz mit Ansprüchen Dritter	210
II. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	211
III. Schadensersatz	214
1. Anwendbarkeit der §§ 989–992	214
2. Haftung nach Rechtshängigkeit, § 989	215
3. Haftung des Bösgläubigen, § 990	215
4. Haftung des Fremdbesitzers, § 991 Abs. 2	216
5. Deliktische Haftung, § 992	218
6. Konkurrenzen	220
IV. Nutzungen	221
1. Anwendbarkeit der §§ 987–993	221
2. Haftung nach Rechtshängigkeit und Bösgläubigkeit, §§ 987, 990 Abs. 1	221
3. Haftung des unentgeltlichen Besitzers, § 988	222
4. Haftung des Fremdbesitzers, § 991 Abs. 1	223
5. Haftung des deliktischen Besitzers, § 992	224
6. Haftung wegen Übermaßfrüchten, § 993 Abs. 1	224
7. Verhältnis zu den §§ 953 ff.	224
8. Konkurrenzen	225
V. Verwendungen	226
1. Anwendbarkeit der §§ 994 ff.	226
2. Begriff und Arten der Verwendung	228
3. Ansprüche des gutgläubigen und unverklagten Besitzers, §§ 994 Abs. 1, 996	230
4. Ansprüche des bösgläubigen oder verklagten Besitzers, § 994 Abs. 2	231
5. Konkurrenzen	232
6. Gläubiger und Schuldner des Anspruchs	233
7. Durchsetzung des Verwendungsersatzanspruchs	234
8. Wegnahme- und Aneignungsrecht	238
VI. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch; Verfolgungsanspruch	239
VII. Deliktischer Eigentumsschutz	240
VIII. Eigentumsvermutung	240
1. Vermutung	241
2. Widerlegung	243
IX. Schutz des Ersitzungsbesitzes	244
X. Annex: Kulturgüterschutz	244
1. Ausschluss der Vindikation durch das Restitutionsrecht	244
2. Vindikationsverjährung	246
3. Gutgläubiger Erwerb	248
4. Rechtswidrige Ein- und Ausfuhr; öffentlichrechtlicher Herausgabeanspruch	249

Teil 5: Beschränkte dingliche Rechte an beweglichen Sachen

§ 13. Schutz des Ersitzungsbesitzes und verdinglichte Rechte, § 1007	253
I. Historische Grundlagen des § 1007	253
II. Struktur des § 1007	255
1. Voraussetzungen und Struktur	255
2. Dogmatische Einordnung	258
III. Ersitzungsbesitz	259
1. Erwerb und Übertragung.	259
2. Verlust des Ersitzungsbesitzes	260
3. Rechtsstellung des Ersitzungsbesitzers.	261
4. Schutz des Ersitzungsbesitzes.	261
5. Konkurrenzen	262
IV. Verdinglichte Rechte	262
1. Erwerb und Verlust	262
2. Inhalt und Schutz	264
§ 14. Nießbrauch	265
I. Nießbrauch an beweglichen Sachen.	265
1. Begriff des Nießbrauchs	265
2. Entstehung, Übertragung und Erlöschen des Nießbrauchs.	268
II. Nießbrauch am gesamten Vermögen	269
III. Nießbrauch am Unternehmen	271
§ 15. Pfandrecht.	273
I. Arten des Pfandrechts.	273
II. Forderung.	274
III. Begründung des Pfandrechts	275
1. Erwerb vom Berechtigten	275
2. Erwerb vom Nichtberechtigten.	276
IV. Rang der Rechte.	277
V. Inhalt des Pfandrechts	278
1. Schutz des Pfandrechts	278
2. Schuldrechtlicher Verpfändungsvertrag	279
3. Voraussetzungen der Pfandverwertung.	280
4. Privater Pfandverkauf	282
5. Sonstige Pfandverwertung	285
VI. Übertragung, Belastung und Untergang des Pfandrechts	286
1. Übertragung und Belastung des Pfandrechts	286
2. Untergang des Pfandrechts	287
VII. Mehrheit von Sicherungsrechten	288
VIII. Gesetzliche Pfandrechte.	291
IX. Pfändungspfandrecht	292
§ 16. Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten	297
I. Nießbrauch an Rechten	297
1. Entstehung des Nießbrauchs an Rechten	297

2. Inhalt des Nießbrauchs an Rechten	298
3. Erlöschen des Nießbrauchs an Rechten	299
4. Nießbrauch an Forderungen	299
5. Nießbrauch an Wertpapieren	300
II. Pfandrecht an Rechten	300
1. Belastbare Rechte	300
2. Entstehung des Pfandrechts	301
3. Inhalt, Übertragung und Erlöschen des Pfandrechts	301
4. Pfandrecht an Forderungen	303
5. Pfandrecht an Wertpapieren	304
§ 17. Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers	307
I. Entstehung des Anwartschaftsrechts	307
1. Kaufvertrag	308
2. Übereignung	308
II. Inhalt des Anwartschaftsrechts	310
1. Stellung des Verkäufers	311
2. Stellung des Käufers	312
III. Verfügungen über das Anwartschaftsrecht; Pfändung	314
1. Übertragung des Anwartschaftsrechts	314
2. Verpfändung des Anwartschaftsrechts	317
3. Pfändung des Anwartschaftsrechts	318
IV. Erlöschen des Anwartschaftsrechts	318
V. Erweiterungen des Eigentumsvorbehalts	320
1. Verlängerter Eigentumsvorbehalt	320
2. Erweiterter Eigentumsvorbehalt	321
§ 18. Sicherungseigentum	323
I. Zulässigkeit	324
II. Dogmatische Einordnung	324
III. Bestellung des Sicherungseigentums	326
IV. Rechtsstellung der Beteiligten	330
V. Verwertung des Sicherungsgutes	332
VI. Verlängerte und erweiterte Sicherungsübereignung	333
 Teil 6: Allgemeiner Teil des Grundstücksrechts	
§ 19. Formelles Grundbuchrecht	337
I. Grundbuch	337
1. Grundbuchamt	337
2. Grundstück und Buchungsgegenstände	338
3. Einrichtung des Grundbuchs	340
4. Einsichtsrecht	343
II. Grundbuchverfahren	344
1. Antrag	345
2. Bewilligung des Betroffenen	347

3. Nachweis der Auflassung	349
4. Voreintragung des Betroffenen.	350
5. Eintragung	351
III. Verhältnis des materiellen Rechts zum Verfahrensrecht	355
§ 20. Materielles Liegenschaftsrecht	357
I. Verfügungen über Grundstücke und Grundstücksrechte	357
1. Betroffene Geschäfte nach § 873 Abs. 1	357
2. Einigung nach § 873 Abs. 1	358
3. Eintragung in das Grundbuch.	363
4. Einseitige Begründung von Grundstücksrechten	368
5. Erlöschen und Inhaltsänderung von Grundstücksrechten	369
6. Verbindung und Teilung von Grundstücken.	373
II. Unrichtigkeit des Grundbuchs und Schutz des guten Glaubens	375
1. Unrichtigkeit des Grundbuchs und seine Berichtigung	375
2. Richtigkeitsvermutung des § 891	379
3. Gutgläubiger Erwerb nach §§ 892, 893	380
4. Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs	390
III. Ersitzung und Verjährung der Grundstücksrechte.	395
1. Tabularersitzung	395
2. Verjährung und lastenfreier Erwerb	397
§ 21. Rang der Grundstücksrechte	401
I. Rangverhältnis.	401
1. Bedeutung des Rangs	401
2. Gesetzliche Rangordnung	402
3. Vertragliche Rangordnung	408
II. Rangänderung	410
III. Rangvorbehalt.	412
1. Entstehung und Ausübung des Rangvorbehalts	413
2. Zwischenrechte	414
3. Beendigung des Rangvorbehalts	415
IV. Ende des Rangs	415
§ 22. Vormerkung	417
I. Bedeutung und Rechtsnatur der Vormerkung	417
1. Bedeutung der Vormerkung	417
2. Rechtsnatur der Vormerkung	418
II. Gesicherter Anspruch	420
III. Entstehung und Übertragung der Vormerkung	423
1. Entstehung der Vormerkung	423
2. Übertragung der Vormerkung.	425
IV. Wirkung der Vormerkung	427
1. Sicherungswirkung der Vormerkung	427
2. Wirkung der gutgläubig erworbenen Vormerkung.	433
V. Aufhebung und Erlöschen der Vormerkung	434

Teil 7: Grundeigentum

§ 23. Grundeigentum	439
I. Inhalt und Schranken des Grundeigentums.	439
1. Privatrechtliche Schranken.	439
2. Öffentlichrechtliche Schranken	440
II. Nachbarrecht.	441
1. Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis	441
2. Überbau	442
3. Notweg	446
4. Immissionen	447
5. Grenzprobleme.	456
6. Nachbarrecht der Länder	459
III. Erwerb und Verlust des Grundeigentums	461
1. Rechtsgeschäftlicher Erwerb des Grundeigentums	461
2. Aufgebotsverfahren (Kontratabularersatzung)	463
3. Eigentumsaufgabe und Aneignung von Grundstücken	465
IV. Schutz des Grundeigentums	466
1. Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung, § 1004	466
2. Öffentlichrechtliche Abwehransprüche	483
3. Anspruch auf Schadensersatz.	484

Teil 8: Grundeigentumsähnliche Rechte

§ 24. Erbbaurecht, Wohnungseigentum und Bergwerkseigentum	487
I. Erbbaurecht	488
1. Begründung des Erbbaurechts	488
2. Inhalt des Erbbaurechts	489
3. Übertragung, Belastung und Inhaltsänderung des Erbbaurechts	490
4. Erlöschen des Erbbaurechts	490
II. Wohnungseigentum.	491
1. Entstehung des Wohnungseigentums	492
2. Inhalt und Schutz des Wohnungseigentums	493
3. Übertragung, Belastung und Aufhebung des Wohnungseigentums	496
III. Bergwerkseigentum	496

Teil 9: Nutzungs- und Erwerbsrechte an Grundstücken

§ 25. Nutzungs- und Erwerbsrechte an Grundstücken	501
I. Grunddienstbarkeiten	501
1. Bestellung der Grunddienstbarkeit.	503
2. Inhalt der Grunddienstbarkeit	504
3. Schutz der Grunddienstbarkeit.	510

4. Beendigung der Grunddienstbarkeit	511
5. Altrechtliche Grunddienstbarkeiten und Mitbenutzungsrechte der DDR	512
II. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten	514
III. Nießbrauch	515
IV. Wohnungsrecht und Dauerwohnrecht	518
V. Reallasten	519
1. Begriff und Inhalt der Reallast	519
2. Bestellung und Übertragung der Reallast	520
3. Schutz und Erlöschen der Reallast	521
VI. Vorkaufsrecht	522

Teil 10: Grundpfandrechte

§ 26. Bedeutung, Regeln und Arten der Grundpfandrechte	529
I. Gemeinsame Regeln für Grundpfandrechte	530
1. Verwertungsrecht	530
2. Arten der Tilgung	531
3. Hypotheken- und Grundschuldbrief	532
4. Sicherheit der Grundpfandrechte	533
II. Unterschiede zwischen Hypothek und Grundschuld	534
1. Hypothek	534
2. Grundschuld	536
III. Eigentümergrundpfandrecht	536
§ 27. Hypothek	539
I. Bestellung der Hypothek	539
1. Objekte der Hypothek	539
2. Forderung	540
3. Dinglicher Bestellungsvertrag	542
4. Gutgläubiger Erwerb der Hypothek (Ersterwerb)	545
II. Übertragung, Belastung und Inhaltsänderung der Hypothek	545
1. Abtretung der Forderung	546
2. Belastung der Hypothek	547
3. Inhaltsänderung der Hypothek	547
4. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten (Zweiterwerb)	548
III. Geltendmachen der Hypothek	553
1. Legitimation des Gläubigers	553
2. Einreden gegen die dingliche Hypothekenforderung	555
IV. Gesetzlicher Übergang der Hypothek	558
V. Zinsen und Nebenleistungen	560
§ 28. Haftungsobjekte der Hypothek	563
I. Grundstück	564
II. Bestandteile, Erzeugnisse und Zubehör	564

1. Begründung der Haftung	564
2. Enthftung von Bestandteilen und Zubehör	566
3. Haftung nach Beschlagnahme	567
III. Haftung von Forderungen	569
1. Miet- und Pachtforderungen	569
2. Wiederkehrende Leistungen und Versicherungsforderungen	572
§ 29. Verwirklichung der Hypothekenhaftung	575
I. Schutz der Hypothek	575
II. Gesetzliches Schuldverhältnis	576
III. Verwertung der Hypothek	578
1. Fälligkeit	578
2. Arten der Verwertung	579
3. Zwangsversteigerung	580
4. Zwangsverwaltung	582
§ 30. Erlöschen der Hypothek	583
I. Umwandlung in ein Eigentümergrundpfandrecht	583
II. Untergang	584
III. Löschungsvormerkung	584
IV. Gesetzlicher Löschungsanspruch	585
§ 31. Besondere Arten der Hypothek	589
I. Sicherungshypothek	589
1. Gesetzliche Regelung	589
2. Höchstbetragshypothek	590
3. Wertpapierhypothek	591
II. Gesamthypothek	592
1. Entstehung	592
2. Haftung	593
3. Befriedigung des Gläubigers	594
§ 32. Grundschild	599
I. Begriff und Bedeutung; anwendbare Vorschriften	599
II. Entstehung der Grundschild	601
1. Bestellung	601
2. Umwandlung einer Hypothek	602
III. Übertragung, Belastung und Inhaltsänderung	602
1. Abtretung	602
2. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten (Zweiterwerb)	603
3. Gesetzlicher Übergang	604
4. Belastung und Inhaltsänderung	604
IV. Haftungsobjekte und Verwertung	605
V. Tilgung und Erlöschen der Grundschild	606

§ 33. Arten der Grundschild	607
I. Sicherungsgrundschild	607
1. Bestellung	607
2. Sicherungsvertrag	608
3. Abtretung; Einreden	613
4. Tilgung von Forderung und Grundschild	616
5. Verwertung der Grundschild	619
6. Verwertung des Rückgewähranspruchs	620
II. Eigentümergrundschild	621
1. Entstehung	621
2. Übertragung	621
3. Verwertung	622
4. Erlöschen	623
III. Inhabergrundschild	623
IV. Rentenschild	624
Anhang: Grundbuchmuster	625
Gesetzesverzeichnis	637
Sachregister	659

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich) von 1812
abl.	ablehnend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AGBGB	Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
AlternKomm	Alternativkommentar zum BGB
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
BayObLG	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts
BB	Der Betriebsberater
BBodSchG	Bundesbodenschutzgesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
C.	Codex Iustinianus von 534 n. Chr.
D.	Digesta Iustiniani von 533 n. Chr.
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DDRZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
GVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
DJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVB	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
ErbbaRG	Gesetz über das Erbbaurecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Festgabe

FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FS	Festschrift
GBBerG	Grundbuchbereinigungsgesetz
GBGeschO	Allgemeine Verfügung über die geschäftliche Behandlung der Grundbuchsachen vom 25.2.1936 (abgedruckt bei Horber/Demharter, Grundbuchordnung, 19. Aufl. 1991, 832 ff.)
GBO	Grundbuchordnung
GBV	Allgemeine Verfügung über die Einrichtung und Führung des Grundbuchs vom 8.8.1935 (Grundbuchverfügung)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GS	Gedächtnisschrift
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
JA	Juristische Arbeitsblätter
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JherJahrb	Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, begr. von v. Jhering
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
KGSG	Gesetz zum Schutz von Kulturgut (KulturgutschutzG)
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, hrsg. von Lindenmaier und Möhring
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LNRG	Landesnachbarrechtsgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK	NomosKommentar BGB
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVB1	Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
pr.	<i>principio</i> , d. h. am Beginn eines Textes, vor der weiteren Unterteilung

Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RpfLG	Rechtspflegergesetz
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
TPG	Transplantationsgesetz
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
VermG	Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen
VersR	Versicherungsrecht
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht
WarnRspr	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (des BGH) in Zivilsachen, hrsg. v. Warneyer
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum
WM	Wertpapiermitteilungen
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfS	Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte

Literatur

1. Materialien zum BGB

- Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, 1978 ff.
- Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht mit Begründung, 1880, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, 1982
- Johow/Achilles, Grundbuchordnung, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und sachenrechtliche Vorlagen von 1876–1879, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1982
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1896, auch abgedruckt bei Mugdan
- Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899

2. Lehrbücher zum Sachenrecht

- Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009
- Brehm/Berger, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014
- Eickmann, Grundbuchverfahrensrecht, 4. Aufl. 2011
- Eichler, Institutionen des Sachenrechts, 1954–1960
- Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930
- v. Gierke, Julius, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1959
- Lange, Heinrich, Sachenrecht, 1967
- Lüke, Sachenrecht, 4. Aufl. 2018
- Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016

Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020
Schapp/Schur, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010
Schreiber, Sachenrecht, 7. Aufl. 2018
Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018
Weber, Sachenrecht I. Bewegliche Sachen, 4. Aufl. 2016
Weber, Sachenrecht II. Grundstücksrecht, 4. Aufl. 2015
Weirich/Ivo, Grundstücksrecht, 4. Aufl. 2015
Wellenhofer, Sachenrecht, 34. Aufl. 2019
Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl. 1966
Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011 (zitiert: Westermann/
Bearbeiter)
Wieling, Sachenrecht I: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen (Enzy-
klopädie der Rechts- und Staatswissenschaften), 2. Aufl. 2006
Wilhelm, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016
Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. 1979
Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957

3. Fallsammlungen und Repetitorien

Gerhard, Mobiliarsachenrecht, 5. Aufl. 2000
Gerhard, Immobiliarsachenrecht, 5. Aufl. 2001
Gottwald, BGB Sachenrecht (Prüfe dein Wissen), 16. Aufl. 2014
Gursky, Klausurenkurs im Sachenrecht, 12. Aufl. 2008
Gursky, 20 Probleme aus Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 9. Aufl. 2015
Gursky, 20 Probleme aus dem Sachenrecht ohne Eigentümer-Besitzer-Verhältnis,
8. Aufl. 2014
Habersack, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 8. Aufl. 2016
Koch/Löhnig, Fälle zum Sachenrecht, 5. Aufl. 2017
Lange/Schiemann, Fälle zum Sachenrecht, 6. Aufl. 2008
Neuner, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017
Wieling/Finkenauer, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, 8. Aufl. 2019

4. Kommentare

Alternativkommentar zum BGB, 1979 ff.
BeckOGK, Beck-online Großkommentar zum Zivilrecht
BeckOK, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB
Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 1914
Demharter, Grundbuchordnung. Kurzkommentar, 31. Aufl. 2018
Erman, Handkommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020
Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl. 2018

- KEHE/Bearbeiter (= Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann), Kommentar zur Grundbuchordnung und Grundbuchverfügung, 7. Aufl. 2015
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2018 ff.
Nomoskommentar BGB, Sachenrecht, 4. Aufl. 2016
Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl. 2020
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, AT sowie Sachenrecht, 5. Aufl. 1933/1938
RGRK. Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 12. Aufl. 1974 ff.
Rosenberg, Kommentar zum Sachenrecht, 1919
Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 2000 ff.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

5. Sonstige Literatur

- Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl. 2017
Eickmann, Grundbuchverfahrensrecht, 4. Aufl. 2011
Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Bearb. 1959
Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992
v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht II, 1905
Haegel/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012
Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1996
Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988
Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019
Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020
Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilbd., 2. Aufl. 2016
Schreiber/Ruge, Handbuch Immobilienrecht, 4. Aufl. 2020
Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung I-VI, 1965–1986
Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910 ff.
Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020

Teil 1: Grundsätze des Sachenrechts

§ 1. Einleitung und Grundsätze des Sachenrechts



I. Einleitung

1. System des Sachenrechts

Die geschlossene Darstellung des Sachenrechts als einer einheitlichen Materie geht 1 auf den römischen Schuljuristen Gaius im 2. Jh. n. Chr. zurück, der sein Lehrbuch in drei Teile einteilte: Der erste Teil enthielt das Personen- und Familienrecht (*personae*), der zweite das Sachen- und Erbrecht (*res*), der dritte Teil das Schuldrecht (*actiones*). Seit dem Pandektenrecht des 19. Jh. unter der Führung der historischen Rechtsschule (Begründer: Friedrich Carl von Savigny, 1779–1861) setzte sich dieses System allgemein durch, zu welchem noch der „Allgemeine Teil“ hinzukam.

Anders als das zweite Buch, Schuldrecht, enthält das dritte Buch keinen Allge- 2 meinen Teil des Sachenrechts. Ursprünglich waren Regelungen über Sachen, Bestandteile und Zubehör als Allgemeiner Teil des Sachenrechts vorgesehen gewesen, die zweite BGB-Kommission versetzte sie jedoch in das erste Buch des BGB.¹ Die §§ 90–103 sind damit nicht nur ein Allgemeiner Teil des Sachenrechts, sondern des gesamten Privatrechts. Der Antrag, einen Allgemeinen Teil auch für das Sachenrecht zu schaffen, wurde abgelehnt, weil die auf Grundstücke und Mobilien anzuwendenden Vorschriften zu unterschiedlich seien.² Immerhin kann der erste Abschnitt über den Besitz als Allgemeiner Teil des Sachenrechts gelten, §§ 854–872, weil er Regeln enthält, die auf Sachen aller Art anzuwenden sind. Ein Allgemeiner Teil wurde dann schließlich für Grundstücksrechte in den §§ 873–902 geschaffen.

Im dritten Buch des BGB finden sich nicht nur sachenrechtliche Regelungen; 3 wegen des Sachzusammenhangs sind vielmehr auch schuldrechtliche Regeln aufgenommen, etwa das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 985–1003). Umgekehrt

¹Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 486.

²Protokolle der 1. Kommission, in: Jakobs/Schubert, Sachenrecht I, 416–419.

gibt es sachenrechtliche Regeln außerhalb des dritten Buchs des BGB, z. B. §§ 562, 647, 1365, und auch außerhalb des BGB, z. B. die Pfandrechte gemäß §§ 397, 440 HGB.

2. Anwendbarkeit des 1. und 2. Buchs

- 4 Dass der Allgemeine Teil des BGB auch im Sachenrecht anwendbar ist, ist selbstverständlich. Denn es ist der Sinn des Allgemeinen Teils, dass seine Regeln überall im BGB Anwendung finden sollen. Ansprüche aus dinglichen Rechten, etwa der Anspruch aus § 985, unterliegen daher der Verjährung nach §§ 194 ff., vgl. § 197 I Nr. 2.³ Der Gesetzgeber kann freilich im konkreten Fall etwas anderes bestimmen, etwa dass ein Anspruch nicht verjährt, vgl. etwa §§ 898, 902.⁴

Dagegen ist umstritten, ob der allgemeine Teil des Schuldrechts auch im Sachenrecht anwendbar ist. Grundsätzlich sind die §§ 241–432 entsprechend anwendbar, wobei jedoch im Einzelfall die Anwendbarkeit zu prüfen ist.⁵ Die Verzugsvorschriften (§§ 286 ff., 293 ff.) z. B. kann man grundsätzlich auch auf dingliche Ansprüche anwenden, doch enthält § 990 II für die Vindikation eine besondere Regelung. Zur Anwendbarkeit der §§ 275 ff., namentlich der §§ 280, 281 bzw. 285 auf den Herausgabeanspruch aus § 985 unten § 12 Rn. 9 sowie § 23 Rn. 107. Auf die Ansprüche, die das Eigentumsrecht verwirklichen wie §§ 985, 1004, ist § 275 II nicht anzuwenden.⁶ Diese dinglichen Ansprüche, die vom Fortbestand des Rechts abhängig sind, sind grundsätzlich nicht nach den §§ 398 ff. abtretbar, dingliches Recht und der aus dem Recht folgende Anspruch können nicht getrennt werden.⁷

Problematisch ist die Anwendung des § 242. Die Vorschrift ist nach h. M. auf dingliche Ansprüche anwendbar, nicht aber auf das dingliche Recht selbst. Denn der Anspruch schaffe eine Verpflichtung, auf welche § 242 typischerweise anwendbar sei; dagegen bewirke das dingliche Recht keine Leistungsbeziehungen, sondern eine Zuordnung, auf die § 242 nicht angewandt werden könne.⁸ Diese Unterscheidung ist jedoch nicht haltbar, das dingliche Recht kann nicht in einen Gegensatz zu den daraus entspringenden Ansprüchen gesetzt werden. Die Zuordnung entscheidet über die Ansprüche, und ohne Ansprüche wird etwa ein Eigentum zu einer wertlosen Eigentumshülle, einem *nudum ius*. Daher ist zwar mit der h. M. anzunehmen, dass in Zuordnungsfragen nicht mit § 242 eingegriffen werden darf, doch ist die Abgrenzung nicht formell, sondern materiell vorzunehmen: Die Zuordnung wird nicht nur geändert, wenn dem Eigentümer (formell) sein Recht entzogen wird; sie wird auch dann geändert, wenn ihm (materiell) die Ansprüche aus § 985 oder § 894

³ Zu den Zwecken der Vindikationsverjährung § 12 Rn. 16, zu ihren Folgen § 11 Rn. 12.

⁴ Dazu § 20 Rn. 50, 89.

⁵ Motive II, 4; III, 399; Wolff/Raiser § 1 III 1.

⁶ Str., dazu § 23 Rn. 12, 106.

⁷ Zu dinglichen Rechten und dinglichen Ansprüchen vgl. Rn. 6–9.

⁸ Palandt/Grüneberg § 242 Rn. 79; Westermann/Westermann § 1 Rn. 10; Wolff/Raiser § 1 III 1.

entzogen werden, so dass sein Eigentum wertlos wird.⁹ Dies ist etwa der Fall, wenn man, wie die h. M. für extreme Fälle, eine *Verwirkung* der genannten Ansprüche annähme.¹⁰ § 242 ist also auf dingliche Ansprüche immer dann nicht anwendbar, wenn dadurch das dingliche Recht in seinem Kern betroffen würde, wenn eine dauernde Trennung von Eigentum und Besitz entstehen würde.¹¹ Demgegenüber kann § 242 dann angewandt werden, wenn dadurch die Ansprüche aus dem Eigentum nur vorübergehend gesperrt werden wie etwa bei der *dolo-agit*-Einrede aus § 242¹² gegenüber dem Anspruch aus § 894¹³ oder aus § 985;¹⁴ auch im Nachbarrecht ist § 242 ohne Bedenken anwendbar.¹⁵

3. Objekte des Sachenrechts

Objekte des Sachenrechts sind grundsätzlich nur körperliche Sachen. Nur an körperlichen Sachen gibt es Eigentum, Pfandrecht, Nießbrauch usw. Das entspricht dem römischen Recht. Dagegen war der Sachbegriff des germanischen und mittelalterlichen und z. T. des gemeinen Rechts weiter, er umfasste alle Rechtsobjekte.¹⁶ Auch Rechte waren daher als Sachen anerkannt, an denen es Besitz und Eigentum gab.¹⁷ Das BGB ist zum Standpunkt des römischen Rechts und des Pandektenrechts des 19. Jh. zurückgekehrt, wonach sich das Sachenrecht grundsätzlich nur mit körperlichen Sachen befasst.

Die Beschränkung des Sachbegriffs auf körperliche Sachen ist häufig kritisiert worden. In der Tat ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten etwa bei der Frage, wie ein Vermögen oder ein Unternehmen übertragen oder verpfändet werden kann.

⁹ S. auch § 20 Rn. 50.

¹⁰ Vgl. Wieling, in: Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino V, Mailand 1984, 2519, 2529 ff.; v. Olshausen, JZ 1983, 288, 290; Lehmann, Vindikation und richterlicher Wertungsspielraum, 2010, 172; dagegen für die h. M. BGH NJW 2007, 2183 Rn. 9 f. (wenn die Herausgabe für den Besitzer „schlechthin unerträglich“ ist); BGH WM 2012, 1686 Rn. 12; OLGR Naumburg 2005, 845; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 254, 259; MünchKomm/Baldus § 985 Rn. 197. Zur Verwirkung des § 894 unten § 20 Rn. 50, zu derjenigen des § 1004 s. § 23 Rn. 109.

¹¹ Vgl. zur Anwendbarkeit des § 242 im Sachenrecht, insbesondere auf die Ansprüche aus §§ 985, 894, Finkenauer, Eigentum und Zeitablauf, 2000, 218–237; s. dazu auch die Examensklausur von Finkenauer, JuS 2015, 818.

¹² *Dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est* (Derjenige handelt mit Arglist, der etwas verlangt, das er sogleich wieder herauszugeben hat). Beispiel: V vindiziert eine Sache bei K, die er diesem verkauft und übergeben, nicht übereignet hat. K hat nicht nur ein Besitzrecht (§ 17 Rn. 11), sondern auch einen gegenläufigen Anspruch gegen V, K hat daher die Einrede.

¹³ Dazu § 20 Rn. 49.

¹⁴ BGH NJW-RR 2004, 229 (im konkreten Fall abl.); Finkenauer, NJW 2004, 1704, 1706.

¹⁵ § 23 Rn. 9.

¹⁶ Vgl. O. v. Gierke II § 100 II 4.

¹⁷ Vgl. z. B. ABGB § 353: „Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigentum.“

Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass die Körperlichkeit der Sache diese zwangsläufig von anderen Gegenständen abgrenzt. Die Gefahr des Verlusts eines Gegenstands durch Abhandenkommen gibt es nur bei Sachen, nicht bei Rechten, das gleiche gilt von der Möglichkeit der Übergabe und des Rechtsscheins durch Sachbesitz. Die Unterscheidung Sachen – unkörperliche Gegenstände ist sachgerecht. Mit einer einfachen Ausdehnung des Sachbegriffs auf unkörperliche Gegenstände wäre nichts zu erreichen; für sie bedarf es eigener Regeln.¹⁸

II. Dingliche Rechte

1. Wesen des dinglichen Rechts

- 6 Dingliche Rechte sind eine Unterart der absoluten Rechte, zu denen weiter das Persönlichkeitsrecht, persönliche Familienrechte und die Immaterialgüterrechte gehören.¹⁹ Das spezifische Merkmal dieser Rechte ist darin zu sehen, dass sie ein bestimmtes Gut einer Person zuweisen, so dass jeder andere dies zu respektieren und jede Beeinträchtigung des Rechtsguts zu unterlassen hat. Sie haben also eine *Abwehrfunktion* und eine *Zuordnungsfunktion*, wie dies exemplarisch in § 903, 1 für das Eigentum ausgesprochen ist. Dingliche Rechte weisen eine körperliche Sache einer Person zu. Das Gesetz kennzeichnet diese dinglichen Rechte mit dem Ausdruck „Recht an einer Sache, an einem Grundstück“, vgl. etwa §§ 95 I 2, 873 I, 973 I. Wenn also § 954 vom Fruchterwerb dessen spricht, der ein Recht „an“ einer fremden Sache hat, so meint das nicht den Pächter eines Grundstücks, der nur ein obligatorisches Nutzungsrecht hat, sondern den Inhaber eines Nießbrauchs als eines dinglichen Rechts, § 1030.
- 7 a) *Zugriffsrecht*: Das dingliche Recht ist am leichtesten zu begreifen in seiner Funktion als ein Zugriffsrecht auf die Sache selbst, während das obligatorische Recht einen Zugriff auf die Person des Schuldners, d. h. auf sein Vermögen ermöglicht. Vergleichen wir die Situation des Käufers, der gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung hat, mit der Situation des Eigentümers, der einen Herausgabeanspruch gegen den Besitzer hat. Die Funktion der Ansprüche ist in beiden Fällen unterschiedlich. Der *Käufer* hat ein Zugriffsrecht auf das Vermögen des Verkäufers, er kann auf die Kaufsache zugreifen, solange sie im Vermögen des Verkäufers ist. Veräußert der Verkäufer die Sache an einen Dritten, so scheidet sie aus dem Vermögen des Verkäufers aus. Der Käufer kann die Sache nicht mehr erlangen, da sie sich nicht mehr im Vermögen seines Schuldners befindet und da er gegen den Dritten kein Zugriffsrecht hat. Wird der Verkäufer insolvent, so

¹⁸ Daher kann es auch kein Eigentum an personenbezogenen Daten geben; sie sind gegen Eingriffe Dritter auf andere Weise geschützt; so auch die h. M., vgl. Soergel/Klinck Vor § 90 Rn. 2; a. A. Amstutz, AcP 218 (2018), 438, 528, 546, 550.

¹⁹ Zur Entwicklung der dinglichen Rechte vgl. Wieling § 1 II 1. Für einen „substanzlosen Kunstbegriff“ hält das dingliche Recht Füller, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 526.

bleibt zwar das Zugriffsrecht des Käufers auf das Vermögen des Verkäufers bestehen, es konkurriert aber mit dem Zugriffsrecht aller anderen Insolvenzgläubiger. Er kann daher nicht die Kaufsache für sich allein beanspruchen, er bekommt nur einen quotenmäßigen Wertersatz für seine Forderung. Dagegen hat der *Eigentümer* ein Zugriffsrecht auf die Sache selbst. Veräußert der Besitzer die Sache, so kann der Eigentümer sein Recht gegenüber dem Erwerber ausüben. Auch die Insolvenz des Besitzers beeinträchtigt den Eigentümer nicht, da er nicht nur ein Zugriffsrecht auf das Vermögen des Besitzers hat wie die persönlichen Gläubiger, sondern ein Zugriffsrecht auf die Sache selbst.

b) *Zuordnung*: Das Zugriffsrecht zeigt aber nur die Abwehrseite des dinglichen Rechts. Diese Wirkung des dinglichen Rechts ist wichtig, aber nicht sein eigentlicher Zweck. Dieser liegt darin, eine Sache dem Vermögen des Rechtsinhabers zuzuordnen. Wer z. B. einen Nießbrauch an einer Sache hat, in dessen Vermögen gehören die Nutzungen der Sache, die Sache gehört bezüglich der Nutzungen in sein Vermögen, § 1030 I. Wer dagegen nur einen Anspruch aus einem Pachtvertrag hat, in dessen Vermögen ist nicht die Sache, sondern nur der Anspruch gegen den Vertragspartner auf Gewährung der Früchte der Sache, § 581 I 1. 8

c) *Dingliche Ansprüche*: Greift jemand störend in ein dingliches Recht ein, so entsteht das Zugriffsrecht des dinglich Berechtigten, vermittelt durch „dingliche Ansprüche“.²⁰ Solche dinglichen Ansprüche finden sich insbesondere in §§ 894, 985, 1004. „Dinglich“ sind diese Ansprüche aus zwei Gründen: Einmal deshalb, weil sie aus der Verletzung eines dinglichen Rechts entstehen; sodann, weil sie dem Schutz des dinglichen Rechts dienen und daher von diesem nicht getrennt werden können: Inhaber des dinglichen Rechts und des dinglichen Anspruchs müssen identisch sein, der Eigentümer kann z. B. den Anspruch aus § 985 nicht übertragen, ohne auch das Eigentum zu übertragen.²¹ 9

2. Arten der dinglichen Rechte

a) *Beschränkte dingliche Rechte*: Die Rechtsordnung stellt dem Eigentum die beschränkten dinglichen Rechte²² gegenüber. Das Eigentumsrecht ordnet eine Sache in vollem Umfang in das Vermögen des Rechtsinhabers ein, der Eigentümer darf mit der Sache nach Belieben verfahren, § 903, 1. Die beschränkten dinglichen 10

²⁰ Der Ausdruck findet sich in § 198.

²¹ Zu den dinglichen Ansprüchen in diesem engeren Sinne sind daher solche Ansprüche nicht zu rechnen, welche zwar aus der Verletzung eines dinglichen Rechts entstehen, aber von dessen Fortbestand unabhängig sind, z. B. Ansprüche aus § 823 oder §§ 987, 989, 990. Diese Ansprüche können unabhängig vom Eigentum übertragen werden.

²² Falsch ist der mittlerweile häufig im Schrifttum und auch in Art. 233 § 2b I 2 EGBGB anzutreffende Ausdruck „beschränkt dingliches Recht“. Das Recht ist nicht beschränkt dinglich, sondern ganz und gar, hat allerdings gegenüber dem Eigentumsrecht einen beschränkten Inhalt.

Rechte ordnen die Sache nur in einer bestimmten Hinsicht dem Vermögen des Rechtsinhabers zu. Man kann sie wie folgt gruppieren:

- *Nutzungsrechte*: Sie berechtigen den Inhaber, die Sache in bestimmter Weise zu nutzen, wie etwa Nießbrauch (§§ 1030 ff.) und Dienstbarkeiten (§§ 1018 ff.), Erbbaurecht (§ 1 ErbbauRG), Wohnungsrecht (§ 1093 BGB) und Dauerwohnrecht (§ 31 WEG);
- *Verwertungsrechte*: Sie berechtigen zur Verwertung der Sache, regelmäßig durch Verkauf, z. B. Pfandrecht (§§ 1204 ff.), Grundpfandrechte (§§ 1113 ff.), Reallasten (§§ 1105 ff.);
- *Erwerbsrechte*: Vorkaufsrechte (§§ 1094 ff.), Aneignungsrechte (vgl. § 958 II), Vormerkung (§§ 883 ff.) und die im Gesetz nicht geregelten Anwartschaftsrechte.

- 11 *b) Recht an der eigenen Sache*: Die Römer hatten bei den Dienstbarkeiten den Grundsatz entwickelt: *Nulli res sua servit*.²³ Wer das Vollrecht „Eigentum“ hat, bedarf des beschränkten Rechts nicht. Das ist zwar grundsätzlich richtig, doch gibt es Situationen, in welchen ein Recht an der eigenen Sache wirtschaftlich wünschenswert ist.²⁴ Die Verfasser des BGB sahen keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulassung von Rechten an eigener Sache,²⁵ doch wurde eine generelle Regelung nicht in das BGB aufgenommen. Grundsätzlich erlöschen beschränkte dingliche Rechte, wenn sie mit dem Eigentum in einer Hand zusammenfallen (Konsolidation). Dagegen bestimmt jedoch § 889, dass dies bei Grundstücksrechten nicht gilt.²⁶ Für das Pfandrecht gilt dasselbe, wenn der Eigentümer am Fortbestehen des Pfandrechts ein Interesse hat, oder wenn die gesicherte Forderung belastet ist, § 1256 I 2, II. Entsprechendes gilt für den Nießbrauch, § 1063 II. Der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts soll keinen Nachteil dadurch erleiden, dass er zusätzlich das Vollrecht „Eigentum“ erwirbt.²⁷

Die Bestellung eines Rechts an eigener Sache ist vom Gesetz ausdrücklich nur für die Grundschuld zugelassen, § 1196; die Vorschrift kann aber analog auf die Bestellung anderer dinglicher Rechte an einem Grundstück angewandt werden (vgl. § 20 Rn. 26). Da bei der Bestellung von Eigentümerrechten keine Probleme auftreten, erscheint es unbedenklich und richtig, sie generell an Grundstücken zuzulassen; sie geschieht durch einseitige Erklärung des Eigentümers, entsprechend

²³ „Niemandem dient seine eigene Sache“.

²⁴ Vgl. etwa für die Eigentümergrundschuld § 33 Rn. 30.

²⁵ Vgl. Johow, 7.

²⁶ Zur Konsolidation vgl. § 14 Rn. 10; § 15 Rn. 52; § 20 Rn. 32.

²⁷ Vgl. die Beispiele in § 15 Rn. 52 Fn. 59; § 22 Rn. 32; ferner Motive III, 842: „In diesem Falle die Rechtsvereinigung zum materiellen Nachteile derjenigen Person ausschlagen zu lassen, in welcher ein Überfluß von Recht stattfindet, würde eine Unbilligkeit sein“. Eine solche Unbilligkeit findet sich in der Entscheidung BGH NJW 2000, 1033 f., in welcher der BGH mit begriffsjuristischer Argumentation einem vormerkungsgesicherten Käufer den Erwerb vorenthält, weil er später das Eigentum geerbt hat, und dafür die Erwerbsmöglichkeit dem Inhaber einer nachrangigen Vormerkung zuspricht; vgl. dazu § 22 Rn. 32.

§ 885, aufgrund deren die Eintragung im Grundbuch erfolgt. Ein berechtigtes Interesse des Eigentümers an einer solchen Rechtsbestellung ist nicht zu fordern.²⁸

An Mobilien können Eigentümerrechte zwar bestehen, aber nicht vom Eigentümer bestellt werden, da dies ein rein interner Vorgang ohne jede Außenwirkung wäre.

c) *Rechte an Rechten*: Objekte der dinglichen Rechte sind grundsätzlich nur Sachen. Ein Pfandrecht oder Nießbrauch belastet die Sache, nicht das Eigentum an der Sache.²⁹ Ein Pfandrecht erlischt daher nicht, wenn die Sache derelinquiert wird, es gibt dingliche Rechte an herrenlosen Sachen.³⁰ Der Gesetzgeber hat innerhalb des Sachenrechts aber auch Rechte an Rechten geregelt, und zwar den Nießbrauch (§§ 1068 ff.) und das Pfandrecht an Rechten (§§ 1273 ff.). Umstritten ist die Konstruktion solcher Rechte an Rechten;³¹ was bedeutet es, ein „dingliches Recht“, etwa ein Pfandrecht an einer Forderung zu haben?

12

Dingliche Rechte bewirken die Zuordnung einer Sache in ein Vermögen. Wer das Eigentum an einer Sache hat, hat die Sache in jeder Hinsicht in seinem Vermögen. An Rechten dagegen gibt es kein Eigentum, Rechte bedürfen – anders als Sachen – keiner Zuordnung; sie sind immer dem Rechtsinhaber zugeordnet. Beschränkte dingliche Rechte bewirken, dass die Sache in gewisser Hinsicht nicht dem Eigentümer zugewiesen ist, sondern dem Inhaber des beschränkten Rechts. Spricht man von dinglichen Rechten an Rechten, so kann damit entsprechend nur gemeint sein, dass das Recht in bestimmter Hinsicht ausnahmsweise nicht dem Rechtsinhaber zugeordnet ist, sondern dem Inhaber des „Rechts am Recht“. Der Nießbrauch oder das Pfandrecht am Recht bedeuten eine Zuweisungsänderung, die man sich wie eine partielle Abtretung des Rechts vorstellen kann. Der Inhaber des beschränkten Rechts ist nunmehr berechtigt, das belastete Recht anstelle des Rechtsinhabers auszuüben.

An grundeigentumsähnlichen Rechten³² können die gleichen Rechte bestehen wie an Grundstücken. Ist z. B. ein Erbbaurecht mit einer Hypothek belastet, so ergreift das belastende Recht nur das belastete Recht, nicht das Grundstück selbst; nur mittelbar wird auch das Grundstück dem Rechtsinhaber zugeordnet. Die Hypothek am Erbbaurecht weist also nur das Erbbaurecht in das Vermögen des Hypothekengläubigers, nicht das Grundstück. Wird die gesicherte Forderung fällig, so kann der Hypothekengläubiger nur das Erbbaurecht verwerten, nicht das Grundstück.

3. Prinzipien der dinglichen Rechte

Dingliche Rechte zeichnen sich durch einige Prinzipien aus, welche bei anderen Rechten, etwa Forderungen, nicht gelten.

13

²⁸ Vgl. BGHZ 190, 267 Rn. 9 f.; anders noch BGHZ 41, 209, 211.

²⁹ Auch das Gesetz spricht vom Recht an der Sache (Rn. 6), daneben gleichbedeutend von der „Belastung“ einer Sache, vgl. etwa §§ 1018, 1030, 1105, 1113, 1204 usw.

³⁰ § 11 Rn. 56.

³¹ Vgl. die Nachweise bei Wolff/Raiser § 120 Fn. 1; Westermann/Gursky § 135 Rn. 3 f.

³² Vgl. dazu § 24 Rn. 1.

- 14 a) *Spezialität*: Es gibt Sachenrechte nur an einzelnen, bestimmten Sachen, weder an Teilen von Sachen noch an Sach- oder Rechtsgesamtheiten (dazu § 2 Rn. 11).
- 15 b) *Absolutheit*: Für Sachenrechte gilt der Grundsatz der Absolutheit, d. h. sie wirken nicht nur gegen einen bestimmten Schuldner, sondern absolut gegen jedermann. Neben diesen normalen dinglichen Rechten gibt es auch solche, die gegen jeden wirksam sind, ausgenommen gegenüber einem oder gegenüber einzelnen Personen. So wirkt etwa das *relative* Eigentum, das bei einer verbotswidrigen Verfügung gemäß §§ 135, 136, 883, 888 entsteht, gegenüber allen, ausgenommen gegenüber dem Geschützten (§ 1 Rn. 32).
- 16 c) *Rangverhältnis*: Dingliche Rechte stehen zueinander in einem Rangverhältnis. Die beschränkten dinglichen Rechte gehen dem Eigentum vor, untereinander richtet sich ihre Rangfolge nach dem Zeitpunkt der Entstehung des Rechts (Prioritätsprinzip), vgl. §§ 879, 1209: *prior tempore, potior iure*.³³ Dagegen stehen obligatorische Ansprüche gleichberechtigt nebeneinander, die Entstehungszeit spielt keine Rolle.
- 17 d) *Publizität*: Dingliche Rechte wirken gegen jedermann, müssen also nach außen erkennbar sein: Publizitätsprinzip. Als äußeres Zeichen des dinglichen Rechts dient bei Mobilien der unmittelbare oder mittelbare Besitz, bei Grundstücken das Grundbuch.

Als äußeres Zeichen dinglicher Rechte an beweglichen Sachen dient aber nicht allgemein der Besitz. Dieser allein kann über die Stellung des Besitzers zur Sache nichts aussagen; der Besitzer kann Eigentümer, Dieb, Mieter, Pfandgläubiger usw. sein. Nur wenn der Besitzer behauptet, Eigentümer zu sein, wenn er also als Eigenbesitzer auftritt, kann der Besitz als äußeres Zeichen auf das Eigentum hindeuten. Eine solche Behauptung liegt insbesondere konkludent dann vor, wenn der Besitzer wie ein Eigentümer über die Sache verfügt.

- 18 e) *Typenzwang*: Nach fast einhelliger Meinung gibt es einen geschlossenen Kreis (*numerus clausus*) der dinglichen Rechte: Es könne nur diejenigen dinglichen Rechte geben, welche von der Rechtsordnung ausdrücklich zugelassen seien.³⁴ Diese Auffassung ist für bewegliche Sachen nach dem BGB unhaltbar.³⁵

Das römische Recht kannte einen *numerus clausus* der Sachenrechte, dagegen gab es im germanischen Recht eine unbeschränkte Zahl dinglicher Rechte.³⁶ Dies wurde vom preußischen ALR übernommen, wonach jedes Recht zum Besitz (z. B. aus Miete) zu einem dinglichen Recht wurde, sobald der Inhaber des Rechts den Besitz der Sache erlangte.³⁷ Im preußischen Recht gab es daher keinen *numerus*

³³ „Wer früher in der Zeit ist, ist stärker im Recht.“ So entschied im Jahr 213 n. Chr. Kaiser Antoninus Caracalla aufgrund einer bereits damals uralten Regel in einem Streit eines Privatmannes mit dem Fiskus, und zwar zugunsten des Privaten, C. 8,17,3; vgl. auch Wacke, JA 1981, 94.

³⁴ Müller/Gruber § 1 Rn. 12 ff.; Prütting Rn. 20; Westermann/Westermann § 2 Rn. 15 ff.; Brehm/Berger § 1 Rn. 38; Vieweg/Werner § 1 Rn. 5.

³⁵ Ausführlich Wieling § 1 II 4 f. Der *numerus clausus* gilt jedoch für das Immobiliarsachenrecht, vgl. § 20 Rn. 3; wenig überzeugt vom Typenzwang zeigt sich auch Fleischer, FS Schäfer, 2013, 125.

³⁶ Vgl. O. v. Gierke II § 120 II, IV 7.

³⁷ Vgl. ALR I 2 § 135: „Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache“.

clausus der dinglichen Rechte, jedes obligatorische Recht zum Besitz konnte verdinglicht werden.

Durchbrechungen des Prinzips liegen in der Anerkennung der Anwartschaftsrechte, des Sicherungseigentums, der verdinglichten Grundstücksrente (§ 566) oder auch der Mitbenutzungsrechte der DDR.³⁸ Vollends aufgegeben ist das Prinzip mit der Schaffung des § 1007 durch die zweite BGB-Kommission, die in ausdrücklicher Anlehnung an das preußische Recht den § 1007 aufnahm, der jedem Inhaber eines Besitzrechts an einer beweglichen Sache eine dingliche Position verleiht, sobald er den Besitz erlangt.³⁹ Er kann die Sache von jedem herausverlangen, der sein Recht durch Besitzentzug beeinträchtigt; und gerade das ist das Kennzeichen dinglicher Rechte.⁴⁰ Dadurch wurde mit wenigen Sätzen das überkommene römische Prinzip des *numerus clausus* der dinglichen Rechte für bewegliche Sachen aufgegeben und das germanische Prinzip übernommen.⁴¹

III. Dingliche Rechtsgeschäfte

1. Die Einigung als Rechtsgeschäft

Das Gesetz kennt den Ausdruck „dingliches Rechtsgeschäft“ nicht, es spricht von „Einigung“, § 873, oder „einig sein“, §§ 929, 1032, 1205. Der erste BGB-Entwurf sprach stattdessen noch von einem Vertrag. Heute üblich ist auch die Rede vom „dinglichen Vertrag“.⁴² Dingliche Rechtsgeschäfte begründen entweder ein Recht oder enthalten eine Verfügung darüber. *Verfügungen* sind Rechtsgeschäfte, welche ein Recht übertragen, seinen Inhalt ändern oder es aufheben.⁴³ Dagegen ist die Begründung eines Rechts keine Verfügung; andernfalls wäre jeder Verpflichtungsvertrag eine Verfügung.

a) *Anwendbarkeit des AT*: Auf die Einigung sind grundsätzlich die Regeln des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte anwendbar, soweit das Sachenrecht keine besonderen Regeln enthält. Im Einzelfall empfiehlt sich jedoch die Prüfung, ob eine

³⁸ Zu diesen § 25 Rn. 20.

³⁹ Vgl. dazu § 13 Rn. 3.

⁴⁰ Vgl. Rn. 7.

⁴¹ Das wird in der Literatur häufig übersehen wie etwa von Wiegand, FS Kroeschell, 1987, 623 ff.; s. dagegen Wieling, FS Hattenhauer, 2003, 557. Zutreffend Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens III, 3. Aufl. 1904, § 124; Finkenauer, Eigentum (Fn. 11), 148 Fn. 160; Rinke, Die Kausalabhängigkeit des Anwartschaftsrechts aus Eigentumsvorbehalt, 1998, 94. Skeptisch zum angeblichen *numerus clausus* auch MünchKomm/Rinne, 4. Aufl. 2004, Einleitung zum Sachenrecht, Rn. 11 ff.

⁴² Dazu vor allem aus rechtsvergleichender und -politischer Sicht Kern, FS Stürner, 2013, 161.

⁴³ Meist wird daneben die Belastung mit einem Recht als Verfügung genannt. Sie ist aber eine Inhaltsänderung des Eigentumsrechts; richtig BGHZ 1, 294, 304.

Vorschrift des Allgemeinen Teils tatsächlich anwendbar ist oder ob nicht die Besonderheiten des dinglichen Rechtsgeschäfts die Anwendung ausschließen.

Wer ein Recht überträgt oder bestellt, muss geschäftsfähig sein. Die Einigung ist grundsätzlich formfrei, §§ 873, 929, 1032, 1205, eine Ausnahme gilt für die Auflassung, § 925. Für die Auslegung der Erklärungen gelten die §§ 133, 157. Die Einigungserklärung nach § 929 wird i. d. R. nicht ausdrücklich, sondern konkludent erfolgen. Wer eine verkaufte Sache übergibt, will sie regelmäßig übereignen. Es ist jedoch in jedem Fall zu prüfen, ob der Übereignungswille wirklich vorhanden ist. Der Erwerber hat das Recht, die angebotene Sache zunächst zu prüfen, z. B. ob sie frei von Mängeln ist. Es steht ihm frei, das Übereignungsangebot erst nach der positiv ausgefallenen Prüfung anzunehmen. Eine Konversion eines dinglichen Rechtsgeschäfts in ein anderes gemäß § 140 ist möglich; so kann etwa eine Übereignung nach § 929 in die Übertragung eines Anwartschaftsrechts umgedeutet werden oder die Bestellung eines Pfandrechts für eine Darlehensforderung in ein Pfandrecht zur Sicherung des Bereicherungsanspruchs. Selbstverständlich müssen die Voraussetzungen des § 140 vorliegen. Auch eine Vertretung bei der Einigung ist möglich.⁴⁴

Damit der Erfolg eines dinglichen Rechtsgeschäfts eintreten kann, ist neben einer wirksamen Einigung und der Übergabe bzw. Eintragung noch als dritte Voraussetzung die *Verfügungsmacht* erforderlich.⁴⁵ Verfügungsmacht hat der Inhaber eines Rechts, aber auch der, dem der Berechtigte eine Einwilligung oder Genehmigung nach § 185 erteilt. Auch das Gesetz kann einem Dritten Verfügungsmacht verleihen; so ist etwa der Pfandgläubiger nach Pfandreife zur Verwertung des Pfandes berechtigt, § 1242. Die Verfügungsmacht kann durch den guten Glauben ersetzt werden, wenn die Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs vorliegen. Fehlt die Verfügungsmacht und liegt auch ein gutgläubiger Erwerb nicht vor, so kann das dingliche Rechtsgeschäft den bezweckten Erfolg nicht herbeiführen, mag auch die Einigung nach den Regeln der Rechtsgeschäftslehre wirksam sein; das dingliche Rechtsgeschäft war erfolglos. Genehmigt der Berechtigte das wirksame, aber erfolglose Geschäft des Nichtberechtigten, so wird es gemäß § 185 wirksam.⁴⁶

21 *b) Bindungswirkung:* Ob die dingliche Einigung bereits vor der Übergabe die Parteien bindet, ist umstritten. Bei dinglichen Rechtsgeschäften über Grundstücke schreibt § 873 II vor, dass die Bindung nur in bestimmten Fällen eintritt. Hieraus und aus dem Wortlaut der §§ 929, 1032, 1205 („einig sind“) schließt die h. M., dass die Einigung über eine bewegliche Sache bis zur Übergabe frei widerruflich ist und dass sie im Augenblick der Übergabe noch vorhanden sein muss.⁴⁷

§ 873 hat den Sinn, leichtsinnige Verträge über Grundstücksrechte zu verhindern. Im Gegenschluss muss die Einigung bei beweglichen Sachen *sofort* bindend sein, da das Gesetz bei beweglichen Sachen einen entsprechenden Schutz gegen Übereilung nicht kennt. Es muss daher überraschen, dass die h. M. der Einigung

⁴⁴ Zur Stellvertretung bei der Besitzübergabe § 4 Rn. 26 ff.

⁴⁵ Finkenauer, AcP 203 (2003), 282, 292 f.

⁴⁶ Ausf. § 9 Rn. 32 f.

⁴⁷ Vgl. etwa Baur/Stürner § 5 Rn. 36; Brehm/Berger § 9 Rn. 3; Schapp/Schur Rn. 175.

keinerlei Bindung zugestehen will; sie ist daher abzulehnen.⁴⁸ Es besteht kein Grund, den Parteien entgegen den anerkannten Grundsätzen des Rechts ein Abgehen von einem geschlossenen Vertrag zu ermöglichen.⁴⁹ Sowohl die Einigung ist bindend als auch gemäß § 145 der Antrag auf Einigung. Der Ausdruck „einig sind“ ergibt kein Argument für die gegenteilige Ansicht.⁵⁰

c) *Einigung zugunsten Dritter*: Heftig umstritten ist die Frage, ob eine dingliche Einigung zugunsten eines Dritten möglich ist. Eine direkte Anwendung des § 328 I scheidet gemäß seinem Wortlaut aus, da die dingliche Einigung kein Leistungsrecht begründet. Fraglich ist, ob § 328 entsprechend angewandt werden kann. Die h. M. verneint dies;⁵¹ Regeln des Schuldrechts seien auf das Sachenrecht nicht anwendbar. Eine andere Ansicht lässt dingliche Verträge zugunsten Dritter zu, wobei freilich der Vollziehungstatbestand in der Person des dritten Rechtserwerbers vorliegen muss, d. h. dieser muss im Grundbuch eingetragen werden bzw. ihm muss die Sache übergeben werden.⁵² Dieser Ansicht gebührt der Vorzug,⁵³ es besteht kein überzeugender Grund, die bürgerliche Handlungsfreiheit ohne zwingenden Anlass einzuschränken.

22

2. Übergabe und Eintragung

Das dingliche Rechtsgeschäft wird erst wirksam, wenn zur Einigung der Publizitätsakt, d. h. die Besitzübertragung (*traditio*) bzw. Eintragung ins Grundbuch hinzukommt (Rn. 16). Übergabe und Eintragung sind Teil des dinglichen Rechtsgeschäfts, sind aber selbst keine rechtsgeschäftlichen Handlungen. Daher müssen zwar Verfügungsbefugnis und – im Fall des gutgläubigen Erwerbs – der gute Glaube sowohl bei der Einigung als auch beim Publizitätsakt vorhanden sein.⁵⁴ Die Geschäftsfähigkeit dagegen muss zur Zeit der Übergabe bzw. Eintragung nicht mehr

23

⁴⁸ So auch BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 58. Die h. M. mindert die unerwünschten Folgen ihrer Entscheidung dadurch, dass sie das Fortbestehen des Einigseins vermutet; ein Widerruf der Einigung muss für den anderen Vertragspartner erkennbar sein, wer sich auf einen Widerruf beruft, muss ihn beweisen; vgl. nur Palandt/Herrler § 929 Rn. 9.

⁴⁹ So zutreffend etwa Westermann/Westermann § 37 Rn. 11; Schödermeier/Woopen, JA 1985, 622 ff.; Wank/Kamanabrou, Jura 2000, 154 ff.; Lipp, FS Schapp, 2010, 363, 381; ausf. BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 57 ff., der zu Recht die mangelnde praktische Relevanz des Streits hervorhebt.

⁵⁰ Der 1. BGB-Entwurf forderte in allen Fällen einen „Vertrag“, die heutige Fassung ist eine rein redaktionelle Änderung, vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 623 f., 522 f.; dazu Finkenaue, FS Jan Schröder, 2013, 21, 27 f.

⁵¹ So die ständige Rechtsprechung, vgl. etwa RGZ 124, 221; BGHZ 41, 95 f.; BGH JZ 1965, 36; NJW 1993, 2617; Lieder, JuS 2011, 874, 879.

⁵² Vgl. z. B. Baur/Stürner § 5 Rn. 28; MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 58; ausf. zum Streitstand Staudinger/C. Heinze, 2018, § 873 Rn. 111.

⁵³ Vgl. zur Begründung Wieling § 1 III 2 d. Der Dritte hat analog § 333 das Recht der Zurückweisung.

⁵⁴ Ausnahmen gelten im Grundstücksrecht, vgl. etwa §§ 878, 892 II.

vorliegen, da der Publizitätsakt keine rechtsgeschäftliche Handlung ist. Eine Stellvertretung gemäß den §§ 164 ff. ist bei der Einigung möglich, bei der Übergabe können Besitzdiener und Besitzmittler den Besitz für den Veräußerer übertragen und für den Erwerber erwerben.⁵⁵

3. Prinzipien des dinglichen Rechtsgeschäfts

- 24 a) *Spezialität*: Wie für das gesamte Sachenrecht (Rn. 14), so gilt auch für das dingliche Rechtsgeschäft der Grundsatz der Spezialität: Jedes dingliche Rechtsgeschäft kann sich nur auf eine bestimmte Sache beziehen, nicht auf eine Mehrheit von Sachen, etwa eine Büchersammlung, oder auf unbestimmte Sachen, auch nicht auf Teile einer Sache. Man kann sich zwar verpflichten, Sachen zu liefern, die nur gattungsmäßig bestimmt sind (§ 243); spätestens bei der Übereignung muss die Sache aber konkretisiert sein.
- 25 b) *Publizität*: Die Rechtsordnung ist bestrebt, dingliche Rechte nach Möglichkeit sichtbar zu machen, durch Publizitätstatbestände (Rn. 17). Das bedingt, dass auch die Rechtsänderung, d. h. das dingliche Rechtsgeschäft, nach außen möglichst in Erscheinung treten soll. Bei Grundstücken bewirkt die Eintragung – neben der Einigung – die Rechtsänderung und zeigt sie nach außen an. Bei beweglichen Sachen liegt der Publizitätsvorgang in der Besitzübertragung, der vom Erwerber erworbene Besitz zeigt sein Recht an. Das Publizitätsprinzip für dingliche Rechtsgeschäfte ist nur bei Grundstücken konsequent durchgeführt. Bei beweglichen Sachen gilt es zwar im Grundsatz auch, doch ist hier der Grundsatz durch Ausnahmen durchbrochen.
- 26 c) *Trennungs- und Abstraktionsprinzip*: Nach volkstümlicher Auffassung, u. a. auch dem französischen Recht, geht das Eigentum sofort mit dem Kausalgeschäft (Kauf, Schenkung usw.) über (*Vertragsprinzip*). Andere Rechtsordnungen wie die deutsche verlangen neben dem Verpflichtungsgeschäft noch einen Verlautbarungstatbestand wie die Übergabe oder die Grundbucheintragung (*Trennungsprinzip*). Der vom Kauf getrennte Übereignungstatbestand ist nach dem BGB ein eigenständiges Rechtsgeschäft, andere vergangene und gegenwärtige Rechtsordnungen verstehen ihn nicht als Rechtsgeschäft. Auch die Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandrechts ist nach BGB von der Bestellung des Pfandrechts zu trennen, nichts anderes gilt für die anderen beschränkten dinglichen Rechte.

Für dingliche Rechtsgeschäfte gilt zudem das *Abstraktionsprinzip*, d. h. die Gültigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts ist nicht davon abhängig, dass ein wirksames Kausalgeschäft oder dass überhaupt ein Kausalgeschäft vorliegt. Aus der Fassung der §§ 873, 929, 1032, 1205 usw. ergibt sich, dass die dingliche Einigung und der Publizitätsakt zur Wirksamkeit der Verfügung ausreichen und eine schuldrechtliche *causa (titulus)* nicht erforderlich ist.⁵⁶

⁵⁵ Vgl. § 9 Rn. 6.

⁵⁶ Abstraktionsprinzip und Trennungsprinzip dürfen nicht verwechselt werden, vgl. Jauernig, JuS

Das Abstraktionsprinzip ist eine Errungenschaft Friedrich Carl v. Savignys (1779–1861), der mit seiner neuen Lehre die alte Lehre von der Übereignung durch „*titulus* und *modus*“ überwand. Nach der *titulus-modus*-Lehre geht das Eigentum über durch einen Erwerbstitel, etwa einen Kaufvertrag, und durch den *modus*, das ist die Übergabe, die kein Rechtsgeschäft ist, sondern ein tatsächlicher Vorgang.⁵⁷ v. Savigny entwickelte aus Ansätzen im römischen Recht die Lehre, dass sowohl der *titulus* wie auch der *modus* Rechtsgeschäfte seien, schuldrechtlicher und sachenrechtlicher Vertrag. Beide stehen gemäß seiner Lehre unabhängig nebeneinander, und es besteht kein Anlass, sie wieder künstlich wie in der *titulus-modus*-Lehre derart zu verschmelzen, dass man den *titulus (causa)* zur Voraussetzung der Übereignung macht (*Kausalprinzip*). Zu einer solchen Koppelung der Übereignung an den Kaufvertrag waren freilich diejenigen Rechtsordnungen wie das österreichische ABGB von 1812 gezwungen, welche gesetzlich die *titulus-modus*-Lehre festgeschrieben hatten und nun aufgrund der fortschrittlichen Lehre v. Savignys den *modus* nicht mehr als bloße Übergabe, sondern als Übereignungsvertrag ansahen. Sie konnten aufgrund der gesetzlichen Vorgabe das Eigentum nicht ohne den *titulus* (etwa den Kaufvertrag) übergehen lassen und mussten deshalb den *titulus (causa)* als Voraussetzung der Übereignung beibehalten.⁵⁸

Für die heutige Rechtswissenschaft besteht kein Grund, die Errungenschaft v. Savignys wieder aufzugeben und rechtspolitisch in Anlehnung an die veraltete *titulus-modus*-Lehre wieder eine Bindung des Eigentumsübergangs an den *titulus* zu fordern, das Abstraktionsprinzip also gegen das Kausalprinzip auszutauschen. Das wird zwar bisweilen vorgeschlagen, doch ist bisher noch nicht in Erscheinung getreten, welche Vorteile das historisch als Behelfskonstruktion aufgetretene Kausalprinzip gegenüber dem fortschrittlicheren Abstraktionsprinzip haben soll. Die angeblich größere Volkstümlichkeit des Kausalprinzips kann es wohl kaum sein; denn abgesehen davon, dass die Volkstümlichkeit einer juristischen Konstruktion dem Juristen kein Kanon sein sollte und es auch nie war, wenn es darum ging, problemangemessene Ergebnisse zu erzielen, so ist auch dem Volk die Vorstellung einer kausalen Übereignung neben dem Kaufvertrag ebenso fremd wie die Vorstellung einer abstrakten Übereignung: Nach dem „Volksrecht“ geht das Eigentum mit dem Kaufvertrag über. Dogmatisch kommen allerdings Abstraktions- und Kausalprinzip oft zu gleichen Ergebnissen,⁵⁹ jedoch nicht immer.⁶⁰ Und in diesen restli-

1994, 721. Ist das Trennungsprinzip bejaht, so kann das Übereignungsgeschäft entweder kausal oder abstrakt sein.

⁵⁷ Und die deswegen auch keine Bedingung und damit keinen Eigentumsvorbehalt zulässt.

⁵⁸ Vgl. zur Geschichte der Übereignung ausf. Wieling § 1 III 1.

⁵⁹ Wenn V dem K eine Sache verkauft und übereignet, der Kaufvertrag aber unwirksam ist, so erwirbt nach dem Abstraktionsprinzip K Eigentum, nach dem Kausalprinzip nicht. Veräußert K die Sache weiter an X, so erwirbt X nach dem Abstraktionsprinzip das Eigentum vom Berechtigten, nach dem Kausalprinzip erwirbt er es eventuell gutgläubig vom Nichtberechtigten, eventuell aber auch nicht, wenn er grob fahrlässig die Nichtberechtigung des K nicht erkannte. Das Abstraktionsprinzip erspart dem Erwerber (X) die Prüfung, ob das Kausalgeschäft zwischen V und K (!) wirksam ist.

⁶⁰ Etwa: Lässt im Fall aus Fn. 59 ein Dritter die Sache bei K pfänden, so erwirbt er unter Anwen-

chen Fällen ist das Abstraktionsprinzip leistungsfähiger als das Kausalprinzip, weil es den Rechtsverkehr effektiver schützt.⁶¹ Auch der Vorschlag des DCFR, das Vertragsprinzip und das Kausalprinzip miteinander zu verbinden, ist daher zurückzuweisen.⁶²

Abstraktion bedeutet Unabhängigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts vom Kausalgeschäft; es bedeutet aber keineswegs, dass ein dingliches Rechtsgeschäft nicht wegen Sittenwidrigkeit, Anfechtung usw. unwirksam sein könnte. Im Verhältnis zum Kausalgeschäft ist daher im Einzelfall jeweils zu prüfen, ob ein Mangel nur dieses Kausalgeschäft betrifft oder ob er sich auch auf die dingliche Einigung bezieht.

- 27 *aa) Sittenwidrigkeit; Anfechtbarkeit:* Nach einer früher weitverbreiteten Meinung kann ein dingliches Rechtsgeschäft niemals gemäß § 138 I sittenwidrig sein, weil sein Inhalt gesetzlich festgelegt sei und deswegen nicht sittenwidrig sein könne.⁶³ Das trifft jedoch nicht zu. Zwar kann ein dingliches Rechtsgeschäft nach seinem Inhalt niemals sittenwidrig sein, doch ist es möglich, dass damit ein sittenwidriger Zweck verfolgt wird. In diesem Fall kann § 138 I eingreifen.⁶⁴ Voraussetzung ist, dass entweder die Parteien gemeinsam einen sittenwidrigen Zweck gegenüber Dritten oder gegenüber dem Gemeininteresse verfolgen, oder dass die eine Partei einen sittenwidrigen Zweck gegenüber der anderen verfolgt.⁶⁵ Daher sind im Falle des § 138 II auch die dinglichen Zuwendungen an den Wucherer nichtig („gewähren lässt“).

Ob bei einer Anfechtung nur das Verpflichtungsgeschäft vernichtet wird oder auch das dingliche Rechtsgeschäft, hängt davon ab, für welche Rechtsgeschäfte ein Anfechtungsgrund vorliegt.⁶⁶ Die Anfechtungserklärung bezieht sich im Zweifel auf beide Rechtsgeschäfte. Eine Anfechtung nach § 119 I (wegen Inhalts- oder

dung des Abstraktionsprinzips ein Pfandrecht an der Sache, unter Anwendung des Kausalprinzips nicht, da K nicht Eigentümer ist. Das Abstraktionsprinzip bringt daher das so oft eingeforderte Publizitätsprinzip zur Geltung, wonach sich das Eigentum im Besitz manifestieren soll, das Kausalprinzip schwächt es ab. Weiteres bei Wieling § 1 III 1 d bb und bei dems., Das Abstraktionsprinzip für Europa!, ZEuP 2001, 301 ff.

⁶¹ Zugunsten des Abstraktionsprinzips sprechen sich u. a. aus Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, 728 ff., 739; Stürmer, JZ 1996, 741 ff., 747; Grigoleit, AcP 199 (1999), 379 ff.; Aretz, JA 1998, 242 ff.; Michel, Überschießende Rechtsmacht als Problem abstrakter und nicht-akzessorischer Konstruktionen, 2000, 33 ff., 49 f.; Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 294 f.; Neuner, AT, § 29 Rn. 79 ff.; für das Kausalprinzip plädiert dagegen z. B. Wacke, ZEuP 2000, 254 ff.

⁶² Art. VIII.-2:101 I Buchst. e DCFR macht die Eigentumsübertragung an Mobilien von einer Vereinbarung über den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs abhängig, ersatzweise von der Übergabe oder einem Übergabesurrogat, Buchst. d setzt einen wirksamen Anspruch auf das Eigentum voraus; zum Ganzen Walczak, Die Eigentumsübertragung beim Kauf beweglicher Sachen nach dem DCFR, 2017.

⁶³ Vgl. etwa zum wucherähnlichen Rechtsgeschäft BGH NJW-RR 2011, 880 Rn. 20.

⁶⁴ So zutreffend etwa MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 52; Baur/Stürmer § 5 Rn. 51; weitergehend BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 47, 47.1 (zum wucherähnlichen Rechtsgeschäft).

⁶⁵ Vgl. Flume II § 18, 8 mit Rechtsprechungsanalyse.

⁶⁶ Überblick bei Lieder/Berneith, Jus 2016, 673, 676 ff.

Erklärungsirrtums) wird sich selten auf das dingliche Geschäft erstrecken, da der Inhalt beider Geschäfte verschieden ist. Es ist aber durchaus möglich, dass im Einzelfall auch ein dingliches Geschäft nach § 119 I anfechtbar ist, wenn etwa eine Sache irrtümlich einer falschen Person übereignet wird. Zumeist wird eine Anfechtung gemäß § 119 II (Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften einer Person oder Sache) dagegen auch das dingliche Geschäft erfassen, z. B. beim Irrtum über die Kreditwürdigkeit eines Vertragspartners.⁶⁷ Eine Anfechtung nach § 123 wegen Drohung oder arglistiger Täuschung ergreift regelmäßig auch das dingliche Rechtsgeschäft.⁶⁸ Im konkreten Fall ist aber immer zu prüfen, ob der Anfechtungsgrund nur das schuldrechtliche Geschäft erfasst, ob er das dingliche Geschäft erfasst oder beide.

Dagegen ist die Prüfung einer „Fehleridentität“ ein ungeeignetes und irreführendes Hilfsmittel, um den Umfang der Anfechtbarkeit festzustellen. Einmal geht es nicht um einen Fehler, sondern um einen Irrtum, um eine Täuschung oder Drohung; sodann aber hängt nichts davon ab, ob sich der Irrtum sowohl im schuldrechtlichen wie dinglichen Vertrag ausgewirkt hat. Selbstverständlich ist eine Anfechtung auch dann möglich, wenn ein Irrtum nur im dinglichen Rechtsgeschäft aufgetreten ist, wenn etwa eine Sache an A verkauft, irrtümlich aber an B übereignet wurde. Nicht eine „Fehleridentität“ entscheidet über die Anfechtbarkeit, vielmehr sind bei jedem Rechtsgeschäft die Voraussetzungen der §§ 119 ff. zu prüfen.⁶⁹ Kein Anfechtungsgrund für das dingliche Geschäft ist die irrige Erwartung, dass das Kausalgeschäft wirksam war; es handelt sich angesichts des Abstraktionsprinzips hier nur um einen unbeachtlichen Motivirrtum.

bb) Bedingung: Ein dingliches Rechtsgeschäft kann bedingt abgeschlossen werden, mit Ausnahme der Auflassung (§ 925 II).⁷⁰ Daher kann ein dingliches Rechtsgeschäft auch unter der Bedingung abgeschlossen werden, dass das Kausalgeschäft wirksam ist. Eine solche (uneigentliche) Bedingung kann auch stillschweigend vereinbart werden, doch darf sie nicht generell angenommen werden. Andernfalls würde das vom Gesetz angeordnete Abstraktionsprinzip aufgehoben.⁷¹ Eine Bedingung ist daher nur anzuerkennen, wenn ein besonderer Anlass zu der Annahme besteht, die Parteien hätten einen entsprechenden (hypothetischen) Willen gehabt.⁷² Zutreffend ist vom Prinzip auszugehen, dass eine stillschweigende Bedingung, das Kausalgeschäft sei wirksam, nicht vorhanden ist. Ausnahmen sind nur in solchen

28

⁶⁷ Da der Eigenschaftsirrtum ein Motivirrtum ist, wird er Kausalgeschäft und Übereignung als wirtschaftliche Einheit gleichermaßen betreffen; vgl. BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 42; a. A. Grigolet, AcP 199 (1999), 379, 397 ff.

⁶⁸ Wenn sich einer wegen einer Täuschung verpflichtet und deshalb verfügt, betrifft die Täuschung beide Rechtsgeschäfte. Doch ist die Verfügung des Täuschenden deshalb nicht etwa unwirksam.

⁶⁹ Daher ist auch die vielfach benutzte Formulierung, der Fehler „schlage“ vom kausalen auf das dingliche Geschäft „durch“, falsch; er kann freilich für beide Geschäfte identisch sein.

⁷⁰ Vgl. aber auch §§ 1 IV, 11 I 2 ErbbauRG und § 4 II 2 WEG.

⁷¹ So zu Recht etwa MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 53; dazu HKK/Finkenauer §§ 158–163 Rn. 42.

⁷² Es genügt keineswegs, dass Grundgeschäft und dingliches Geschäft gleichzeitig abgeschlossen sind. Strenger verlangt BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 5, dass sich die Parteien um den Wirkungszusammenhang von Kausal- und Verfügungsgeschäft Gedanken gemacht haben.

Fällen zuzulassen, in welchen die Parteien im Zweifel sind über das wirksame Zustandekommen des Kausalgeschäfts.⁷³ Das gilt etwa dann, wenn das dingliche Geschäft vor dem Kausalgeschäft abgeschlossen wird; der Empfänger soll nicht berechtigt sein, die Übereignung anzunehmen, den Kaufvertrag aber abzulehnen. Eine stillschweigende Bedingung ist etwa auch in dem Fall zu verneinen, wenn der zukünftige Bestand eines gültigen Kausalgeschäfts zweifelhaft ist, etwa bei einem vertraglichen Rücktrittsvorbehalt.

- 29 *cc) Einheitliches Geschäft:* Abzulehnen ist der Versuch, das Abstraktionsprinzip über § 139 zu umgehen. Gemäß § 139 ist ein Rechtsgeschäft im Zweifel insgesamt nichtig, wenn ein Teil nichtig ist. Dieser Gedanke wird auch fruchtbar gemacht, wenn zwei Rechtsgeschäfte derart miteinander verbunden sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen. Die generelle Anwendung des § 139 würde in unserem Zusammenhang jedoch das gesetzlich angeordnete Abstraktionsprinzip aufheben⁷⁴ und letztlich wiederum auf eine Bedingungskonstruktion hinauslaufen.⁷⁵ Vertretbar wäre die Anwendung des § 139 nur in dem Ausmaß, in welchem auch eine konkludente Bedingung angenommen werden darf. Insoweit ist aber die Anwendung des § 139 überflüssig.

4. Verfügungsverbote; Erwerbsverbot

- 30 Dem Inhaber eines Rechts steht grundsätzlich die Befugnis zu, über dieses Recht zu verfügen. Durch ein Rechtsgeschäft kann die Verfügungsbefugnis nicht eingeschränkt werden, § 137. § 137 kann jedoch *umgangen* werden: M übereignet ihrer Tochter T den Familienschmuck mit der Abrede, dass sie ihn nicht veräußern dürfe. Wenn T dagegen verstoße, solle ein Rückgabeanspruch der M entstehen und das Eigentum wieder an M zurückfallen (aufschiebend bedingte Rückübereignung). Bei Grundstücken kann der Rückgabeanspruch durch eine Vormerkung gesichert werden.⁷⁶ Solche Abreden sind nach h. M. gültig,⁷⁷ sind aber wegen des Verstoßes gegen § 137, 1 nicht unbedenklich.⁷⁸ Die Rechtsordnung kann auch bestimmen, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Verfügung über ein an sich verfügbares Recht unwirksam ist: Sie kann Verfügungsverbote anordnen.⁷⁹ Solche Verfügungsverbote können entweder den Schutz der Allgemeinheit bezwecken (Rn. 31) oder den Schutz einzelner Personen (Rn. 32).

⁷³ Vgl. Westermann/Westermann § 3 Rn. 12; Baur/Stürner § 5 Rn. 55 ff.

⁷⁴ So zutreffend auch Baur/Stürner § 5 Rn. 56; Prütting Rn. 32; Flume II § 12 III 4.

⁷⁵ BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 6.

⁷⁶ Vgl. § 22 Rn. 7.

⁷⁷ Vgl. BGH JuS 1997, 564; OLG Zweibrücken Rpfleger 1981, 189 f.; MünchKomm/Kohler § 883 Rn. 27; Merrem, JR 1993, 53 ff.; Wieling § 18 III 4 b; Wellenhofer § 18 Rn. 6; HKK/Finkenauer, §§ 158–163 Rn. 44.

⁷⁸ Timm, JZ 1989, 21.

⁷⁹ Vgl. dazu Bülow, JuS 1994, 1 ff.

a) *Absolute Verfügungsverbote*: Bezweckt ein Verfügungsverbot den Schutz allgemeiner Interessen, so ist eine dagegen verstößende Verfügung absolut unwirksam, § 134. Beispielsweise ist nach § 40 II KGSG das Verfügungsgeschäft nichtig, wenn abhanden gekommenes, rechtswidrig ausgegrabenes oder unrechtmäßig eingeführtes Kulturgut in Verkehr gebracht wird. Es ist auch denkbar, dass ein absolutes Verfügungsverbot die Belange einzelner Personen schützt, weil dies im öffentlichen Interesse liegt.⁸⁰ Da ein solches öffentliches Interesse am Schutz Einzelner in allen Fällen angenommen werden könnte, ist es nicht möglich, absolute und relative Veräußerungsverbote vom Schutzzweck her zu unterscheiden. Eine Unterscheidung ist deshalb nur von der Rechtsfolge her möglich: Es ist davon auszugehen, dass immer ein absolutes Verfügungsverbot vorliegt, wenn sich nicht das Gegenteil aus der gesetzlichen Anordnung ergibt.⁸¹ Sind durch das absolute Verfügungsverbot Einzelbelange geschützt, so ist eine verbotswidrige Verfügung absolut schwebend unwirksam; sie wird wirksam, wenn der Geschützte sie genehmigt.⁸² Nicht zutreffend ist die Ansicht, dass es bei absoluten Verfügungsverboten keinen Schutz des guten Glaubens gebe, im Gegensatz zu den relativen Verfügungsverboten. Auch bei absoluten Verfügungsverboten kann das Gesetz im Einzelfall den guten Glauben an die Verfügungsmacht schützen, vgl. etwa §§ 161 III, 2113 III; § 81 I 2 InsO.⁸³

b) *Relative Verfügungsverbote*: Ein relatives Verfügungsverbot ordnet das Gesetz an, wenn es nur die Belange einzelner, nicht ein öffentliches Interesse schützen will. Ein solches Verbot macht eine Verfügung nicht unwirksam; eine Verfügung, die gegen ein relatives Verfügungsverbot verstößt, ist vielmehr wirksam und nur gegenüber dem Geschützten wird die Verfügung als unwirksam behandelt, § 135 I. Relative Verfügungsverbote sind aber nur anzunehmen, wenn das Gesetz die Rechtsfolge der relativen Unwirksamkeit ausdrücklich anordnet (Rn. 31). Solche Fälle sind nicht häufig, nach h. M. gibt es im BGB kein relatives Verfügungsverbot. Richtig dürfte es jedoch sein, in §§ 1124, 1126, 1128, 1130 relative Verfügungsverbote zu sehen.⁸⁴ Ein relatives Verfügungsverbot bewirkt auch die Vormerkung, § 883 II.

Seine Bedeutung hat § 135 durch die Verweisung in § 136: Gerichtliche und behördliche Verfügungsverbote sind relative Verfügungsverbote i. S. v. § 135, soweit lediglich der Schutz bestimmter Personen bezweckt ist. Hierzu zählen die durch einstweilige Verfügung angeordneten Verfügungsverbote, §§ 935, 938 ZPO,⁸⁵ sowie

⁸⁰ Vgl. etwa § 161 (Schutz des bedingt Berechtigten); §§ 1365, 1369, 1423–1425 (Schutz der Ehegatten); §§ 2113 f. (Schutz des Nacherben); § 81 InsO (Schutz der Insolvenzgläubiger).

⁸¹ Vgl. Flume II § 17, 6 b; Enneccerus/Nipperdey § 144 II 1 a.

⁸² Vgl. Flume II § 17, 6 b.

⁸³ Allerdings ist die Terminologie durchaus uneinheitlich und verwirrend. Als „absolute“ Verfügungsverbote bezeichnet man bisweilen auch solche, welche keinen gutgläubigen Erwerb gestatten, als „relative“ solche, die ihn zulassen. „Absolut“ sind danach etwa die Verfügungsbeschränkungen nach §§ 134, 1365, 1369, „relativ“ solche nach §§ 135 f., 161, 2113, § 81 I 2 InsO.

⁸⁴ Vgl. Enneccerus/Nipperdey § 144 II 1 b Fn. 10; RGZ 95, 208; BGHZ 33, 86.

⁸⁵ Zur Problematik der einstweiligen Verfügung zugunsten eines von mehreren Käufern vgl. Wiedling, JZ 1982, 839 ff.

die Verfügungsverbote, die durch Vollstreckungsmaßnahmen begründet werden: §§ 803, 829, 857 ZPO; §§ 23, 148 ZVG.

Verstößt eine Verfügung oder eine Vollstreckungsmaßnahme gegen ein relatives Verfügungsverbot, so ist sie dem Geschützten gegenüber unwirksam, ansonsten wirksam. Wie dies zu verstehen sei, ist streitig,⁸⁶ die Konstruktion muss auf alle Fälle folgendes beachten: Dem Verpflichteten muss trotz der verbotswidrigen Verfügung gegenüber dem Geschützten die Verfügungsmacht verbleiben; der Geschützte erwirbt durch das Verfügungsverbot kein dingliches Recht an der Sache. Die Ansicht der h. M. wird diesen Erfordernissen am einfachsten gerecht: Bei einer verbotswidrigen Verfügung wird der Erwerber zwar Eigentümer, aber nicht gegenüber dem Geschützten; diesem gegenüber bleibt der Verfügende Eigentümer.⁸⁷ Der Sinn dieser Verdoppelung der Eigentümerstellung liegt darin, dem Verfügenden die Verfügungsmacht gegenüber dem Geschützten zu erhalten. Da der Verfügende trotz der Verfügung gegenüber dem Geschützten Eigentümer bleibt, kann der Geschützte mit ihm als Berechtigten die dingliche Einigung, etwa nach §§ 929, 873, vornehmen. Bei beweglichen Sachen kann die Übergabe der Sache an den Geschützten dadurch ersetzt werden, dass der Verfügende ihm seinen Anspruch aus § 985 gegen den Erwerber abtritt, §§ 929, 931.⁸⁸ Der Geschützte wird so absoluter Eigentümer der Sache, der Erwerber und der Verfügende verlieren ihr relatives Eigentum. Bei Grundstücken gibt § 888 II dem Geschützten einen Anspruch gegen den Erwerber auf Erteilung der gemäß § 19 GBO erforderlichen Bewilligung. Mit der Eintragung wird der Geschützte absoluter Eigentümer.⁸⁹

Die relative Unwirksamkeit greift von vornherein nicht ein, wenn der Erwerber gutgläubig war, § 135 II; es gelten die §§ 892 f., 932 ff., 1138 entsprechend, der gute Glaube muss sich auf die Nichtexistenz des Verfügungsverbotes beziehen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Verfügungsgegenstand überhaupt gutgläubig erworben werden kann. Betrifft das Verfügungsverbot eine Forderung, so ist § 135 II also nicht anwendbar.

33 *c) Erwerbsverbot:* Neben dem Verfügungsverbot hat die Rechtsprechung⁹⁰ durch Rechtsfortbildung ein Erwerbsverbot entwickelt.⁹¹ Es bezieht sich nur auf Grund-

⁸⁶ Vgl. zu den verschiedenen Lösungsvorschlägen zu § 883 Assmann, Die Vormerkung, 1998, 117 ff.

⁸⁷ Vgl. etwa Palandt/Ellenberger § 136 Rn. 6; Kohler, Jura 1991, 349 ff.; BeckOGK/Muthorst § 135 Rn. 153. Nach BGH NJW 1990, 2459 verliert der Verfügende sein Eigentum und behält nur eine „Rechtsmacht“ zurück, kraft deren er das Eigentum auf den Geschützten übertragen kann. Das ist im Ergebnis dasselbe, doch ist die Erfindung einer „Rechtsmacht“ überflüssig. Assmann, Vormerkung (Fn. 86), 119 verweist auf die intellektuellen Schwierigkeiten, welche nach verschiedenen Autoren ein doppeltes Eigentum bereiten könne. Sie sollten aber nicht überschätzt werden, den Juristen des Mittelalters und der frühen Neuzeit bereitete das doppelte Eigentum jedenfalls keine Schwierigkeiten.

⁸⁸ Der Anspruch aus § 985 steht dem Verfügenden nicht selbst gegen den Erwerber zu, da im Verhältnis zum Verfügenden der Erwerber Eigentümer ist. Der Anspruch steht dem Verfügenden jedoch insoweit zu, als er zugunsten des Geschützten verwertet werden soll, da im Hinblick auf diesen der Verfügende Eigentümer geblieben ist.

⁸⁹ Zur Rechtslage des Geschützten Wieling § 1 III 5 b.

⁹⁰ Vgl. RGZ 117, 291; 120, 118; OLG Hamm DNotZ 1970, 662.

⁹¹ Das BGB kennt keine Erwerbsverbote.

stücke: Ist etwa der Kaufvertrag unwirksam, die Auflassung aber wirksam, so könnte der Erwerber sich gemäß § 873 das Eigentum verschaffen, indem er den Eintragungsantrag stellt. Dem Veräußerer können dadurch erhebliche Gefahren und Nachteile entstehen, da er das Eigentum verliert und auf eine Kondiktion angewiesen ist.⁹² Um diesen Nachteilen zu entgehen, kann der Veräußerer gegen den Erwerber ein Erwerbsverbot durch einstweilige Verfügung erwirken. Dadurch wird dem Erwerber aufgegeben, keinen Eintragungsantrag zu stellen bzw. einen gestellten Antrag zurückzunehmen. Kommt der Erwerber dem nicht nach, so erwirbt er mit der Eintragung nur relatives Eigentum; im Verhältnis zum geschützten Veräußerer bleibt dieser selbst Eigentümer; § 135 ist entsprechend anwendbar.⁹³ Um gutgläubigen Erwerb des absoluten Eigentums eines Dritten gemäß § 892 auszuschließen, ist das Erwerbsverbot im Grundbuch eintragbar.

⁹² Der Kaufvertrag wird durch die Auflassung und Eintragung nur dann geheilt, wenn ein Formmangel vorliegt, § 311b I 2, nicht bei sonstigen Mängeln.

⁹³ H. M., vgl. etwa Baur/Stürner § 15 Rn. 32; Wolff/Raiser § 38 Fn. 36.

Teil 2: Sachen

§ 2. Sachen



I. Begriff der Sache

1. Körperlichkeit und Beherrschbarkeit

a) *Körperlichkeit*: Das Sachenrecht befasst sich nur mit körperlichen Dingen, nur an ihnen gibt es Besitz und dingliche Rechte. Das BGB bezeichnet die körperlichen Dinge mit dem *terminus technicus* „Sachen“ und definiert in § 90 Sachen als „körperliche Gegenstände“.¹ Gegenstand ist also der Oberbegriff, er umfasst alles, was Rechtsobjekt sein kann, Sachen und Rechte.²

b) *Beherrschbarkeit*: Von Sachen im Rechtssinne kann man nur sprechen, wenn sie der menschlichen Herrschaft unterliegen. Sachen, an denen Besitz und dingliche Rechte nicht ausgeübt werden können, kommen für den Rechtsverkehr nicht in Betracht. Daher sind Sterne, Meteore, die Wolken usw. keine Sachen im Rechtssinne, ebenso wenig das einzelne Staubkorn, die Schneeflocke, der Regentropfen.

c) *Abgrenzbarkeit*: Die Sachqualität verlangt weiter, dass es sich um abgegrenzte, für sich selbst bestehende Stücke der Natur handelt. Dieses Erfordernis schließt die Sacheigenschaft bei gasförmigen und flüssigen Körpern meist aus. Die Luft, die sich über einem Grundstück befindet, ist keine Sache, weil sie keine abgegrenzte Existenz hat. Das gleiche gilt vom Wasser der Meere und Wasserläufe. Dagegen ist das stehende Gewässer, z. B. ein Teich, eine (bewegliche) Sache (Rn. 21). Allgemein sind ein Gas oder eine Flüssigkeit nur dann eine Sache, wenn sie in einem Behältnis beliebiger Art eingefangen sind.³ Mangels dauerhafter Speicherungsmöglichkeit ist Strom auch keine

¹ Untechnisch wird „Sache“ in § 119 II BGB verwendet, ein anderer Sachbegriff liegt auch § 241a zugrunde, vgl. Soergel/Klinck Vor § 90 Rn. 20; s. auch sogleich Fn. 5.

² Allerdings wird der „Gegenstand“ im BGB auch vielerorts untechnisch verwendet; zur Kritik Soergel/Klinck Vor § 90 Rn. 1.

³ Behältnis und Inhalt sind zwei verschiedene Sachen.

Sache.⁴ Unstreitig besitzt dagegen der Datenträger Körperlichkeit und ist daher eine Sache; anders liegt es jedoch mit der Software; genauso wenig wie ein Roman zur Sache wird, indem er gedruckt wird, wird die Software zur Sache, wenn sie abgespeichert ist.⁵

2. Strukturen der Sachen

- 4 Die Rechtswissenschaft unterscheidet mehrere Arten von Sachen je nach ihrer Struktur.
- 5 *a) Einfache Sachen:* Sie sind Sachen, welche sich nicht aus individualisierbaren Bestandteilen zusammensetzen und keine abgegrenzten Teile erkennen lassen; dazu gehören folgende Gruppen:
- 6 *aa) Organische Naturprodukte:* Zu ihnen gehören Tiere, Pflanzen, Früchte. Gemäß § 90a sind Tiere zwar keine Sachen, doch sind die Vorschriften für Sachen entsprechend auf sie anzuwenden; sie sind also *de facto* doch Sachen.⁶ Bei den Tieren kann man zwar einzelne Glieder und Organe unterscheiden, doch ergibt sich die Einheitlichkeit hier aus der natürlichen Entstehung und (rechtlich) aus der Unmöglichkeit, an Teilen des Tieres Sonderrechte zuzulassen.
- 7 *bb) Grundstücke:* Vgl. zu ihnen Rn. 21.
- 8 *cc) Individualsachen:* Sie hängen kraft innerer Kohäsion zusammen, seien sie natürlich entstanden (Stein, Balken, ein Klumpen Gold) oder künstlich hergestellt (Geldstück, Glasgefäß, Brotlaib).
- 9 *dd) Mengensachen:* Ihre Teile hängen nicht kraft innerer Kohäsion zusammen. Die Kohärenz wird ersetzt durch den räumlichen Zusammenhang.⁷ Hierher gehören einmal die in Behältnissen eingeschlossenen Gase und Flüssigkeiten. Der Wein in einem Fass ist z. B. eine Sache. Löst man das körperliche Näheverhältnis, indem man den Wein auf Flaschen zieht, so zerstört man die ursprüngliche Sache und schafft neue Sachen: jeweils den Wein in einer Flasche.

Zu den Mengensachen zählen weiterhin die festen Sachen, welche aus einer räumlichen Anhäufung einzelner Teile bestehen und ein Kontinuum bilden. Dazu gehören z. B. der Haufen Sand, Kohle, der Sack Zement, die Tüte Mehl, ein Ballen Wolle usw. Die Verkehrsanschauung betrachtet solche Anhäufungen als eine Sache (natürliche Sacheinheit). Entscheidend ist auch hier der räumliche Zusammenhang.

⁴Soergel/Klinck Vor § 90 Rn. 3.

⁵MünchKomm/Stresemann § 90 Rn. 25; Soergel/Klinck Vor § 90 Rn. 5; für Sacheigenschaft aber BeckOGK/Mössner § 90 Rn. 84. Die Software ist urheberrechtlich geschützt. Möglich ist es auch, im Bereich des Schuldrechts die Sachqualität zu bezahen, so BGH NJW 1990, 320, 321 oder BGH NJW 2007, 2394 Rn. 15. Für die Frage, ob die Regeln über den Sachkauf anzuwenden sind, spielt die Einordnung wegen § 453 I keine Rolle.

⁶§ 90a ist ebenso inhaltsleer wie § 903, 2, der bestimmt, dass die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Tiere zu beachten sind; vgl. auch Mühe, NJW 1990, 2238 ff.; Braun, JuS 1992, 758 ff. Immerhin zeigen die Vorschriften ebenso wie § 251 II 2 und § 811 Nr. 3 ZPO den Willen des Gesetzgebers, Tiere in besonderem Maße zu schützen, vgl. auch Steding, JuS 1996, 962 ff. Das ist bei der Auslegung der Gesetze zu berücksichtigen.

⁷Vgl. Enneccerus/Nipperdey I § 121 II Fn. 27: „körperliches Näheverhältnis“.

Teilt man einen Haufen Sand in zwei kleinere Haufen auf, so sind aus der einen Sache zwei geworden. Die Sache muss ein Kontinuum bilden, d. h. sie darf keine individuellen Bestandteile erkennen lassen. Daher ist wohl der Haufen Sand oder Kies, der Sack Mehl usw. eine Mengensache, nicht aber das Kartenspiel, das Paar Schuhe, das Kaffeeservice, die Briefmarkensammlung, das mehrbändige Lexikon; sie sind keine Sachen, sondern Sachgesamtheiten (Rn. 11).

b) *Zusammengesetzte Sachen (Gesamtsachen)*: Sie sind Sachen, die künstlich aus mehreren zunächst selbständigen Sachen zusammengesetzt wurden. Beispiele dafür sind Gebäude, Möbel, Waschmaschinen, Kraftfahrzeuge, überhaupt alle technischen Geräte; bei allen ist erkennbar, dass sie aus einzelnen Bestandteilen zusammengesetzt sind. Fasst man eine Mehrheit ursprünglich selbständiger Sachen zu einer sinnvollen neuen Einheit zusammen, so entstehen dadurch neue Werte, welche größer sind als die Summe der Einzelwerte. Ein Pkw ist mehr wert als die Summe seiner Einzelteile, aus denen er zusammengesetzt ist; und dieser Mehrwert würde wieder verloren gehen, wenn man die Teile wieder auseinanderbaute. Auch die Sammlung aller Gemälde eines Malers ist mehr wert als die Summe der Gemälde, die in der ganzen Welt verstreut sind. 10

Für die Rechtsordnung ergibt sich daraus das Problem, ob und wie solche zusammengesetzten Sachen gegen eine Trennung zu schützen sind, wenn die zusammengesetzten Einzelsachen etwa verschiedenen Eigentümern gehörten. Der Schutz muss das Ziel verfolgen, dass die Sachen möglichst dasselbe rechtliche Schicksal haben sollen. Das heißt, dass sie demselben Eigentümer gehören sollten, damit ein Auseinandertrennen der Sachen möglichst vermieden wird und so der Wert der Sachansammlung erhalten bleibt.

Dieser Schutz kann in verschiedenen Rechtsordnungen ganz unterschiedlich ausfallen. Die Rechtsordnung kann 1. bestimmen, dass die Einzelsachen durch das Zusammenfügen zwingend ihre rechtliche Existenz verlieren, so dass eine neue, einheitliche Sache entsteht, die nur noch einem Eigentümer gehört. Ein dingliches Rechtsgeschäft, etwa Übereignung der neuen Sache, ergreift dann zwangsläufig auch alle früheren Einzelsachen. Die Rechtsordnung kann den Einzelsachen aber 2. auch ihre rechtliche Existenz lassen und neben den zusammengesetzten Einzelsachen rechtlich auch eine Gesamtsache anerkennen; ein dingliches Rechtsgeschäft über die Gesamtsache bezieht sich im Zweifel auch auf alle Einzelsachen. Schließlich kann die Rechtsordnung 3. den Einzelsachen auch vollständig ihre individuelle rechtliche Bedeutung belassen und keinen Zusammenhang zwischen den Einzelsachen anerkennen.

Das BGB unterscheidet entsprechend dieser Einteilung 1. wesentliche Bestandteile, 2. nicht wesentliche⁸ Bestandteile und Zubehör sowie 3. Sach- und Rechtsgesamtheiten. Am engsten erfolgt die rechtliche Verknüpfung der Sachen bei den wesentlichen Bestandteilen, weniger stark ist sie bei den nicht wesentlichen Bestandteilen und beim Zubehör. Überhaupt keine rechtliche Zusammenfassung gibt es bei den Sach- und Rechtsgesamtheiten.

⁸Häufig nennt man diese Bestandteile auch „unwesentliche“ Bestandteile. Vorzuziehen ist die Rede von „nicht wesentlichen“ Bestandteilen, weil das die richtige Negation ist und „unwesentlich“ als bedeutungslos missverstanden werden kann.

Nach dem BGB folgen die Bestandteile, welche das Gesetz „wesentliche Bestandteile“ nennt (vgl. §§ 93–96), zwangsläufig dem Recht der Hauptsache, vgl. Rn. 26 ff. Die nicht wesentlichen Bestandteile dagegen sind in ihrer Rechtslage unabhängig von der Gesamtsache, vgl. Rn. 41. Zubehörsachen bleiben ohnehin selbständig (Rn. 48). Man muss bei einer Gesamtsache also das Eigentum an der ganzen Sache unterscheiden vom Eigentum an den einzelnen Bestandteilen. Das Eigentum an der Gesamtsache umfasst zwangsläufig auch das Eigentum an den wesentlichen Bestandteilen, die nicht wesentlichen Bestandteile dagegen können einem anderen Eigentümer gehören als die Gesamtsache. Der Eigentümer eines Pkw als einer Gesamtsache muss also nicht Eigentümer z. B. der vier Reifen sein. Dennoch ist er Eigentümer des ganzen Pkw; verliert er den Besitz, so kann er den ganzen Pkw vindizieren, einschließlich der fremden Reifen. Denn in ihrer Eigenschaft als nicht wesentliche Bestandteile der Gesamtsache gehören die Reifen dem Eigentümer der Gesamtsache. Daneben sind sie aber auch selbständige Sachen geblieben. Als solche kann ihr Eigentümer sie jederzeit vindizieren, auch vom Besitzer und Eigentümer der Gesamtsache. S. auch Rn. 22.

- 11 c) *Sach- und Rechtsgesamtheiten*: Keine Sachen sind Sachgesamtheiten und Rechtsgesamtheiten. *Sachgesamtheiten* sind Mehrheiten einzelner selbständiger Sachen, die wegen ihrer gemeinsamen Bestimmung als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden, z. B. Viehherden, Warenlager, das Inventar, eine Bibliothek, eine Briefmarkensammlung, ein Kaffeeservice, ein Kartenspiel usw.⁹ Gemäß dem Spezialitätsprinzip¹⁰ kann nicht über die Sachgesamtheit als solche, sondern nur über die Einzelsachen verfügt werden. Wird also „die Bibliothek“ übereignet, so liegt darin eine Vielzahl von Übereignungen, entsprechend der Anzahl der Bücher. *Rechtsgesamtheiten* sind Inbegriffe von körperlichen und unkörperlichen Gegenständen. Dazu zählen etwa das Vermögen einer Person, die Sondervermögen wie Erbschaft, Gesellschaftsvermögen, Gesamtgut sowie das wirtschaftliche Unternehmen. Sie können schon deswegen keine Sachen i. S. v. § 90 sein, weil sie auch unkörperliche Gegenstände umfassen.

II. Arten der Sachen

1. Nicht verkehrsfähige Sachen

- 12 Das römische Recht nannte die Sachen, welche nicht Gegenstand privater Rechte sein konnten, sog. *res extra commercium*. Dazu gehörten einmal die *res divini iuris* („Sachen göttlichen Rechts“) wie z. B. Tempel (Kirchen), Altäre, Götterstandbilder; dann die *res publicae* (öffentliche Sachen) wie Straßen, Theater, Bäder. Das Privatrecht war auf diese Sachen nicht anwendbar. Die Allgemeingüter (*res communes*

⁹ Das BGB kennt den Begriff der Sachgesamtheit nicht mehr; in §§ 92 II, 260, 1035 ist von einem „Inbegriff“ von Sachen oder Gegenständen die Rede.

¹⁰ Vgl. § 1 Rn. 24.

omnium) waren ebenfalls dem Privatrecht entzogen. Dazu gehörten die Luft, das fließende Wasser, das Meer. An ihnen besteht auch heute kein Eigentum, weil sie keine Sachen im Sinne des § 90 sind (Rn. 3).

Das gemeine Recht betrachtete alle *res extra commercium* als öffentliche Sachen. Sie waren privatrechtsfähig, doch war ihre Verkehrsfähigkeit durch verschiedene Regelungen eingeschränkt. Auch heute gibt es keine Sachen, die dem Privatrecht völlig entzogen wären; gewisse Sachen sind aber in ihrer Verkehrsfähigkeit stark beschränkt: der menschliche Körper sowie öffentliche Sachen (dazu Rn. 14 ff. und 17 f.).

13

2. Der menschliche Körper¹¹

a) *Körper*: Der Körper des lebenden Menschen ist kein Objekt dinglicher Herrschaftsrechte. Der Mensch hat am eigenen Körper ein Persönlichkeitsrecht, welches ihm die Bestimmung über seinen Körper sichert¹² und dem Eigentum an Umfang und Schutz vergleichbar ist. Zum Körper gehören, anders als etwa Hörgeräte, auch die fest eingebauten künstlichen Körperteile wie Herzschrittmacher, künstliche Gelenke, Zahngold usw. Auch sie sind sachenrechtsunfähig. Mit der Abtrennung von natürlichen oder künstlichen Körperteilen werden sie verkehrsfähige Sachen, an ihnen setzt sich das Persönlichkeitsrecht des Trägers jedoch als Eigentum fort; sie fallen in entsprechender Anwendung des § 953 in das Eigentum dessen, von dessen Körper sie abgetrennt wurden.¹³ Mit der Einfügung in einen Körper (etwa durch Bluttransfusion) verlieren die Körperteile wieder ihre Sacheigenschaft. Embryonen sind zwar noch nicht zivilrechtsfähig (§ 1), wohl aber Träger eines Persönlichkeitsrechts und daher niemals Sachen.¹⁴

14

b) *Leiche*: Die h. M. nimmt an, die Leiche sei eine Sache im Sinne des § 90.¹⁵ Da man nicht umhinkommt, irgendein Recht der Erben oder Angehörigen an der Leiche anzunehmen, muss man sie richtigerweise als Rechtsobjekt qualifizieren. Sie als „Sache“ zu bezeichnen, erscheint jedoch nicht angemessen, da der Gesetzgeber in § 90a sogar Tiere nicht mit diesem Ausdruck kennzeichnen will. Welcher Art das Recht an der Leiche ist, ist streitig. Am angemessensten erscheint es, ein absolutes Nichtvermögensrecht eigener Art anzunehmen, das Totensorgerecht.¹⁶ Es gibt den

15

¹¹ Englert, Todesbegriff und Leichnam als Elemente des Totenrechts, 1978; Kloth, Todesbestimmung und postmortale Organentnahme, 1996.

¹² Vgl. Forkel, JZ 1974, 594; Taupitz, JZ 1992, 1091 f.; Staudinger/Stieper, 2017, § 90 Rn. 27.

¹³ Vgl. Staudinger/Stieper, 2017, § 90 Rn. 29 f.; Soergel/Klinck § 90 Rn. 6. Zur Anwendung des § 947 I analog auf imprägnierte Eizellen LG Darmstadt GesR 2019, 744 Rn. 33; Überblick über die Rechtslage von Keimzellen bei Neuner, AT, § 24 Rn. 14 ff.

¹⁴ Soergel/Klinck § 90 Rn. 6 m. w. N.

¹⁵ Vgl. OLG Hamburg NJW 2012, 1601 Rn. 21; MünchKomm/Stresemann § 90 Rn. 31; Neuner, AT, § 24 Rn. 20.

¹⁶ Zu anderen Konstruktionen Wieling § 2 II 2 b.

nächsten Angehörigen (nicht den Erben) oder aber demjenigen, den der Tote womöglich sogar konkludent bestimmt hat,¹⁷ keine freien Verfügungsrechte, wohl aber Abwehrmöglichkeiten sowie Verfügungsrechte zur Wahrung ihrer Pflichten: Sie haben den Anordnungen des Toten Folge zu leisten, für eine würdevolle Behandlung des Leichnams zu sorgen (Bestattung) und können unbefugte Eingriffe Dritter abwehren, analog §§ 823, 985, 1004.¹⁸

- 16 c) *Organtransplantation*: Erhebliche Rechtsunsicherheiten sind durch den medizinischen Fortschritt bei der Frage der Organtransplantation aufgetreten. Problematisch ist insbesondere die Frage, welche Voraussetzungen bei einer Organentnahme gegeben sein müssen. Am weitesten geht die Ansicht, ein Arzt, der zur Rettung eines anderen ein Organ aus einer Leiche entnehme, handele in rechtfertigendem Notstand. Sie ist abzulehnen, sie verletzt in unerträglichem Maße das Selbstbestimmungsrecht des Toten.¹⁹ Nicht haltbar ist aus diesem Grund auch die *Widerspruchslösung*, wonach eine Organentnahme bereits dann möglich ist, wenn der Hirntote dem zu Lebzeiten nicht widersprochen hat.²⁰ Die Widerspruchslösung rechnet damit, dass weniger Menschen einer Organentnahme aktiv widersprechen, als ihr zuzustimmen; sie soll also die Zahl potentieller Spender erhöhen. Sie birgt jedoch das gefährliche Potential einer utilitaristischen Medizin in sich, zu der der Patient seine Einwilligung nicht gegeben hat;²¹ er wird vor seinem Tod zum Zwecke einer Therapie für Dritte instrumentalisiert.²² Das Vorstehende gilt auch für die am 16.1.2020 vom Bundestag abgelehnte sog. *doppelte Widerspruchslösung*, die sich von der Widerspruchslösung nur darin unterscheidet, dass zusätzlich die Angehörigen einer für den Patienten aussichtslosen Intensivbehandlung widersprechen können.

Dem Selbstbestimmungsrecht des Toten entspricht nur die *Zustimmungslösung*, wonach eine Organentnahme dann zulässig ist, wenn der Tote – eventuell auch der Inhaber des Totensorgerechts (Rn. 15)²³ – ihr zugestimmt hatte.²⁴ Dem folgt das Transplantationsgesetz in § 3 I 1 Nr. 1, der eine Organentnahme dann zulässt, wenn der Verstorbene dem zugestimmt hatte oder wenn der nächste Angehörige die Zu-

¹⁷ BGH NJW 2012, 1651, 1652; BGH NJW-RR 1992, 834.

¹⁸ Vgl. BGH NJW-RR 2019, 727; Palandt/Sprau § 823 Rn. 89; Pluisch/Heifer, NJW 1994, 2377; vgl. auch § 168 StGB.

¹⁹ Nach Kloth (Fn. 11), 151 ff. ist sie verfassungswidrig.

²⁰ Vgl. Kloth (Fn. 11), 162 ff.

²¹ Nur eine rechtzeitig eingeleitete maschinelle Beatmung verhindert den Ausfall der gewünschten Organe, der mit dem Ausfall des Hirnstamms einhergeht. Gerade im Fall einer massiven Hirnschädigung bei gleichzeitig aussichtsloser Prognose kann deshalb die ethisch an sich unzulässige, weil nicht mehr indizierte Weiterbehandlung *nicht abgebrochen* werden, weil sonst der – womöglich erst nach längerer Zeit eintretende – Hirntod sonst nicht festgestellt werden kann. Gleichzeitig müssen *vor* dem Hirntod zusätzlich sog. organprotektive Maßnahmen eingeleitet werden; vgl. zu diesen Maßnahmen krit. die Stellungnahme „Hirntod und Entscheidung zur Organspende“ des Deutschen Ethikrats vom 24.2.2015, 2.3.3.2.

²² Treffend Sahn, F.A.Z. v. 30.10.2018 S. 14; Höfling/in der Schmitten, F.A.Z. v. 15.1.2019 S. 11.

²³ Vgl. RGRK/Kregel § 90 Rn. 5 mit Nachweisen.

²⁴ §§ 2, 2a TPG in der Fassung von 2020 enthalten eine *erweiterte Zustimmungslösung*, wonach durch ein Online-Register und verbesserte Aufklärung die Spendenbereitschaft erhöht werden soll.

stimmung erteilt, § 4 I TPG; hatte der Verstorbene der Organentnahme widersprochen, so ist sie auf jeden Fall unzulässig, vgl. §§ 3 II 1 Nr. 1, 4 I TPG. Der Organhandel ist unzulässig, § 17 TPG.²⁵

Problematisch ist in jedem Fall die Frage, wie der Tod festgestellt wird und wann eine Organentnahme also überhaupt möglich wird.²⁶ Nach § 3 II Nr. 2 TPG ist dafür auf den Hirntod abzustellen, also auf den nicht behebbaren Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms. Einer Vorverlagerung auf den Zeitpunkt des Zusammenbruchs des Kreislaufs (wie z. T. im Ausland) steht entgegen, dass er nicht stets irreversibel ist.

3. Öffentliche Sachen²⁷

Öffentliche Sachen sind Sachen, die einer öffentlichen Sachherrschaft unterliegen. 17 Dazu gehören weder die tatsächlich öffentlichen Sachen (Privatmuseen, private Waldwege) noch das Finanzvermögen der öffentlichen Hand. Öffentliche Sachen sind einmal die Sachen im Verwaltungsgebrauch (Verwaltungsgebäude, Dienstwagen usw.), sodann die Sachen im Zivilgebrauch. Zu diesen gehören die Sachen in anstaltlicher Nutzung (Museen, Badeanstalten, Krankenhäuser), weiter die Sachen im Gemeingebrauch (Straßen, öffentliche Parks, Friedhöfe usw.).

Die öffentlichrechtliche Sachherrschaft entsteht durch Widmung und Indienststellung der Sache.²⁸ Die widmende Behörde muss entweder das Eigentum an der Sache haben oder eine entsprechende Dienstbarkeit, oder aber der Eigentümer muss der Widmung zustimmen.²⁹ Die Meeresküste ist öffentliche Sache im Gemeingebrauch kraft Gewohnheitsrechts.³⁰ 18

Öffentliche Sachen stehen nicht in einem besonderen öffentlichen Eigentum, sondern wie alle anderen Sachen in privatem Eigentum, sei es des Trägers einer Ver-

²⁵ Wegen weiterer Einzelheiten vgl. die Gesetzgebungsberichte NJW 1998, 777 f. (Deutsch) und JuS 1998, 379 f. sowie 569 f. (Kudlich); Forkel, Jura 2001, 73.

²⁶ Vgl. etwa Höfling, JZ 1995, 26; ders., JZ 1996, 615, 618; Heun, JZ 1996, 213; Gallwas, JZ 1996, 851.

²⁷ Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl. 1998; Häde, JuS 1993, 113 ff.

²⁸ Die einigermaßen gefestigte Lehre von den öffentlichen Sachen ist durch die Entscheidung des OVG Münster im „Hamburger Stadtsiegelfall“ in Unordnung geraten, Ehlers, NWVB1 1993, 327 ff. spricht von einem Trümmerhaufen. Die Entscheidungen zu diesem interessanten Fall sind BGH NJW 1990, 899 ff.; VG Köln NJW 1991, 2584 ff.; OVG Münster NJW 1993, 2635 ff.; BVerwG NJW 1994, 144 f. Eine gute Beschreibung des Siegels und der Vorgänge gibt die Dokumentation von Eckardt, Stationen eines Stempels, Anmerkungen zum IV. Hamburgischen Staatsiegel, 1995.

²⁹ Nach Ansicht des OVG Lüneburg (NJW 1970, 75 f.) ist die Zustimmung der Grundpfandgläubiger nie erforderlich, weil die Verwertungsbefugnis durch die Widmung nicht beeinträchtigt werde. Es ist aber leicht denkbar, dass der Wert der Sicherheit durch die Widmung beeinträchtigt wird. Dann müssen auch die Inhaber von Grundpfandrechten der Sicherung zustimmen.

³⁰ Wieling § 2 II 3 c.

waltung, sei es einer Privatperson.³¹ Die Lehre vom öffentlichen Eigentum, wie sie insbesondere in Frankreich besteht, hat sich in Deutschland nicht durchgesetzt.³² Die Bindung der öffentlichen Sachen ergibt sich aus einer öffentlichrechtlichen Sachherrschaft (öffentlichrechtliche Dienstbarkeit), welche das privatrechtliche Eigentum beschränkt; sie ist ein dingliches Recht. Der Inhalt dieser „Dienstbarkeit“ ergibt sich aus dem Zwecke, dem die öffentliche Sache gewidmet ist. Im Rahmen dieser Zweckbestimmung wird das privatrechtliche Eigentum eingeschränkt; der Eigentümer und jeder sonstige Rechtsinhaber muss die Nutzung der Sache entsprechend der Zweckbestimmung dulden. Im Übrigen ist der Eigentümer frei in der Verfügung über sein Recht. Auch ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums an der öffentlichen Sache ist möglich, wenn die Voraussetzungen der §§ 932 ff., 892 f. vorliegen³³; ebenso Ersitzung. Die öffentlichrechtliche Dienstbarkeit kann dagegen durch gutgläubigen Erwerb gemäß §§ 936, 892 nicht untergehen.³⁴

4. *Res sacrae*

- 19 Eine besondere Gruppe der öffentlichen Sachen sind die *res sacrae*, also Sachen, die dem gottesdienstlichen Gebrauch einer anerkannten Religionsgemeinschaft dienen (Kirche, kirchlicher Friedhof, Kirchengerät, Glocken). Die Rechtslage dieser Sachen bestimmt sich nach den vor 1900 geltenden Landesrechten und Ortsstatuten, welche als öffentliches Recht weiter in Geltung sind.³⁵

Die Zweckbestimmung der *res sacrae* geschieht nach den Vorschriften der jeweiligen Religionsgemeinschaft. Der Staat ist bei dieser Widmung nicht beteiligt. Gehört die Sache nicht der widmenden Religionsgemeinschaft, so muss der Eigentümer der Sache der Widmung zustimmen. Die Widmung ändert an den privaten Rechten an der Sache nichts, doch werden diese Rechte gemäß dem Widmungszweck eingeschränkt. Der private Eigentümer kann daher etwa keine Herausgabe der Sache nach § 985 verlangen, die Widmung begründet ein Recht zum Besitz gemäß § 986 I für die Religionsgemeinschaft. Der Gebrauch der Sache ist allerdings auf gottesdienstliche Zwecke beschränkt.³⁶

³¹ Dennoch kennt § 6 I Nr. 2 KGSG missverständlich ein „öffentliches Eigentum“.

³² Zwei landesrechtliche Ausnahmen sind die Wege- und Deichgrundstücke in Hamburg und Gewässer in Baden-Württemberg (§ 6 WasG BW).

³³ Vgl. BGH NJW 1990, 899 ff. (Hamburger Stadtsiegel).

³⁴ Vgl. Papier 80 f.; VG Köln NJW 1991, 2584 ff.; Wernecke, AcP 195 (1995), 456 ff.; etwas anderes gilt bei der Ersitzung, vgl. § 11 Rn. 11 a. E.

³⁵ Vgl. BayObLG 17 NF (1967), 98; Forsthoff, AöR 70 (1940), 217 f.; BayObLG JZ 1981, 190.

³⁶ Ausf. Wieling § 2 II 4.

5. Vertretbare und verbrauchbare Sachen

Gemäß § 91 sind *vertretbare Sachen* solche, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden.³⁷ Es handelt sich um Sachen, bei denen die eine die andere „vertreten“ kann, wie Geld, Kohle, Kartoffeln, verschiedene Exemplare einer Zeitung etc. Was nach Zahl, Maß oder Gewicht gehandelt wird, ist vertretbar (fungibel); es entscheidet die Verkehrsanschauung. § 91 ist nur für das Schuldrecht (z. B. §§ 607, 700), nicht das Sachenrecht von Bedeutung. 20

Nach § 92 sind *verbrauchbare Sachen* solche, deren Bestimmung in ihrem Verbrauch besteht (Nahrungsmittel, Briefmarke) oder (in einem weiteren Sinne) in ihrer Veräußerung (Geld). Die Vorschrift ist wenig bedeutsam, s. aber § 1067 (§ 14 Rn. 3).

6. Grundstücke und bewegliche Sachen

Das BGB unterscheidet Grundstücke und bewegliche Sachen. Ein Grundstück ist jeder Teil der Erdoberfläche, der als Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, § 890, § 3 I GBO (formeller Grundstücksbegriff; unten § 19 Rn. 3 ff.). Bewegliche Sachen sind alle Sachen außer Grundstücken; auch Grundstücksbestandteile sind bewegliche Sachen, mögen sie auch eventuell als wesentliche Bestandteile am Rechtsschicksal des Grundstücks teilnehmen. 21

III. Bestandteile

1. Begriff des Bestandteils

a) *Bedeutung*: Der Ausdruck „Bestandteil“ wird im BGB nicht immer in gleicher Bedeutung gebraucht. So meint z. B. der „Bestandteil“ in §§ 99 II, 953 f. nichts anderes als die „Ausbeute“, also ungetrennte und völlig unbestimmte Teile, aus denen die fruchttragende Sache selbst besteht (Rn. 53);³⁸ auch in § 890 II ist nicht technisch von einem Bestandteil die Rede (§ 20 Rn. 40). Vor allem aber bezeichnet der Ausdruck „Bestandteil“ eine Sache, die mit einer anderen Hauptsache verbunden ist und noch unterscheidbar in dieser vorhanden ist (Motor im Pkw, Haus auf einem Grundstück). Werden einer Sache Bestandteile der genannten Art hinzugefügt, entsteht dadurch eine einheitliche zusammengesetzte Sache (Rn. 10). Von diesem Begriff „Bestandteil“ ist im Folgenden die Rede. 22

³⁷ Dazu Rüfner, Vertretbare Sachen? – Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant, 2000.

³⁸ Zu den verschiedenen Bedeutungen Wieling § 2 III 1 a.

Da jedoch nicht immer, wenn einer Sache eine andere zugefügt wird, eine einheitliche Sache mit mehreren Bestandteilen entsteht, es sich vielmehr auch um selbstständiges Zubehör der Hauptsache handeln kann, ist eine Abgrenzung notwendig. Eine Unterscheidung kann nicht auf der Rechtsfolgenseite vorgenommen werden, da nicht wesentliche Bestandteile und Zubehör nach den gleichen Regeln behandelt werden (Rn. 41, 48); sie muss anders erfolgen:

aa) Einheitliche Sache: Da es Bestandteile nur an zusammengesetzten Sachen gibt,³⁹ muss eine einheitliche Sache entstehen. Beispiel: Füge ich einem Pkw-Rumpf vier Räder hinzu, so entsteht die einheitliche Sache „Pkw“; die Räder sind dessen Bestandteile. Es besteht ein einheitliches Eigentum an dieser zusammengesetzten Sache.⁴⁰ Montiere ich dagegen auf den Pkw einen Skihalter, so entsteht dadurch keine einheitliche Sache. Pkw und Skihalter bleiben auch nach der Verbindung rechtlich selbständige Sachen und bilden keine sachenrechtliche Einheit. Der Skihalter ist kein Bestandteil des Pkw, sondern Zubehör. Es gibt lediglich zwei Eigentumsrechte, eines am Pkw, eines am Skihalter. Was ist demgegenüber Voraussetzung für das Entstehen einer einheitlichen Sache?

- 23 *bb) Perfektion oder Verkehrsanschauung?* Das BGB definiert den Begriff des Bestandteils nicht, seine Verfasser gehen von der damals anerkannten Ansicht aus, ein Bestandteil liege immer dann vor, wenn eine Sache mit einer anderen zu deren Vervollständigung (*perfectio*) verbunden werde.⁴¹ Was einer Sache zum Zweck ihrer Vollendung zugefügt wird, ist Bestandteil. Daher sind die dem Pkw zugefügten Räder Bestandteile, nicht aber der Skihalter, denn ein Pkw ist auch ohne Skihalter ein vollständiger Pkw. Das Gesetz hat den Gedanken der *perfectio* ausdrücklich nur für Gebäudebestandteile erwähnt, § 94 II.

Die h. M. will dagegen die Frage, ob eine einheitliche Sache mit Bestandteilen vorliegt, nicht nach dem Gesichtspunkt der *perfectio*, sondern nach der Verkehrsanschauung entscheiden. Es scheint jedoch, dass die Verkehrsanschauung hier überfordert ist. Nach welchen Kriterien sollte sie zwischen Bestandteil und Zubehör unterscheiden? Die Hinweise auf die „natürliche Anschauung“ und die Auffassung eines „verständigen und unbefangenen Beurteilers“, die auf technisch-wirtschaftliche Aspekte gestützt sein soll,⁴² sind kaum geeignet, Klarheit zu schaffen; sie fördern die Willkür des jeweiligen Beurteilers.⁴³

- 24 *cc) Verbindung:* Damit eine Sache Bestandteil wird, muss sie auf jeden Fall mit der anderen Sache verbunden sein. Die Winterreifen eines Pkw, die in der Garage auf die Benutzung warten, sind keine Bestandteile des Pkw.⁴⁴ Ob die Verbindung

³⁹ S. Wieling § 2 III 1 d; Soergel/Klinck § 93 Rn. 8; anders Palandt/Ellenberger § 93 Rn. 2. An ungetrennten und unabgrenzbaren Teilen einfacher Sachen sind jedoch Sonderrechte undenkbar.

⁴⁰ Daneben besteht freilich auch ein spezielles Eigentum am Pkw-Rumpf und an den Rädern (vgl. Rn. 10, 41), da es sich um nicht wesentliche Bestandteile handelt.

⁴¹ Vgl. Johow, 66 f.; Motive III, 62; Soergel/Klinck § 93 Rn. 8.

⁴² BGHZ 191, 285 Rn. 11.

⁴³ Vgl. RGZ 87, 47: Die „Verkehrsauffassung“ ist nur die eigene Auffassung des Berufungsgerichts.

⁴⁴ Sachen, die der Fertigstellung der Hauptsache dienen sollen, aber noch nicht mit ihr verbunden sind, sind Zubehör nach § 97, vgl. BGHZ 58, 309 ff.

fest oder lose ist, spielt keine Rolle; es reicht auch eine Verbindung allein durch die Schwerkraft (vgl. die Schubladen in der Kommode).

Bestandteile einer Sache können ihrerseits aus Bestandteilen zusammengesetzt sein. So ist das Gebäude meist gemäß § 94 I wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, die Fenster sind gemäß § 94 II Bestandteile des Gebäudes und damit auch Bestandteile des Grundstücks.

b) Rechte als Grundstücksbestandteile: Da nur Sachen Bestandteile sein können, greift das Gesetz in § 96 zu einer Fiktion, um Rechte zu Bestandteilen eines Grundstücks zu erklären. Diese Rechte sollen das rechtliche Schicksal des Grundstücks teilen. In Betracht kommen alle mit dem Eigentum am Grundstück verbundenen Rechte, also die subjektiv-dinglichen Rechte: Grunddienstbarkeiten, Reallasten nach § 1105 II, Vorkaufsrechte nach § 1094 II, das Recht auf die Überbaurente nach §§ 912 ff. Wird das Eigentum am Grundstück übertragen, so geht auch das Recht mit über; eine Hypothek am Grundstück erstreckt sich auch auf das Recht usw. Es handelt sich also um wesentliche Bestandteile.⁴⁵ 25

2. Begriff des wesentlichen Bestandteils

a) Regelung: Das BGB kennt sowohl wesentliche als auch nicht wesentliche (oder einfache) Bestandteile: Die nicht wesentlichen Bestandteile sind sonderrechtsfähig, die wesentlichen nicht. Regelt sind allerdings nur die wesentlichen Bestandteile in den §§ 93–95, nicht die nicht wesentlichen; diese Normen ordnen allgemein die Sonderrechtsunfähigkeit an; die Frage, wem das Eigentum an einer Sache zusteht, die aus wesentlichen Bestandteilen zusammengesetzt ist, ist in §§ 946 f. geregelt. 26

b) Sonderrechtsunfähigkeit: An wesentlichen Bestandteilen sind besondere dingliche Rechte nicht möglich, § 93, sie folgen zwingend dem Rechtsschicksal der ganzen Sache. Das Eigentum oder beschränkte dingliche Rechte erstrecken sich zwangsläufig auch auf die wesentlichen Bestandteile. Ein Eigentumsvorbehalt wird also mit der Verbindung zu einem wesentlichen Bestandteil unwirksam, auch beschränkte dingliche Rechte erlöschen, vgl. § 949. Eine Verfügung über den wesentlichen Bestandteil allein ist nicht möglich, ebenso wenig eine Pfändung eines wesentlichen Bestandteils. Dagegen erfasst eine Verfügung über die ganze Sache oder eine Pfändung der Sache auch die wesentlichen Bestandteile, unabhängig vom Willen der Beteiligten. Wird der wesentliche Bestandteil abgetrennt, so wird der Eigentümer der Sache Eigentümer des abgetrennten Bestandteils, § 953. 27

Ausgeschlossen an wesentlichen Bestandteilen sind nur besondere dingliche Rechte. Teilbesitz an einem wesentlichen Bestandteil ist gemäß § 865 möglich, ebenso können sich obligatorische Rechte auf einen wesentlichen Bestandteil beziehen. Auch eine Verpflichtung zur Abtrennung kann übernommen werden.⁴⁶

⁴⁵ Ausf. Soergel/Klinck § 96 Rn. 6.

⁴⁶ Geht es also beispielsweise um den Schadensersatzanspruch aus § 823 I wegen einer zerstörten Fensterscheibe, so ist kein Sachverständigengutachten erforderlich, wie hoch der Wert des Haus-

- 28 c) *Regelungszweck*: Nach h. M. besteht der Sinn der Regelung in §§ 93, 94 darin, das Zerstören wirtschaftlicher Werte zu verhindern. Geschützt ist aber offenbar nicht das allgemeine, volkswirtschaftliche Interesse an der Erhaltung wirtschaftlicher Werte;⁴⁷ denn dem Eigentümer ist die Zerlegung einer zusammengesetzten Sache durchaus gestattet. Das volkswirtschaftliche Interesse müsste fordern, dass eine Abtrennung und Zerstörung überhaupt verhindert würden, auch durch den Eigentümer. Geschützt sein kann also nur das Interesse der Personen, die dingliche Rechte an der ganzen Sache haben. Zugunsten eines Hypothekengläubigers etwa hält insbesondere § 94 II die Sache zusammen, so dass nicht etwa die Lieferanten von Türen, Fenstern, Dachziegeln, Waschbecken usw. aufgrund eines Eigentumsvorbehalts das Haus wieder zerlegen und so die Hypothek gefährden können.⁴⁸
- 29 d) *Wortwahl*: Für sonderrechtsunfähige Bestandteile hatte Johow in seinem Vorentwurf den *terminus technicus* „feste Bestandteile“ vorgeschlagen.⁴⁹ Die erste BGB-Kommission ersetzte das durch den Ausdruck „wesentliche Bestandteile“. Der Ausdruck ist ungeschickt gewählt und hat schon Generationen von Studenten zu Fehlern verleitet. „Wesentlich“ bedeutet nicht, dass der Bestandteil eine besondere Bedeutung hätte für den Wert oder die Verwendbarkeit der Sache. Wesentlich für die Funktion eines Pkw sind z. B. Motor und Räder, doch sind gerade diese Sachen keine wesentlichen Bestandteile des Pkw, sondern nicht wesentliche. Wesentliche Bestandteile sind nur solche, die nach §§ 93, 94 sonderrechtsunfähig sind.

3. Wesentliche Bestandteile nach § 93

- 30 a) *Schutz des Werts des Sachganzen*: § 93 schützt den Wert des Sachganzen gegen Verluste durch Trennung. Wesentlich sind also alle Bestandteile, bei deren Abtrennung erhebliche Werteinbußen eintreten. Entscheidend ist, ob der Wert der Sachteile nach der Trennung annähernd ebenso groß ist wie der Wert der ganzen Sache vor der Trennung. Der Wertverlust kann eintreten durch 1. Zerstörung von Teilen bei der Abtrennung (Rn. 31) oder 2. dadurch, dass die Teile nach der Trennung nicht weiter verwendbar sind (Wesensveränderung, Rn. 32); der Wertverlust kann schließlich 3. darin liegen, dass die Kosten der Abtrennung oder Wiedereinfügung den Wert der abgetrennten Sache aufzehren (Rn. 33).

Um den Wert des Sachganzen zu erhalten, stellt das Gesetz nicht darauf ab, ob das Ganze durch die Abtrennung zerstört oder unbrauchbar würde. Das wird oft übersehen. Auf die Unversehrtheit und Brauchbarkeit der *Teile* kommt es an. Würde

grundstücks mit und ohne Fensterscheibe ist, nur weil die Scheibe ein wesentlicher Bestandteil des Hauses und damit auch des Grundstücks war und sein wird. Es reicht aus, den Preis für das Einsetzen der Scheibe zu ermitteln. Anders dagegen BGH NJW 2006, 1424 ff., wo es freilich um beschädigte Bäume geht.

⁴⁷ So aber BGHZ 191, 285 Rn. 22.

⁴⁸ Zur rechtspolitischen Kritik Wieling § 2 III 2 c.

⁴⁹ Vgl. § 6 seines Teilentwurfs.

man auf das Sachganze abstellen, so wäre fast jeder Teil einer Sache wesentlicher Bestandteil; denn fast alle Teile tragen zur Funktionsfähigkeit einer Sache bei, welche durch die Abtrennung aufgehoben würde.

b) *Zerstörung*: Ein wesentlicher Bestandteil liegt zunächst bei einer „Zerstörung“ vor, § 93: wenn bei der Abtrennung der abgetrennte Teil oder ein anderer Teil der Sache zerstört wird. „Zerstören“ bedeutet Vernichtung der Brauchbarkeit durch Eingriff in die Substanz, z. B. durch Abreißen von Tapeten, Herausreißen von Seiten aus einem Buch, Abbrechen eines Gebäudes usw. Der Zerstörung ist eine erhebliche Beschädigung gleichzustellen. Der Kreis der wesentlichen Bestandteile ist durch den Fortschritt der Technik und durch Serienproduktion immer weiter eingeschränkt worden. *Technische Geräte* setzen sich in der Regel aus leicht austauschbaren Serienteilen zusammen, bestehen also ganz aus nicht wesentlichen Bestandteilen, wie z. B. ein Pkw: Motor, Räder, Fahrgestell des Pkw bilden nicht wesentliche Bestandteile. Der Motor eines Pkw kann mit verhältnismäßig geringen Kosten⁵⁰ ausgebaut werden und ist in einem anderen Pkw wieder verwendbar. Auch der restliche Pkw ist in gleicher Weise nutzbar, wenn ein neuer Motor eingebaut wird.⁵¹ 31

c) *Wesensveränderung*: Eine Sache ist weiter dann gemäß § 93 wesentlicher Bestandteil, wenn sie oder ein anderer Bestandteil der Sache durch die Abtrennung eine Wesensveränderung erlitt. Bei der Frage nach dem Wesen einer Sache handelt es sich nicht um eine philosophische, sondern um eine wirtschaftliche Frage.⁵² Eine Sache ändert ihr Wesen, wenn sie allein durch die Trennung, ohne irgendwelche Zerstörungen, ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit ganz oder in erheblichem Maße verliert.⁵³ Nimmt man von einer alten Kommode die Schubladen weg, so werden sowohl die Schubladen wie die Restkommode unbrauchbar, ohne dass Zerstörungen eingetreten wären; denn man wird weder für die Restkommode passende Schubladen finden noch für die Schubladen eine andere, passende Kommode. Die Schubladen sind daher wesentliche Bestandteile der Kommode nach § 93. 32

Wie bei der Zerstörung kommt es auch bei der Wesensveränderung nicht auf das Sachganze an, sondern auf die *Teile*. Entfernt man aus einem Pkw den Motor, so verliert er sein Wesen als brauchbares Beförderungsmittel. Darauf kommt es aber nicht an. Der Rest-Pkw behält seine frühere Brauchbarkeit, da irgendeiner der Serienmotoren wieder eingebaut werden kann. Auch der ausgebaute Motor ändert durch den Ausbau sein Wesen nicht; er ist in einem anderen Pkw in gleicher Weise einsetzbar.

d) *Arbeitswert der Zusammenfügung*: Werte werden nicht nur vernichtet, wenn bei der Abtrennung die Teile zerstört oder unbrauchbar werden, sondern auch wenn der Arbeitswert einer erzwungenen Abtrennung den Materialwert der dadurch gewonnenen Teile aufzehren oder gar übersteigen würde. Dieser Fall ist den in § 93 33

⁵⁰ Verhältnis im Wert zum Motor, vgl. dazu BGHZ 61, 82.

⁵¹ Vgl. BGHZ 18, 226; 61, 80 ff.

⁵² Vgl. Otte, JuS 1970, 154.

⁵³ Unschädlich ist, wenn die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit erst durch Verbindung mit anderen Sachen hergestellt werden muss, vgl. BGHZ 191, 285 Rn. 15 f.

genannten gleichzustellen.⁵⁴ Das gilt etwa für Schrauben, die ein Lieferant (L) unter Eigentumsvorbehalt an einen Hersteller (H) technischer Geräte geliefert hat und welche dieser zum Zusammenbau seiner Geräte verwendet hat. Kann L Herausgabe der Schrauben verlangen, wenn H nicht zahlt, etwa wenn über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird? Das ist zu verneinen, die Schrauben sind wesentliche Bestandteile der Geräte geworden.⁵⁵ Denn das Herausdrehen der Schrauben würde mehr kosten, als die Schrauben wert sind.

- 34 e) *Anwendbarkeit*: § 93 ist sowohl auf bewegliche Sachen wie auf Grundstücke anwendbar; für Grundstücke gilt weiter § 94.

4. Wesentliche Bestandteile nach § 94 Abs. 1

- 35 a) *Gebäude, Zäune etc.*: Gemäß § 94 I 1 (1) sind solche Sachen wesentliche Bestandteile eines Grundstücks, die fest mit dem Grundstück verbunden sind (*superficies solo cedit*⁵⁶), also vor allem Gebäude. Feste Verbindung bedeutet nicht untrennbare Verbindung i. S. v. § 93, sonst wäre § 94 I überflüssig. § 94 I ist also nicht nur ein Anwendungsfall des § 93, sondern soll den Kreis der wesentlichen Bestandteile gegenüber § 93 *erweitern*. So genügt für eine solche „Verbindung“ z. B. allein das Eigengewicht entweder einer Transformatorstation oder eines Holzfertighauses, wenn es einer Verankerung gleichwertig ist.⁵⁷

Fest mit dem Boden verbunden können außer Gebäuden Sachen aller Art sein. Problematisch ist, wann die Verbindung als fest zu qualifizieren ist. Der auch hier häufig erfolgende Hinweis auf die Verkehrsanschauung und die Lage des Einzelfalles bringt keine Erhellung. Will man dem § 94 I 1 (1) überhaupt eine Bedeutung gegenüber § 93 zukommen lassen, so kann das nur dadurch geschehen, dass man den Bewertungsmaßstab senkt. Gemäß § 93 ist ein wesentlicher Bestandteil z. B. dann gegeben, wenn die Kosten der Abtrennung oder Wiedereinfügung ebenso hoch sind wie der Wert des abgetrennten Teils (Rn. 33). § 94 I 1 (1) ist dagegen auch dann anzuwenden, wenn die Kosten der Abtrennung bzw. Wiedereinfügung den Wert des abgetrennten Teils zwar nicht erreichen, eine Abtrennung aber dennoch wegen der entstehenden Kosten nicht als wirtschaftlich sinnvoll erscheint. So mögen die Platten eines Gartenweges zwar mehr wert sein als die Arbeit des Verlegens; dennoch sind die Kosten des Verlegens so hoch, dass es nicht sinnvoll ist, sie herauszureißen und woanders neu zu verlegen, solange sie an ihrem ersten Platz noch genutzt werden.

Wesentliche Bestandteile nach § 94 I 1 (1) sind etwa Bauwerke wie Häuser, Mauern, Brücken; an ihnen ist also grundsätzlich ein besonderes Eigentum nicht möglich, sie gehören dem Grundeigentümer. Wesentliche Bestandteile sind ferner

⁵⁴ Köhler, BGB AT, 42. Aufl. (2018), § 23 Rn. 12; Neuner, AT, § 25 Rn. 22.

⁵⁵ Vgl. BGHZ 20, 154 ff.; s. auch BGHZ 191, 285 Rn. 26 ff.

⁵⁶ „Der Überbau weicht dem Boden“.

⁵⁷ OLG Schleswig NJW-RR 2014, 333 Rn. 21; BFH NJW 1979, 392; LG Konstanz ZIP 1981, 512.

Zäune, Denkmäler, Pflastersteine, Dränagerohre, Versorgungsleitungen.⁵⁸ Keine wesentlichen Bestandteile sind etwa Bohnenstangen, Blumenkübel, Holzbuden, Marktstände; sie können Zubehör sein.

Befindet sich ein wesentlicher Bestandteil auf der Grenze mehrerer Grundstücke, so stehen zwei sachenrechtliche Prinzipien einander gegenüber: Der Grundsatz des *superficies solo cedit* (Rn. 35) und der, dass es ein realgeteiltes Eigentum an einer Sache nicht geben kann. Hier hat der letztere Grundsatz zu weichen.⁵⁹ Ein Grenzbaum (vgl. § 923), ein Stein oder eine sonstige Sache, die sich auf einer Grundstücksgrenze als wesentlicher Bestandteil befindet, gehört den Grundeigentümern zu real getrenntem Alleineigentum, soweit sie sich auf dem jeweiligen Grundstück befindet.⁶⁰ S. zum Überbau § 23 Rn. 15.

Die praktisch wichtigste Ausnahme vom Grundsatz *superficies solo cedit* ist das Wohnungseigentum nach WEG, wonach an Gebäudeteilen besondere dingliche Rechte bestehen können (§ 24 Rn. 13), sowie das Gebäudeeigentum auf dem Gebiet der ehemaligen DDR (§ 19 Rn. 21) sowie das altrechtliche Stockwerkseigentum (§ 24 Fn. 14).

b) Bodenbestandteile: Gemäß § 94 I 1 (2) gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks auch die ungetrennten Erzeugnisse wie Obst, Gemüse, Getreide, Holz usw. Bodenteile wie Erde, Steine, Sand, Kies, Torf usw. sind keine Bestandteile des Grundstücks, da das Grundstück eine einfache Sache bildet (Rn. 7). Aus diesen Bodenteilen besteht vielmehr das Grundstück, sie sind nicht sonderrechtsfähig, solange sie nicht abgetrennt sind. Ein stehendes Gewässer auf einem Grundstück ist wesentlicher Bestandteil des Grundstücks.⁶¹ 36

c) Pflanzen: Wesentliche Bestandteile eines Grundstücks sind gemäß § 94 I 2 auch der ausgesäte Samen und eingepflanzte Pflanzen. Für ausgesäten Samen ergäbe sich dieselbe Rechtsfolge schon aus § 93, denn er könnte nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten wieder vom Grundstück entfernt werden. 37

5. Wesentliche Bestandteile nach § 94 Abs. 2

Wesentliche Bestandteile eines Gebäudes sind alle Teile, die dessen Vollendung dienen.⁶² Gebäude sind Bauwerke, die zum Betreten durch Menschen geeignet sind.⁶³ Zur Herstellung des Gebäudes dienen nicht nur die Baumaterialien, sondern auch Ausstattungsgegenstände. Entscheidend ist der Herstellungszweck. Da es „das Gebäude“ nicht gibt, ist auf die konkrete Bestimmung des Gebäudes gemäß dem Bauplan abzustellen. Ein Miethaus muss all das enthalten, was erforderlich ist, damit 38

⁵⁸ Zu diesen vgl. Brüning, VIZ 1997, 398 ff.

⁵⁹ Vgl. Motive III, 277 f.

⁶⁰ Vgl. Planck/Strecker § 94 Erl. 4; BGH NJW 2004, 3328 ff.

⁶¹ Vgl. Rn. 21; Johow, 36 f.

⁶² Vgl. Rn. 23.

⁶³ Zur analogen Anwendung auf Schiffe Soergel/Klinck § 94 Rn. 22.

die Wohnungen vermietet werden können. Das kann nach der örtlichen Verkehrssitte verschieden sein. Herstellende Bestandteile sind Türen, Fenster, Heizungs- und Sanitäranlagen. In manchen Gegenden werden Wohnungen nur mit eingerichteter Küche vermietet; hier ist die Kücheneinrichtung herstellender Bestandteil.⁶⁴ Beleuchtungskörper in Wohnungen sind nicht herstellender Bestandteil, weil Mieter diese regelmäßig selbst anbringen.⁶⁵

Voraussetzung für die Anwendung des § 94 II ist eine Verbindung mit dem Gebäude;⁶⁶ Türen, die auf den Bauplatz gebracht, aber noch nicht eingefügt wurden, sind keine wesentlichen Bestandteile. Die Verbindung muss aber nicht fest, sondern bestimmungsgemäß sein. So sind etwa lediglich eingehängte Fensterläden in einem Bauernhaus wesentliche Bestandteile. Wenn § 94 II nicht eingreift, so kann eine Sache doch nach §§ 93, 94 I wesentlicher Bestandteil sein.

6. Scheinbestandteile nach § 95

- 39 a) *Vorübergehende Verbindung*: Sachen, die nur vorübergehend mit dem Grund oder mit einem Gebäude verbunden werden, werden keine Bestandteile des Grundstücks bzw. des Gebäudes, § 95 I 1, II. Dazu gehören etwa Bau- und Jahrmarktsbuden, Bauzäune, Tribünen für einen Umzug, Bäume in einer Baumschule. Es spielt keine Rolle, wer die Verbindung vorgenommen hat, ob der Verbindende Besitzer der Hauptsache ist oder ob er ein Recht zum Besitz hat.⁶⁷ Entscheidend ist der Wille des Verbindenden: Hat er die spätere Trennung von vornherein, d. h. schon zur Zeit der Verbindung, beabsichtigt, so ist die Verbindung vorübergehend. Eine Verbindung ist auch dann vorübergehend, wenn sie für mehrere Jahre bestehen soll, die spätere Trennung aber von Anfang an beabsichtigt ist. Dauernd ist eine Verbindung aber immer dann, wenn sie für die gesamte Lebensdauer der eingefügten Sache bzw. des Gebäudes⁶⁸ beabsichtigt ist, auch wenn diese kurz ist, wie etwa bei einem Wahlplakat.⁶⁹ Die Tatsache, dass nichts ewig ist und die eingefügten Sachen nach einiger

⁶⁴ Zur Kücheneinrichtung vgl. BGH NJW-RR 1990, 586 Rn. 7 ff.; OLG Düsseldorf MDR 1984, 51; OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 19 und JuS 1988, 736; LG Köln WM 1988, 425.

⁶⁵ Zu weiteren Zwecksetzungen Wieling § 2 III 5.

⁶⁶ BGH NJW-RR 2013, 652 Rn. 11 lässt sogar einen Öltank, der außerhalb des Gebäudes im Erdreich eingegraben ist, wesentlicher Bestandteil nach § 94 II sein.

⁶⁷ Anders zu Unrecht Giesen, AcP 202 (2002), 703 ff., der für die Anwendung des § 95 I 2, II ein Besitzrecht an der Hauptsache und an der zugefügten Sache fordert. Andernfalls soll die Sache wesentlicher Bestandteil werden, obwohl sie nur zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt wurde!

⁶⁸ Wenn etwa das Gebäude selbst nur zu einem vorübergehenden Zweck errichtet ist und die eingefügten Sachen bis zur Entfernung des Gebäudes darin verbleiben sollen, vgl. Planck/Strecker § 95 Erl. 3.

⁶⁹ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1979, 2056; auch RGRK/Kregel § 95 Rn. 15.

Zeit ausgewechselt werden müssen, macht die Sachen keineswegs zu Scheinbestandteilen.⁷⁰

Verbindet ein Pächter oder Mieter eine Sache mit dem Grundstück oder Gebäude, so ist zu vermuten, dass die Verbindung nur vorübergehend sein soll.⁷¹ Ein abweichender Wille ist etwa anzunehmen, wenn ein Mieter eine Sache infolge seiner Reparaturpflicht einfügt oder wenn vereinbart ist, dass der Vermieter die eingefügte Sache nach Ende des Vertrags übernimmt.

Ist eine Sache *zunächst auf Dauer* eingefügt, so kann eine Willensänderung, die solle nur noch vorübergehend verbunden sein, eine Rechtsänderung nicht herbeiführen; die Sache bleibt wesentlicher Bestandteil.⁷² Nur wenn der Eigentümer sie tatsächlich abtrennt, wird sie wieder zur selbständigen Sache, an der sich aber die Rechte der früheren Gesamtsache fortsetzen, § 953.⁷³ Denn die §§ 93 f. sollen einem Berechtigten an der Sache, etwa einem Eigentümer oder Hypothekengläubiger, den Wert der Sache dadurch erhalten, dass sie ein besonderes Eigentum an wesentlichen Bestandteilen und dadurch eine Zerlegung und Entwertung der Sache gegen den Willen des Berechtigten ausschließen. Dieser Gesetzeszweck würde verfehlt, wenn man eine nachträgliche Umwandlung eines wesentlichen Bestandteils in eine selbständige Sache (Scheinbestandteil) zuließe.⁷⁴ Dann könnte der Eigentümer durch einen entsprechend gefassten Beschluss und eine Veräußerung der nunmehr selbständigen Sache ein Gebäude skelettieren und so z. B. eine Hypothek entwerten. Für im Boden verlegte Versorgungsleitungen können keine anderen Regeln gelten.⁷⁵

Wird umgekehrt eine Sache *zunächst vorübergehend* eingefügt, so fragt sich, welche Bedeutung eine Willensänderung des Einfügenden dahin hat, die Sache solle nunmehr dauernd eingefügt sein. Nach h. M. wird durch eine solche Willens-

⁷⁰ So aber Brüning, VIZ 1997, 401.

⁷¹ Soergel/Klinck § 95 Rn. 9. Beispiel: Windkraftanlage eines Pächters, auch wenn sie für ihre gesamte wirtschaftliche Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll; vgl. BGH NJW 2017, 2099 mit abl. Anm. Stieper, NJW 2017, 2101.

⁷² Vgl. etwa Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, AT, 3. Aufl. 1927, § 95 Erl. 2 a δ; Giesen, AcP 202 (2002), 719 f.; anders zu Unrecht Brüning, VIZ 1997, 403; Palandt/Ellenberger § 95 Rn. 4; vgl. auch Dilcher, JuS 1986, 186.

⁷³ Vgl. BGHZ 37, 358 ff.; Staudinger/Stieper, 2017, § 95 Rn. 15; Woitkewitch, ZMR 2004, 649 ff.

⁷⁴ Die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil bleibt der Sache für die gesamte Zeit der Verbindung, bis zur Abtrennung, vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 488.

⁷⁵ Anders aber BGH NJW 2006, 990 ff. bei Vorliegen eines berechtigten Interesses (Veräußerung eines kommunalen Wasserwerks). Das ist weit von der gesetzlichen Regelung entfernt; warum eine solche Änderung nur bei der Veräußerung möglich sein soll, ist nicht zu erklären. § 95 spricht zudem von einem vorübergehenden Zweck, nicht aber von einer bloßen Erklärung, die dem BGH genügt. Sie kann schon deshalb nicht ausreichen, wenn in Wirklichkeit überhaupt keine Absicht besteht, die Verbindung wieder aufzuheben, wie bei Wasserrohren im Erdboden. Übrigens ist die Auffassung des BGH NJW 2006, 990, 992, die Rohre unterlägen als Scheinbestandteile bis zu ihrer Entfernung vom Grundstück nach § 1121 weiterhin der Hypothekenhaftung, inkonsequent und müsste dazu führen, zwischen originären und nachträglichen Scheinbestandteilen unterscheiden zu müssen (MünchKomm/Stresemann § 95 Rn. 16). Krit. zu dieser Entscheidung Staudinger/Stieper, 2017, § 95 Rn. 15a; Wilhelm Rn. 55; zust. aber Falk und Hagen, FS Krüger, 2017, 83 und 131.

änderung nichts bewirkt: Die Sache werde nicht Bestandteil, das bisherige Eigentum bleibe bestehen. Zur Eigentumsübertragung an den Eigentümer des Grundstücks bzw. Gebäudes sei ein Rechtsakt gemäß § 929 erforderlich. Denn § 95 stelle nur auf den Zeitpunkt der Einfügung ab, eine Rechtsänderung müsse zudem nach außen erkennbar gemacht werden.⁷⁶ Dem kann man nicht zustimmen. § 95 enthält eine Ausnahmeregelung, welche nur so lange bestehen kann, wie die Grundlage der Ausnahme besteht: der Wille lediglich vorübergehender Verbindung. Endet dieser Wille, so muss auch die Ausnahmeregelung enden.⁷⁷ Eine Publizität kann für die Rechtsänderung nicht verlangt werden, da auch umgekehrt der für die Begründung des Scheinbestandteils notwendige Wille zu vorübergehender Verbindung nicht von einem Publizitätstatbestand abhängt. Zu beachten ist aber, dass es nur auf den Willen des Einfügenden bzw. seines Rechtsnachfolgers ankommt. Eine vom Mieter eingefügte Sache kann nicht dadurch Bestandteil werden, dass der Grundeigentümer beschließt, die Sache solle dauernd mit dem Grundstück verbunden sein; das würde den in § 95 bezweckten Schutz des Sonderberechtigten (des Mieters) beeinträchtigen. Erwirbt der Grundeigentümer das Eigentum an der verbundenen Sache oder der Sacheigentümer das Grundeigentum, so wird die verbundene Sache regelmäßig Bestandteil; denn der Eigentümer wird den Willen dauernder Verbindung haben. Es ist aber auch das Gegenteil denkbar.⁷⁸

§ 95 I 1, II greift nicht nur ein, wenn ein Dritter die Verbindung herbeiführt, sondern auch dann, wenn der Grundeigentümer eine eigene Sache mit dem Gebäude bzw. Grundstück verbindet.⁷⁹

Scheinbestandteile nach § 95 I 1, II sind weder wesentliche noch nicht wesentliche Bestandteile des Grundstücks. Sie sind wegen der vorübergehenden Dauer der Verbindung auch kein Zubehör, § 97 II 1. Es handelt sich um selbständige Sachen, die vom rechtlichen Schicksal des Grundstücks oder Gebäudes unabhängig sind.

- 40 b) *Verbindung in Ausübung eines Grundstücksrechts*: Keine Bestandteile des Grundstücks sind gemäß § 95 I 2 auch Gebäude oder Werke, welche aufgrund eines Rechts an einem fremden Grundstück, etwa aufgrund einer Dienstbarkeit oder eines Nießbrauchs, von dem Berechtigten darauf errichtet wurden, beispielsweise Rohre oder Versorgungsleitungen.⁸⁰ Vorausgesetzt wird ein dingliches Recht, obligatorische Rechte wie Miete oder Pacht genügen nicht.⁸¹ Die Vorschrift besagt nach dem

⁷⁶ MünchKomm/Stresemann § 95 Rn. 13; Planck/Strecker § 95 Erl. 2 a; Staudinger/Stieper, 2017, § 95 Rn. 14; BGHZ 23, 59; Brünig, VIZ 1997, 401.

⁷⁷ So im Ergebnis auch Enneccerus/Nipperdey § 125 II 3 a; Giesen, AcP 202 (2002), 715 ff., der freilich für die Beendigung des Ausnahmetatbestandes des § 95 I 1 zu Unrecht eine Berechtigung am Bestandteil fordert.

⁷⁸ RGZ 97, 105; BGH LM § 95 Nr. 15; BGH NJW 1980, 772.

⁷⁹ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 492.

⁸⁰ „Werke“ sind überdies etwa Mauern, Brücken, Zäune, Kanäle, Grabsteine, Photovoltaik- oder Windkraftanlagen.

⁸¹ Die Formulierung „Recht an einer Sache“ weist immer auf ein dingliches Recht hin. Das Nutzungsrecht kann auch aufgrund öffentlichen Rechts bestehen, vgl. OLG Stuttgart VersR 2013, 638, 639 (Telekommunikationsleitungen). Dingliche Rechte i. S. v. § 95 I 2 sind auch die Nutzungsrechte an Grundstücken in der früheren DDR nach §§ 287–294, 269, 312 ZGB; die aufgrund eines

Willen des Gesetzgebers nicht nur, dass die Sachen, die von einem dinglich Berechtigten eingefügt werden, nicht dem Grundeigentümer zuzuordnen sind; sie besagt auch positiv, dass sie dem dinglich Berechtigten zuzuordnen sind. Die eingefügten Sachen sind also nicht Bestandteil bezogen auf das Grundstückseigentum, wohl aber Bestandteil bezogen auf das beschränkte dingliche Recht.⁸² Bei Versorgungsleitungen wird so verhindert, dass an jeder Grundstücksgrenze ein Eigentumswechsel stattfindet. Die §§ 93, 94, 946 gelten entsprechend. Errichtet etwa der Nießbraucher in Ausübung seines Rechts ein Gebäude, so wird er gemäß §§ 946, 94 I, 95 I 2 Eigentümer des Gebäudes. Das gilt auch dann, wenn das Baumaterial einem Dritten gehörte. Verbindet jedoch der Rechtsinhaber die Bestandteile nur vorübergehend mit dem Grundstück, so sind sie nach § 95 I 1 keine Bestandteile.

7. Nicht wesentliche Bestandteile

Die nicht wesentlichen Bestandteile werden im Gesetz nicht erwähnt. Nicht wesentliche Bestandteile sind alle Bestandteile, die nicht unter §§ 93, 94 fallen. Entscheidender Gesichtspunkt für die Bestandteilseigenschaft ist die Vollendung (Rn. 23). Da der gleiche Grundsatz in § 94 II verwendet wird, kann es nicht wesentliche Gebäudebestandteile nicht geben. Auch nicht wesentliche Bestandteile eines Grundstücks kann man sich nicht vorstellen, da ein Grundstück als solches jederzeit fertig ist und keiner *perfectio* bedarf. Nicht wesentliche Bestandteile gibt es also nur an beweglichen Sachen. Nicht wesentliche Bestandteile sind z. B. alle serienmäßig hergestellten, leicht auswechselbaren Teile technischer Geräte, z. B. die Reifen eines Pkw.

41

Nicht wesentliche Bestandteile sind sonderrechtsfähig, sie unterliegen den gleichen Regeln wie das Zubehör. Daher können die Reifen eines Pkw z. B. einem anderen gehören als dem Eigentümer des restlichen Pkw. Werden Sachen zu nicht wesentlichen Bestandteilen verbunden, so ändert das an der Rechtslage nichts. Andererseits bilden die Bestandteile doch eine wirtschaftliche Einheit, die möglichst erhalten werden soll. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über die Sache erfassen im Zweifel auch die nicht wesentlichen Bestandteile. Es ist aber möglich, nicht wesentliche Bestandteile von einer Verfügung auszunehmen, z. B. einen Pkw zu übereignen oder zu verpfänden, ausgenommen den linken Vorderreifen.

Möglich ist es auch, über einen nicht wesentlichen Bestandteil allein zu verfügen. Es kann etwa der Motor, ein Reifen usw. eines Pkw übereignet oder verpfändet werden. Natürlich müssen die Voraussetzungen der §§ 929 ff., 1205 f. vorliegen, etwa Besitzverschaffung.

solchen Nutzungsrecht errichteten Gebäude, Anlagen und Pflanzungen stehen im Sondereigentum des Nutzungsberechtigten, vgl. Art. 231 § 5 EGBGB.

⁸² Insofern passt auf diese Fallgruppe der (eingebürgerte) Ausdruck „Scheinbestandteil“ nicht.

IV. Zubehör

- 42 Zubehör sind gemäß § 97 bewegliche Sachen, welche dem Zweck der Hauptsache dauernd zu dienen bestimmt sind, die in einem entsprechenden räumlichen Verhältnis zu ihr stehen und die nicht Bestandteil der Hauptsache sind.

Vom Bestandteil unterscheidet sich das Zubehör dadurch, dass es nicht zum Sachteil wird. Bestandteil ist alles, was der Vollendung einer Sache dient (Rn. 23); er ist Teil der Sacheinheit, wenn er auch darüber hinaus selbst eine Sache darstellt. Dagegen ist das Zubehör nicht Teil der Hauptsache, es besteht aus selbständigen Sachen. Immerhin bildet das Zubehör eine wirtschaftliche Einheit mit der Hauptsache. Da die Rechtsfolgen bei unwesentlichen Bestandteilen und Zubehör gleich sind, kommt ihrer Unterscheidung eine praktische Bedeutung nicht zu.

Der Zweck des Zubehörbegriffs⁸³ ist – ebenso wie der des Bestandteils – der Erhalt eines wirtschaftlichen Ganzen, und zwar im Interesse eines Erwerbers der Sache oder eines Gläubigers; die Sache und ihr Zubehör sollen möglichst das gleiche Schicksal teilen.

1. Zweckbestimmung des Zubehörs

- 43 a) *Wirtschaftlicher Zweck*: Gemäß § 97 I 1 muss das Zubehör dazu bestimmt sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen. Dies wird weit ausgelegt: Die Orgel ist Zubehör der Kirche. Hauptsache und Zubehör haben also einen gemeinsamen Zweck. Der Zweck der Hauptsache ergibt sich regelmäßig aus der Sache selbst, doch ist auf jeden Fall derjenige Zweck entscheidend, für den die Sache tatsächlich eingesetzt wird, mag er auch vom normalen Zweck einer solchen Sache abweichen.⁸⁴ Das Zubehör dient der Hauptsache, wenn es entweder die Zweckerreichung erst ermöglicht (Benzin im Tank des Pkw) oder doch in irgendeiner Weise fördert; so fördert der Dachgepäckträger die Verwendbarkeit des Pkw, der Feuerlöscher die Sicherheit, das Autoradio die Bequemlichkeit, die Fußmatte die Sauberkeit usw.

- 44 b) *Zweckbestimmung; vorübergehende Benutzung*: Die Zweckbestimmung kann durch jeden erfolgen, der die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache hat; eine irgendwie geartete Berechtigung an der Sache ist nicht erforderlich.

An der Zubehöreigenschaft fehlt es nach § 97 II 1, wenn die Hilfssache nur vorübergehend für die Zwecke der Hauptsache benutzt wird; d. h. wenn schon bei der Indienstnahme der Hilfssache feststeht, dass sie wieder aus dem Wirtschaftsverband der Hauptsache ausscheiden soll. Das gilt etwa, wenn ein Fabrikant anstelle einer ausgefallenen eigenen Maschine für die Dauer der Reparatur eine fremde Maschine mietet und in seinem Betrieb einsetzt. Eine zunächst vorübergehend benutzte Hilfs-

⁸³ Zum Begriff der Pertinenz Wieling § 2 IV pr.

⁸⁴ Etwa: Ein Schiff wird als Hafenrestaurant eingerichtet.

sache kann später zu dauerndem Zubehör bestimmt werden. Da aber in allen Fällen das entsprechende räumliche Verhältnis zur Hauptsache den Schein der Zubehöreigenschaft erweckt, so wird Dauer der Benutzung der Hilfssache vermutet; wer vorübergehende Benutzung behauptet, muss das beweisen.

2. Räumliches Verhältnis und Verkehrsanschauung

Gemäß § 97 I 1 muss eine Zubehörsache in einem bestimmten räumlichen Verhältnis zur Hauptsache stehen: in einem Verhältnis, das der Zweckbestimmung entspricht. Damit wird nicht eine gewisse räumliche Nähe des Zubehörs zur Hauptsache verlangt. Der Lkw, der die Produkte eines Unternehmens befördert, steht auch dann in einem zweckentsprechenden räumlichen Verhältnis zum Betriebsgrundstück, wenn er mehrere tausend Kilometer davon entfernt ist.⁸⁵ Das Zubehör darf aber nicht weiter von der Hauptsache entfernt sein, als dies durch die dienende Funktion des Zubehörteils gefordert wird. Eine Produktionsmaschine, die auf einem Betriebsgrundstück eingesetzt werden soll, wird erst Zubehör, wenn sie auf dem Grundstück aufgestellt wird. 45

Das zweckentsprechende räumliche Verhältnis lässt die Zubehöreigenschaft nach außen objektiv erkennbar werden. Auf diesen äußeren Tatbestand darf etwa der Erwerber einer Sache vertrauen: Er hat gemäß § 311c einen Anspruch auch auf diejenigen Sachen, die erkennbar in einem Zubehörverhältnis stehen. Die Zubehöreigenschaft besteht also, wenn das zweckentsprechende räumliche Verhältnis besteht, selbst wenn es an einer subjektiven Zweckbestimmung fehlt.⁸⁶

Besteht ein zweckentsprechendes räumliches Verhältnis, so kann die Zubehöreigenschaft deswegen fehlen, weil die Verkehrsanschauung Sachen der betreffenden Art nicht als Zubehör ansieht. Die Zubehöreigenschaft wird allerdings vermutet, wenn das räumliche Verhältnis besteht; wer sich auf eine abweichende Verkehrsanschauung beruft, muss dies beweisen, § 97 I 2. Dienende Sachen sind etwa dann nicht Zubehör und nicht gemäß § 311c in das Geschäft einbezogen, wenn sie gemäß der Verkehrsanschauung üblicherweise bei der Veräußerung der Hauptsache nicht mitveräußert werden. 46

3. Ende der Zubehöreigenschaft

Die Zubehöreigenschaft endet, wenn eine ihrer Voraussetzungen entfällt; etwa wenn ein Betrieb endgültig stillgelegt wird, wenn die Sache nur noch vorübergehend der Hauptsache dienen soll,⁸⁷ wenn das zweckentsprechende räumliche Verhältnis auf- 47

⁸⁵ Zum sog. Unternehmenszubehör und zu § 98 vgl. Wieling § 2 IV 7.

⁸⁶ Ausf. zur Zweckbestimmung Wieling § 2 IV 2 c.

⁸⁷ Vgl. etwa BGH NJW 1984, 2278.

gehoben wird. Dagegen kann ein bloßer Entschluss des Sachbesitzers, die Sache nicht mehr zu benutzen, die Zubehöreigenschaft nicht aufheben; ein Autoradio bleibt Zubehör, auch wenn der Eigentümer sich entschließt, es nicht mehr in Betrieb zu nehmen.

Gemäß § 97 II 2 hebt eine vorübergehende räumliche Trennung die Zubehöreigenschaft nicht auf; eine Maschine bleibt also Zubehör, auch wenn sie zu Reparaturzwecken vom Betriebsgrundstück entfernt wird. Der Gedanke des § 97 II 2 ist entsprechend anzuwenden, wenn vorübergehend eine andere Voraussetzung der Zubehöreigenschaft entfällt; wenn ein Betrieb etwa nur vorläufig stillgelegt wird.

4. Rechtsfolgen der Zubehöreigenschaft

- 48 Zubehörsachen sind selbständige Sachen; sie bilden keine sachenrechtliche Einheit mit der Hauptsache. Rechte an der Hauptsache erstrecken sich also nicht automatisch auf das Zubehör. Der Eigentümer der Hauptsache muss daher nicht auch Eigentümer des Zubehörs sein.
- 49 a) *Verpflichtungen*: Gemäß § 311c erstreckt sich die Verpflichtung, eine Sache zu veräußern oder zu belasten, im Zweifel auf das Zubehör; ähnliche Regelungen finden sich in § 457 (Verpflichtung des Wiederverkäufers), § 1096, 2 (Umfang des Vorkaufsrechts), § 2164 (Umfang des Vermächtnisses). Das Gesetz stellt damit Auslegungsregeln auf. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Zubehör demjenigen gehört, der die Verpflichtung übernimmt.
- 50 b) *Dingliche Geschäfte*: Für dingliche Geschäfte gibt es keine allgemeine Regel. Wird eine bewegliche Sache übereignet oder belastet, so erstreckt sich das Geschäft immer nur auf diese Sache selbst (Spezialitätsprinzip). Zubehörsachen werden nur dann von der Verfügung betroffen, wenn auch bezüglich ihrer die jeweiligen Voraussetzungen gegeben sind, etwa die Übergabe, vgl. §§ 929, 1032, 1205. Etwas anderes gilt gemäß § 926 bei der Veräußerung eines Grundstücks (§ 23 Rn. 64):⁸⁸ Die Verfügung über das Grundstück erstreckt sich im Zweifel auch auf das Zubehör, soweit es im Eigentum des Veräußerers steht. Das Eigentum am Zubehör geht über, ohne dass die §§ 929 ff. eingehalten werden müssten. Das Spezialitätsprinzip ist hier nicht gewahrt: Mit einer Verfügung werden Hauptsache und Zubehör erfasst, beides bildet als Sachgesamtheit insoweit ein sachenrechtsfähiges Rechtsobjekt. Gehört das Zubehör nicht dem Veräußerer, so kann es nur gemäß den §§ 932 ff. gutgläubig erworben werden, vgl. § 926 II.
- 51 c) *Grundpfandrechte*: Unter den dinglichen Verfügungen nimmt die Verpfändung von Grundstücken eine besondere Rolle ein. Das Grundpfandrecht erfasst das dem Grundeigentümer gehörende Zubehör, ohne dass es auf den Willen der Parteien ankäme, § 1120 (§ 28 Rn. 4). Die Regelung ist zwingend, die Haftung des Zubehörs

⁸⁸ Entsprechendes gilt nach § 1031 (Bestellung eines Nießbrauchs an einem Grundstück), § 1062 (Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstück), § 1093 I 2 (Bestellung eines Wohnungsrechts), § 11 ErbbauRG (Übertragung eines Erbbaurechts).

ist nicht abdingbar. Die Regelung wird ergänzt durch die §§ 20 II, 55 I, 90 II ZVG; ferner durch § 865 II 1 ZPO, welcher den Grundpfandgläubiger gegen eine Vollstreckung in das Zubehör schützt.

V. Früchte und Nutzungen

1. Früchte

Das Gesetz gibt in § 99 eine Definition der Früchte. Welche Bedeutung dieser Begriff hat, ist an anderer Stelle geregelt. Den Eigentumserwerb an Früchten regeln die §§ 953 ff. Die Berechtigung zum Ziehen der Früchte ist etwa in §§ 581, 1030 geregelt, die Pflicht zur Herausgabe gezogener Früchte in §§ 818 I, 987, 988, 990, 991, 993, 2020. § 101 regelt die Verteilung der Früchte.⁸⁹ 52

§ 99 unterscheidet Sachfrüchte (Abs. 1), Rechtsfrüchte (Abs. 2) sowie mittelbare Sach- und Rechtsfrüchte (Abs. 3).

a) *Sachfrüchte*: Sie sind gemäß § 99 I zunächst die Erzeugnisse. Das sind die organischen Produkte eines Tieres oder einer Pflanze: die Tierjungen, Milch, Wolle, Federn, Eier, Honig, Dünger, Obst, Getreide. Zu den Sachfrüchten gehört gemäß § 99 I weiter die sonstige Ausbeute einer Sache, das sind nur Bodenbestandteile:⁹⁰ Kies, Sand, Torf, Kohle, Kreide, Steine, Erdöl, Lehm usw. Das liegt daran, dass bei der Fruchtziehung die Substanz der Muttersache erhalten bleiben muss; bei einem Grundstück bleibt dieses wenigstens erhalten.⁹¹ 53

b) *Mittelbare Sachfrüchte*: Wird die Fruchtziehung an einer Sache gegen Entgelt einem anderen überlassen, so ist auch das Entgelt gemäß § 99 III als Sachfrucht anzusehen. Mittelbare Sachfrüchte sind außer den Miet- und Pachtzinsen etwa das Entgelt für die Überlassung einer Sache zum Nießbrauch, die Überbaurente, die Enteignungsentschädigung für einen Nutzungsentzug. 54

c) *Rechtsfrüchte*: Gemäß § 99 II gehören zu den Früchten auch die Erträge, die ein Recht gewährt. Es handelt sich um Früchte einer Sache (z. B. eines Grundstücks), welche nicht das Eigentum, sondern ein anderes Fruchtziehungsrecht gewährt. Ein Nießbraucher, Pächter usw. zieht also „Rechtsfrüchte“, wenn er Erzeugnisse der Muttersache oder eine sonstige Ausbeute gewinnt. Ein nicht zur Fruchtziehung Berechtigter oder der Eigentümer der Muttersache zieht im gleichen Fall „Sachfrüchte“. Das Eigentum wird hier also nicht als „Recht“ angesehen. 55

d) *Mittelbare Rechtsfrüchte*: Ebenso wie es mittelbare Sachfrüchte gibt, kennt das Gesetz in § 99 III auch mittelbare Rechtsfrüchte. Sie sind etwa gegeben, wenn ein Nießbraucher ein Grundstück verpachtet. Die vom Pächter geernteten Früchte 56

⁸⁹ Zur Verteilung der Früchte nach den §§ 101 ff. vgl. Wieling § 2 V 4.

⁹⁰ Hier ist „Bestandteil“ in einem weiteren Sinne benutzt.

⁹¹ Zur Ausbeute ausf. Wieling § 2 V 2 b.

sind unmittelbare Rechtsfrüchte i. S. v. § 99 II; die Pacht, die der Nießbraucher erhält, ist eine mittelbare Rechtsfrucht nach § 99 III.

2. Nutzungen

- 57 „Nutzung“ umfasst als Oberbegriff die Früchte und die Gebrauchsvorteile einer Sache oder eines Rechts, § 100. Gebrauchsvorteile sind alle Vorteile, welche durch den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts entstehen: Wohnen in einem Haus, Schlafen in einem Bett, Spielen auf einem Instrument, Reiten auf einem Pferd, Fahren in einem Pkw usw.

Teil 3: Besitz an Sachen

§ 3. Einleitung in das Recht des Besitzes



I. Begriff und Aufgaben des Besitzes

Besitz ist die tatsächliche Herrschaft über eine Sache (§ 854 I). So wie der Eigentümer das Recht hat, mit der ihm gehörigen Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen (§ 903, 1), so ist der Besitzer dazu tatsächlich in der Lage. Vom Besitz völlig zu trennen ist die Frage nach dem *Recht zum Besitz*: Ob jemand als Eigentümer, Mieter, Verwahrer berechtigt ist, die tatsächliche Sachherrschaft auszuüben, spielt für die Tatsache des Besitzes keinerlei Rolle. Auch der Dieb, Räuber, Unterschlagende ist Besitzer, obwohl er ein Recht zum Besitz nicht hat. Die Vermengung von Besitz und Recht zum Besitz ist ein häufig vorkommender Fehler.

Die Bestimmung des Besitzes als tatsächliche Sachherrschaft ist jedoch zu ungenau und daher praktisch nicht verwendbar. Zudem ist nicht immer der Besitzer, der die tatsächliche Sachherrschaft hat, wie etwa der Besitzdiener.¹ Andererseits kann auch derjenige Besitz haben, der nicht tatsächlich auf die Sache einwirken kann; so hat etwa der Reisende Besitz an den Sachen in seiner Wohnung.² In Wirklichkeit gibt es überhaupt keinen einheitlichen Besitzbegriff.

Die Vorstellung eines einheitlichen Besitzbegriffs ist zwar weit verbreitet, aber unzutreffend. Tatsächlich gibt es zwei verschiedene Besitzbegriffe, je nach der Funktion des Besitzes. Der Besitz ist einmal Voraussetzung des Besitzschutzes, so dann dient er als Voraussetzung des Erwerbs dinglicher Rechte. Dieser doppelte Besitzbegriff war den Römern selbstverständlich, ging aber in Mittelalter und Neuzeit verloren. Savigny arbeitete ihn wieder heraus, so dass er im 19. Jh. wieder zum Standardwissen der Juristen gehörte. Auch das BGB geht von einem doppelten

¹Vgl. § 5 Rn. 17.

²Vgl. § 4 Rn. 1.

Besitzbegriff aus. Nach der Einführung des BGB ging das Wissen aber aufgrund der einheitlichen Bezeichnung „Besitz“³ wieder weitgehend verloren.

- 2 a) *Besitzschutz*: Die erste Funktion des Besitzes liegt im Besitzschutz. Der Besitzer wird gegen Entziehung und Störung (verbotene Eigenmacht, § 858 I) geschützt; der Verletzte hat die Gewaltrechte aus § 859 sowie die Ansprüche aus §§ 861 I, 862 I, 867. Da dieser Schutz sich allein auf die Tatsache des Besitzes (*possessio*) stützt – unabhängig von irgendeinem Recht an der Sache –, spricht man vom *possessorischen Besitzschutz*. Der possessorische Besitzschutz ist in diesem Teil 3 zum Besitz zu erörtern, ja die gesamte gesetzliche Regelung des Besitzes in den §§ 854–872 besteht nur im Hinblick auf diesen possessorischen Besitzschutz. Dagegen ist der *petitorische Besitzschutz* des § 1007 in Teil 5 zu behandeln, da dort ein Recht an der Sache geschützt wird (§ 13 Rn. 9).

Der Besitz im Sinne des Besitzschutzes ist eine soziale Tatsache, im Besitz wird unmittelbar die Persönlichkeit des Besitzers geschützt.⁴ Wenn in einer Gesellschaft in einer bestimmten Situation – abgesehen von allen dinglichen Rechten – anerkannt wird, dass eine Sache so in die Sphäre eines anderen gehört, dass ein Zugriff darauf eine Verletzung seiner Persönlichkeit wäre, so ist Besitz an der Sache anerkannt und gegeben. Wer sich dennoch an der Sache vergeht, verletzt fremden Besitz und begeht eine verbotene Eigenmacht.⁵ Wenn die Situation einer Sache jedoch so ist, dass in einem Zugriff darauf allgemein keine Verletzung einer fremden Persönlichkeit gesehen wird, so ist Besitz an der Sache nicht anerkannt und nicht gegeben. Ein Zugriff auf die Sache ist dann keine Besitzverletzung.

Zu beachten ist dabei, dass es sich bei der Frage des Besitzes nicht um moralische Vorstellungen handelt, sondern um soziale Gegebenheiten. Es wäre zwar wünschenswert, dass jemand auch an einer Geldbörse, die er im Großstadtgewühl verliert, noch die tatsächliche Gewalt ausüben könnte. Tatsächlich ist das jedoch nicht der Fall, Besitz liegt nicht vor. Ein ehrlicher oder unehrlicher Finder wird die Geldbörse an sich nehmen. Man kann den Besitz also verstehen als eine psychische Schranke, die anderen die Einwirkung auf die Sache verwehrt, als einen schützenden Zaun, der die Sache umgibt und ein Durchschnittsmitglied der Gesellschaft davon abhält, auf die Sache zuzugreifen.⁶

Besitz kann man damit definieren als eine *statistische Wahrscheinlichkeit*; Besitz liegt vor, wenn in einer gegebenen Situation die Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Geschützte wieder auf die Sache zugreifen kann, sobald er es will. Dagegen liegt kein Besitz vor, wenn diese Wahrscheinlichkeit nicht besteht.

- 3 b) *Erwerb dinglicher Rechte*: Die zweite Funktion des Besitzes liegt im Erwerb dinglicher Rechte. Der Erwerb eines dinglichen Rechts an einer beweglichen Sache setzt grundsätzlich Besitzerwerb voraus, vgl. etwa §§ 929, 937 I, 956, 958 I, 1032,

³Zur Geschichte des Besitzes, der römischen *possessio* und der germanischen Gewere vgl. Wie-ling § 3 II.

⁴Vgl. Rn. 7.

⁵Dazu § 5 Rn. 2.

⁶Die Entscheidung, ob Besitz gegeben ist oder nicht, kann in verschiedenen Gesellschaften und zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich ausfallen, vgl. § 4 Rn. 1.

1205. Der Besitzerwerb soll den Rechtserwerb offenlegen (Publizitätsfunktion). Da das Recht selbst sinnlich nicht wahrnehmbar ist, dient der Besitz als Symbol des Rechts. Auf diese Weise wird der Rechtserwerb für Dritte erkennbar, was wegen der absoluten Wirkung dinglicher Rechte gegen jedermann erforderlich ist. Der Besitz weist also auf ein Recht an der Sache. Daher begründet der Besitz eine Vermutung für das Recht, vgl. §§ 851, 1006; beim Erwerb vom Nichtberechtigten ersetzt das Vertrauen des Erwerbers in den Besitz des Veräußerers sogar dessen fehlendes Recht, vgl. etwa § 932 (Rechtsscheinwirkung). Diese Publizitätsfunktion des Besitzes beschränkt sich freilich fast völlig auf bewegliche Sachen; bei Grundstücken übernimmt das Grundbuch die Publizitätsfunktion, vgl. §§ 873, 891–893.

Der Besitz als Voraussetzung des Rechtserwerbs beruht, anders als der Besitzschutz, nicht auf der Abwehrwirkung gegen Persönlichkeitsverletzungen, sondern auf seiner Fähigkeit, nach außen in Erscheinung zu treten und so Rechtsänderungen sichtbar werden zu lassen. Er ist daher keineswegs identisch mit dem Besitz, der Besitzschutz verleiht. Eine Besitzverletzung (verbotene Eigenmacht) etwa kann nur an unmittelbarem Besitz verübt werden, dagegen ist ein Rechtserwerb auch mit Hilfe des mittelbaren Besitzes möglich, der keine tatsächliche Gewalt an der Sache darstellt.⁷ Insgesamt kann man feststellen, dass die Voraussetzungen für den Besitz als Grundlage des Besitzschutzes strenger sind als für den Besitz, der zum Rechtserwerb taugt. Aus Gründen der Praktikabilität hat die Rechtsordnung die Anforderungen an den Besitz gelockert, um unter grundsätzlicher Beibehaltung des Erfordernisses des Besitzerwerbs die Möglichkeit des Rechtserwerbs auch dann zuzulassen, wenn ein Besitz im Sinne des Besitzschutzes nicht vorliegt.⁸

Anders als der Besitz für den Besitzschutz, der in den §§ 854–872 geregelt ist, ist der Besitz für den Rechtserwerb nicht generell bestimmt. Das Gesetz legt bei der Regelung des Rechtserwerbs jeweils die Voraussetzungen dafür fest, vgl. etwa §§ 929–936, 1032, 1205–1208. Im Übrigen ist eine analoge Anwendung der §§ 854 ff. zu prüfen.

c) *Begriffe*: Unmittelbarer Besitz⁹ ist die tatsächliche Sachherrschaft. Mittelbaren Besitz hat der, der selbst zwar keine tatsächliche Sachherrschaft hat, für den aber ein anderer als Mieter, Pächter, Verwahrer usw. die tatsächliche Sachherrschaft ausübt.¹⁰ Eigenbesitzer ist der, der eine Sache als ihm gehörend besitzt, § 872.¹¹ Wer nicht als Eigenbesitzer besitzt, sondern einen anderen als besser Berechtigten über sich anerkennt, ist Fremdbesitzer.¹² So erkennt z. B. der Mieter das bessere Recht des vermietenden Eigentümers an, der Mieter ist (unmittelbarer) Fremdbesitzer, der Eigentümer (mittelbarer) Eigenbesitzer. 4

⁷Vgl. § 6 Rn. 4.

⁸Vgl. das Beispiel des Besitzdieners unten § 10 Rn. 34.

⁹Das Gesetz kennt diesen Terminus nicht, er ergibt sich indirekt als Gegensatz zum mittelbaren Besitz aus § 868.

¹⁰Vgl. § 6 Rn. 3.

¹¹Dazu § 4 Rn. 10.

¹²Ausdruck nach einem Vorschlag von Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens III, 3. Aufl. 1904, § 13, 1.

II. Wesen des Besitzes und Grund des Besitzschutzes

- 5 Die Frage, warum der Besitz geschützt wird, hängt eng zusammen mit der Frage nach dem Wesen des Besitzes. Ist der Besitz nämlich ein Recht, so ist es selbstverständlich, dass er rechtlich geschützt wird. Ist dagegen der Besitz kein Recht, sondern ein Faktum, so taucht die Frage nach dem Grund des Besitzschutzes auf: Warum schützt das Gesetz den Besitzer gegen Besitzverletzungen, obwohl darin eine Rechtsverletzung nicht zu sehen ist? Warum wird etwa auch ein Dieb in seinem Besitz geschützt?
- 6 a) *Besitz als Faktum*: Ob der Besitz ein Recht oder ein Faktum ist, ist schon im römischen Recht diskutiert worden. Noch heute wird die Ansicht vertreten, dass der Besitz ein Recht sei,¹³ jedoch überzeugen die Gründe nicht, die dafür angeführt werden. Nicht überzeugend ist es etwa, wenn aus der Tatsache des Besitzschutzes gefolgert wird, der Besitz müsse ein Recht sein. Der Schutz des Besitzes kann auch ohne Gleichsetzung des Besitzes mit einem Recht erklärt werden. Wäre der Besitz ein dingliches Recht, so müsste er ein Herrschaftsrecht an der Sache sein. Dingliche Rechte zeichnen sich aus durch ihre Abwehr- und Zuordnungsfunktion.¹⁴ Die Abwehrfunktion kommt dem Besitz zu, vgl. §§ 859, 861 I, 862 I. Dagegen hat der Besitz keinen Zuweisungsgehalt.¹⁵ Der bloße Besitzer ist weder zur Verwertung der Sachsubstanz (durch Verbrauch oder Veräußerung) befugt, noch zur Nutzung oder zum Besitz der Sache. Veräußert er etwa die Sache, so ist er gemäß § 816 I 1 zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Nutzt er sie, so muss er die Nutzungen ersetzen, §§ 990 I, 987. Auch das Haben der Sache steht dem bloßen Besitzer nicht zu, er ist verpflichtet, die Sache herauszugeben, § 985. Der Besitz ist somit kein Recht; er ist ein Faktum.¹⁶ Allerdings ist er ein Faktum mit rechtlicher Relevanz.
- 7 b) *Grund des Besitzschutzes*: Da der Besitz kein Recht ist, muss der Grund des Besitzschutzes anders zu erklären sein. Nach h. M. wird im Besitz die öffentliche Ordnung geschützt; der Angriff auf den Besitz gefährde den öffentlichen Frieden, der Besitzschutz schütze ihn (*Friedenstheorie*).¹⁷ Indessen ist keineswegs jede verbotene Eigenmacht eine Störung der öffentlichen Ordnung, wie das Beispiel des im Gasthaus beim Nach-Hause-Gehen schuldlos vertauschten Huts zeigt.¹⁸ Weiter ist gegen die Friedenstheorie einzuwenden, dass die Gewaltrechte des § 859, insbesondere das Recht der Besitzkehr in § 859 II und III, den Rechtsfrieden keineswegs fördern. Die zweite BGB-Kommission war sich dessen bewusst, dass das Gewaltrecht des Besitzers aus § 859 ein Faustrecht gesetzlich billige, doch hielt man aus

¹³ Wolf § 2 A II 2 b.

¹⁴ Vgl. § 1 Rn. 6 ff.

¹⁵ Vgl. Prütting Rn. 49; Medicus/Petersen Rn. 607; Medicus, AcP 165 (1965), 115, 136.

¹⁶ H. M., vgl. RGZ 59, 326, 328; MünchKomm/Schäfer § 854 Rn. 12; Wieling, FG v. Lübtow, 1980, 565, 574 f.; Sosnitzer, Besitz und Besitzschutz, 2003, 65 ff., 79.

¹⁷ Vgl. etwa BGH NJW 2015, 2898; Wolff/Raiser § 17; Prütting Rn. 48.

¹⁸ Vgl. § 5 Rn. 2.

praktischen Gründen daran fest.¹⁹ Aber selbst wenn man der Friedenstheorie folgen wollte, wären damit noch nicht die Besitzschutzansprüche erklärt. Als Sanktion für die Störung der öffentlichen Ordnung käme eine strafrechtliche oder polizeiliche Maßnahme in Betracht, es bestünde aber kein Grund, einen rechtswidrigen Zustand (etwa den Diebesbesitz) wieder *herzustellen*. Die Friedenstheorie kann den Besitzschutz nicht erklären.²⁰

Nach der *Kontinuitätslehre* schützt der Besitz das Interesse des Besitzers, die Sachen, mit denen er sich umgibt, weiterhin in seinem Besitz zu halten; dieses müsse nur einem nachgewiesenen besseren Recht zum Besitz weichen.²¹ Diese Lehre zeigt nur, dass auch der Besitz eines nicht Schutzwürdigen, etwa eines Diebes, geschützt ist, erklärt aber nicht, warum. Daher vertritt man heute zumeist eine Kombination aus Friedens- und Kontinuitätslehre.²²

Überzeugend ist dagegen die Lehre, welche im Besitz den Willen und die Persönlichkeit des Besitzers schützen will, Besitzschutz also als *Persönlichkeitsschutz* begreift.²³ Diese Ansicht geht zurück auf Kant, sie war im vorigen Jahrhundert weit verbreitet, während sie heute abgelehnt wird; zu Unrecht jedoch: Recht ist eine von der Rechtsordnung einer Person verliehene Willensmacht. Alle Rechte haben den einen Zweck, es dem Menschen zu ermöglichen, seine Persönlichkeit frei zu entfalten, d. h. sein Leben und seine Umwelt gemäß seinem freien Willen zu gestalten. Hinter jedem Recht steht somit das Persönlichkeitsrecht, jenes „rechtliche Grundverhältnis“, aufgrund dessen jeder Mensch jedem anderen gegenüber zur Achtung und Anerkennung von dessen Willen verpflichtet ist. Daher liegt in jeder Rechtsverletzung zugleich eine Verletzung der Persönlichkeit des Rechtsinhabers, eine Tatsache, die im täglichen Leben sehr häufig feststellbar ist. Die Ausdauer und Erbitterung, mit welcher Rechtsstreitigkeiten um oft unbedeutende Dinge ausgetragen werden, lässt sich nur daraus erklären, dass die Parteien sich in ihrer Persönlichkeit angegriffen fühlen.²⁴

Wird bei der Rechtsverletzung durch das Recht mittelbar die Persönlichkeit betroffen, so steht bei der Besitzverletzung nichts mehr zwischen Angriff und Person; im Besitz wird die Persönlichkeit unmittelbar angegriffen und verletzt; ihr Wille, eine Sache ungestört zu haben, wird missachtet. Die Besitzverletzung tangiert die Persönlichkeit stärker als die Rechtsverletzung. Daher ist auch der besitzbrechende Diebstahl mit einer höheren Strafe bedroht als die den Besitz nicht beeinträchtigende Unterschlagung. Ebenso wie die Rechte dienen auch die Sachen, die der Mensch in seiner Gewalt hat, dem Zweck, ihm die Entfaltung seiner Persönlichkeit

¹⁹ Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 509.

²⁰ Wieling, FG v. Lübtow, 1980, 565, 576.

²¹ Heck § 3, 5 f. und Exkurs 1.

²² Baur/Stürner § 9 Rn. 9; Staudinger/Gutzeit, 2018, Vor §§ 854 ff. Rn. 19. Für eine Kombination aller drei Lehren Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 39.

²³ Motive III, 110; Planck/Brodmann Vor § 854 Erl. 6; Wieling, FG v. Lübtow, 1980, 565, 577 f.; Wilhelm Rn. 445.

²⁴ So zu Recht Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 2 II Fn. 7.

zu ermöglichen. Die Persönlichkeit des Menschen manifestiert sich nicht nur in seinem Körper, sondern auch in den Dingen, die er in seiner Gewalt hat, und ohne welche eine Persönlichkeitsentfaltung nicht möglich wäre. Nur die hinter dem Besitz stehende Persönlichkeit kann erklären, wieso eine Besitzverletzung rechtswidrig sein kann (vgl. § 858 I), obwohl der Besitzer möglicherweise keinerlei Recht an der Sache hat, wie z. B. der Dieb: Der Besitzer mag zwar zur sofortigen Herausgabe verpflichtet sein, niemand hat aber das Recht, den Willen des Besitzers eigenmächtig und überheblich zu missachten. Wer ein Recht an der Sache zu haben glaubt, mag dieses Recht in den gesetzlich vorgeschriebenen Formen geltend machen. Es zeigt sich somit, dass der Besitz kein Recht ist, dass im Besitz vielmehr die Persönlichkeit des Besitzers geschützt wird. Hierin liegt der Grund des Besitzschutzes.

§ 4. Unmittelbarer Besitz; Erwerb und Verlust



I. Unmittelbarer Besitz; Besitzobjekte

1. Unmittelbarer Besitz

a) *Sachherrschaft*: Ausgangspunkt der Besitzlehre ist der unmittelbare Besitz, der als tatsächliche Gewalt (§ 854 I) oder tatsächliche Sachherrschaft umschrieben wird. Das Gesetz definiert den Begriff des Besitzes jedoch nicht, weshalb Kriterien notwendig sind, mit denen man entscheiden kann, wer Besitz im Sinne der Sachherrschaft hat. Da der Besitz eine soziale Tatsache ist,¹ kann grundsätzlich auch nur die Gesellschaft, d. h. die *Verkehrsanschauung* über diese Frage entscheiden.

Der bloße Verweis auf die Verkehrsanschauung ist jedoch regelmäßig problematisch und regt den Beurteilenden zu Willkürentscheidungen an,² wenn nicht genauere Kriterien angegeben werden, wie sie festzustellen ist.³ Es kann bei der Ermittlung der Verkehrsanschauung nicht um die Frage gehen, ob eine tatsächliche Gewaltausübung an der Sache *möglich* ist; denn wer Holz im Wald gestapelt hat, bleibt Besitzer, auch wenn er zu Hause ist und die tatsächliche Gewalt zur Zeit keineswegs ausüben kann. Es geht vielmehr darum, ob die Sachen noch als zur Persönlichkeitssphäre einer Person gehörend *respektiert* werden.⁴ Dabei spielt es keine Rolle, ob der Geschützte aus persönlichen Gründen keine Möglichkeit zur Ausübung tatsächlicher Gewalt hat, etwa weil er zu weit von der Sache entfernt ist, weil er krank ist, eingesperrt usw. Entscheidend ist allein, dass in der Gesellschaft in einer bestimmten Situation die Sache noch so als zur Sphäre des Geschützten gehörig anerkannt wird, dass die Wahrscheinlichkeit besteht, dass ein anderer nicht auf sie

¹ Vgl. § 3 Rn. 2.

² Vgl. nochmals die Erkenntnis des RG oben § 2 Rn. 22 in Fn. 43.

³ Nicht weiterführend für das deutsche Recht daher etwa Baldus, ZEuP 2006, 766 ff., wonach der Besitz vom richterlichen Ermessen abhängt.

⁴ S. § 3 Rn. 7.

zugreift und der Geschützte die tatsächliche Gewalt ausüben kann, wenn er es will.⁵ In der *statistischen Wahrscheinlichkeit eines Zugriffs* auf die Sache liegt also das gesuchte Kriterium zur Bestimmung der Verkehrsanschauung.⁶

Beispiele: Wer in der belebten Halle eines Großstadtbahnhofs seine Brieftasche versehentlich liegenlässt und sich 100 m entfernt, hat keinen Besitz mehr. Denn nach dem normalen Verlauf der Dinge muss man annehmen, dass inzwischen jemand die Brieftasche in Besitz genommen hat. Es ist also statistisch wahrscheinlich, dass der Verlierer die Gewalt über seine Brieftasche nicht mehr ausüben kann.⁷ Wenn dagegen der Bauer über Nacht seinen Pflug auf dem Feld lässt, bleibt er Besitzer, mag er auch mehrere Kilometer von ihm entfernt sein. Denn er kann erwarten, dass er ihn jederzeit benutzen, nach Hause bringen kann usw. und kein anderer den schweren Pflug fortgetragen hat. Es ist also statistisch wahrscheinlich, dass der Bauer die Gewalt über den Pflug weiterhin nach Belieben ausüben kann.⁸ Entscheidend ist also, ob unser Herrschaftswille nach der allgemeinen Übung noch respektiert wird oder nicht, ob also nach der Verkehrsanschauung eine Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Besitzer die Gewalt über die Sache weiterhin ausüben kann. Besitz ist somit ein Tatbestand, der nach der Verkehrsauffassung eine psychische Schranke für einen fremden Zugriff auf die Sache bildet. Die Verkehrsanschauung hängt von den allgemeinen gesellschaftlichen Zuständen ab und wechselt mit diesen. In ruhigen Zeiten mit starkem moralischem Bewusstsein kann etwas Besitz sein, was es in unruhigen Zeiten und Notlagen nicht wäre.

Es fragt sich, ob es weitere Kriterien für die Feststellung von Besitz gibt. Die h. M. fordert für den Besitz weiter eine gewisse *Dauer* des Gewaltverhältnisses,⁹ jedoch zu Unrecht. Auch eine ganz vorübergehende Sachbeziehung kann Besitz sein.¹⁰ Wer auf der Parkbank sitzt, hat Besitz an seinem Sitzplatz; der Gast im Gasthaus hat Besitz an seinem Platz, an Teller und Besteck usw. Entscheidend ist nicht die Dauer des Besitzes, sondern die Schutzbedürftigkeit. Soll der Gast kein Gewaltrecht nach § 859 haben, wenn ein anderer ihm das Besteck wegnehmen oder ihn von seinem Platz verdrängen will? Da auch der Wirt in diesen Fällen Besitzer ist, liegt Mitbesitz vor, § 866. Anders liegt es etwa bei einem privaten Gast. Hier wird in der Regel ein Besitz am Besteck usw. nicht vorliegen, aber nicht wegen der Kürze der Sachbeziehung, sondern weil der Gast die tatsächliche Gewalt nicht ausüben will. Ebenso ist der Fall zu entscheiden, in dem sich jemand für einen Moment sich etwas vom Besitzer ausleiht, etwa ein Opernglas; er ist als Momentanbesitzer Besitzdiener, der gegen jeden Dritten, nicht aber gegen den weiterhin besitzenden Verleiher ein Gewaltrecht hat (Rn. 22).

⁵ Vgl. § 3 Rn. 2 a. E.

⁶ Ähnlich Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 25.

⁷ Zu beachten ist, dass es sich bei der Frage nach dem Besitz um eine Prognose handelt; sollte die Erwartung die Brieftasche noch an ihrem Platz sein, so besteht dennoch kein Besitz mehr.

⁸ Ein Paradebeispiel für die Beurteilung der Besitzfrage ist der „Supermarktfall“, BGHZ 101, 186 ff., dazu § 11 Rn. 65.

⁹ Vgl. etwa RGZ 74, 146, 149; 75, 221, 223; Baur/Stürner § 7 Rn. 7; Prütting Rn. 53; Kollhosser, JuS 1992, 215, 216.

¹⁰ So z. B. Westermann/Gursky § 8 Rn. 11; MünchKomm/Schäfer § 854 Rn. 31; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 26.

b) *Besitzwille*: Besitz setzt nicht nur tatsächliche Gewalt voraus (das „*corpus*“), sondern auch den Willen, die Sache zu beherrschen (der „*animus*“). Herrschaft ohne Herrschaftswillen ist nicht denkbar.¹¹ 2

aa) *Genereller Besitzwille*: Besitzerwerb erfordert einen Besitzwillen. Ganz offenbar ist das, wenn der Erwerber dabei selbst tätig wird. Es ist nicht denkbar, dass der Erwerber eine Besitzerwerbshandlung vornimmt, ohne den Besitz zu wollen. Der ahnungslose Passant, dem ein Taschendieb aus Furcht vor Entdeckung die gestohlene goldene Uhr zusteckt, hat keinen Besitz.¹² Fraglich können überhaupt nur die Fälle sein, in welchen der Erwerber nicht selbst, sondern durch Dritte erwirbt, oder wenn die Sache ohne sein Zutun in seinen Machtbereich (Haus, Briefkasten) gelangt. Aber auch in diesen Fällen ist ein Besitzwille erforderlich. Ein Besitzdiener kann dem Geschäftsherrn ohne oder gegen dessen Willen keinen Besitz verschaffen. Freilich muss der Besitzwille nicht konkret sein, es genügt ein genereller Besitzwille, z. B. Sachen, welche in einen bestimmten Herrschaftsbereich gelangen, zu besitzen. Wer etwa einen Briefkasten anbringt, will die eingeworfenen Briefe besitzen. Er erwirbt beim Einwurf unmittelbaren Besitz, auch wenn er nichts davon weiß. Das gleiche gilt, wenn eine Postsendung bei einem Besitzdiener, z. B. bei einem Familienangehörigen, abgegeben wird. 3

bb) *Aktueller Besitzwille*: Ist der Besitz erworben, so erfordert die Aufrechterhaltung keinen aktuellen Willen. Auch wer schläft, hält den Besitz aufrecht; ebenso der, der lange Zeit nicht an eine Sache denkt. Es ist aber nicht richtig, einen Besitzwillen nur beim Besitzerwerb zu verlangen. „Besitzwille“ ist kein psychologischer Begriff. Der Wille, Besitz zu ergreifen, ist nicht nur auf den Augenblick des Erwerbs gerichtet, sondern gilt auch für die Zukunft, in welcher die Verwertung der erworbenen Sache erfolgen soll. Mit jeder Besitzhandlung (Gebrauch usw.) erneuert sich der Besitzwille. Im Übrigen ist der Besitzwille realisiert in dem geschaffenen Zustand der Sachherrschaft, der auch durch eine Untätigkeit des Besitzers nicht entfällt. Solange dieser Zustand andauert, ist auch ein Besitzwille vorhanden. 4

cc) *Besitzerwerb als Rechtshandlung*: Wenn auch der Besitzerwerb einen Willen erfordert, so ist er doch kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung: Die Folgen des Besitzschutzes treten ein unabhängig davon, ob der Besitzerwerber sie gewollt hat. Wieweit auf Rechtshandlungen die Vorschriften über Rechtsgeschäfte angewandt werden können, hat der Gesetzgeber bewusst offengelassen.¹³ Der Besitzerwerb gehört als Tathandlung, die einen einseitigen, nicht zugangsbedürftigen Erwerbswillen enthält, zu den Rechtshandlungen, die mit den Rechtsgeschäften nur wenig Vergleichbares haben. Die Anwendbarkeit der Regeln über Rechtsgeschäfte muss daher stark eingeschränkt sein. So ist der Besitzwille kein rechtsgeschäftlicher Wille, sondern ein natürlicher Wille. Geschäftsfähigkeit ist weder zum Erwerb noch zum Erhalt des Besitzes erforderlich. Auch ein kleines Kind kann Besitz erwerben und haben, etwa an einem Ball, den es auf der Straße findet. Voraussetzung ist nur 5

¹¹ Zum Besitz juristischer Personen vgl. Rn. 9.

¹² Er hat zwar den generellen Willen, alles zu besitzen, was er mit sich führt, Diebesgut darf man aber von einem solchen generellen Besitzwillen wohl ausschließen.

¹³ Motive I, 127.

eine natürliche Willensfähigkeit, d. h. also die Fähigkeit, Sachgewalt ausüben zu wollen.

2. Besitzobjekte, Teil- und Mitbesitz

- 6 a) *Sachen*: Nur körperliche Gegenstände kann man in der Gewalt haben, an anderen Gegenständen, Forderungen, Energie oder Geisteswerken kann es grundsätzlich keinen Besitz geben.¹⁴
- 7 b) *Teilbesitz*: Besitzen kann man nicht nur ganze Sachen; auch reale Teile von Sachen können besessen werden, soweit sie selbständig beherrschbar sind. § 865 nennt als Beispiel Räume als Teile eines Gebäudes. Auch an beweglichen Sachen ist Teilbesitz möglich. Erwirbt etwa der Eigentümer eines Pkw vier Reifen auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt, so ist der Verkäufer mittelbarer Teilbesitzer der vier Reifen. Da der Besitz kein Recht ist, kommt es nicht darauf an, ob die fraglichen Sachteile wesentliche oder nicht wesentliche Bestandteile i. S. v. § 93 sind. Für den Teilbesitz gelten in Bezug auf den Besitzschutz die allgemeinen Regeln, § 865.
- 8 c) *Mitbesitz*: Hier besitzt jeder Besitzer das Besitzobjekt ganz; nicht das Besitzobjekt wird geteilt wie beim Teilbesitz, sondern die Herrschaft über das Besitzobjekt im Ganzen wird geteilt, § 866. Natürlich kann das Besitzobjekt auch ein Sachteil sein (Mit-Teilbesitz, z. B. bei mehreren Mietern einer Wohnung). Man unterscheidet den schlichten und den gesamthänderischen Mitbesitz: Beim schlichten Mitbesitz kann jeder allein die Gewalt über die Sache ausüben, wobei er freilich Rücksicht auf die anderen Mitbesitzer nehmen muss. Beispiele: Mehrere besitzen einen Raum in der Weise, dass jeder einen Schlüssel zum Türschloss hat; Mitbesitz der Mieter am Flur und Treppenhaus. Beim gesamthänderischen Besitz können alle Mitbesitzer die Sachherrschaft nur gemeinsam ausüben, so z. B., wenn eine Tür sieben Schlösser hat und jeder Mitbesitzer nur einen Schlüssel zu einem Schloss hat. Die Unterscheidung ist für den Besitzschutz ohne Bedeutung.

Der Mitbesitz an einer Sache endet nicht dadurch, dass einer der Mitbesitzer sie im Rahmen seines Gebrauchsrechts allein benutzt. So wird der Mieter, der die Waschküche an seinem Waschtage nutzt, nicht Alleinbesitzer. Räumt der Mieter die Waschküche nicht rechtzeitig und verwehrt er dadurch dem nächsten die Nutzung, so ist zu unterscheiden: Bestreitet er dem nächsten das Nutzungsrecht generell, so greift der possessorische Besitzschutz ein. Er hat damit Alleinbesitz ergriffen und dem anderen den Besitz entzogen. Bestreitet er das Gebrauchsrecht des anderen nicht generell, behauptet er vielmehr, jener sei noch nicht an der Reihe, so liegt darin ein Streit um die Gebrauchsgrenzen; § 866 greift ein.¹⁵

¹⁴ Zum Rechtsbesitz vgl. § 7.

¹⁵ Ausf. Wieling § 4 I 3 c.

3. *Besitzsubjekte*

Jedes Rechtssubjekt kann Besitz haben, natürliche wie juristische Personen bzw. Personengesellschaften (Verband);¹⁶ auch Verbände haben ein schützenswertes Persönlichkeitsrecht und müssen daher Besitz haben;¹⁷ sie haben jedoch mangels eigener Körperlichkeit keine Sachherrschaft. Wie man sich den *Organbesitz*, also den durch die Organe eines Verbands vermittelten Besitz, vorzustellen hat, ist streitig: Vorgeschlagen wurde Besitzdienerschaft¹⁸ oder Besitzmittlerschaft¹⁹ der Organe für den Verband; die h. M. rechnet dagegen dem Verband die Sachgewalt seiner Organe zu.²⁰ Gegen Besitzdienerschaft spricht, dass sich ein Organ nicht den Weisungen irgendeines Besitzherrn unterwirft, gegen Besitzmittlung, dass nicht erkennbar ist, wer anders als wiederum das Organ den mittelbaren Besitz für den Verband ausüben sollte, zudem die fehlende Aussicht, jemals unmittelbarer Besitzer zu werden (§ 6 Rn. 1).²¹ So wie die Handlungen der Organe dem Verband zugerechnet werden, so ist ihm deshalb mit der h. M. auch der Besitz seiner Organe zuzurechnen, die ihn für den Verband ausüben.²²

4. *Eigen- und Fremdbesitz*

Der Eigenbesitz unterscheidet sich, was die Sachherrschaft anbelangt, nicht vom sonstigen Besitz. Der Eigenbesitz wird wie jeder andere Besitz gemäß § 854 erworben. Anders ist nur der Besitzwille, der sich aber lediglich in seiner Richtung vom normalen Besitzwillen unterscheidet: Der Eigenbesitzer will nicht lediglich die Sachgewalt ausüben, er will sie so ausüben, wie es einem Eigentümer zukommt; er will sie „als ihm gehörend“ besitzen, § 872. Der Fremdbesitzer hat dagegen diesen Willen nicht. Eigenbesitzer ist also der Eigentümer, aber auch ein Nichtberechtigter, der sich gutgläubig für den Eigentümer hält. Eigenbesitzer ist schließlich aber auch der Dieb oder der Unterschläger, der weiß, dass er nicht Eigentümer der gestohlenen bzw. unterschlagenen Sache ist, aber doch mit ihr wie ein Eigentümer verfährt.²³

¹⁶ Zu ihrer Gleichstellung in unserem Zusammenhang Staudinger/Gutzeit, 2018, § 866 Rn. 15, 18.

¹⁷ Palandt/Sprau § 823 Rn. 92; zum Erfordernis oben § 3 Rn. 7.

¹⁸ Heck § 18 V.

¹⁹ Biermann § 868 Erl. 4 und wieder Klinck, AcP 205 (2005), 487, 496 ff.; vgl. auch Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 30, 107 f., der auf den an sich zutreffenden Gedanken der Stellvertretung im Besitz abstellt; dazu unten Rn. 26 ff.

²⁰ BGH NJW 2004, 21 Rn. 26; Müller/Gruber Rn. 528; Brehm/Berger § 3 Rn. 27.

²¹ Ausf. Brand, Der Organbesitz, 2015, 48 ff.

²² Ausf. Brand (Fn. 21), 101 ff.

²³ Der Fremdbesitzer, der sich zum Eigenbesitzer aufschwingt, tut dies durch Willensentschluss, der jedoch betätigt werden muss. Beispiel: Der Entleiher schreibt seinen Namen ins entlehene Buch.

Die Formulierung des § 872 darf also nicht dahin missverstanden werden, dass der Eigenbesitzer von seinem Eigentum überzeugt sein müsste.²⁴

Die Einteilung in Eigen- und Fremdbesitz deckt sich nicht mit der in unmittelbaren und mittelbaren Besitz. Sowohl der Eigenbesitzer als auch der Fremdbesitzer können mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer sein. Der Besitzer kann auch gleichzeitig Eigenbesitzer und Fremdbesitzer sein,²⁵ wenn z. B. der Eigentümer eine Sache einem Nießbraucher überlassen hat und sie von diesem zurückmietet: Er ist dann als Eigentümer mittelbarer Eigenbesitzer und als Mieter unmittelbarer Fremdbesitzer.²⁶

Den Eigenbesitz muss beweisen, wer sich darauf beruft. Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird aber vermutet, dass er Eigenbesitzer sei, vgl. § 1006.²⁷

II. Erwerb des unmittelbaren Besitzes

1. Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1

- 11 Die primäre Form des Besitzerwerbs liegt im körperlichen Ergreifen einer beweglichen Sache, im Betreten eines Grundstücks. Eine solche körperliche Berührung der Sache ist aber nicht unbedingt zum Besitzerwerb erforderlich. Bei der Frage nach den Voraussetzungen des Besitzerwerbs ist zwischen originärem (einseitigem) und derivativem (abgeleitetem) Erwerb zu unterscheiden, ferner zwischen dem Besitzerwerb an beweglichen Sachen und an Grundstücken. Erforderlich ist zum Besitzerwerb stets ein natürlicher Erwerbswille.
- 12 a) *Originärer Besitzerwerb*: An beweglichen Sachen, die sich in fremdem Besitz befinden oder ohne Besitzer sind, ist er nur möglich durch körperliches Ergreifen, wobei das neue Gewaltverhältnis auch nach außen erkennbar gemacht werden muss, z. B. durch Mitnehmen der Sache. Nicht ausreichend ist die bloße Möglichkeit der Sachbeherrschung: Wer eine verlorene Sache aufheben kann, es jedoch nicht tut, wird nicht Besitzer. Mit dem Besitzerwerb erlischt der Besitz eines vorherigen Besitzers.
- 13 b) *Derivativer Besitzerwerb*: An beweglichen Sachen erfolgt er durch Übergabe, also durch einverständliches Geben und Nehmen.²⁸ In dieser Willenseinigung ist kein Rechtsgeschäft zu sehen,²⁹ wie der originäre Besitzerwerb ist auch die Übergabe ein faktischer Vorgang, eine Rechtshandlung.³⁰ Geschäftsfähigkeit ist daher

²⁴ Vgl. § 937 II.

²⁵ S. auch Brand, ZBB 2015, 40, 46 f.

²⁶ Der Nießbraucher ist mittelbarer Fremdbesitzer.

²⁷ Vgl. § 12 Rn. 87.

²⁸ Dem ist die Gestattung der Wegnahme gleichgestellt, vgl. Westermann/Gursky § 12 Rn. 6. Beispiel: Waren in einem Einkaufszentrum.

²⁹ H. M., vgl. Wolf § 2 E I b 1 bb; Wolff/Raiser § 11 I; Westermann/Gursky § 12 Rn. 6.

³⁰ Vgl. Rn. 5.

nicht erforderlich, natürliche Willensfähigkeit reicht aus. Eine Anfechtung der Besitzaufgabe wegen Irrtums kommt also nicht in Betracht. Auch bei einem Irrtum liegt freiwillige Besitzaufgabe vor,³¹ ebenso bei Besitzaufgabe infolge arglistiger Täuschung und Drohung (dazu noch § 10 Rn. 32).

Da bei der Besitzübergabe der Besitzer den Besitz auf den Erwerber übertragen will, sind nach der Verkehrsanschauung die Anforderungen an diesen Besitzerwerb geringer als beim originären Erwerb. Denn der einzige, von welchem der Erwerber Widerstand zu erwarten hätte, der bisherige Besitzer, stimmt dem Erwerb zu; von Dritten war der Besitz schon vorher beim bisherigen Besitzer respektiert. Daher genügt es auch, wenn der Übergeber die Sache so in die Nähe des Erwerbers bringt, dass dieser die *Möglichkeit* hat, die Gewalt auszuüben.³² Es genügt ferner, wenn der Übergeber die Sache in einen Raum oder in ein Behältnis bringt, an welchem der Erwerber Besitz hat. Der Erwerber wird an ihr sofort unmittelbarer Besitzer. Der Besitz an einem Raum oder an Sachen in einem Raum kann durch Schlüsselübergabe übertragen werden.³³ Obwohl der Schlüsselinhaber die Sachen noch nicht in seiner Gewalt hat, sondern nur die Möglichkeit der Gewaltausübung hat, reicht dies bei der Übergabe zum Besitzerwerb aus. Dagegen würde ein Dieb, der den Schlüssel stiehlt, also gerade nicht übertragen erhielt, trotz der Möglichkeit eines Zugriffs damit noch nicht Besitzer der Sachen.

c) *Grundstücke*: An Grundstücken ist eine Besitzergreifung nicht wie bei beweglichen Sachen möglich; zudem ist die Gefahr, dass die Sachgewalt am Grundstück gestört wird, erheblich geringer als bei beweglichen Sachen. Daher können die Erfordernisse, welche an die zu erwerbende Sachgewalt zu stellen sind, hier herabgesetzt werden. Der originäre Besitzerwerb geschieht durch solche Besitzhandlungen, welche den Erwerb der Sachgewalt nach außen in Erscheinung treten lassen. Bestand bereits Besitz, so muss dem Besitzer der Besitz entzogen werden. Der Gewalt-erwerb kann sich zeigen im Bewohnen eines Grundstücks, im Bebauen, Einzäunen, Bestellen, Betreten usw. Die Übergabe, Besitzzeinweisung, kann dadurch geschehen, dass der Erwerber mit Willen des Übergebers das Grundstück betritt, umgeht usw. Die Besitzzeinweisung kann auch dadurch erfolgen, dass der Übergeber dem Erwerber nur die Möglichkeit verschafft, die Sachgewalt auszuüben, etwa durch Übergabe der Schlüssel oder indem er dem Erwerber das Grundstück zeigt und ihn auffordert, die Sachgewalt auszuüben; der Erwerber erlangt dadurch den offenen Besitz (Rn. 15). Regelmäßig geschieht die Übergabe eines Grundstücks jedoch durch bloße Willenseinigung nach § 854 II.

14

³¹ So zutreffend RGZ 101, 225; Wolff/Raiser § 11 I Fn. 3.

³² Vgl. BGH JR 1968, 106: Ware wird auf Weisung des Ladeninhabers vor der Ladentür abgestellt, dieser erwirbt Besitz.

³³ Vgl. BGH MDR 1973, 572.

2. Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2

- 15 a) *Offener Besitz*: Beim Besitzerwerb durch Übergabe genügt beim Erwerber die Möglichkeit der Ausübung der Sachgewalt (Rn. 13). Entscheidend ist, dass der Übergeber seine Sachgewalt völlig aufgibt, so dass der Erwerber in der Lage ist, ungehindert die Sachgewalt auszuüben. Die Übergabe kann auch so vonstatten gehen, dass der Übergebende sich von der Sache (etwa einem Grundstück) zurückzieht und es so dem Erwerber ermöglicht, ungehindert Besitz zu ergreifen. Man spricht in diesen Fällen von der Übertragung des offenen Besitzes (*vacuam possessionem tradere*) oder von der „Übergabe mit langer Hand“ (*traditio longa manu*). Einen besonderen Fall der Übertragung des offenen Besitzes regelt § 854 II: den Fall, in welchem die Besitzübertragung lediglich durch Willenseinigung geschieht, *ohne* eine sonstige Besitzerwerbshandlung. § 854 II ist damit jedoch keine Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass der Besitz durch Erlangung der Sachherrschaft erworben wird und dass diese sich nach der Verkehrsanschauung richtet. § 854 II verzichtet nämlich nicht auf das Erlangen der tatsächlichen Gewalt: Bei der Besitzübergabe ist die tatsächliche Gewalt i. S. v. § 854 I schon dann erworben, wenn der Erwerber die Möglichkeit hat, die Sachgewalt auszuüben, und gerade das wird auch in § 854 II gefordert. Die Fälle des § 854 II enthalten insofern eine Erleichterung, als zur Übertragung des offenen Besitzes keinerlei Besitzhandlungen notwendig sind, d. h. die Parteien müssen sich nicht zu der vielleicht weit entfernten Sache begeben. Diese Erleichterung ist deswegen möglich, weil beim offenen Besitz die Person des Besitzers ohnehin nicht erkennbar ist; nur die Tatsache des Besitzes muss offenliegen. Die Übertragung des Besitzes auf eine andere Person muss also äußerlich nicht in Erscheinung treten, da es für die Öffentlichkeit keine Rolle spielt, wessen Besitz zu respektieren ist. Erforderlich ist aber immer, dass der Erwerber durch die Einigung mit dem Übergeber gemäß der Verkehrsanschauung die Sachgewalt i. S. v. § 854 I erlangt, d. h. dass die Wahrscheinlichkeit besteht, der Erwerber werde die Sachgewalt ausüben können, sobald er es will (Rn. 1).

§ 854 II ist hauptsächlich bei Grundstücken anwendbar, aber auch bei solchen beweglichen Sachen, die schwer zu transportieren sind, so dass eine Besitzentziehung nicht wahrscheinlich ist. Es genügt also die Einigung beim abendlichen Bier über die Besitzübertragung an einem Stapel Holz im Wald.³⁴ Voraussetzung ist, dass der Erwerber die Sachgewalt ausüben *kann*. Dazu ist erforderlich, dass der Übergeber die Sachgewalt endgültig aufgibt und dass der Ausübung der Sachgewalt durch den Erwerber auch keine anderweitigen Hindernisse entgegenstehen, der Besitz also offen ist.

- 16 b) *Rechtsnatur der Einigung*: Die Einigung über den Besitzübergang nach § 854 II ist entgegen h. M. keine rechtsgeschäftliche Einigung, kein Vertrag.³⁵ Hier wie bei der Übergabe nach § 854 I handelt es sich um einen faktischen Vorgang

³⁴ Weitere Beispiele: Eisenbahnschienen, ein auf dem Fluss liegender Kahn.

³⁵ So zutreffend etwa Wolf § 2 E I b 2 bb; MünchKomm/Schäfer § 854 Rn. 52; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 32.

(Rechtshandlung), der nach der Verkehrsanschauung (nicht: Rechtsordnung) zu beurteilen ist, wobei die Willenseinigung ein Teil des faktischen Vorgangs ist: Sie bewirkt durch die Besitzaufgabe des Übergebers, dass der Besitz zum offenen Besitz wird, beim Erwerber ist der faktische Wille Voraussetzung des Besitzerwerbs. Es ist widersprüchlich, wenn die h. M.³⁶ in der Übergabe nach § 854 I einen faktischen Vorgang sieht, in der nach § 854 II dagegen ein Rechtsgeschäft. Durch Rechtsgeschäfte werden Rechte übertragen, nicht Realien wie der Besitz. Aus dem Charakter als Realakt folgt, dass für die Einigung keine Geschäftsfähigkeit erforderlich ist, natürliche Willensfähigkeit genügt; sie ist auch nicht anfechtbar.³⁷

III. Erhalt und Verlust des unmittelbaren Besitzes

a) *Besitzaufgabe*: Der Besitz dauert fort, bis ein Aufhebungstatbestand gemäß § 856 I vorliegt; § 856 I beruht wie § 854 auf der Verkehrsanschauung. Der Besitz endet mit dem Verlust der tatsächlichen Gewalt. Der Besitz kann dagegen nicht durch einen reinen Willensentschluss unter Aufrechterhaltung der Sachgewalt aufgegeben werden: die Verkehrsanschauung erkennt das nicht als Aufgabe des Besitzes an.³⁸ Der Verlust der tatsächlichen Gewalt kann mit dem Willen des Besitzers geschehen (Aufgabe des Besitzes) oder ohne den Willen des Besitzers. Die Besitzaufgabe ist kein Rechtsgeschäft, sondern – wie der Besitzerwerb – eine Rechtshandlung. Daher erfordert sie auch keinen rechtsgeschäftlichen Willen, tatsächliche Willensfähigkeit reicht aus.³⁹ So kann auch ein Kind an einer Sache, an welcher es Besitz erworben hat, diesen freiwillig wieder aufgeben. Fehlt dem Aufgebenden die natürliche Willensfähigkeit, so tritt zwar auch Besitzverlust ein, es handelt sich aber nicht um einen freiwilligen Besitzverlust.⁴⁰ Für die Frage der Freiwilligkeit der Besitzaufgabe ist es ohne Bedeutung, ob der Besitzer den Besitz überträgt oder ob er die Wegnahme gestattet.⁴¹ 17

b) *Besitzlockerungen*: Der Besitz wird erhalten, auch wenn der Besitzer die Sachgewalt nicht tatsächlich ausübt, solange nur die Möglichkeit der Ausübung besteht (Rn. 13). Am weit entfernten Grundstück bleibt der Besitz bestehen, auch wenn der Besitzer sich über längere Zeit nicht dorthin begibt; an der Wohnung bleibt der Besitz bestehen, auch wenn der Besitzer im Krankenhaus liegt oder auf 18

³⁶ Vgl. etwa Westermann/Gursky § 12 Rn. 10; Baur/Stürner § 7 Rn. 22; Müller/Gruber Rn. 262; Kollhosser, JuS 1992, 215, 217.

³⁷ Ausf. Wieling § 4 II 2 b.

³⁸ Ausnahmsweise ist ein Besitzverlust unter Beibehaltung der Sachgewalt aber dadurch möglich, dass der bisherige Besitzer sich entschließt, die Sache nunmehr als Besitzdiener für einen Dritten, etwa einen Erwerber der Sache, zu haben, vgl. unten § 9 Rn. 14.

³⁹ MünchKomm/Schäfer § 856 Rn. 3.

⁴⁰ Die Frage, ob der Besitz freiwillig oder unfreiwillig aufgegeben wurde, wird bedeutsam bei § 858 und bei § 935.

⁴¹ Vgl. Damrau, JuS 1978, 520 f.

Reisen ist. Die Lockerung des Besitzes führt nicht zum Besitzverlust.⁴² § 856 II, wonach eine vorübergehende Verhinderung der Besitzausübung den Besitz nicht beendet, ist daher auf solche Fälle nicht anwendbar.⁴³ § 856 II greift nämlich nur ein, wenn die Ausübung der tatsächlichen Gewalt aus Gründen, die in der Sache selbst liegen, vorübergehend unmöglich ist. Das ist etwa dann gegeben, wenn Grundstücke vom Hochwasser überschwemmt, Sachen vorübergehend beschlagnahmt sind; wenn eine Sache verlegt ist und momentan nicht gefunden werden kann, wenn Haustiere sich zeitweilig im Freien aufhalten. In solchen Fällen, in welchen der Besitzer die Sachgewalt auch dann nicht ausüben könnte, wenn er es wollte, greift § 856 II ein. Da gemäß der Natur solcher Hindernisse die Sachgewalt nur vorübergehend beeinträchtigt ist, endet dadurch nach der Verkehrsanschauung der Besitz nicht, was § 856 II klarstellt.

IV. Besitzdiener und Stellvertreter im Besitz

1. Besitzdiener

- 19 a) *Verkehrsanschauung*: Der Besitzdiener ist selbst nicht Besitzer; dies ist nur der Besitzer, für den er die Gewalt über die Sache ausübt, § 855.⁴⁴ § 855 beruht ebenso wie §§ 854, 856 auf der Verkehrsanschauung, er statuiert keine Ausnahme von § 854. § 855 enthält lediglich eine Klarstellung des Inhalts, dass die Sachherrschaft auch durch andere Personen ausgeübt werden kann.⁴⁵ Auch hier – wie in den Fällen der §§ 854, 856 – entscheidet allein die Verkehrsanschauung, ob derjenige, der die Gewalt für einen anderen ausübt, selbst Besitzer ist oder nur Besitzdiener, so dass der andere Besitzer ist. Ist nach der gegebenen Situation zu erwarten, dass der, welcher die Gewalt ausübt, ohne Widerspruch den Weisungen eines anderen folgt, so dass dieser andere beliebig auf die Sache einwirken kann, so ist nur dieser andere der Besitzer. Die Weisungen können etwa den Umgang mit der Sache, ihren Lageort u. a. m. betreffen.
- 20 aa) *Unterordnung*: Der Grund, warum in einer gegebenen Situation eine solche Unterordnung gemäß der Verkehrsauffassung erwartet werden kann, ist ohne Bedeutung. Das Gesetz nennt als Beispiele die Situation der Gewaltausübung in einem Haushalt oder in einem Erwerbsgeschäft. Nach der Verkehrsauffassung sind Haus-

⁴² Nur eine Besitzlockerung, keine Besitz- (und damit Pfand-)Aufgabe ist es, wenn nach erfolgter Reparatur der Werkunternehmer den Besteller in seiner Anwesenheit den Pkw Probe fahren lässt, vgl. BGH NJW-RR 2017, 818 Rn. 20 f.

⁴³ In der Literatur werden solche Fälle des Verreisens usw. aber häufig als Beispiele des § 856 II gebracht, zutreffend dagegen Lange § 10 V 1 b.

⁴⁴ „Besitzdienerschaft“ bezieht sich nicht etwa auf eine (soziale) Unterordnung einer Person unter eine andere, der Begriff erklärt sich vielmehr aus dem Umstand, dass die Person des Besitzdieners „fremdem Besitz ihren Dienst“ leistet, vgl. Klinck, AcP 205 (2005), 487, 508 f.

⁴⁵ So ausdrücklich Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 504.

gehilfen, Arbeiter und Angestellte in einem Betrieb nicht Besitzer der Sachen, mit oder an denen sie arbeiten. Was aber in dem zu diesen Beispielen „ähnlichen Verhältnis“ gemeint ist, ergibt sich aus dem Zusammenhang des Gesetzes mit den §§ 854, 856: Entscheidend ist, ob man nach der Verkehrsauffassung erwarten kann, dass der Besitzer die Gewalt ausüben kann, ohne auf Widerstand beim Besitzdiener zu stoßen.

Das Motiv, warum der Besitzdiener die Sachgewalt nicht für sich ausübt, sondern dies dem Besitzer überlässt, kann vielfältig sein. Der Besitzdiener mag sich dem Willen des Besitzherrn unterstellen, weil er andernfalls physische Gewalt zu fürchten hätte (Soldat, Strafgefangener); er mag dies tun, weil er nur auf diese Weise ein bestimmtes Ziel erreichen kann, z. B. seine Beschäftigung in einem Betrieb. Möglicherweise hat er auch an der Sache keinerlei eigenes Interesse, wie z. B. die im elterlichen Haushalt lebenden minderjährigen Kinder⁴⁶ oder der Freund, der nach einem Fest den vergessenen Regenschirm für einen Freund aufbewahrt.⁴⁷ In allen diesen Fällen ist es der Wille des Besitzdieners, der die Unterordnung bewirkt. Dabei kommt es nicht auf den inneren Willen des Besitzdieners an, sondern auf den betätigten Willen, wie er sich nach außen darstellt und wie er von der Verkehrsauffassung beurteilt wird. Fehlt der Unterordnungswille, besteht keine Besitzdienerschaft.

bb) Soziale Abhängigkeit? Demgegenüber bestreitet die h. M., dass dem Willen des Besitzdieners irgendeine Bedeutung zukomme; entscheidend solle vielmehr sein, ob der Besitzdiener in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis zum Besitzer stehe, so dass er dessen sachbezogenen Weisungen zu folgen habe (Folgepflicht).⁴⁸ Was freilich unter dieser „sozialen Abhängigkeit“ zu verstehen sein soll, bleibt ungewiss, zumal eine rechtliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit nicht ausreichen soll.⁴⁹ Dass jemand sozial, also kraft seiner gesellschaftlichen Stellung, abhängig sein könne, ohne dass damit eine rechtliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit gemeint wäre, ist heute jedoch nicht mehr denkbar. Der Gepäckträger, die Ehefrau, die freiwillig im Betrieb des Mannes mitarbeitet, aber auch Angestellte in leitender Stellung wie der Geschäftsführer einer Kaufhausfiliale, der Kommandant eines Kriegsschiffs sind Besitzdiener, aber keineswegs „sozial abhängig“. Nicht eine Abhängigkeit macht den Inhaber der Gewalt zum Besitzdiener, sondern dessen nach der Verkehrsauffassung zu erwartender Wille, sich bezüglich der Sache einem anderen unterzuordnen. Endet dieser Wille, indem der Besitzdiener die Sache unter schlägt, der Schreinerlehrling den Hobel, so kann keine „soziale Abhängigkeit“ dem Besitzer den Besitz erhalten; der Besitzdiener wird selbst Besitzer (Rn. 24).

Zwar ist der Besitzdiener rechtlich verpflichtet, den Weisungen des Besitzherrn nachzukommen, also der Schreinerlehrling den Anweisungen seines Meisters. Das

⁴⁶ BGH NJW 2008, 1959 Rn. 21.

⁴⁷ OLG Stuttgart WM 2009, 1003 Rn. 5 f. lässt bei Gefälligkeiten ein dem § 855 ähnliches Verhältnis entstehen, ohne eine Analogie zu bemühen.

⁴⁸ Vgl. etwa BGHZ 8, 130 ff.; 27, 360, 363; 199, 227 Rn. 10; Baur/Stürner § 7 Rn. 64; Prütting Rn. 67.

⁴⁹ Vgl. etwa BGHZ 27, 360, 363; Palandt/Herrler § 855 Rn. 2; RGRK/Kregel § 855 Rn. 5.

ist aber eine Folge, nicht eine Voraussetzung des Besitzdienerverhältnisses. Denn folgt der Besitzdiener den Weisungen des Besitzers nicht, so stört er dessen Besitz und begeht eine verbotene Eigenmacht gemäß § 858 I, wird also selbst zum Besitzer. Soziale Abhängigkeit bzw. das Bestehen einer Folgepflicht ist daher für die Besitzdienerschaft nicht zu fordern.⁵⁰

- 22 *cc) Momentanbesitzer:* Besitzdiener sind auch die sog. „Momentanbesitzer“, wie etwa der Platznachbar, der sich ein Opernglas vorübergehend ausborgt;⁵¹ auf die Dauer des Besitzdienerverhältnisses kommt es allerdings nicht an;⁵² denn auch der private Gast, der mehrere Wochen zu Besuch weilt, ist in diesen Sinn „Momentanbesitzer“. Nur so ist sichergestellt, dass sich der „Momentanbesitzer“ mit Gewalt gegen Dritte wehren kann, vgl. §§ 860, 859.⁵³
- 23 *dd) Besitzschutz:* Der Besitzdiener ist, obwohl er selbst die Sachgewalt ausübt, nicht Besitzer; Besitzer ist nur der Besitzerherr, § 855. Gegen den Besitzdiener kann somit keine verbotene Eigenmacht (§ 858) begangen werden, nur gegen den Besitzerherrn. Der Besitzschutz steht nur dem Besitzerherrn zu. Der Besitzdiener ist verpflichtet, den Weisungen des Besitzers bezüglich der Sache nachzukommen. Tut er das nicht, oder beeinträchtigt er auf sonstige Weise die Sachherrschaft des Besitzerherrn durch Besitzhandlungen, so begeht er verbotene Eigenmacht.
- 24 *b) Besitzerwerb:* Der Besitzdiener kann den Besitz dem Besitzerherrn nicht nur vermitteln, sondern auch für ihn erwerben.⁵⁴ Der Besitzdiener muss dazu die tatsächliche Sachherrschaft i. S. v. § 854 I erwerben, der Besitzerherr muss den Besitzwillen haben; auch hier genügt ein genereller Besitzwille, z. B. alle Sachen zu besitzen, die ein angestellter Einkäufer im Rahmen seines Auftrags erwirbt. Hinzukommen muss der Wille des Besitzdieners, für den Besitzerherrn zu erwerben.
- 25 *c) Besitzverlust:* Der durch einen Besitzdiener gehaltene Besitz endet gemäß § 856 I, wenn der Besitzdiener die Sachherrschaft verliert. Unterschlägt der Besitzdiener die Sache und behält sie für sich, so endet der Besitz des Besitzerherrn nur, wenn dieser die tatsächliche Gewalt selbst nicht ausüben kann. Arbeitet etwa ein Geselle zusammen mit dem Meister in der Werkstatt und unterschlägt er eine Sache, so endet der Besitz des Meisters erst, wenn der Geselle die Sache aus der Werkstatt entfernt. Anders verhält es sich, wenn der Besitzdiener die Sachgewalt allein ausübt: Teilt etwa der Geschäftsreisende seinem Prinzipal telefonisch mit, er sei es leid, für ihn tätig zu sein, den Musterkoffer behalte er, weil er untertariflich bezahlt worden sei, so endet damit der Besitz des Besitzerherrn. In der Erklärung des Willens liegt zugleich die Entziehung der tatsächlichen Gewalt, die der Besitzerherr nach der Verkehrsauffassung nun nicht mehr ausüben kann.

⁵⁰ Abl. auch Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 87.

⁵¹ Zutreffend z. B. Planck/Brodmann § 855 Erl. 2; Wolf § 2 C II d; a. A. BGH NJW-RR 2017, 818 Rn. 14 ff., 20.

⁵² Vgl. Rn. 5 a. E.

⁵³ Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 26.

⁵⁴ Ausf. Wieling § 4 IV 1 b.

2. Stellvertretung im Besitz

a) *Analoge Anwendung der §§ 164 ff.*: Nach § 164 beziehen sich die Regeln der Stellvertretung auf Willenserklärungen; ursprünglich bedeutete Stellvertretung aber weitergehend die Vornahme beliebiger Rechtshandlungen für einen anderen, und gerade der Besitzerwerb war historisch der Ausgangspunkt für die Entwicklung der Stellvertretung.⁵⁵ Ausdrücklich hat die 2. BGB-Kommission § 855 als Möglichkeit der Stellvertretung beim Besitzerwerb bezeichnet.⁵⁶ Die Regeln über die Stellvertretung bei der Abgabe von Willenserklärungen, §§ 164 ff., können daher entgegen der h. M.⁵⁷ analog angewandt werden, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Besonderheiten der Besitzhandlung eine Anwendung zulassen.⁵⁸ 26

b) *Wissenszurechnung*: Anwendbar ist z. B. § 166. Weiß der Besitzdiener etwas von der Fehlerhaftigkeit und Unrechtmäßigkeit des erworbenen Besitzes, so wird dies dem Besitzherrn zugerechnet.⁵⁹ § 166 I hat den Sinn, Härten zu vermeiden, die dadurch entstehen können, dass bei der Verwendung von Stellvertretern der Vertretene selbst in den seltensten Fällen bösgläubig ist. Es ist angebracht, demjenigen, der sich eines Vertreters bedient, dessen Bösgläubigkeit zuzurechnen. Diese Überlegungen treffen auch beim Besitzerwerb zu.⁶⁰ 27

c) *Offenkundigkeit*: Nicht anzuwenden ist z. B. auf den Besitzerwerb durch Besitzdiener das Offenlegungsprinzip des § 164 I, II. Es ist beim Besitzerwerb nicht erforderlich, dass der Besitzdiener seinen Willen zum Ausdruck bringt, für einen anderen den Besitz erwerben zu wollen. Das Offenlegungsprinzip dient dem Schutz des Erklärungsgegners. Beim Besitzerwerb durch Übergabe ist ein solcher Schutz nicht erforderlich, dem Übergeber kann es gleich sein, wer Besitzer wird, er muss nicht die Umstände kennen, aus welchen auf einen Eigen- oder Fremderwerb geschlossen werden kann.⁶¹ 28

d) *Sachherrschaft*: Stellvertreter im Besitzcorpus ist neben dem Besitzdiener auch der Besitztmitter, vgl. § 6 Rn. 9. 29

e) *Besitzwille*: Eine Stellvertretung beim Besitzerwerb ist nicht nur möglich bezüglich des Besitzcorpus, sondern auch bezüglich des Besitzwillens.⁶² 30

⁵⁵ Ausf. Wieling § 4 IV 2 a; Klinck, AcP 205 (2005), 487, 501 ff.

⁵⁶ Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 505, weil „die Analogie nicht verkannt werden würde“!

⁵⁷ BGHZ 16, 259, 263; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 854 Rn. 52; MünchKomm/Schäfer § 854 Rn. 59.

⁵⁸ Wie hier Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 89 f.; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 164 Rn. 2.

⁵⁹ Der Besitzherr ist dann z. B. bösgläubig i. S. v. § 990.

⁶⁰ In der Diskussion, ob auf den Besitzerwerb durch Besitzdiener § 166 oder § 831 anzuwenden sei, werden regelmäßig zwei Dinge vermengt: die Frage der Zurechnung des Wissens des Besitzdieners und die Frage des Schadensersatzes für Handlungen des Besitzdieners. Vgl. dazu § 12 Rn. 23 und 29.

⁶¹ Das betrifft natürlich nicht die Frage des Eigentumserwerbs.

⁶² Die zweite BGB-Kommission hielt eine Vertretung auch im Besitzwillen in entsprechender Anwendung des § 164 für so selbstverständlich möglich, dass das im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt werden müsse, Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 505. Wenn allerdings in der

Der Frage kommt allerdings in den meisten Fällen keine praktische Bedeutung zu: Hat der Besitzer einen anderen zum Besitzerwerb für ihn beauftragt, so hat er jedenfalls selbst den Besitzwillen; grundsätzlich muss sowohl der Besitzer als auch der Vertreter den Besitzwillen haben. Anders liegt es in den Fällen, in denen der Besitzerwerber nicht fähig ist, einen eigenen (natürlichen) Besitzwillen zu haben, etwa bei Kleinstkindern oder Geisteskranken. Damit diese Personen Besitz erwerben und haben können, muss es eine Vertretung im Besitzwillen geben, sei es, dass man diesen Personen unmittelbaren, sei es, dass man ihnen mittelbaren Besitz zuerkennt. Nicht nur in diesen, sondern in allen Fällen ist eine Vertretung im Besitzwillen zuzulassen⁶³; das gilt auch für den Besitzerwerb nach § 854 II.

V. Erbenbesitz

- 31 a) *Fiktion des Besitzes*: Auf den Erben gehen alle Rechte des Erblassers über, § 1922 I. Da der Besitz aber kein Recht ist, sondern tatsächliche Sachgewalt, kann die Rechtsordnung insoweit keine Bestimmung treffen, sie kann dem Erben keine tatsächliche Gewalt zukommen lassen, die er nicht hat. Wenn also § 857 anordnet, dass der Besitz auf den Erben übergeht, so kann das nur bedeuten, dass der Erbe die Rechtsstellung erlangt, wie sie der Erblasser aufgrund seines Besitzes hatte; es handelt sich um eine gesetzliche Fiktion.⁶⁴ Wirklichen Besitz, Sachherrschaft, erlangt der Erbe erst, wenn er die Nachlasssachen gemäß § 854 I ergreift.

Der Besitz geht so auf den Erben über, wie ihn der Erblasser hatte: als mittelbarer oder unmittelbarer, als Eigen- oder Fremdbesitz, als fehlerhafter, bösgläubiger, gutgläubiger Besitz usw. Ob der Erbe etwas vom Erbfall weiß, spielt keine Rolle. Der Erbe kann die Art des erworbenen Besitzes dadurch ändern, dass er die tatsächliche Sachgewalt ergreift, aus einem Fremdbesitz kann so Eigenbesitz, aus bösgläubigem ein gutgläubiger Besitz werden usw.; Miterben werden Mitbesitzer.

- 32 b) *Bedeutung der Fiktion*: Die Bedeutung des § 857 liegt darin, dass ein Dritter, der Erbschaftssachen ergreift, eine verbotene Eigenmacht begeht. Die Vorschrift dient somit dem Schutz des Nachlasses. Indem der Dritte die Sache ergreift, endet zwar der Erbenbesitz, dem Erben stehen aber die Besitzschutzrechte zu. Ferner ist die Sache gemäß § 935 I abhanden gekommen und kann nicht gutgläubig von einem Dritten erworben werden, es sei denn, dass der Dritte einen Erbschein hätte,

Literatur betont wird, der Besitzdiener könne auch Vertretungsmacht haben (vgl. nur Palandt/Herrler § 855 Rn. 2), so ist damit regelmäßig nicht eine Vertretung im Besitzwillen angesprochen, sondern eine Vertretung beim Rechtserwerb, z. B. nach § 929.

⁶³ Vgl. Hoche, JuS 1961, 74 Fn. 7; Kreß, Besitz und Recht, 1909, 181.

⁶⁴ Müller/Gruber Rn. 214; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 33; Sosnitza, Besitz und Besitzschutz, 2003, 14 f.; anders zu Unrecht die h. M., vgl. Wolff/Raiser § 12 I 4; Ebenroth/Frank, JuS 1996, 794, 796; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 857 Rn. 3: besonderer von der Sachherrschaft losgelöster Besitztatbestand.

§§ 2366 f.; denn dann wird der Inhalt des Erbscheins als richtig unterstellt und eine Anwendung des § 935 ausgeschlossen.

c) *Vorläufiger Erbe*: Erbe im Sinne des § 857 ist der endgültige Erbe, nicht der vorläufige Erbe, der später ausschlägt, dessen Erbeinsetzung angefochten wird oder dessen Erbnunwürdigkeit festgestellt wird. Ergreift ein vorläufiger Erbe eine Nachlasssache, so begeht er nach dem Wortlaut des § 857 eine verbotene Eigenmacht gegen den endgültigen Erben. Denn nach der Anfechtung, der Ausschlagung und der Feststellung der Erbnunwürdigkeit gilt die Erbschaft als nicht angefallen, vgl. §§ 142 I, 1953 I, 2344 I. Eine solche strikte Anwendung des § 857 würde aber dazu führen, dass der vorläufige Erbe sich von der Erbschaft fernhalten müsste; er wäre so nicht in der Lage, den Nachlass zum Zwecke einer Entscheidung über die Ausschlagung zu prüfen. Nach zutreffender h. M. ist § 857 daher nicht anzuwenden, wenn ein vorläufiger Erbe Nachlasssachen ergreift; er begeht folglich keine verbotene Eigenmacht. 33

Entfällt später die Erbenstellung des vorläufigen Erben, so ist nach h. M. § 857 gleichfalls nicht zugunsten des endgültigen Erben anwendbar.⁶⁵ Allerdings entfällt die Erbenstellung des vorläufigen Erben mit rückwirkender Kraft, so dass der Nachlass dem endgültigen Erbe schon mit dem Erbfall als angefallen gilt. Es entspricht daher dem Wortlaut und dem Sinn des § 857, dem endgültigen Erben nach dem Wegfall des vorläufigen Erben den Schutz des § 857 zukommen zu lassen: Der vorläufige Erbe hat die Erbschaft *unverzüglich* an den endgültigen Erben herauszugeben, andernfalls begeht er eine verbotene Eigenmacht. Auf diese Weise wird der endgültige Erbe durch die Besitzschutzrechte und durch § 935 geschützt. Die h. M. lässt dagegen den endgültigen Erben schutzlos. Schutzwürdige Interessen des vorläufigen Erben, welche einer Anwendung des § 857 entgegenstehen könnten, bestehen aber nicht.⁶⁶

d) *Nacherbfall*: Mit Eintritt des Nacherbfalls hört gemäß § 2139 der Vorerbe auf, Erbe zu sein. Der Nacherbe ist nun der Berechtigte am Nachlass des Erblassers; er ist Erbe des Erblassers, nicht Erbe des Vorerben. Es sind zwei Varianten zu unterscheiden: 34

aa) *Nacherbfall zu Lebzeiten des Vorerben*: Tritt der Nacherbfall zu Lebzeiten des Vorerben ein,⁶⁷ so geht dem Vorerben sein Besitz, soweit er ihn tatsächlich ergriffen hat („Verkehrsbesitz“), dadurch nicht verloren. § 857 ist nach h. M. nicht zugunsten des Nacherben anwendbar, denn der Nacherbe beerbt den Erblasser, nicht den Vorerben, und zur Zeit des Nacherbfalls bestehe kein Besitz des Erblassers mehr. Zudem sei die Gefahr nicht gegeben, der § 857 abhelfen wolle, dass nämlich durch den Erbfall der Nachlass schutzlos dem Zugriff Dritter ausgesetzt sei: Der Nachlass sei auch nach dem Nacherbfall im Besitz des Vorerben. Auf den Nacherben 35

⁶⁵ Vgl. Strohal, JherJahrb 38 (1898), 1, 102; Westermann/Gursky § 14 Rn. 3, 5; Palandt/Herrler § 857 Rn. 5; Soergel/Stadler § 857 Rn. 3; Ebenroth/Frank, JuS 1996, 794, 798; so auch Münch-Komm/Schäfer § 857 Rn. 12.

⁶⁶ Wie hier BeckOGK/Klinck § 935 Rn. 23.

⁶⁷ Gemäß § 2103 kann der Erblasser den Eintritt des Nacherbfalls vom Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses abhängig machen.

gehe der Besitz nur insoweit über, als der Vorerbe selbst lediglich nach § 857 besitze.⁶⁸

Diese h. M. vernachlässigt wegen konstruktiver Bedenken den gesetzgeberischen Zweck des § 857, den am Nachlass Berechtigten, also den Nacherben, nämlich zu schützen. Die Ansicht, der Nacherbe sei hinreichend dadurch geschützt, dass der Vorerbe den Besitz ausübe, der Nachlass also nicht besitzlos sei, verkennt die Gefahren, die dem Nacherben drohen: Sie gehen gerade vom Vorerben aus, der weiterhin diejenigen Sachen in seiner Sachherrschaft hat, an denen er jede Berechtigung verloren hat. Zum Schutz des Nacherben ist deshalb § 857 nach der *ratio legis* auch beim Nacherbfall anzuwenden.⁶⁹ Der Nacherbe erwirbt daher mit dem Nacherbfall den fiktiven Besitz auch an dem Nachlass, den der Vorerbe tatsächlich ergriffen hat. Gibt der Vorerbe die Nachlasssachen *nicht unverzüglich* an den Nacherben heraus, so begeht er eine verbotene Eigenmacht, und die Sachen gelten als abhanden gekommen. Der Vorerbe haftet gemäß § 861 I auf Herausgabe; verfügt er über Nachlasssachen, so wird der Erwerber nicht Eigentümer. Auf diese Weise ist der Nacherbe geschützt, und dem Vorerben geschieht kein Unrecht.

Eine Ausnahme zu § 857 ist in § 2140, 1 geregelt: § 857 greift nicht ein, solange der Vorerbe den Eintritt des Nacherbfalls nicht kennt und ihn auch nicht kennen muss; dadurch wird der gutgläubige ehemalige Vorerbe vor einer Rechtsmängelhaftung gegenüber dem Erwerber geschützt. Dieser Schutz ist nicht erforderlich, wenn der Erwerber bösgläubig ist und deshalb wegen der mangelnden Berechtigung des veräußernden Vorerben gegen diesen keine Ansprüche geltend machen kann, vgl. § 2140, 2. Liegen die Voraussetzungen des § 2140 nicht vor, findet § 857 Anwendung. Eine verbreitete Meinung will dagegen aus § 2140 entnehmen, § 857 sei auf den Nacherbfall generell nicht anwendbar, sobald der Vorerbe den Besitz am Nachlass tatsächlich ergriffen habe; denn wenn § 857 anwendbar wäre, käme wegen § 935 ein gutgläubiger Erwerb, wie ihn § 2140 vorsieht, nicht in Betracht.⁷⁰ Das verwechselt offenbar die Regel mit der Ausnahme: Wäre § 857 auf Nacherbfälle nicht anwendbar, wäre § 2140 völlig überflüssig. Denn der Schutz des veräußernden Vorerben vor Regressansprüchen des Erwerbers wäre dann durch § 932 gesichert. Gerade weil das nicht der Fall ist, war § 2140 erforderlich. Soweit § 2140 nicht eingreift, ist § 857 gegeben.

- 36 *bb) Nacherbfall mit dem Tod des Vorerben:* Tritt der Nacherbfall mit dem Tod des Vorerben ein,⁷¹ so geht der Besitz an den Sachen, die der Vorerbe gemäß § 857 besaß, auf den Nacherben über. Hatte der Vorerbe bereits Besitz an den Nachlassgegenständen ergriffen, so ist die Rechtslage streitig. Nach dem Wortlaut des Gesetzes geht dieser Besitz nicht auf den Nacherben über, sondern auf den Erben des Vorerben. Das entspricht auch hier der h. M., die aber verkennt, dass die Gefahrensituation,

⁶⁸ Biermann § 857 Erl. 4; Kreß, Besitz (Fn. 63), 188; Ebenroth/Frank, JuS 1996, 794, 797; Palandt/Herrler § 857 Rn. 5; Palandt/Weidlich § 2139 Rn. 3; Wolff/Raiser § 12 II 1.

⁶⁹ O. v. Gierke II § 115 V bei Fn. 58; Finkenauer, Jura 2001, 606, 608.

⁷⁰ Vgl. etwa Planck/Brodmann § 857 Erl. 4; Westermann/Gursky § 14 Rn. 8 a. E.; MünchKomm/Lieder § 2139 Rn. 8; Kreß, Besitz (Fn. 63), 188; Lange, FS Felgentraeger (1969) 297 f.

⁷¹ Das ist gemäß § 2106 I der Fall, wenn der Erblasser keine Bestimmung (Fn. 67) getroffen hat.

der § 857 entgegentreten soll, gerade durch den Tod des Vorerben eintritt. Der Nachlass ist hier nicht nur dem Zugriff der Erben des Vorerben ausgesetzt, sondern auch dem Zugriff Dritter, und gegen beide Gefahren gewährt die h. M. dem Nacherben keinen Schutz, indem sie nicht ihm, sondern dem Erben des Vorerben den Erbenbesitz zuweist. Denn nimmt ein Dritter die Sachen an sich, so begeht er weder eine verbotene Eigenmacht gegen den Nacherben, noch kommen dem Nacherben die Sachen abhanden.⁷² Der Nacherbe hat weder einen possessorischen Anspruch gegen den Dritten, noch ist er gemäß § 935 gegen Verfügungen über seine Sachen geschützt. Dem Sinn des Gesetzes entspricht es jedoch, beim Nacherbfall mit dem Tod des Vorerben den Erbenbesitz gemäß § 857 auf den *Nacherben* übergehen zu lassen.⁷³ Es besteht auch kein Grund, dies nur dann anzunehmen, wenn der Vorerbe den Nachlass getrennt von seinem restlichen Vermögen verwaltet hat.⁷⁴

Mittelbarer Besitz des Vorerben geht immer auf den Nacherben über.⁷⁵

⁷² Nur die Erben des Vorerben werden geschützt, die jedoch keinerlei Berechtigung am Nachlass des Erblassers haben.

⁷³ Vgl. Biermann § 857 Erl. 4; O. v. Gierke II § 115 V; a. A. etwa Staudinger/Avenarius, 2019, § 2139 Rn. 6; MünchKomm/Lieder § 2139 Rn. 8; Soergel/Harder/Wegmann § 2139 Rn. 3; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 28 VIII 2 b; Ebenroth/Frank, JuS 1996, 794, 797.

⁷⁴ So aber z. B. Wolff/Raiser § 12 II 1; Kreß, Besitz (Fn. 63), 188.

⁷⁵ Vgl. Staudinger/Gutzeit, 2018, § 857 Rn. 21; Lange, FS Felgentraeger, 1969, 298; Palandt/Weidlich § 2139 Rn. 3.

§ 5. Schutz des unmittelbaren Besitzes



I. Einführung

Der Besitzschutz ist in den §§ 858–864 geregelt, doch ist zu beachten, dass der gesamte Abschnitt von § 854 bis § 872 nur den Besitz als Voraussetzung des Besitzschutzes regeln soll;¹ hier ist also nicht derjenige Besitz geregelt, der Voraussetzung eines Rechtserwerbs ist.² Der Besitzschutz der §§ 858 ff. wird *possessorischer Besitzschutz* genannt, weil in ihm ausschließlich die *possessio*, der Besitz, geschützt ist, ganz unabhängig von jedem Recht zum Besitz. Das Recht zum Besitz ist hier also völlig außer Betracht zu lassen! Am besten macht man sich diesen Besitzschutz klar, wenn man sich als Geschützten einen Besitzer vorstellt, der keinerlei Recht zum Besitz hat, z. B. also einen Besitzer, der die Sache durch Raub, Diebstahl oder Unterschlagung erlangt hat.³ Ein solcher Besitzer ist nach den §§ 858 ff. in seinem Besitz grundsätzlich gegen jede Störung geschützt, mag sie auch vom Eigentümer ausgehen.⁴ 1

II. Verbotene Eigenmacht

1. Voraussetzungen der verbotenen Eigenmacht

„Verbotene Eigenmacht“ gemäß § 858 I ist der zentrale Begriff des possessorischen Besitzschutzes, an welchen die Gewaltrechte (§ 859) und die Ansprüche (§§ 861 f.) anknüpfen.

¹ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 502.

² Zu den beiden Funktionen des Besitzes vgl. § 3 Rn. 2 f.

³ Vgl. zum Grund des Besitzschutzes § 3 Rn. 7.

⁴ Zum Besitzschutz nach dem DCFR von 2007 Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 237.

- 2 a) *Störung ohne Willen des Besitzers*: Verbotene Eigenmacht liegt dann vor, wenn der Besitzer eigenmächtig in einen Besitz eingreift, entweder durch Besitzentzug oder Besitzstörung (Rn. 5). Sie kann nur gegen den unmittelbaren Besitzer begangen werden, nicht gegen den mittelbaren Besitzer.⁵ Verbotene Eigenmacht liegt auch dann vor, wenn der Angriff sich gegen einen rechtswidrigen oder fehlerhaften Besitz, etwa eines Diebes, richtet. Ein Recht zum Besitz des Angreifers (etwa Eigentum) beseitigt nicht die Rechtswidrigkeit der verbotenen Eigenmacht. Der Angreifer muss nicht schuldhaft oder gar vorsätzlich handeln, er muss nicht einmal schuldhaftig sein, denn verbotene Eigenmacht ist eine rein objektive Besitzstörung. Die verbotene Eigenmacht muss gegen den Willen des Besitzers geschehen. Es muss allerdings kein aktueller Besitzwille verletzt werden, auch die Wegnahme etwa einer Sache, an welche der Besitzer z. Z. nicht denkt, ist verbotene Eigenmacht. § 858 I spricht daher vorsichtig von Störungen „ohne den Willen“ des Besitzers.
- 3 b) *Einwilligung*: Eine verbotene Eigenmacht liegt gemäß § 858 I nicht vor, soweit der Besitzer in den Eingriff einwilligt.⁶ Diese Einwilligung ist kein Rechtsgeschäft, Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich, natürliche Willensfähigkeit reicht aus;⁷ sie kann auch konkludent und im Voraus erfolgen. Die Einwilligung kann nur durch den unmittelbaren Besitzer geschehen, da nur er durch § 858 I geschützt ist; die Einwilligung des Besitzdieners oder des mittelbaren Besitzers ist bedeutungslos. Die Einwilligung ist nicht bindend, sie kann bis zur Vornahme des Eingriffs frei zurückgenommen werden, wie jede Einwilligung zum Eingriff in ein Rechtsgut; das gilt auch dann, wenn der Besitzer sich zur Erteilung der Einwilligung verpflichtet hat, oder wenn er die Einwilligung in einem Vertrag erklärt hat.⁸ Eine nachträgliche Genehmigung beendet die Fehlerhaftigkeit des Besitzes und ist zugleich ein Verzicht auf die Besitzschutzansprüche.
- 4 c) *Rechtfertigungsgründe*: Eine verbotene Eigenmacht ist weiter dann nicht gegeben, wenn das Gesetz sie „gestattet“, also ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Der Eingreifende muss also von der Rechtsordnung zum Eingriff legitimiert werden, z. B. nach §§ 227–229, 562b I, 859 f., 904, 1, 910 I, 962, 1626. Ein Eingriffsrecht kann sich auch aus den Vorschriften des Vollstreckungsrechts ergeben. Ein bloßer Anspruch auf die Sache, etwa der Herausgabeanspruch des Eigentümers oder des

⁵Vgl. etwa BGHZ 181, 223; Palandt/Herrler § 858 Rn. 2; Soergel/Stadler § 858 Rn. 3.

⁶BGH NJW 2016, 863 Rn. 16 ff. zur Benutzung eines Parkplatzes ohne Zahlung der Gebühr; dazu auch Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 45.

⁷Vgl. etwa Staudinger/Gutzeit, 2018, § 858 Rn. 18; MünchKomm/Schäfer § 858 Rn. 7; Soergel/Stadler § 858 Rn. 9; Palandt/Herrler § 858 Rn. 5; Westermann/Gursky § 21 Rn. 2; a. A. Baur/Stürner § 9 Rn. 5; Prütting Rn. 109.

⁸Vgl. RGZ 146, 182, 186; OLG Stuttgart NJW 2012, 625, 626; Westermann/Gursky § 21 Rn. 2; MünchKomm/Schäfer § 858 Rn. 7; Prütting Rn. 109. Einschränkung meint BGH NJW 2012, 1725 Rn. 10 ff., dass ein *Hausverbot*, also der Widerruf einer Zutritts-gestattung aufgrund des Hausrechts (dazu BGHZ 124, 39), dann nicht erklärt werden kann, wenn der Besitzer verpflichtet ist, Zutritt zu gewähren (Hotelier gegenüber dem Vorsitzenden der NPD); für den Widerruf verlangt er einen berechtigten Grund. Damit verkennt er, dass die Gestattung einer Besitzbeeinträchtigung jederzeit frei widerruflich ist, richtig Baur/Stürner § 9 Rn. 14.

Vermieters nach Beendigung des Mietverhältnisses, schließt jedoch die Rechtswidrigkeit einer verbotenen Eigenmacht nicht aus; erforderlich ist vielmehr, dass die Rechtsordnung die Rechtmäßigkeit des Eingriffs anordnet.⁹

2. Besitzentziehung, Besitzstörung und fehlerhafter Besitz

a) *Handlungen*: Verbotene Eigenmacht kann geschehen durch Besitzentzug oder durch Besitzstörung. Besitzentzug ist jedes Verhalten, das den Besitz des unmittelbaren Besitzers beendet. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Störer oder sonst wer den Besitz erwirbt oder ob die Sache besitzlos wird, weil etwa der Störer sie wegwirft. Besitzstörung ist jedes Verhalten, welches nicht Besitzentziehung ist und durch welches der Besitzer gehindert wird, mit der Sache nach Belieben zu verfahren; vgl. die Beispiele in Rn. 15. 5

b) *Fehlerhaftigkeit*: Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft, § 858 II 1. „Fehlerhafter Besitz“ ist ein *terminus technicus*, er darf nicht mit unrechtmäßigem Besitz verwechselt werden, also mit dem Fall, in welchem der Besitzer lediglich kein Recht zum Besitz hat. Der fehlerhafte Besitzer kann unrechtmäßiger Besitzer sein (z. B. der Dieb), aber auch rechtmäßiger Besitzer (z. B. der Käufer, der dem Verkäufer die Sache weggenommen hat); das Recht zum Besitz ist für den Besitzschutz ohne Bedeutung. 6

Die Bedeutung des fehlerhaften Besitzes liegt darin, dass sich an ihm der Besitzschutz ausrichtet. Gegen den fehlerhaften Besitzer richten sich deshalb die Gewaltrechte des § 859 II, III sowie der Anspruch aus § 861 I. Zu beachten ist, dass die Fehlerhaftigkeit des Besitzes relativ ist: Der Besitz ist fehlerhaft nur gegenüber demjenigen, dem er durch verbotene Eigenmacht entzogen ist. Allen anderen gegenüber liegt fehlerfreier Besitz vor.

Fehlerhaft besitzt nicht nur der, welcher den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, § 858 II 1, sondern auch sein Erbe, § 858 II 2;¹⁰ sonstige Gesamtrechtsnachfolger sind dem Erben gleichzustellen. Dagegen besitzt ein Einzelrechtsnachfolger nur dann fehlerhaft, wenn er beim Besitzerwerb bösgläubig war, § 858 II 2, d. h. wenn er beim Besitzerwerb die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers kennt; grobe Fahrlässigkeit schadet also nicht. Fehlerhaft besitzt nicht nur der bösgläubige Nachfolger dessen, der die verbotene Eigenmacht begangen hat, sondern jeder bösgläubige Nachfolger eines fehlerhaften Besitzers. Nachfolger im Besitz ist nicht nur derjenige, auf welchen der Besitz vom früheren Besitzer übertragen wurde, sondern jeder Besitzer, der zeitlich auf einen anderen folgt. Wer z. B. dem Dieb die gestohlene Sache stiehlt, besitzt gegenüber dem Dieb fehlerhaft. Er besitzt auch gegenüber dem ersten Bestohlenen fehlerhaft, wenn er beim Besitzerwerb von diesem Diebstahl wusste.

⁹ Vgl. Prütting Rn. 110; MünchKomm/Schäfer § 858 Rn. 8; Westermann/Gursky § 21 Rn. 6 f.

¹⁰ Dabei spielt es keine Rolle, ob er als Erbe bereits Besitz an den Nachlasssachen ergriffen hat oder ob er nach § 857 besitzt.

Fehlerhaft kann nicht nur der unmittelbare Besitz sein, sondern auch der mittelbare: Verleiht der Dieb die gestohlene Sache an einen Gutgläubigen, so ist dieser fehlerfreier unmittelbarer Fremdbesitzer; der Dieb ist fehlerhafter mittelbarer Eigenbesitzer.

Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes endet, wenn die Sache in den Besitz des entsetzten Besitzers¹¹ zurückgelangt oder wenn dieser dem Besitz zustimmt (er schenkt die Sache z. B. dem Dieb), oder schließlich durch Zeitablauf gemäß § 864.¹²

Erwirbt ein *Besitzdiener* Besitz für den Besitzherrn, so entscheidet analog § 166 I sein Wissen. Hatte er jedoch einen Auftrag zu dem Erwerb, ist § 166 II anzuwenden (§ 4 Rn. 27).¹³

III. Gewaltrechte

1. Besitzwehr

- 7 a) *Voraussetzungen:* Jeder Besitzer hat gemäß § 859 I das Recht, sich gegen verbotene Eigenmacht mit Gewalt zu wehren (Besitzwehr). Es handelt sich dabei um nichts anderes als um einen besonderen Fall der Notwehr nach § 227. Daher ist auch § 227 II anzuwenden: Der Verteidiger darf nur zu solchen Hilfsmitteln greifen, die zur Abwehr des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs erforderlich sind; von mehreren erfolgversprechenden Maßnahmen muss er die wählen, welche den Angreifer am wenigsten schädigt; andernfalls handelt er rechtswidrig.¹⁴ Dagegen ist eine Güterabwägung grundsätzlich nicht erforderlich, auch gegen relativ unbedeutende Störungen ist nämlich Besitzwehr möglich.¹⁵ Ist der Angriff bereits abgeschlossen, ist eine Besitzwehr nicht mehr zulässig.

Gegen die in einem unberechtigten Parken auf einem Grundstück liegende Besitzstörung des Grundstücks und teilweise Besitzentziehung¹⁶ darf sich der Besitzer etwa durch Abschleppenlassen des Pkw wehren.¹⁷

¹¹ Also in den Besitz desjenigen Besitzers, dem der Besitz entzogen wurde, vgl. zur Terminologie § 859 III.

¹² Wie hier (Enden der Fehlerhaftigkeit) Westermann/Gursky § 21 Rn. 9; Prütting Rn. 111; anders (Erlöschen der Ansprüche) MünchKomm/Schäfer § 864 Rn. 1.

¹³ Zum Fall, dass der Besitzdiener durch verbotene Eigenmacht den Besitz erwirbt, Wieling § 5 II 2 c.

¹⁴ Also keine harten Steine, wenn auch der Wurf mit einer weichen Kartoffel zur Verteidigung des Grundbesitzes gegen rechtswidrig eindringende Pkw ausreicht, vgl. AG Hadamar NJW 1995, 968.

¹⁵ Vgl. Baur/Stürner § 9 Rn. 11; Vieweg/Werner § 2 Rn. 55; unklar BGH NJW 2009, 2530, 2531.

¹⁶ Lorenz, NJW 2009, 1025, 1026; offen gelassen von BGH NJW 2016, 2407, 2408; differenzierend Schwarz-Ernst, NJW 1997, 2550.

¹⁷ Die ortsüblichen Abschleppkosten kann der Besitzer vom Fahrzeugführer und -halter nach §§ 683, 670 und ggf. nach § 823 I verlangen, vgl. BGH NJW 2016, 2407 ff.; ausführlich zu den Rechten des Besitzers in diesen Fällen Schwarz-Ernst, NJW 1997, 2550; Lorenz, NJW 2009,

Die Besitzwehr steht auch dem unrechtmäßigen und fehlerhaften Besitzer zu, dem letzteren sogar gegen den, dem gegenüber er fehlerhaft besitzt, also etwa dem Dieb gegenüber dem bestohlenen Eigentümer.¹⁸

b) *Besitzdiener und Dritte*: Zur Verteidigung des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht ist neben dem Besitzer auch der Besitzdiener berechtigt, § 860. Darüber hinaus kann auch jeder Dritte den Besitz des Besitzers gemäß § 859 I verteidigen, da das Recht der Besitzwehr ein Unterfall der Notwehr ist, die jedem Dritten in Form der Nothilfe gemäß § 227 I zusteht.¹⁹ Dritte dürfen nur dann nicht eingreifen, wenn der Besitzer selbst den Besitz nicht verteidigen will. 8

c) *Rechtmäßigkeit*: Besitzwehrhandlungen sind rechtmäßig, sie können daher nie strafbar sein oder zu Schadensersatz verpflichten; auch kann es keine Notwehr des Störers (§ 227) gegen die Besitzwehr geben. Treffen aber Besitzschutz und Rechtsschutz zusammen, so muss der Besitzschutz zurücktreten, der Rechtsschutz geht vor. Schickt sich etwa der Mieter an, Möbel zu verheizen oder im mitgemieteten Garten wertvolle Bäume zu fällen, so hat der Eigentümer – gleich ob er Vermieter und damit mittelbarer Besitzer ist – zum Schutz seines Eigentums das Notwehrrecht aus § 227.²⁰ Der Mieter ist nicht berechtigt, zum Schutz seines Besitzes einen Eingriff des Eigentümers gemäß § 859 I abzuwehren.²¹ 9

2. Besitzkehr

a) *Entzug beweglicher Sachen*: Ist der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, der Angriff auf den Besitz also erfolgreich abgeschlossen und beendet, so kommt eine Notwehr (Besitzwehr) nicht mehr in Betracht. Bei beweglichen Sachen steht dem Verletzten jedoch das Selbsthilferecht nach § 859 II zu: Besitzkehr. Er kann seinen Anspruch aus § 861 I gewaltsam gegen den Täter durchsetzen, wenn er ihn auf frischer Tat betrifft oder verfolgt. Das Gesetz führt hier ein weitgehendes Faustrecht ein,²² das sich nur dadurch begründen lässt, dass der Besitz beim Entziehenden noch nicht zur Ruhe gekommen und gefestigt ist; umso wichtiger ist die zeitlich enge Begrenzung des Selbsthilferechts. 10

1025; nicht anwendbar ist dagegen §§ 823 II, 858 I (str., vgl. § 5 Rn. 25).

¹⁸ Trifft der Bestohlene nach einiger Zeit den Dieb mit der Sache und will er sie ihm gewaltsam abnehmen, so hat der Dieb das Recht der Besitzwehr, seine Verteidigung ist rechtmäßig (wenn nicht § 229, erlaubte Selbsthilfe, eingreift).

¹⁹ So ausdrücklich Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 509; richtig Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 51; anders zu Unrecht die h. M., die nur § 227 I anwendet, vgl. etwa Staudinger/Gutzeit, 2018, § 859 Rn. 3; RGRK/Kregel § 859 Rn. 1.

²⁰ Der Eigentümer hat zugleich das Selbsthilferecht nach § 229 und den Anspruch aus § 1004.

²¹ So zutreffend Heck § 13, 5.

²² Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 509.

Das Recht zur Besitzkehr steht dem unmittelbaren Besitzer zu, dem Besitzdiener nach § 860. Entgegen der wohl überwiegenden Auffassung²³ ist auch eine Selbsthilfe durch Dritte in auftragloser Geschäftsführung zuzulassen.²⁴ Gründe, die gegen eine Besitzkehr durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag sprechen, sind nicht ersichtlich; das praktische Bedürfnis fordert eine solche Möglichkeit.

Dem früheren Besitzer steht das Recht zur Besitzkehr auch dann zu, wenn er fehlerhaft besaß, auch dann, wenn er gegenüber dem Entziehenden fehlerhaft besaß (Rn. 6). Selbst dann, wenn eine Klage gegen den Entsetzer gemäß § 861 II ausgeschlossen ist, kann der Verletzte doch das Gewaltrecht zum Zweck der Besitzkehr geltend machen.

- 11 *b) Entzug von Grundstücksbesitz:* Ist der Besitz an einem Grundstück entzogen, so steht dem entsetzten Besitzer das Recht zur Besitzkehr gemäß § 859 III zu. Er darf sich sofort nach der Entsetzung des Besitzes wieder bemächtigen. „Sofort nach der Entziehung“ bedeutet nicht unverzüglich (§ 121 I 1), es spielt keine Rolle, wann der Besitzer Kenntnis von der Entsetzung erlangt; es bedeutet aber auch andererseits nicht, dass der Entsetzte augenblicklich, blitzschnell tätig werden muss. Vielmehr muss der Betroffene so schnell, wie er unter den gegebenen Umständen nach einem objektiven Maßstab kann, reagieren.²⁵
- 12 *c) Störung von Grundstücksbesitz:* Ist der Besitz an einem Grundstück nicht entzogen, sondern gestört, ohne dass die engen zeitlichen Voraussetzungen eines gegenwärtigen Angriffs (§ 227 II) gegeben wären (dazu Rn. 7), etwa indem ein auf der Straße falsch geparktes Auto die Zufahrt zu einem Grundstück verhindert, so ist § 859 III entsprechend anwendbar.²⁶ Der Gestörte kann das Auto abschleppen lassen.

IV. Besitzschutzansprüche

1. Anspruch wegen Besitzentziehung, § 861

- 13 *a) Voraussetzungen:* Der Anspruch steht dem früheren unmittelbaren Besitzer zu, dem die Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde; ob er Eigen- oder Fremdbesitzer war, spielt keine Rolle, ebenso wenig, ob er zum Besitz berechtigt war. Der Besitzdiener kann den Anspruch nicht geltend machen, denn § 860 spricht

²³ Vgl. RGRK/Kregel § 860; Westermann/Gursky § 22 Rn. 3, der aber einschränkend das Handeln von Helfern vom Selbsthilferecht des Besitzers gedeckt sein lässt.

²⁴ Vgl. Soergel/Fahse § 229 Rn. 9; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 859 Rn. 18; ausf. Wieling § 5 III 2 a; nur bei anschließender Genehmigung durch den Anspruchsinhaber: MünchKomm/Grothe § 229 Rn. 2; die letztgenannte Auffassung entspricht nicht den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag.

²⁵ Besitzkehr nach 7 Stunden ist jedenfalls nicht mehr „sofort“, wie das AG München zutreffend feststellt, NJW 1996, 853 f.; die Nachtzeit lässt unberücksichtigt LG Frankfurt am Main NJW-RR 2003, 311.

²⁶ Vgl. dazu Wieling § 5 III 2 c a. E.; zust. Westermann/Gursky § 22 Rn. 5.

ihm nur die Gewaltrechte nach § 859 zu, wohl aber gemäß § 869 der mittelbare Besitzer. Der Anspruch aus § 861 I ist vererblich und abtretbar,²⁷ ohne dass zugleich der Anspruch aus einem Recht zum Besitz abgetreten werden müsste.

Anspruchsgegner ist der jetzige fehlerhafte Besitzer, sei es der Täter der verbotenen Eigenmacht, sei es ein Besitznachfolger i. S. v. § 858 II 2. Der Anspruch kann sich nicht gegen einen Besitzdiener richten, wohl aber gegen einen mittelbaren Besitzer, sofern dieser fehlerhaft besitzt. Der Besitz des mittelbaren Besitzers ist z. B. fehlerhaft, wenn er beim Besitzerwerb die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Besitzmittlers kennt. Beispiel: Der Dieb verkauft die gestohlene Sache und mietet sie vom bösgläubigen Erwerber zurück, die Besitzübertragung erfolgt durch Besitzkonstitut. Es haften beide aus § 861 I.

b) *Rechtsfolgen*: Der Anspruch aus § 861 I geht ausschließlich auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes, nicht auf die Herausgabe von Nutzungen und Surrogaten, nicht auf Schadensersatz. Denn der bloße Besitz, ohne Recht zum Besitz, ist kein Vermögenswert, dessen Entzug oder Störung durch einen Schadensersatz ausgeglichen werden müsste.²⁸ Verliert der aus § 861 I haftende Besitzer schuldhaft den Besitz, so wird er frei; er haftet nicht etwa aus §§ 280, 281 bzw. 283 auf Schadensersatz oder § 285.²⁹ Auch §§ 280, 286 sind nicht anwendbar. Allerdings hat der Gesetzgeber seinen Willen, bei reinen Besitzverletzungen keinen Schadensersatz zuzugestehen, nicht positiv im Gesetz ausgedrückt. Seine Absicht³⁰ wird aber dadurch deutlich, dass er die im gemeinen Recht übliche Regelung des Schadensersatzes bei Besitzverletzungen stillschweigend übergangen hat.³¹ 14

Der Anspruch aus § 861 I geht auf Wiedereinräumung des Besitzes. Der Schuldner muss also den Besitzzustand wiederherstellen, der vor der verbotenen Eigenmacht bestand. Er muss also – auf seine Kosten – die Sache wieder in den Besitz des Berechtigten bringen. Der mittelbare Besitzer ist verpflichtet, dem Berechtigten gemäß § 870 den mittelbaren Besitz zu verschaffen.

2. Anspruch wegen Besitzstörung, § 862

a) *Störungshandlung*: Wird der Besitz dem Besitzer durch verbotene Eigenmacht nicht entzogen, sondern sonstwie gestört, so greift § 862 I ein, falls die weiteren Voraussetzungen gegeben sind. Geschützt ist der unmittelbare Besitz, also die 15

²⁷ BGH NJW 2008, 580 Rn. 13.

²⁸ Der Besitz kann dem Besitzer zwar tatsächliche Vorteile bringen, etwa Nutzungsmöglichkeiten; solchen Aktiva stehen aber gleich hohe Passiva in Form von Ausgleichsansprüchen des wirklich Berechtigten entgegen, so dass der Vermögenswert des reinen Besitzes gleich Null bleibt. Zum Wert des Besitzes ausf. Wieling § 5 IV 1 b.

²⁹ Vgl. Motive III, 124; Westermann/Gursky § 23 Rn. 6; Müller/Gruber Rn. 328; MünchKomm/Schäfer § 861 Rn. 6; Schapp/Schur Rn. 125; zu § 285 so auch Lieder, JuS 2011, 874, 876.

³⁰ Vgl. Motive III, 119.

³¹ Dazu Wieling § 5 IV 1 b.

tatsächliche Möglichkeit des Besitzers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren. Störung ist jede Beeinträchtigung dieser Möglichkeit.

Die Störung kann erstens geschehen durch *körperliches Einwirken* auf die Sache: durch Betreten,³² Befahren, Überbau, Immissionen (z. B. Lärm, Feuchtigkeit)³³, Einwerfen unerwünschter Werbung usw. Soweit die Rechtsordnung (z. B. §§ 904 ff.) den Eigentümer zur Duldung von Störungen verpflichtet, muss auch der Besitzer sie hinnehmen; es liegt dann keine verbotene Eigenmacht vor. Eine Störung liegt zweitens bereits dann vor, wenn eine Einwirkung auf die Sache zwar noch nicht gegeben, aber mit Sicherheit zu erwarten ist.³⁴ Eine solche Situation kann vorliegen aufgrund einer gefahrdrohenden Anlage, wenn etwa ein Graben so dicht an einer Mauer ausgehoben wurde, dass der Einsturz zu erwarten ist. Eine Besitzstörung durch *drohende Einwirkung* kann sich aus dem Verhalten des Störenden ergeben, so etwa wenn jemand Bauvorbereitungen trifft, um auf dem Grundstück des Besitzers zu bauen. Eine drohende Einwirkung kann sich schließlich auch aus wörtlichen Erklärungen ergeben, wenn etwa der Störer eine Einwirkung auf die Sache androht. Auch hierin liegt eine Störung,³⁵ wenn die Drohung ernst zu nehmen ist. Dagegen ist das bloße Bestreiten des Besitzes oder die Behauptung eigenen Besitzes noch keine Besitzstörung, dem Betroffenen steht allenfalls die Feststellungsklage zu. Ebenso wenig stellt eine unbegründete Herausgabeklage eine Besitzstörung dar, das Beschreiten des Rechtsweges ist das Gegenteil der verbotenen Eigenmacht.

Die Störung muss auf die Sache, die besessen wird, einwirken; dagegen begründet die bloße Einwirkung auf den Besitzer noch keine Besitzstörung. Diese ist erst dann anzunehmen, wenn durch die Einwirkung auf die Person auch die Sache beeinträchtigt wird. Wird dem Mieter einer Wohnung Gas, Heizung, Strom abgesperrt,³⁶ bedeutet dies keinen Eingriff in die Mietsache, die Sachherrschaft an der Wohnung ist unbeeinträchtigt; der Vermieter begeht allerdings eine Vertragsverletzung.³⁷

- 16** *b) Störerbegriff:* Der Anspruch richtet sich gegen den Störer. Die Störung kann in einer störenden Handlung bestehen (Handlungsstörer) oder im Aufrechterhalten eines störenden Zustands (Zustandsstörer). Bei Handlungsstörungen richtet sich der Anspruch gegen den Handelnden. Er richtet sich weiter gegen den Auftraggeber, der den Handelnden zur Störungshandlung beauftragt hat; es haften in diesem Falle

³² Bei offenen, nicht eingezäunten oder sonst markierten Grundstücken, wie z. B. bei Waldgrundstücken, ist im Betreten jedoch regelmäßig keine verbotene Eigenmacht zu sehen, vgl. Planck/Brodmann § 862 Erl. 2 a α.

³³ BGH NJW 2015, 2023 Rn. 5 zur Geruchsbelästigung durch starkes Rauchen auf dem Balkon.

³⁴ Vgl. Prütting Rn. 125; Wolf § 2 D IV c 3; Eichler II/1, 265.

³⁵ Vgl. Planck/Brodmann § 862 Erl. 2 a; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 858 Rn. 15.

³⁶ Sog. „kalte“ oder „sibirische“ Räumung.

³⁷ Vgl. BGHZ 180, 300 Rn. 24 ff.; Wieling § 5 IV 2 a; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 44; Neuner, Sachenrecht, Rn. 89; a. A. Baur/Stürner § 9 Rn. 22. – Zu Recht anders für den digitalen Fernzugriff auf ein Gerät, etwa zu seiner Sperrung, Kuschel, AcP 220 (2020), 98, 124.

beide.³⁸ Störer ist ferner, wer Störungshandlungen duldet, obwohl er sie verhindern könnte. Eine Abwendungspflicht kann aber nur dann angenommen werden, wenn der Betroffene die Störung durch sein Verhalten erst ermöglicht hat, wenn er etwa ein Gewerbe ausübt, in dessen Betrieb Dritte übermäßigen Lärm verursachen,³⁹ oder wenn er einen solchen Betrieb verpachtet hat.⁴⁰ In solchen Fällen besteht eine Pflicht, gegen die Störung vorzugehen; geschieht das nicht, so liegt eine Störung durch Unterlassen vor.

Störer ist weiter, wer eine störende Anlage errichtet und unterhält, z. B. Gebäude auf fremdem Grund errichtet, überbaut, auf eigenem Grund so baut, dass Erker oder Balkone in den Luftraum des Nachbargrundstücks ragen usw. Störer ist aber auch, wer solche Anlagen besitzt und hält, ohne sie selbst errichtet zu haben. Denn Grundlage der Störungsklage ist nicht prinzipiell eine Störungshandlung, sondern allgemein eine Störung, mag sie in einer Handlung oder in einem Zustand bestehen.⁴¹ Voraussetzung für die Haftung aus § 862 I ist jedoch, dass der störende Zustand dem Inanspruchgenommenen zugerechnet werden kann. Das ist insbesondere der Fall, wenn er Rechtsnachfolger eines Handlungs- oder Zustandsstörers ist.⁴² Wer etwa ein Grundstück mit einer störenden Anlage erbt, ist Störer; ebenso, wer ein solches Grundstück sonstwie erwirbt, z. B. aufgrund eines Kaufs.

Eine Haftung für eine störende Anlage kann aber immer nur dann eintreten, wenn die Anlage wirklich von Menschenhand angelegt wurde. Der Eigentümer eines Felshangs, von welchem durch Verwitterungen Steine abbröckeln und auf ein anderes Grundstück fallen, ist nicht Störer.⁴³ Anders liegt es beim Eigentümer eines Grundstücks mit angelegtem Teich, in welchem Frösche durch übermäßiges Quaken die Nachbarn stören.⁴⁴ Mag der Eigentümer auch weder den Teich selbst angelegt haben noch Frösche dort ausgesetzt haben, so haftet er doch als Halter einer störenden Anlage. Entscheidend ist, dass er die Störung beseitigen kann, dass die Beseitigung von seinem Willen abhängt.

c) Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch: Besteht die Störung in einem störenden Zustand, so hat der Störer sie zu *beseitigen*, § 862 I 1, und zwar auf eigene Kosten. Er hat den Besitzstand herzustellen, wie er vor der Störung bestand.⁴⁵ Das bedeutet nicht etwa, dass der Zustand herzustellen wäre, wie er bestünde, wenn die Störung nicht eingetreten wäre. Der Beseitigungsanspruch geht nämlich nicht auf Naturalrestitution wie ein Schadensersatzanspruch. Hat etwa jemand durch Gräben

17

³⁸ Soergel/Stadler § 862 Rn. 3; Palandt/Herrler § 862 Rn. 8.

³⁹ RGZ 97, 25, 26: Haftung des Inhabers einer Fliegerschule, wenn Schüler in geringer Höhe Grundstücke überfliegen.

⁴⁰ Haftung des Verpächters einer Gastwirtschaft für Wirtshauslärm, RGZ 47, 163.

⁴¹ Vgl. Motive III, 125.

⁴² Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 57; vgl. auch § 23 Rn. 91 f. Nach BGH NJW 2016, 863 Rn. 21 f. ist dagegen für die Zurechnung erforderlich, dass der störende Zustand wenigstens mittelbar auf den Willen des Zustandsstörers zurückzuführen ist.

⁴³ Vgl. RGZ 134, 234; Wolff/Raiser § 17 I 2 b.

⁴⁴ Vgl. RG JW 1910, 654; auch RGZ 127, 34.

⁴⁵ Soergel/Stadler § 862 Rn. 4; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 862 Rn. 3 f.

auf dem eigenen Grundstück Regenwasser auf ein Nachbargrundstück geleitet, so kann der Gestörte Beseitigung der Gräben verlangen. Hat der Regen Schlamm, Geröll usw. auf das Nachbargrundstück getragen, so kann der Gestörte auch Beseitigung des Gerölls oder Schlammes verlangen. Ist dagegen durch das Wasser ein Blumenbeet zerstört worden oder Feuchtigkeit in ein Gebäude eingedrungen, so kann hierfür Ersatz nicht verlangt werden. Es handelt sich nicht um eine fortdauernde Störung, sondern um Schäden, die nach §§ 861, 862 nicht ersetzt werden; denn der Besitzstand des Betroffenen ist durch diese Schäden nicht gestört. Ein Schadensersatz kommt in solchen Fällen nur nach Deliktsrecht in Betracht.

Bei vorübergehenden Störungen hat der Gestörte nur dann einen Anspruch auf *Unterlassen*, wenn weitere Störungen zu besorgen sind, § 862 I 2. Es reicht nicht die bloße Möglichkeit weiterer Störungen, es müssen vielmehr Tatsachen gegeben sein, die bei verständiger Würdigung eine weitere Störung wahrscheinlich machen. Eine solche Wahrscheinlichkeit wird immer gegeben sein in den Fällen, in welchen sich der Störer ein Recht zur Vornahme der störenden Handlung anmaßt. Der Anspruch setzt nicht voraus, dass eine Sacheinwirkung bereits geschehen ist, eine drohende Einwirkung reicht aus. Eine vorübergehende Störung, bei welcher weitere Störungen nicht zu besorgen sind (z. B. Wanderer betreten ein fremdes Grundstück), ist zwar eine Besitzstörung, welche die Rechte aus § 859 gibt; ein Unterlassungsanspruch entsteht daraus jedoch nicht.

3. *Einwendungen gegen die Ansprüche aus §§ 861, 862*

- 18 a) *Recht zum Besitz*: Gegen die possessorischen Ansprüche aus §§ 861 I, 862 I kann sich der Schuldner nicht auf petitorische Einreden berufen, § 863. Das bedeutet, dass er nicht mit der Behauptung gehört wird, er habe ein Recht zum Besitz der Sache oder zur Vornahme der störenden Handlung bzw. zum Halten der störenden Anlage. Der Ausschluss petitorischer Einreden ergibt sich bereits aus § 858; nach dem Willen des Gesetzgebers sollte dies mit § 863 noch einmal klargestellt werden.⁴⁶ Nicht gehört wird der Beklagte auch mit der Einrede der Arglist nach § 242 (*dolo agit* ...), wenn er also geltend machen will, dass der Kläger in einem späteren petitorischen, auf ein Recht zum Besitz gestützten Prozess die Sache wieder herausgeben müsse;⁴⁷ andernfalls wäre § 863 umgangen.⁴⁸ Streitig ist, ob der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 II oder § 1000, 1 geltend machen kann. Die h. M. bejaht das,⁴⁹ weil andernfalls das Durchsetzen des Verwendungsersatzanspruchs erschwert werde. Das ist nicht haltbar, denn es verstößt offenbar gegen

⁴⁶ Motive III, 129 f.

⁴⁷ Zur *dolo-agit*-Einrede oben § 1 Fn. 12.

⁴⁸ Westermann/Gursky § 23 Rn. 7; andere auf § 242 gestützte Einreden sind möglich.

⁴⁹ Vgl. Palandt/Herrler § 863 Rn. 2; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 863 Rn. 7; Heck § 14, 5 a; Münch-Komm/Schäfer § 863 Rn. 5.

§ 863, da sich der Beklagte auf ein Recht zum Besitz berufen will.⁵⁰ Die Pflicht zur Herausgabe der Sache ohne Rücksicht auf das Besitzrecht erschwert immer die Verfolgung dieses Rechts; das hat der Gesetzgeber jedoch in Kauf genommen.

Zulässig ist dagegen nach § 863 die Einwendung, es liege überhaupt keine verbotene Eigenmacht vor. Damit wird nicht etwa der Eingriff in den Besitz bestritten, sondern nur seine Rechtswidrigkeit. Der Beklagte darf also einwenden, sein Eingriff sei von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt oder es habe eine Einwilligung des Besitzers bestanden. Damit bestreitet er lediglich die Voraussetzungen der §§ 861 I, 862 I (Rn. 3 f.), was selbstverständlich zulässig ist. Das Gesetz wiederholt hier also nur, was ohnehin schon im Rahmen des § 858 zu prüfen ist.

Natürlich kann der Beklagte nicht nur gemäß § 863 die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in den Besitz bestreiten, sondern auch sonstige Anspruchsvoraussetzungen, etwa dass der Kläger nicht Besitzer, sondern nur Besitzdiener sei, dass nicht er, sondern ein anderer in den Besitz eingegriffen habe usw.

b) Ausschlussfrist: Die Ansprüche aus §§ 861 I, 862 I unterliegen einer Ausschlussfrist von einem Jahr, gerechnet von der Verübung der verbotenen Eigenmacht, § 864 I. Ob der Besitzer von der verbotenen Eigenmacht weiß, ist unerheblich.⁵¹ Der Ablauf der Frist wird nur durch Erhebung der auf §§ 861 f. gestützten Klage unterbrochen. 19

c) Fehlerhafter Besitz: Gegen die possessorischen Ansprüche aus §§ 861 I, 862 I kann der Beklagte die von Amts wegen zu beachtende Einwendung geltend machen, der Kläger habe ihm gegenüber fehlerhaft besessen, § 861 II, oder er besitze ihm gegenüber fehlerhaft, § 862 II. Hat z. B. B dem E eine Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen und E sich von B die Sache durch verbotene Eigenmacht zurückgeholt, so kann der frühere Besitzer B wegen dieser zweiten verbotenen Eigenmacht gegen den aktuellen Besitzer E nicht aus § 861 I klagen;⁵² denn B besaß gegenüber E fehlerhaft. Würde man dem B eine Klage zugestehen, würde die *erste* verbotene Eigenmacht (des B) schließlich zum Erfolg führen. Das aber soll gerade verhindert werden. 20

Der Beklagte kann den fehlerhaften Besitz des Klägers aber nur innerhalb der in §§ 861 II, 862 II genannten Jahresfrist geltend machen; sie beginnt mit der ersten verbotenen Eigenmacht. Die zweite verbotene Eigenmacht, auf welche der Kläger sich stützt, muss innerhalb eines Jahres nach der ersten geschehen.

d) Rechtskräftiges Urteil über das Recht: Der possessorisch Beklagte kann sich grundsätzlich nicht auf ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung berufen, § 863 (Rn. 18). Ausnahmsweise kann er sich auf ein solches Recht aber doch berufen, wenn dieses Recht nach der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird,⁵³ § 864 II. Das rechtskräftige Urteil über das 21

⁵⁰ Vgl. Wieling § 5 IV 3 a; Soergel/Stadler § 863 Rn. 3.

⁵¹ Anders natürlich, wenn die Störung in einer Drohung besteht.

⁵² Dasselbe gilt, wenn ein Rechtsvorgänger des Klägers die verbotene Eigenmacht begangen hatte, wenn im Beispiel etwa X die Sache dem E entzogen hatte und X von B beerbt wurde, oder wenn X die Sache auf den bösgläubigen B überträgt.

⁵³ *Petitorium absorbet possessorium* („Ein Urteil über das Recht verschluckt ein Besitzschutzurteil“). Es genügt auch ein Leistungsurteil.

Recht rechtfertigt zwar nicht die verbotene Eigenmacht, eine Vollstreckung aus dem possessorischen Urteil wäre aber unerwünscht, da sie alsbald rückgängig gemacht werden könnte: Der Verurteilte könnte aufgrund seines festgestellten Rechts ein Leistungsurteil erreichen und die Sache zurückholen. Daher lässt das Gesetz den possessorischen Anspruch mit Rechtskraft des petitorischen Urteils untergehen.⁵⁴ Nach h. M. ist § 864 II analog auf den Fall anzuwenden, dass der verklagte Besitzstörer Widerklage aus seinem Besitzrecht erhebt und die Widerklage entscheidungsreif ist;⁵⁵ auf diese Weise werden zwei sich widersprechende Urteile verhindert.

4. Schutz des Mitbesitzes

- 22 Nach außen, Dritten gegenüber, genießt jeder Mitbesitzer⁵⁶ den vollen Besitzschutz. Auch untereinander haben Mitbesitzer die Gewaltrechte des § 859 und die possessorischen Ansprüche, aber gemäß § 866 nur dann, wenn von einem Mitbesitzer eine Störung ausgeht, welche nicht nur die Abgrenzung der Gebrauchsmöglichkeiten an der Sache betrifft. Störungen also, welche die Sachherrschaft der anderen völlig negieren, insbesondere der völlige Entzug des Besitzes, können mit den possessorischen Mitteln abgewehrt werden. Wollte z. B. ein Mieter dem anderen die Benutzung des Treppenhauses verwehren, so könnte dieser sich gegebenenfalls mit Gewalt Zutritt verschaffen, § 859 I. Geht es dagegen nur um die Abgrenzung der Gebrauchsmöglichkeit, so sind die possessorischen Rechtsmittel ausgeschlossen. Will beispielsweise ein Mieter dem anderen verbieten, sein Motorrad durch den Hausflur zu schieben und vor der Wohnungstür abzustellen, so geht es um die Grenzen des Gebrauchs am Hausflur. Weder § 859 noch §§ 861 I, 862 I greifen ein. Ob der Mieter berechtigt ist, sein Motorrad vor seiner Wohnungstür abzustellen, kann nur aufgrund der Mietverträge ermittelt werden. Es handelt sich dabei um einen Streit über das Recht, der nicht mit possessorischen Mitteln entschieden werden kann. Kein Mieter hat daher aus § 859 I das Recht, den anderen gewaltsam daran zu hindern, sein Motorrad mit in das Haus zu nehmen.

5. Anspruch aus § 867

- 23 a) *Abholungsanspruch*: Gemäß § 867, 1 ist der Besitzer eines Grundstücks, auf welches eine bewegliche Sache gelangt ist, verpflichtet, das Aufsuchen und Wegschaffen der Sache zu gestatten.⁵⁷ Ein solcher Anspruch ist deswegen erforderlich, weil

⁵⁴ § 864 II ist entsprechend anzuwenden auf ein vorläufig vollstreckbares Urteil und auf eine einstweilige Verfügung, s. Wieling § 5 IV 3 d; anders Zeising, Jura 2010, 248, 250.

⁵⁵ Dazu ausf. Wieling § 5 IV 3 e sowie Loyal, ZfPW 2019, 356, 381; s. zudem die Examensklausur von Finkenauer, JuS 2015, 818.

⁵⁶ Zum Mitbesitz vgl. § 4 Rn. 8; ausf. zu seinem Schutz Wieling § 5 IV 4.

⁵⁷ Eingehend Wieling § 5 IV 5.

der Grundstücksbesitzer regelmäßig nicht Besitzer der Sache wird, die auf sein Grundstück gelangt; vielmehr bleibt dem bisherigen Besitzer der beweglichen Sache weiterhin der Besitz erhalten, vgl. § 856 II. Es wären gegen den Grundstücksbesitzer daher Herausgabeansprüche aus §§ 861 I, 985, 1007, 1065, 1227 nicht gegeben, da sie Besitz des Schuldners voraussetzen. Diese Lücke schließt § 867, 1, indem er jedem Besitzer der beweglichen Sache einen Abholungsanspruch gegen den Grundstücksbesitzer gibt.⁵⁸ § 867 stellt keine gesetzliche Eigentums- und Besitzbeschränkung derart dar, dass der Besitzer der beweglichen Sache ohne Besitz- und Rechtsverletzung das Grundstück betreten dürfte. § 867 gibt kein Selbsthilferecht, sondern nur einen Anspruch auf Gestattung, den der Berechtigte nicht selbst durchsetzen darf. Tut er es, so begeht er eine verbotene Eigenmacht.

b) *Schadensersatzanspruch*: Der aus § 867 Berechtigte hat dem Grundstücksbesitzer alle Schäden zu ersetzen, die beim Aufsuchen und Wegschaffen der Sache verursacht werden, § 867, 2. Der Anspruch setzt kein Verschulden voraus, es handelt sich um einen Ausgleichsanspruch, ähnlich wie bei § 904, 2; er verjährt nach §§ 195, 199 I. Der Grundstücksbesitzer kann die Gestattung verweigern, bis ihm für einen zu besorgenden Schaden Sicherheit geleistet ist, § 867, 3. 24

6. Sonstige Besitzschutzansprüche

a) *Deliktsrecht*: Der Besitz wird nicht in § 823 I geschützt. § 823 I schützt nur Rechte oder Rechtspositionen mit Zuweisungsgehalt (Herrschaftsrechte). Dass der Besitz kein solches Recht darstellt, ist bereits gezeigt.⁵⁹ Der bloße Besitz kommt nicht als geschütztes Rechtsgut des § 823 I in Betracht; der erste Dieb kann also vom zweiten Dieb keinen Ersatz verlangen. Geschütztes Rechtsgut ist jedoch ein Besitz mit Recht zum Besitz.⁶⁰ Denn mit der Besitzüberlassung an den Fremdbesitzer erhält dieser ein verdinglichtes Recht; der Ersitzungsbesitzer ist aus demselben Grund geschützt (§ 13 Rn. 7 f.). 25

§ 858 I ist auch kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II.⁶¹ Selbst wenn man aber § 858 I mit dem BGH als Schutzgesetz anerkennen wollte, so folgt daraus nicht, dass bei einer Besitzverletzung ein Schadensersatzanspruch nach § 823 II gegeben werden könnte. Geschütztes Rechtsgut des § 858 I ist nämlich nicht eine Vermögensposition des Besitzers, sondern der reine Besitz, in welchem seine Persönlich-

⁵⁸ Den gleichen Anspruch gibt § 1005 dem Eigentümer der beweglichen Sache.

⁵⁹ Vgl. § 3 Rn. 6.

⁶⁰ Vgl. BGHZ 73, 355; BGH NJW 1981, 865, 866; Wieling, FG v. Lübtow, 1980, 565, 580 f. m. w. N.; vgl. weiter Planck/Brodmann § 858 Erl. 2; Soergel/Stadler Vor § 854 Rn. 13; Soergel/Spickhoff § 812 Rn. 98; Röthel/Sparmann, Jura 2005, 460 f.

⁶¹ Anders für den berechtigten Besitzer BGHZ 73, 355, 362; 79, 232, 237; BGH NJW 2009, 2530, 2531 (Falschparker); Palandt/Herrler § 858 Rn. 1; wie hier Westermann/Gursky, § 7 Rn. 8 a. E.; MünchKommWagner § 823 Rn. 290; Medicus, AcP 165 (1965), 115, 118 f., 137, 149; Finke-
nauer, JuS 2015, 818, 825; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 65 mit zutr. Hinweis auf eine evtl. mögliche Anwendung des verschuldensunabhängigen Anspruchs aus § 231.

keit und sein Wille geschützt sind.⁶² Ein Ersatzanspruch ergibt sich bei der Verletzung dieses Rechtsguts jedoch nicht.⁶³

- 26 *b) Besitzkondition:* Eine Besitzkondition gemäß § 812 I 1 Var. 2 wegen Eingriffs in den Besitz kommt nicht in Betracht. Eine Eingriffskondition setzt einen Eingriff in solche Rechte voraus, welche die Sache einer Person zuordnen, d. h. in Rechte mit Zuordnungsfunktion. Der Besitz hat eine solche Zuordnungsfunktion nicht,⁶⁴ der Eingriff in den bloßen Besitz kann somit keine Eingriffskondition auslösen. Der bestohlene Dieb kann somit vom zweiten Dieb nicht nach §§ 812 I 1 Var. 2, 818 I, II Herausgabe oder Wertersatz verlangen; er ist auf § 861 I beschränkt.
- 27 *c) Petitorische Herausgabeansprüche:* Die possessorischen Ansprüche wegen Besitzverletzung dürfen mit den petitorischen Ansprüchen (§§ 812, 823, 985, 1007 usw.) nicht vermengt werden. Auf einen petitorischen Anspruch können die Sonderregelungen, die für die possessorischen Ansprüche gelten, nicht angewandt werden. Auf einen Schadensersatzanspruch (§ 823) oder einen Bereicherungsanspruch sind daher die §§ 861 II, 862 II, 863, 864, 866 und 869 nicht anzuwenden.

⁶²Vgl. Rn. 7. Nichts anderes gilt, wenn man die herrschende Friedenstheorie als Gesetzeszweck zugrunde legt.

⁶³Vgl. auch Rn. 14.

⁶⁴Vgl. Rn. 6.

§ 6. Mittelbarer Besitz



I. Geschichte und Wesen des mittelbaren Besitzes

1. Entstehung des mittelbaren Besitzes

Der mittelbare Besitz hat sich aus der *possessio* des römischen Vermieters, Verpächters usw. entwickelt. Nach römischer Verkehrsanschauung stand die tatsächliche Sachgewalt nicht dem Mieter, Pächter, Verwahrer usw. zu, sondern dem Vermieter, Verpächter, Hinterleger etc. Der Mieter hatte eine dem heutigen Besitzdiener vergleichbare Stellung. Dagegen betrachtete die germanische Verkehrsanschauung den Mieter usw. als Inhaber der tatsächlichen Gewalt. Mit der Rezeption stieß das römische Recht mit der germanischen Verkehrsanschauung zusammen. Beide behielten im gemeinen deutschen Recht ihre Bedeutung. Die germanische Verkehrsanschauung setzte sich durch, indem man dem Mieter usw. die tatsächliche Gewalt zuerkannte. Er wurde possessorisch geschützt durch eine aus dem kanonischen Recht stammende „Spolienklage“. Der Vermieter, obwohl nicht mehr als Inhaber der Sachgewalt angesehen, behielt jedoch den römischrechtlichen Besitzschutz. Zu seinen Gunsten wurde eine Sachgewalt fingiert. Es gab somit einen zweifachen Besitz, den unmittelbaren Besitz kraft Verkehrsanschauung und den fiktiven mittelbaren Besitz kraft Geschichte. Das BGB hat diese Regelung im Wesentlichen übernommen.

Der mittelbare Besitz genießt Besitzschutz, weil er die Tendenz hat, zum unmittelbaren Besitz zu werden, und zwar nach Ablauf des Besitzmittlungsverhältnisses, also etwa der Miete, Pacht, der Verwahrung. Der mittelbare Besitzer hat also ein schutzwürdiges Interesse, dass dem Besitzmittler der Besitz nicht entzogen werde, weil nur so die Rückkehr der Sachgewalt an ihn, den mittelbaren Besitzer, gesichert ist. Darüber hinaus spielt der mittelbare Besitz auch eine Rolle beim Erwerb und bei der Übertragung von Rechten.

2. Wesen des mittelbaren Besitzes

- 2 Umstritten ist die Frage nach dem Wesen des mittelbaren Besitzes. Nach h. M. ist der mittelbare Besitz Sachherrschaft¹ bzw. „vergeistigte“ Sachherrschaft.² Der mittelbare Besitz gibt jedoch keinerlei Sachgewalt: Wäre mittelbarer Besitz Sachgewalt, so wären die §§ 868–871 überflüssig, der mittelbare Besitz müsste sich nach den §§ 854 ff. regeln; er müsste – über § 869 hinaus – vollen Besitzschutz genießen, was nicht zutrifft. Auch der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren, den die h. M. fordert (Rn. 4), vermittelt keine Sachherrschaft über die Sache, sondern verpflichtet diesen nur zur Herausgabe. Mittelbarer Besitz ist daher fingierter Besitz, er wird lediglich in einigen Beziehungen der Sachgewalt gleichgestellt.³

II. Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes

1. Besitzmittlungsverhältnis und Herausgabeanspruch

- 3 a) *Besitzmittlungsverhältnis*: Wenn jemand als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer besitzt oder aufgrund eines ähnlichen Verhältnisses, vermöge dessen er dem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere gemäß § 868 ein Besitzer, ein sog. mittelbarer Besitzer. Der Mieter usw. ist Besitz(ver)mittler, d. h. er ist Fremdbesitzer, der dem Vermieter den Besitz vermittelt und ihn auf diese Weise zum mittelbaren Besitzer macht. Dieses Besitzmittlungsverhältnis, genauer das vertragliche oder gesetzliche Rechtsverhältnis, das ihm zugrunde liegt,⁴ muss nach zutreffender h. M. nicht wirksam sein,⁵ ein Besitzrecht muss also nicht bestehen, wie der Zweck des Gesetzes zeigt. Denn der Besitzschutz aus § 869 muss einem Vermieter zustehen, gleich ob der Mietvertrag wirksam ist oder nicht. Geschützt ist nämlich die Aussicht des Vermieters, die Gewalt über die Sache zurückzuerlangen,⁶ und diese Aussicht hat der Vermieter auch, wenn der Mietvertrag unwirksam ist. Der mittelbare Besitz soll ferner die Möglichkeit eröffnen, auch ohne Sachgewalt dingliche Rechte zu übertragen und zu erwerben. Auch hier spielt die Wirksam-

¹ MünchKomm/Götz § 868 Rn. 8 f.

² Schapp/Schur Rn. 56; Müller/Gruber Rn. 446; Westermann/Gursky § 16 Rn. 9; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 868 Rn. 5.

³ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 515, 668; wie hier Sosnitzer, Besitz und Besitzschutz, 2003, 17 f.; ausf. Wieling, Studi in onore di Cesare Sanfilippo I, 1982, 715, 728 ff.

⁴ Herrschend wird nicht korrekt zwischen dem vertraglichen oder gesetzlichen Rechtsverhältnis (der Leihe, Verwahrung etc.) und dem Besitzmittlungsverhältnis unterschieden.

⁵ So BGH NJW 1986, 2438, 2439; NJW 2016, 495 Rn. 11; Prütting Rn. 83; Westermann/Gursky § 16 Rn. 7; Baur/Stürner § 7 Rn. 45; anders Kreß, Besitz und Recht, 1909, 200.

⁶ Vgl. Rn. 1.

keit des Besitzmittlungsverhältnisses keine Rolle: Wer als gutgläubiger Eigenbesitzer eine Sache – sei es auch unwirksam – vermietet, muss trotz seinem nunmehr mittelbaren Besitz weiter ersitzen können (§ 11 Rn. 2).

b) *Herausgabeanspruch*: Die h. M. verlangt einen Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers als Voraussetzung des mittelbaren Besitzes. Fehle der Anspruch, so könne mangels einer Sachbeziehung kein mittelbarer Besitz bestehen,⁷ der Anspruch vermittele dem mittelbaren Besitzer eine Sachgewalt; ohne Anspruch könne der unmittelbare Besitzer die Sache dauernd behalten. Dem ist entgegenzuhalten, dass der mittelbare Besitz nie Sachgewalt bedeutet, sondern eine Fiktion ist (Rn. 2). Zudem wäre auch ein Anspruch nicht geeignet, eine Sachgewalt herzustellen: Der Eigentümer, der vom Dieb Herausgabe der Sache verlangen kann, hat deswegen keinen mittelbaren Besitz. Der Anspruch gehört in die Kategorie des Rechtlichen, während der mittelbare Besitz zum Faktischen gehört, und beides sollte nicht durcheinandergebracht werden. Ein Herausgabeanspruch ist deshalb nicht zu verlangen;⁸ es genügt vielmehr eine wenigstens latente Herausgabebereitschaft des unmittelbaren Besitzers.⁹ 4

2. Unmittelbarer Besitz und Besitzwille

a) *Fremdbesitz des Besitzmittlers*: Mittelbarer Besitz setzt weder ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis voraus noch einen Herausgabeanspruch. Erforderlich ist vielmehr ein unmittelbarer Besitz des Besitzmittlers verbunden mit einem bestimmten Besitzwillen: Der Besitzmittler darf nicht Eigenbesitzer, er muss Fremdbesitzer sein; denn er muss beim Eintritt gewisser Voraussetzungen zur Herausgabe der Sache bereit sein.¹⁰ Auf diesen Fremdbesitzerwillen gründet sich die Fiktion des mittelbaren Besitzes, die dem mittelbaren Besitzer in gewissem Umfang die Vorteile des Besitzes vermittelt, obwohl er keine Sachgewalt hat. Wie bei jedem Besitzwillen handelt es sich auch hier um einen natürlichen Willen; Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. 5

b) *Besitzwille des mittelbaren Besitzers*: Neben Besitz des Besitzmittlers mit Fremdbesitzerwillen setzt der mittelbare Besitz einen Besitzwillen auch des mittelbaren Besitzers voraus.¹¹ Er muss wollen, dass der Besitzmittler ihm gegenüber 6

⁷Vgl. etwa BGH NJW 1953, 1506, 1508; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 868 Rn. 23; Westermann/Gursky § 17 Rn. 8; MünchKomm/Schäfer § 868 Rn. 16; Prütting Rn. 83; Schapp/Schur Rn. 57; Vieweg/Werner § 2 Rn. 2; Bömer, Besitzmittlungswille und mittelbarer Besitz, 2009, 264.

⁸Heck § 11, 6 a; Wolf § 2 B II b 4; Soergel/Henssler § 930 Rn. 20; ausf. Wieling § 6 II 3 b, 4; ders., AcP 184 (1984), 439 ff.; Brand, ZBB 2015, 40, 44 f.; so nun auch in der Sache BGH NJW 2016, 495 Rn. 11.

⁹Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 76; Kim, LMK 2016, 375135.

¹⁰Vgl. Motive III, 99; Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 516 f.; Wolf § 2 B II b 4; BGH NJW 1955, 499; BeckOK/Fritzsche § 930 Rn. 6; gegen den Besitzmittlungswillen als Voraussetzung Bömer, Besitzmittlungswille (Fn. 7), 262.

¹¹S. nur Müller/Gruber Rn. 471 f.; Westermann/Gursky § 18 Rn. 2.

einen eingeschränkten Besitzwillen hat. Auch für diesen Willen reicht die natürliche Willensfähigkeit. Bevor also der Geschäftsherr Besitzwillen gefasst hat, ist der Geschäftsführer ohne Auftrag noch kein Besitzmittler.¹²

3. Mehrstufiger mittelbarer Besitz

- 7 Mittelbarer Besitz kann auch in mehreren Stufen gegeben sein, so dass ein mittelbarer Besitzer zugleich wiederum Besitzmittler für einen weiteren mittelbaren Besitzer ist, § 871. An der Basis einer solchen Folge von Besitzmittlungsverhältnissen steht ein unmittelbarer Fremdbesitzer als Besitzmittler; an der Spitze steht ein mittelbarer Eigenbesitzer. Dazwischen können sich Besitzmittler, die zugleich mittelbare Besitzer sind, in beliebiger Anzahl befinden. Hat z. B. der Eigentümer die Sache zu Nießbrauch gegeben, der Nießbraucher sie vermietet, der Mieter untervermietet, der Untermieter die Sache in Verwahrung gegeben, so ist der Verwahrer unmittelbarer Fremdbesitzer, der Eigentümer mittelbarer Eigenbesitzer. Untermieter, Mieter und Nießbraucher sind mittelbare Fremdbesitzer und Besitzmittler zugleich. Der Untermieter ist mittelbarer Besitzer 1. Grades, der Mieter 2. Grades, der Nießbraucher 3. Grades.

Es ist auch möglich, dass eine Person an verschiedenen Stellen dieser Besitzerfolge beteiligt ist. Hat der Eigentümer eine Sache vermietet und sich diese vom Mieter ausgeliehen, so ist der Eigentümer als Entleiher unmittelbarer Fremdbesitzer, der für den Mieter besitzt. Dieser besitzt für den Eigentümer, so dass der Eigentümer zugleich mittelbarer Eigenbesitzer und unmittelbarer Fremdbesitzer ist.

III. Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes

1. Erwerb des mittelbaren Besitzes

- 8 a) *Übergabe durch unmittelbaren Besitzer*: Der einfachste Fall des Erwerbs mittelbaren Besitzes liegt darin, dass ein unmittelbarer Besitzer seinen Besitz in mittelbaren verwandelt, indem er die Sache einem Besitzmittler übergibt; so wenn der bisherige unmittelbare Besitzer die Sache verleiht, vermietet, verpfändet usw.; der Mieter etc. wird Besitzmittler.

Komplizierter liegt der Fall, wenn jemand mittelbaren Besitz erwirbt, der bisher überhaupt keinen Besitz hatte:

- 9 b) *Erwerb vermittelnden Besitzes*: Mittelbarer Besitz kann dadurch erworben werden, dass ein Dritter vermittelnden Besitz für den mittelbaren Besitzer erwirbt,

¹² Vgl. Wieling § 6 II 5; Westermann/Gursky § 18 Rn. 2 sowie unten § 9 Rn. 41. Die gegenteilige Ansicht (Palandt/Herrler § 868 Rn. 8), die einen Besitzerwerb unabhängig vom Besitzwillen des Geschäftsherrn annimmt, beruft sich zu Unrecht auf RGZ 98, 131, 134; das Reichsgericht nimmt einen mittelbaren Besitz des Geschäftsherrn erst nach dessen Genehmigung an. Vertretung in der Fassung von Besitzwillen ist allerdings möglich, vgl. § 4 Rn. 30.

etwa ein Beauftragter, Kommissionär usw. Der Beauftragte kann die von ihm gekaufte Sache also als Fremdbesitzer ergreifen und dem Auftraggeber zugleich den Besitz vermitteln. Es handelt sich um einen Erwerb durch Stellvertretung, ebenso wie beim Besitzerwerb durch Besitzzdiener.¹³

Wer den unmittelbaren Besitz an einer Sache erwirbt, um daran einem anderen den Besitz zu vermitteln, d. h. also wer Fremdbesitz erwirbt und bereit ist, die Sache unter bestimmten Voraussetzungen herauszugeben, der vermittelt dem mittelbaren Besitzer den Besitz, wenn dieser den Besitzwillen hat. Entscheidend ist somit der Wille des Besitzmittlers, ob er Eigenbesitz erwerben will oder Fremdbesitz, und wem er im letzteren Fall den Besitz vermitteln will. Natürlich kommt es hierbei nicht auf den inneren, nicht erkennbaren Willen an; andererseits ist aber auch nicht in entsprechender Anwendung des § 164 zu fordern, dass der Besitzmittler in fremdem Namen auftritt. Es reicht aus, wenn der Wille, Besitz zu vermitteln, irgendwie erkennbar ist, z. B. aufgrund vorausgegangener Vereinbarungen der Parteien. Für Dritte muss dieser Wille nicht erkennbar sein; denn es geht hier nicht um den Schutz Dritter; für diese ist entscheidend, dass der Besitzmittler unmittelbaren Besitz erworben hat, den sie respektieren müssen, und hierfür spielt es keine Rolle, ob es sich um Eigen- oder Fremdbesitz handelt. Es geht allein um die Frage, ob der Auftraggeber usw. mittelbaren Besitz erworben hat.

c) *Besitzkonstitut*: Der Besitzmittler kann vermittelnden Fremdbesitz einmal sofort beim Erwerb der Sache ergreifen. Er kann aber auch zunächst Eigenbesitz ergreifen und sich erst später zum Besitzvertreter machen, indem er sich entschließt, seinen Eigenbesitz in vermittelnden Fremdbesitz umzuwandeln. Eine solche Besitzumwandlung kann etwa geschehen, wenn der Eigentümer seine Sache veräußert, sie aber zugleich für einige Zeit vom Erwerber zurückmietet. Dabei wandelt der Veräußerer seinen bisherigen Eigenbesitz in vermittelnden Fremdbesitz um und verschafft so dem Erwerber mittelbaren Besitz. Da diese Art der Besitzübertragung auf einem einfachen Entschluss (lat. *constituere*) beruht – der Besitzer beschließt, fortan für einen anderen zu besitzen –, nannte man sie im gemeinen Recht „*constitutum possessorium*“, Besitzkonstitut.¹⁴

10

Ein Besitzkonstitut ist auch dann möglich, wenn der Veräußerer nur mittelbaren Besitz hat, wenn er die Sache z. B. vermietet hat. Der Veräußerer verwandelt durch das Besitzkonstitut seinen mittelbaren Eigenbesitz in mittelbaren Fremdbesitz 1. Grades, und da der Veräußerer dem Erwerber den Besitz mittelt, erwirbt dieser mittelbaren Eigenbesitz 2. Grades.

2. Übertragung des mittelbaren Besitzes

a) *Besitzanweisung*: Der mittelbare Besitz hängt wesentlich vom Willen des Besitzmittlers ab. Wenn daher der Besitzmittler erkennbar den Willen fasst, nicht mehr für den alten mittelbaren Besitzer, sondern für einen neuen zu besitzen, so geht der mittelbare Besitz auf den neuen mittelbaren Besitzer über. Von einer Übertragung

11

¹³ Vgl. § 4 Rn. 26 f.

¹⁴ Ausf. Wieling § 6 III 1 c.

des mittelbaren Besitzes kann man aber nur sprechen, wenn dieser Übergang mit dem Willen des alten mittelbaren Besitzers erfolgt, auf dessen Weisung. Diese Übertragung des mittelbaren Besitzes durch eine Weisung, welcher der Besitzmittler erkennbar nachkommt, war schon im gemeinen Recht bekannt, sie ist auch heute anzuerkennen.¹⁵

- 12 *b) Abtretung des Herausgabeanspruchs:* Gemäß § 870 kann der mittelbare Besitz auch dadurch übertragen werden, dass der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. Abgetreten wird regelmäßig der – womöglich bedingte oder künftige – vertragliche Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers, aber auch ein gesetzlicher Anspruch, z. B. aus §§ 812, 985.¹⁶ An der Abtretung gemäß § 398 ist der Besitzmittler nicht beteiligt, er muss nicht einmal davon wissen.¹⁷ Die Übertragung nach § 870 berücksichtigt daher nicht, dass der Wille des Besitzmittlers die Grundlage des mittelbaren Besitzes ist. Der Besitz kann vom Zedenten auf den Zessionar übergehen, obwohl der Besitzmittler weiterhin für den Zedenten besitzen will. Es ist daher angebracht, die gesetzlich verordnete Anomalie in § 870 auf den Übergang des mittelbaren Besitzes zu beschränken und im Übrigen die allgemeinen Grundsätze des Besitzrechts zu beachten: Solange der Besitzmittler nichts von der Übertragung des Besitzes gemäß § 870 weiß, vermittelt er dem Zessionar den Besitz. Erfährt er davon, ohne sich zu äußern, so ist von seinem Einverständnis mit der Zession auszugehen. Erklärt dagegen der Besitzmittler, er wolle nicht für den Zessionar besitzen, sondern weiterhin für den Zedenten, so entzieht er damit dem Zessionar den Besitz. Erklärt der Besitzmittler schon vor der Zession, er werde dem Zessionar nicht den Besitz vermitteln, so geht dennoch der mittelbare Besitz nach § 870 über; er wird dem Zessionar aber alsbald wieder entzogen und steht wieder dem Zedenten zu.¹⁸ Sollte kein Herausgabeanspruch bestehen,¹⁹ muss, den Intentionen des Gesetzgebers entsprechend, dennoch eine Abtretung des mittelbaren Besitzes gemäß § 870 möglich sein.²⁰

Entgegen der h. M.²¹ liegt in der Abtretung ausnahmsweise kein Vertrag, auf den die Regeln über Rechtsgeschäfte anwendbar wären. Wie könnte die Tatsache „mittelbarer Besitz“ abhängig sein von der Geschäftsfähigkeit der Parteien, von einer Irrtumsanfechtung usw.? Der Gesetzgeber hat die Form des § 870 deswegen gewählt, damit der Wille der Parteien zur Besitzübertragung außer Frage stehe. Dieses Ziel wird aber auch erreicht, wenn man in der Einigung nach § 870 einen rein tatsächlichen, nicht rechtsgeschäftlichen Vorgang sieht. § 870 meint ebenso wenig ein

¹⁵ Und zwar neben der Möglichkeit aus § 870 (vgl. dort „kann“), vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 629; Wieling § 6 III 2 a; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 80.

¹⁶ Dem gleichgestellt ist der gesetzliche Forderungsübergang nach §§ 566, 1922.

¹⁷ §§ 404 ff. sind zu seinen Gunsten anwendbar.

¹⁸ Zum Vorstehenden O. v. Gierke II § 115 IV 2 d.

¹⁹ Beispiel: Der Erblasser hat eine Sache in Verwahrung gegeben, der Verwahrer bestätigt gegenüber dem Scheinerben seine Herausgabebereitschaft. Dadurch ist der Scheinerbe mittelbarer Besitzer, einen Herausgabeanspruch hat er jedoch nicht.

²⁰ Eingehend Wieling, AcP 184 (1984), 439, 459 f.

²¹ Vgl. etwa Palandt/Herrler § 870 Rn. 1.

Rechtsgeschäft wie § 854 II;²² die Besitzübertragung nach § 870 fordert daher keine Geschäftsfähigkeit, natürliche Willensfähigkeit genügt.²³ Wird durch die Besitzübertragung nach § 870 auch eine Forderung übertragen, so ist eine rechtsgeschäftliche Zession nach § 398 erforderlich. Sie wird in aller Regel in der Besitzabtretung nach § 870 mitenthalten sein, da der Gesetzgeber beides verbunden hat.²⁴

3. Verlust des mittelbaren Besitzes

a) *Erlöschenstatbestände*: Der mittelbare Besitz geht unter, wenn der mittelbare Besitzer seinen Besitz aufgibt, etwa die verliehene Sache dem Entleiher schenkt. Der mittelbare Besitz geht ferner dann unter, wenn der unmittelbare Besitz des Besitzmittlers endet. Kommt ihm die Sache abhanden, so gilt sie gemäß § 935 I 2 als auch dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommen. Gibt der Besitzmittler den Besitz freiwillig auf, aber gegen den Willen des mittelbaren Besitzers, so verliert dieser zwar unfreiwillig seinen Besitz,²⁵ es liegt aber kein Abhandenkommen vor.²⁶ Der Besitz des mittelbaren Besitzers bleibt aber erhalten, wenn der Besitzmittler den unmittelbaren Besitz lediglich auf einen weiteren Besitzmittler überträgt, wenn etwa der Mieter die Sache – befugt oder nicht – in Untermiete gibt. 13

Der mittelbare Besitz erlischt auch dann, wenn der Besitzmittler die Sache zwar weiterhin in seinem Besitz behält, aber den Entschluss fasst und betätigt, dem mittelbaren Besitzer nicht mehr den Besitz zu vermitteln. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Besitzmittler sich selbst zum Eigenbesitzer aufwirft oder ob er nunmehr einem Dritten den Besitz vermitteln will.

b) *Nebenbesitz*: Fraglich ist, ob der mittelbare Besitz immer endet, wenn der Besitzmittler den Entschluss betätigt, für einen anderen zu besitzen, oder ob es möglich ist, dass der alte und der neue mittelbare Besitzer *nebeneinander* auf gleicher Stufe mittelbaren Besitz haben: Nebenbesitz. Das Reichsgericht und in seinem Gefolge die h. M. sehen einen Nebenbesitz als unmöglich an,²⁷ in folgender Fallgestaltung: Lagerhalter L hat Zucker in Säcken für den Eigentümer E auf Lager genommen. K, der den Zucker von E unter Eigentumsvorbehalt gekauft hat, gibt sich fälschlich als Eigentümer aus und veräußert den Zucker an den gutgläubigen X, 14

²² Vgl. § 4 Rn. 16.

²³ Wieling, AcP 184 (1984), 439, 460 f.

²⁴ Herausgabeanspruch und mittelbarer Besitz können also verschiedenen Personen zustehen: Überträgt ein Minderjähriger seinen mittelbaren Besitz nach § 870, so geht dieser Besitz über, da die Besitzübertragung nach § 870 kein Rechtsgeschäft ist. Der Herausgabeanspruch dagegen geht nicht über, dessen Zession nach § 398 ist ein Rechtsgeschäft.

²⁵ Vgl. §§ 1007 III 1, 940 II.

²⁶ Vgl. Westermann/Gursky § 18 Rn. 4; Wolff/Raiser § 15 II 1 c.

²⁷ RGZ 135, 75 ff. („Zuckerfall“); 138, 265 ff.; BGHZ 28, 27; BGH NJW 1979, 2037, 2038; Baur/Stürner § 7 Rn. 59; Wilhelm Rn. 508; Voigt, Die Funktion mittelbaren Besitzes beim Mobiliarerwerb, 2012, 58 ff.

indem er ihm den angeblichen Anspruch gegen L abtritt. L stellt auch dem X einen Lagerschein aus, erklärt aber auch dem E, den Zucker für ihn zu verwahren. Das Reichsgericht nahm an, X sei allein mittelbarer Besitzer des Zuckers, E habe seinen mittelbaren Besitz mit der Ausstellung des Lagerscheins an X verloren;²⁸ es könnten nicht zwei zugleich gleichstufige mittelbare Besitzer sein. Außerdem ergebe sich bei der Annahme eines Nebenbesitzes die Rechtsunsicherheit, auf wen die Eigentumsvermutung des § 1006 III zutreffe.

Stellt man für den mittelbaren Besitz richtigerweise auf das Verhalten und den Willen des Besitzmittlers ab, so muss man einen Nebenbesitz bejahen.²⁹ Entscheidend ist, dass sowohl E als auch X die Aussicht haben, die Sachen zu erlangen, da L gegenüber beiden herausgabebereit ist. Jeder, der einen Teil der eingelagerten Ware fordert, bekommt ihn. Damit sind die Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes gegeben. Die Gegenansicht würde bei jeder Besitzhandlung des Besitzmittlers zugunsten des einen oder anderen zu einem Besitzwechsel führen, was kaum vertretbar wäre. Das Argument aus § 1006 III greift nicht durch: Zwischen den Nebenbesitzern besteht keine Eigentumsvermutung, wohl aber zugunsten jedes Nebenbesitzers gegenüber Dritten. Schließlich ist es auch kein Argument gegen den Nebenbesitz, dass der Besitzmittler sich zwischen den Nebenbesitzern entscheiden müsse, wenn sie gleichzeitig zu ihm kämen und die Sachen forderten. In diesem Fall muss sich der Besitzmittler in der Tat entscheiden und einem den mittelbaren Besitz entziehen. Es ist aber nicht einzusehen, wieso der Zwang zu einer Entscheidung ein Argument gegen den Nebenbesitz in Fällen sein sollte, in welchen ein solcher Zwang nicht oder noch nicht besteht. Im obigen Beispiel sind also sowohl der Eigentümer E als auch K, der die Ware unter Eigentumsvorbehalt gekauft hat, mittelbare Besitzer. Die Frage des Besitzes ist von Bedeutung bei der Übereignung der Ware.³⁰

IV. Schutz des mittelbaren Besitzes

- 15** Besitzschutz ist Schutz der tatsächlichen Gewalt. Da jedoch mittelbarer Besitz keine tatsächliche Gewalt ist, sondern nur die Fiktion einer tatsächlichen Gewalt (Rn. 2), kann sich eine verbotene Eigenmacht nie gegen den mittelbaren Besitz selbst richten; die §§ 859, 861, 862 können nicht direkt auf ihn angewandt werden; § 869 gewährt ihm die Besitzschutzansprüche in modifizierter Form.

²⁸ Weshalb es einen gutgläubigen Erwerb nach § 934 (2) bejaht hat; zustimmend z. B. Wolf § 2 B III c 3; MünchKomm/Schäfer § 868 Rn. 20; Westermann/Gursky § 18 Rn. 7; Tiedtke, Jura 1983, 465; andere plädieren nach dem Prioritätsprinzip für das Fortbestehen des ursprünglichen Besitzes des E; so Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 77; Soergel/Stadler § 868 Rn. 21; Picker, AcP 188 (1988), 511, 564 f.; Bömer, Besitzmittlungswille (Fn. 7), 262.

²⁹ So z. B. auch Wolff/Raiser § 15 II 2; Baur/Stürmer § 52 Rn. 24; Medicus/Petersen Rn. 558; Weber, JuS 1999, 1, 5.

³⁰ Vgl. § 9 Rn. 23; § 10 Rn. 24.

1. Gewaltrechte des mittelbaren Besitzers

Da § 869 dem mittelbaren Besitzer nicht die Rechte aus § 859 zuerkennt, stehen ihm lediglich die allgemeinen Gewaltrechte nach §§ 227 ff. zu, nicht aber Besitzwehr und Besitzkehr, und zwar weder gegen Dritte noch gegen den Besitzmittler. Wird der Besitz des unmittelbaren Besitzers gestört, so kann jedoch gemäß §§ 859 I, 227 jeder Dritte Besitzwehr für den unmittelbaren Besitzer ausüben, also auch der mittelbare Besitzer. Auch das Selbsthilferecht der Besitzkehr, § 859 II, III, kann jeder Dritte, also auch der mittelbare Besitzer, als Geschäftsführer ohne Auftrag für den unmittelbaren Besitzer ausüben.³¹ 16

2. Besitzschutzanspruch aus § 869

a) *Herausgabe- und Beseitigungsanspruch*: Gemäß § 869, 1 stehen dem mittelbaren Besitzer die Ansprüche aus §§ 861 I, 862 I zu. Damit soll die Aussicht des mittelbaren Besitzers, die tatsächliche Gewalt über die Sache zu erlangen, geschützt werden. Die Ansprüche, die dem unmittelbaren Besitzer zustehen, werden auch dem mittelbaren Besitzer gegeben. Es muss also eine verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitz vorliegen, der Anspruch kann sich nie gegen den Besitzmittler selbst richten. Hat der Besitzmittler in die Störungshandlung eines Dritten eingewilligt, so liegt keine verbotene Eigenmacht vor, ein Anspruch aus § 869 ist nicht gegeben. 17

Der Anspruch aus §§ 869, 1, 861 I hat das gleiche Ziel wie der aus § 861 I. Er geht in erster Linie auf Herausgabe der Sache an den unmittelbaren Besitzer, dem die Sache entzogen war, vgl. § 869, 2. Nur wenn dieser die Sache nicht mehr übernehmen will oder kann, etwa weil das Besitzmittlungsverhältnis abgelaufen ist, kann der mittelbare Besitzer Herausgabe an sich selbst verlangen.

b) *Einwendung des fehlerhaften Besitzes*: § 869 gibt dem mittelbaren Besitzer nur die Ansprüche aus §§ 861 I, 862 I. Man wird ihm aber auch zugestehen müssen, verteidigungsweise die Einrede des fehlerhaften Besitzes gemäß §§ 861 II, 862 II geltend zu machen. § 869 will dem mittelbaren Besitzer die Möglichkeit einräumen, im Prozess die Rechte geltend zu machen, die auch dem unmittelbaren Besitzer zustehen. Wäre also bei einer Klage gegen den unmittelbaren Besitzer die Einrede des fehlerhaften Besitzes begründet, so muss auch dem mittelbaren Besitzer diese Verteidigung zustehen. Beispiel: E hatte dem B Pferde unter Eigentumsvorbehalt geliefert, X hat die Pferde durch verbotene Eigenmacht an sich gebracht; E hat dem X die Pferde weggenommen, weshalb X gegen E aus § 861 I klagt. E hat gemäß § 861 II die Einwendung des fehlerhaften Besitzes.³² 18

³¹ Vgl. zum Vorstehenden § 5 Rn. 8, 10.

³² H. M., vgl. RGZ 69, 197, 198; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 896 Rn. 5; anders Wilhelm Rn. 536.

- 19** *c) Abholungsanspruch:* Gemäß §§ 869, 3, 867 kann der mittelbare Besitzer auch verlangen, dass ihm der Besitzer eines Grundstücks das Aufsuchen und Wegschaffen der dorthin gelangten Sache gestattet, wenn der unmittelbare Besitzer die Sache nicht wieder an sich nehmen kann oder will.³³
- 20** *d) Deliktischer Schutz:* Da der mittelbare Besitz ebenso wenig ein Recht ist wie der unmittelbare, so wird auch er nicht in §§ 812 I 1 Var. 2, 823 geschützt. Es kann auch kein Schadensersatz wegen Verletzung des mittelbaren Besitzes verlangt werden.³⁴ Mittelbarer Besitz allein begründet weder ein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO noch ein Aussonderungsrecht im Insolvenzverfahren.

³³ § 5 Rn. 23.

³⁴ Anders natürlich, wenn zusätzlich ein Recht zum Besitz verletzt ist.

§ 7. Rechtsbesitz an Dienstbarkeiten



Während das römische Recht einen Besitz nur an Sachen zuließ, kannte das germanische und kanonische Recht auch einen Besitz an Rechten, wenn diese regelmäßig ausgeübt wurden. Ein solcher Rechtsbesitz war unabhängig davon, ob das Recht wirklich bestand. 1

a) *Voraussetzungen:* Das BGB kennt einen Rechtsbesitz nur noch an Dienstbarkeiten, § 1029. 2

aa) *Ausübung der Dienstbarkeit:* Voraussetzung für den Rechtsbesitz an der Grunddienstbarkeit¹ ist zunächst, dass diese „innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist“. Der Gesetzgeber wollte den Rechtsbesitz möglichst ähnlich dem Sachbesitz gestalten, als Parallele zur Sachgewalt bestimmte er daher den tatsächlichen Zustand der Ausübung der Grunddienstbarkeit.

Bei der Frage, wie eine Grunddienstbarkeit ausgeübt werden kann, sind mehrere Fallgestaltungen denkbar: Positive Dienstbarkeiten, deren Ausübung in einer Handlung besteht, z. B. das Wegerecht. Sie berechtigen den Inhaber zu einer positiven Handlung, die Ausübung einer solchen Grunddienstbarkeit besteht in der Vornahme der Handlung, z. B. im Begehen des Grundstücks bei einem Wegerecht. Eine andere Art positiver Dienstbarkeiten berechtigt dazu, auf dem dienenden Grundstück eine Anlage zu halten, z. B. Gleise, Rohrleitungen, ein Bauwerk usw. Die Ausübung dieser Art von Grunddienstbarkeiten geschieht dadurch, dass die Anlage errichtet und aufrechterhalten wird. Die Jahresfrist des § 1029 beginnt in diesen Fällen erst dann zu laufen, wenn die Anlage entfernt wurde.

Negative Dienstbarkeiten berechtigen den Inhaber, gewisse Handlungen auf dem dienenden Grundstück zu verbieten; der Eigentümer des dienenden Grundstücks ist verpflichtet, diese Handlungen zu unterlassen. Solche Dienstbarkeiten werden bereits dadurch „ausgeübt“, dass der verpflichtete Eigentümer seiner Unterlassungspflicht nachkommt.

¹ Bei persönlichen Dienstbarkeiten gilt gemäß § 1090 II für den Rechtsbesitz dasselbe.

- 3 *bb) Eintragung der Dienstbarkeit:* Voraussetzung für das Entstehen des Rechtsbesitzes ist weiter die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch. Ob die Dienstbarkeit besteht, ist ohne Bedeutung. Ist etwa für D eine Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen des Inhalts, dass D über das Grundstück des E gehen und fahren darf, und hat D dieses Recht regelmäßig ausgeübt, so hat D Rechtsbesitz an der Dienstbarkeit. Ob die Dienstbarkeit wirklich besteht, spielt dabei keine Rolle.
- 4 *b) Erlöschen:* Der Rechtsbesitz erlischt, sobald die Dienstbarkeit im Grundbuch gelöscht wird. Er erlischt ferner spätestens ein Jahr nach der letzten Ausübung der Dienstbarkeit. Bei positiven Dienstbarkeiten, die zu einer Handlung berechtigen, endet der Rechtsbesitz ein Jahr nach der letzten Ausübungshandlung. Das gilt selbst dann, wenn die Dienstbarkeit nur in größeren Abständen als einem Jahr ausgeübt werden kann. Bei einer Dienstbarkeit, die zum Halten einer Anlage berechtigt, erlischt der Rechtsbesitz spätestens ein Jahr nach Entfernung der Anlage. Bei negativen Dienstbarkeiten, die also auf ein Unterlassen gehen, entscheidet die Art der Zuwiderhandlung. Verstößt der Verpflichtete regelmäßig gegen die Unterlassungspflicht, so endet der Rechtsbesitz spätestens ein Jahr nach dem ersten Verstoß. Bei vereinzelt Zuwiderhandlungen entsteht nach der Beendigung dieser Handlungen ein neuer Rechtsbesitz. Daneben ist auch eine Aufgabe des Rechtsbesitzes nach § 856 möglich.
- 5 *c) Besitzschutz:* Gemäß § 1029 stehen dem Besitzer der Dienstbarkeit die Besitzschutzrechte zu. Er kann also die Gewaltrechte des § 859 ausüben. Dem Rechtsbesitzer stehen auch die Besitzschutzansprüche aus §§ 861, 862 zu, dem mittelbaren Rechtsbesitzer auch der Anspruch aus § 869; der Schutz des Rechtsbesitzes geht dem Besitzschutz eines anderen Sachbesitzers vor. Die Ansprüche sind ausgeschlossen, wenn der Rechtsbesitzer gegenüber dem Störer bzw. Entzieher selbst fehlerhaft besitzt oder besaß, §§ 861 II, 862 II. Hat also im obigen Beispiel in Rn. 3 der E die Durchfahrt für D eigenmächtig gesperrt, z. B. durch eine abgeschlossene Schranke, so kann D aus seinem Besitz nach §§ 1029, 862 Beseitigung der Störung verlangen. D muss nicht nachweisen, dass ihm die Dienstbarkeit wirklich zusteht, es reicht, dass er sie tatsächlich ausgeübt, „besessen“ hat.
- 6 *d) Verhältnis zum Sachbesitz:* In vielen Fällen wird derjenige, der eine Dienstbarkeit ausübt, Sachbesitz am dienenden Grundstück haben. Der Besitzer genießt in solchen Fällen Besitzschutz sowohl als Sachbesitzer wie auch als Rechtsbesitzer. Geht der Rechtsbesitz unter, z. B. wegen Löschung der Dienstbarkeit im Grundbuch oder wegen Fristablaufs, so kann doch der Sachbesitz bestehen bleiben. Dadurch wird die Bedeutung des Rechtsbesitzes erheblich eingeschränkt.

Teil 4: Eigentum an beweglichen Sachen

§ 8. Eigentum: Begriff, Inhalt, Arten



I. Garantie und Bindung des Eigentums

a) *Eigentumsgarantie*: Die gesamte Rechtsordnung hat das eine Ziel, die Würde des Menschen zu schützen und ihm die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zu garantieren. Menschliche Selbstverwirklichung ist nicht möglich ohne einen Lebensraum und ohne Dinge, über welche der Mensch frei bestimmen kann: Eigentum ist nichts anderes als die menschliche Freiheit bezogen auf eine Sache. Eigentumsschutz ist Persönlichkeitsschutz.¹ Das Grundgesetz garantiert die Freiheit seiner Bürger und schützt daher ihre Persönlichkeit und ihr Eigentum sowie auch das Privateigentum als Institution, Art. 14 I 1 GG. Dabei verwendet es den Ausdruck „Eigentum“ in einer untechnischen Weise, indem es darunter nicht nur das Eigentum im Sinne des Zivilrechts versteht, sondern alle vermögenswerten Rechte.² 1

b) *Sozialbindung und entschädigungspflichtige Enteignung*: Die Anerkennung des Privateigentums entscheidet noch nicht die Frage, wie die Interessen des Eigentümers gegen die Interessen der Allgemeinheit abgegrenzt werden sollen. Zwischen beiden einen angemessenen Kompromiss zu finden ist die Aufgabe einer verantwortungsbewussten Rechtspolitik. 2

Der Gesetzgeber kann Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen, Art. 14 I 2 GG, jedoch darf er seinen Wesensgehalt nicht antasten, Art. 19 II GG. Das Eigentum, wie es inhaltlich durch die Gesetze bestimmt wird, unterliegt weiterhin einer Beschränkung durch die Sozialbindung, Art. 14 II GG. Das bedeutet, dass der Eigentümer sich ohne Entschädigung Beschränkungen gefallen lassen muss. Die

¹Vgl. etwa BVerfGE 24, 389; 31, 239; BGHZ 6, 276; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 2 II d.

²Z. B. auch den Anspruch des Mieters auf Überlassung einer Wohnung, BVerfG NJW 1993, 2035; krit. Emmerich, FS W. Gitter, 1995, 241. Zur Gefahr, das „Eigentum“ des Verfassungsrechts mit dem zivilrechtlichen Eigentum zu verwechseln, vgl. Roellecke, JZ 1995, 74.

Abgrenzung zwischen Sozialbindung und entschädigungspflichtiger Enteignung ist schwierig und umstritten.³

- 3 aa) *Sonderopfer- oder Schweretheorie*: Der Bundesgerichtshof benutzt zur Abgrenzung die Lehre vom Sonderopfer (Einzeleingriff), welche letztlich schon das Reichsgericht vertreten hatte. Eine Enteignung liegt danach immer vor, wenn der Eingriff „die betroffenen einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich, besonders trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt“.⁴ Dagegen sieht das Bundesverwaltungsgericht das entscheidende Abgrenzungsmerkmal in Schwere und Tragweite des Eingriffs,⁵ wobei objektive, allgemein verwertbare Kriterien der Abgrenzung freilich noch nicht festgestellt werden konnten. Nach diesen Ansichten besteht zwischen Sozialbindung und Enteignung ein Stufenverhältnis: Eine unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung ist eine Enteignung. Eine Entschädigungsregelung fehlt dann zwar, doch kann eine Enteignungsentschädigung nach den Grundsätzen des enteignenden⁶ und enteignungsgleichen⁷ Eingriffs verlangt werden.
- 4 bb) *Formeller Enteignungsbegriff*: Ihn hat das Bundesverfassungsgericht mit dem „Nassauskiesungsbeschluss“⁸ entwickelt. Danach ist Enteignung nicht eine gleichheitswidrige oder besonders schwere Inhalts- und Schrankenbestimmung; eine Enteignung kann man nur bei völliger oder teilweiser Entziehung einer vermögenswerten Rechtsposition annehmen. Für die Abgrenzung kommt es auf den Adressatenkreis an: Sollen einem „bestimmten oder bestimmbar Personenkreis konkrete Rechtspositionen“⁹ zur Bewältigung öffentlicher Aufgaben¹⁰ final entzogen werden, handelt es sich um eine Enteignung. Regelt die Norm dagegen abstrakt und generell die Rechte und Pflichten des Eigentümers, handelt es sich um eine – nicht entschädigungspflichtige – Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Konsequenzen hat diese Ansicht insbesondere für die Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen: Bis zu dem genannten Beschluss konnte der Bürger darauf verzichten, gegen die rechtswidrige Inhaltsbestimmung des Eigentums vorzugehen, und stattdessen eine im Gesetz nicht vorgesehene Entschädigung verlangen. Gemäß der formellen Abgrenzung bedeutet eine rechtswidrige Inhalts- und Schrankenbestimmung dagegen keine Enteignung, so dass kein Anspruch auf eine Enteignungsentschädigung besteht. Der Betroffene muss sich vielmehr gegen die belastende Maßnahme selbst zur Wehr setzen.¹¹ Tut er dies nicht, so kann seine Entschädigungsklage keinen Erfolg mehr haben. Es besteht kein Wahlrecht mehr zwischen

³Zur Geschichte der Enteignung Wieling § 8 I 2 c.

⁴Vgl. RGZ 129, 149; BGHZ 6, 280; 37, 46.

⁵BVerwGE 5, 145; 36, 251.

⁶Die hoheitliche Maßnahme war rechtmäßig.

⁷Die hoheitliche Maßnahme war rechtswidrig.

⁸BVerfGE 58, 300 ff.; dazu Kingreen/Poscher, Grundrechte, 34. Aufl. 2018, Rn. 1056 ff.; Baur/Stürner § 13 Rn. 13 ff., 22; Wilhelm, JZ 2000, 905.

⁹BVerfGE 58, 300 ff.

¹⁰BVerfGE 72, 66; 101, 239, 259; 102, 1; 143, 246.

¹¹BVerfG NJW 2000, 1402.

Anfechtung und Entschädigung.¹² Die Situation des Bürgers hat sich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verschlechtert¹³ und zugleich die der öffentlichen Hand verbessert.

c) *Aufopferungslehre*: Da nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts Inhaltsbeschränkungen des Eigentums nie Enteignungen sind, können sich aus ihnen auch eigentlich keine Ansprüche wegen enteignenden und enteignungsgleichen Eingriffs entsprechend Art. 14 III 2 GG herleiten,¹⁴ falls man dieser Ansicht folgen will. Der BGH hat jedoch seine Rechtsprechung über den enteignenden und enteignungsgleichen Eingriff mit guten Gründen fortgesetzt,¹⁵ wobei man jetzt vom „Sonderopfer“ spricht und den Entschädigungsanspruch statt auf Art. 14 III GG auf den Aufopferungsanspruch gemäß §§ 74, 75 Einl. ALR stützt.¹⁶ Es soll allerdings ein Mitverschulden des Betroffenen vorliegen, wenn er nicht die möglichen Rechtsmittel gegen die belastende Inhaltsbestimmung des Eigentums einlegt;¹⁷ § 254 soll dann anwendbar sein.¹⁸ Dabei sollte aber beachtet werden, dass das Verschulden der Behörde, die ein Unrecht begeht, erheblich höher einzustufen ist als das des Bürgers, der sich nicht dagegen wehrt.

c) *Enteignung*: Die Enteignung ist gemäß Art. 14 III GG nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie kann nur durch Gesetz erfolgen (Legalenteignung) oder durch Verwaltungsakt aufgrund eines Gesetzes (Administrativenteignung). Das Gesetz muss die Entschädigung regeln (Junktimklausel), eine entschädigungslose Enteignung ist nicht unzulässig. Ist die Entschädigung nicht geregelt, so ist das Gesetz verfassungswidrig.

Die vom Gesetz festzulegende Entschädigung „ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen“, Art. 14 III 3 GG. Auszugehen ist vom gemeinen Wert (Marktwert) der Sache. Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist dieser Wert zu ersetzen, nicht aber voller Schadensersatz zu leisten.¹⁹ Die Entschädigung kann ausnahmsweise unter dem gemeinen Wert

¹² Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 27 Rn. 31; Baur/Stürner § 13 Rn. 22, 25.

¹³ Vgl. Baur/Stürner § 13 Rn. 25.

¹⁴ Vgl. dazu Maurer/Waldhoff (Fn. 12), § 27 Rn. 28 ff.; Papier, JuS 1989, 633 ff.

¹⁵ Er kann sich dabei auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgericht berufen, die einen Tag vor dem „Nassauskiesungsbeschluss“ ergangen ist, BVerfGE 58, 137 ff. Darin wird die Ansicht vertreten, eine unverhältnismäßige Inhaltsbestimmung des Eigentums könne durch die Zuerkennung eines Geldausgleichs rechtmäßig werden. Dieser Geldausgleich ist im Ergebnis nichts anderes als der frühere Anspruch wegen enteignenden und enteignungsgleichen Eingriffs.

¹⁶ BGHZ 90, 29 ff.; 91, 26 ff.; BGH NJW 1988, 478; NJW 2017, 1322 Rn. 25; vgl. auch Papier, JuS 1989, 635 f. §§ 74, 75 Einl. ALR lauten wie folgt: § 74: „Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beyden ein wirklicher Widerspruch eintritt, nachstehn.“ § 75: „Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.“

¹⁷ Maurer/Waldhoff (Fn. 12), § 27 Rn. 73.

¹⁸ Vgl. Maurer/Waldhoff (Fn. 12), § 27 Rn. 73; Baur/Stürner § 13 Rn. 22.

¹⁹ BGHZ 59, 258; 67, 192.

liegen, wenn besondere Gründe im Einzelfall dies als erforderlich erscheinen lassen.²⁰ Über die Höhe der Entschädigung steht der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen, Art. 14 III 4 GG.

- 7 d) *Gutgläubiger Erwerb; Ersitzung*: Diskutiert wurde die Frage, ob die gesetzlichen Regelungen über den gutgläubigen Eigentumserwerb (etwa §§ 932 ff., 892) oder über die Ersitzung (etwa §§ 937 ff.) eine Enteignung sind und den Anforderungen des Art. 14 GG genügen.²¹ Dabei wird durchgängig die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften bejaht, die Regelungen des BGB werden als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verstanden oder als Sozialbindung.

II. Begriff und Beschränkung des Eigentums

- 8 a) *Eigentumsbegriff*: Das römische Recht kennt keine Definition des Eigentums, *dominium* oder *proprietas* ist das volle Herrschaftsrecht über eine Sache. Die ersten Eigentumsdefinitionen tauchen im Mittelalter auf.²² In der Folgezeit wird das Eigentum zumeist durch den Hinweis auf die positiven und negativen Befugnisse des Eigentümers definiert,²³ welche schließlich in § 903, 1 ihren Ausdruck fanden: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“. Die positiven Befugnisse („... nach Belieben verfahren ...“) zusammen mit den negativen Befugnissen („... andere von jeder Einwirkung ausschließen ...“) machen zusammen das Eigentum aus.
- 9 b) *Eigentumsbeschränkungen*: Wenn auch das Eigentum dem Begriff nach unbeschränkt ist, so trägt es doch Einschränkungen; tatsächlich unterliegt es in jeder Rechtsordnung mehr oder weniger starken Begrenzungen. Diese ergeben sich aus den sozialen Verhältnissen der jeweiligen Gesellschaft und schwanken auch mit ihnen; Moral und Recht geben dem Eigentum seine Grenzen. So ist etwa das römische Eigentum – entgegen einer oft geäußerten Ansicht – keineswegs ein unbeschränktes, pflichtenloses Recht. Die Befugnisse des Eigentümers wurden durch das *ius civile* (Nachbarrecht, Bindung an die Familie), das *ius publicum* (Sakralrecht, Polizeirecht) und die guten Sitten (*boni mores*), über welche der Zensor wachte, erheblich eingeschränkt.²⁴

Eigentumsbeschränkungen können sich nach § 903, 1 aus Gesetz oder „Rechten Dritter“ ergeben: Zivilrechtliche im Landesrecht (vgl. etwa die Nachbargesetze der

²⁰ BGHZ 6, 293; BVerfGE 24, 421.

²¹ Vgl. etwa Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990; Peters, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, 1991; Finkenauer, Eigentum und Zeitablauf, 2000, 121 ff. m. w. N.

²² Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs und zu seiner Definition ausf. Wieling § 8 I 1 a, b, II 1 c.

²³ Vgl. etwa ALR I 8 § 1; ABGB § 354.

²⁴ Ausf. zur Geschichte der Eigentumsbeschränkungen Wieling § 8 II 2 a–c.

Länder).²⁵ Die Beschränkungen durch das öffentliche Recht sind vielfältig (etwa durch das Baurecht, Landwirtschaftsrecht, Natur- und Umweltschutzrecht, Gesundheitsrecht usw.). Mit Rechten Dritter sind alle dinglichen Rechte gemeint.

c) *Aggressivnotstand*: Eine Eigentumsbeschränkung enthält § 904, und zwar insofern, als er in einem bestimmten Fall das Abwehrrecht des Eigentümers einschränkt: Jedermann kann fremde Sachen benutzen, um sich damit gegen eine Gefahr zu verteidigen. Er verletzt damit nicht rechtswidrig das Eigentum.

10

§ 904 fordert zunächst eine gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut. Auf die Art des angegriffenen Rechtsgutes kommt es nicht an, es muss auch nicht ein Rechtsgut des Handelnden sein, auch fremde Rechtsgüter können verteidigt werden. Eine Gefahr ist nur gegenwärtig, wenn sie sich nicht bereits zum Schaden konkretisiert hat. Vorausgesetzt wird also ein schadendrohendes Ereignis oder ein schadendrohender Zustand, welche eine sofortige Hilfe notwendig machen. Woher die Gefahr kommt, spielt keine Rolle; § 904 ist auch dann anwendbar, wenn der Bedrohte sie selbst verschuldet hat.

Der Eingriff in die fremde Sache kann in ihrer Beschädigung oder Zerstörung liegen, aber auch in ihrem bloßen Gebrauch. Er muss ein geeignetes Mittel zur Abwendung der Gefahr sein, da sonst der Eingriff nicht „notwendig“ wäre. Ob die Gefahr durch den Eingriff tatsächlich abgewendet wird, ist unerheblich. Die Gefahr muss objektiv vorliegen, ein Putativnotstand reicht für § 904 nicht aus. Schließlich verlangt § 904 eine Güterabwägung: Der drohende Schaden muss gegenüber dem Schaden aus der Notstandshandlung unverhältnismäßig groß sein. Steht ein Vermögensschaden einem Schaden an Leib, Leben oder Freiheit gegenüber, so ist dieser Schaden regelmäßig als größer anzusehen. Bei Vermögensschäden ist eine Wertberechnung vorzunehmen.²⁶

Liegen die Voraussetzungen des § 904, 1 vor, so ist der Eingriff rechtmäßig; der Eigentümer muss ihn dulden. Es liegt weder eine strafbare noch eine deliktische Handlung i. S. v. §§ 823 ff. vor. Dem Eigentümer steht ein Abwehrrecht gemäß §§ 227, 859 nicht zu, ein Widerstand wäre rechtswidrig; dem Eingreifenden stünde dagegen das Notwehrrecht zu, er könnte auch nach § 823 I gegen den Eigentümer vorgehen, wenn dieser ihn etwa verletzt.

Gemäß § 904, 2 ist dem duldungspflichtigen Eigentümer – oder einem sonstigen Inhaber eines Rechts an der Sache – der durch die Notstandshandlung entstehende Schaden zu ersetzen. Auf ein Verschulden kommt es nicht an, da es sich nicht um einen deliktischen Anspruch handelt, sondern um einen Aufopferungsanspruch. Daher spielt auch die Deliktsfähigkeit keine Rolle; auch der Deliktsunfähige haftet daher nach § 904, 2.

Zu ersetzen sind alle – auch mittelbare – Schadensfolgen, soweit sie adäquat verursacht sind. Hat der Eigentümer der angegriffenen Sache die Gefahr verschuldet, so kann er keinen Schadensersatz nach § 904, 2 verlangen.²⁷ Trifft sowohl den

²⁵ Vgl. § 23 Rn. 54 ff.

²⁶ Bei Tieren ist gemäß § 251 II 2 auch das Affektionsinteresse zu berücksichtigen.

²⁷ BGHZ 6, 110.

Eigentümer wie den Gefährdeten ein Verschulden, ist § 254 anwendbar. Handelt der Eingreifende als Verrichtungsgehilfe für seinen Geschäftsherrn, so haftet dieser.

Streitig ist, ob der Eigentümer den Ersatz nach § 904, 2 vom Eingreifenden oder vom Begünstigten, zu dessen Schutz der Eingreifende gehandelt hat, verlangen kann. Nach h. M. ist der Handelnde ausgleichspflichtig.²⁸ Dagegen soll nach anderer Ansicht immer der Begünstigte haften.²⁹ Gegen beide Ansichten bestehen Bedenken, wenn der jeweils Verpflichtete nicht zu ermitteln oder nicht zahlungsfähig ist. Das sollte nicht zu Lasten des duldungspflichtigen Eigentümers gehen, der mit der Gefahrensituation nichts zu tun hatte. Richtig ist es daher, den Eingreifenden und den Begünstigten als Gesamtschuldner haften zu lassen, wobei im Innenverhältnis die Haftung den Begünstigten trifft.³⁰

Der Anspruch aus § 904, 2 verjährt gemäß §§ 195, 199 I in 3 Jahren. Im Falle des Putativnotstands greifen die §§ 823 ff. ein, da der Eingriff nicht durch § 904 gerechtfertigt wird. Hat der Handelnde ohne Verschulden einen Notstand angenommen, so ist § 823 nicht anwendbar. Er kann aber nicht von jeder Haftung freigestellt werden, da er sogar dann gehaftet hätte, wenn er gemäß § 904, 1 rechtmäßig gehandelt hätte; § 904, 2 ist daher in diesem Fall entsprechend anzuwenden.³¹

III. Eigentümermehrheit

- 11 Das Eigentum kann einem Eigentümer allein zustehen oder mehreren Eigentümern gemeinsam. Dabei ist zwischen Gesamthandseigentum und Miteigentum nach Bruchteilen (auch Bruchteilseigentum) zu unterscheiden.³²

1. Gesamthandseigentum

- 12 Gesamthandseigentum gibt es nur, soweit ein Gesetz dies bestimmt; in allen übrigen Fällen liegt Bruchteilseigentum vor, § 741. Gesetzlich angeordnet ist das Gesamthandseigentum in § 718 (Gesellschaft), § 1416 (eheliche Gütergemeinschaft), § 2032 (Erbengemeinschaft), § 105 II HGB (offene Handelsgesellschaft), § 161 I HGB (Kommanditgesellschaft); technischer Ausdruck ist die Formulierung „gemeinschaftliches Vermögen“. Stirbt z. B. der Erblasser E und wird er von A, B und C beerbt, so haben diese Gesamthandseigentum an den zur Erbschaft gehörenden Sachen; der Nachlass wird ihr „gemeinschaftliches Vermögen“.

²⁸Vgl. etwa RGZ 113, 301; BGHZ 6, 105; Baur/Stürner § 25 Rn. 8; Prütting Rn. 313; MünchKomm/Brückner § 904 Rn. 19.

²⁹Etwa Westermann/Gursky § 27 Rn. 14.

³⁰Wieling § 8 II 2 d bb.

³¹Palandt/Herrler § 904 Rn. 5.

³²Dazu historisch Wieling § 8 III 1.

Typisch ist in allen Fällen des Gesamthandseigentums, dass die einzelnen Eigentümer (Gesamthänder) weder Anteile am ganzen Vermögen noch Anteile an einzelnen Gegenständen haben, über welche sie verfügen könnten, vgl. §§ 719 I, 1419 I, 2033 II; eine Ausnahme bildet der Miterbe, der über seinen Anteil am ganzen Nachlass verfügen kann, § 2033 I. Im obigen Beispiel könnte also A nicht über seinen Anteil an den einzelnen Erbschaftsgegenständen, z. B. an einem geerbten Pkw, verfügen, wohl aber über seinen Erbteil insgesamt. Dagegen können die Gesamthänder zusammen über jeden Einzelgegenstand verfügen; ob dazu alle mitwirken müssen oder ob ein einzelner Verfügungsmacht hat, hängt von dem jeweiligen Gesamthandsverhältnis ab.³³ A, B und C zusammen könnten also wirksam über den geerbten Pkw verfügen, § 2040 I.

2. Bruchteilseigentum

a) *Gemeinschaftsverhältnis*: Die Bruchteilsgemeinschaft zeichnet sich dadurch aus, dass jedem Miteigentümer an der gemeinsamen Sache eine Eigentumsquote zusteht, über welche er frei verfügen kann. Zwischen den Miteigentümern besteht ein Gemeinschaftsverhältnis i. S. v. §§ 741 ff., zusätzlich gelten die §§ 1008–1011. Jedem Miteigentümer stehen im Zweifel gleiche Anteile zu, § 742; jedem gebühren die Früchte und Gebrauchsvorteile der Sache gemäß seinem Anteil, § 743 I; jeder hat ein Recht auf Mitbesitz an der Sache. Die Verwaltung der Sache steht den Miteigentümern gemeinschaftlich zu, § 744 I. Die Nutzung und Verwaltung der Sache kann durch Mehrheitsbeschluss abweichend geregelt werden, ebenso kann das gemäß § 749 I bestehende Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, eingeschränkt werden. Eine solche Regelung wirkt auch für und gegen einen Sondernachfolger (Erwerber, Pfandgläubiger), §§ 746, 751.³⁴ 13

b) *Entstehung*: Miteigentum entsteht durch Gesetz³⁵ oder Rechtsgeschäft, wenn z. B. der Alleineigentümer eine Sache an mehrere übereignet oder wenn er einem Erwerber nur einen Bruchteil seines Eigentums überträgt; die Entstehung regelt sich dann nach §§ 929 ff. und §§ 873 ff. Miteigentumsanteile entstehen auch dann, wenn der Alleineigentümer seine Sache nur zu einem Bruchteil mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht belastet, was zulässig ist.³⁶ Darüber hinaus kann der Alleineigentümer sein Eigentum nicht beliebig in Bruchteile zerlegen (Vorratsteilung).³⁷ Im 14

³³ Zu Einzelheiten Weber-Grellet, AcP 182 (1982), 316, 324 ff.

³⁴ Etwas anderes gilt für Grundstücksanteile, § 1010: Die genannten Abreden gelten gegen einen Sondernachfolger nur dann, wenn die Abrede als Belastung im Grundbuch eingetragen ist.

³⁵ Vgl. §§ 923, 947 f., 963, 984.

³⁶ Vgl. Motive III, 494 und 835 f.; Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 745, 935; Planck/Strecker Vor § 1008 Erl. 3 e α; RGRK/Pikart § 1008 Rn. 27.

³⁷ BGHZ 49, 253.

merhin sollte man eine solche Vorratsteilung stets dann zulassen, wenn ein berechtigtes Bedürfnis dafür besteht.³⁸

- 15 *c) Verfügungen:* Jeder Miteigentümer kann über seinen Anteil frei verfügen, § 747, 1; die Verfügung geschieht in der gleichen Weise, die für das Alleineigentum vorgeschrieben ist, also z. B. nach den §§ 873 ff., 929 ff.³⁹ Über die ganze Sache können nur alle Miteigentümer zusammen verfügen, § 747, 2; verfügen nur einzelne Miteigentümer über die ganze Sache, so handeln sie als Nichtberechtigte; die §§ 892 f., 932 ff. finden Anwendung.⁴⁰ Die Verfügung über die ganze Sache muss nicht gemeinsam durch alle Miteigentümer geschehen, vielmehr kann sie nacheinander, in unabhängigen Verfügungen über die einzelnen Anteile geschehen. Denn die Verfügung über die Sache ist nichts anderes als eine Verfügung über alle Anteile. Bei einer Belastung haftet jeder Anteil für das ganze Recht. Wird daher durch gemeinsame Verfügung der Miteigentümer eine Hypothek bestellt, so entsteht eine Gesamthypothek an den Eigentumsanteilen.⁴¹ Ist die Verfügung über die gesamte Sache unwirksam, so kann die Verfügung gemäß § 140 in eine Verfügung über einzelne Anteile umgedeutet werden.
- 16 *d) Belastung zugunsten eines Miteigentümers:* Gemäß § 1009 I können die Miteigentümer die Sache zugunsten eines von ihnen belasten. Die Belastung muss auf der Bestellerseite von allen Miteigentümern vorgenommen werden, also auch vom Erwerber, doch liegt in der Annahme der Erklärungen durch den Erwerber regelmäßig auch die Erklärung, die Sache belasten zu wollen. Sind A, B und C Miteigentümer eines Grundstücks und haben A und B eine Hypothek für C bewilligt, so liegen im Eintragungsantrag des C (§ 13 GBO) sowohl die konkludente Annahmeerklärung des C nach § 873 als auch die konkludente Zustimmung zur Belastung der Sache nach § 747, 2 und die konkludente Bewilligung nach § 19 GBO.
- 17 *e) Ansprüche aus dem Miteigentum:* Jeder Miteigentümer kann nicht nur seinen Eigentumsanteil durch Ansprüche geltend machen, er ist gemäß § 1011 vielmehr berechtigt, das Eigentum an der ganzen Sache Dritten gegenüber geltend zu machen. Es handelt sich um eine gesetzliche Prozessstandschaft, deren Zweck im Schutz des einzelnen Miteigentümers liegt: Er soll das Recht an der Sache auch dann geltend machen können, wenn andere Miteigentümer nicht mitwirken wollen. Die Interessen der anderen Miteigentümer sind nicht betroffen; macht ein Miteigentümer den Anspruch geltend, so kommt dies allen zu Gute, etwa bei den Ansprüchen nach §§ 1004, 1005, 894 BGB, § 771 ZPO. Anders verhält es sich bei Herausgabeansprüchen; die Herausgabe an einen der Miteigentümer berührt die Interessen der anderen. Daher kann gemäß § 1011 zwar jeder Miteigentümer auch den Herausgabeanspruch selbständig geltend machen, er kann aber entsprechend § 432 I nur Herausgabe an alle Miteigentümer verlangen oder aber Hinterlegung bzw. Verwah-

³⁸ BGHZ 49, 253, 254.

³⁹ Über die Möglichkeit einer Dereliktion eines Miteigentumsanteils an einer beweglichen Sache Wieling § 8 III 3 b, an einem Grundstück § 23 Rn. 69.

⁴⁰ Ausnahmsweise kann ein Miteigentümer nach § 744 II auch allein über die Sache verfügen, wenn dies zur Werterhaltung nötig ist.

⁴¹ RGZ 146, 363 ff.

rung. Ein solcher Herausgabeanspruch kann sich aus §§ 985, 1007, 823 und § 812 ergeben. Will oder kann ein Miteigentümer die Sache nicht zurücknehmen, so ist die Sache analog § 986 I 2 an die restlichen herauszugeben. § 1011 ist auch auf Ersatzansprüche (§§ 989 ff., 823; 812, 816) in Geld anzuwenden; entsprechend dem Zweck der Vorschrift kann jeder Eigentümer entweder Zahlung des vollen Ersatzes an alle verlangen oder aber Zahlung des Teilwerts an sich selbst.⁴²

⁴² Vgl. Palandt/Herrler § 1011 Rn. 3.

§ 9. Eigentumserwerb vom Berechtigten



I. Erwerb durch Einigung und Übergabe, § 929 S. 1

§ 929, 1 enthält den Grundtatbestand des abgeleiteten Eigentumserwerbs, von welchem das Gesetz ausgeht: Das Eigentum wird erworben durch Einigung über den Eigentumsübergang sowie durch Übergabe der Sache. Das Gesetz entscheidet sich damit einmal für das Trennungsprinzip und gegen das Vertragsprinzip.¹ Nach dem Vertragsprinzip, das z. B. im französischen Recht anerkannt ist, reicht für die Übereignung das Grundgeschäft (Kauf usw.) aus, das Eigentum geht schon mit dem Kaufvertrag über. Nach dem Trennungsprinzip ist zur Übereignung neben dem obligatorischen Grundgeschäft ein weiterer Übertragungsakt erforderlich. Nach der *titulus-modus*-Lehre bestand der Übertragungsakt in der tatsächlichen Übergabe der Sache, nach dem Abstraktions- und Kausalitätsprinzip ist zur Übereignung ein dingliches Rechtsgeschäft erforderlich. Das Gesetz entscheidet sich in § 929, 1 für das Traditionsprinzip: Die Übereignung fordert grundsätzlich eine Übergabe der Sache (*traditio*), eine dingliche Einigung reicht nicht aus. Es entscheidet schließlich zugunsten des Abstraktionsprinzips und damit gegen eine kausale Übereignung, d. h. der Eigentumserwerb ist unabhängig von der Existenz oder Wirksamkeit des Grundgeschäfts. Hieraus ergibt sich ferner, dass der Eigentumsübergang von der Kaufpreiszahlung unabhängig ist.

¹ Zum Nachfolgenden oben § 1 Rn. 26.

1. *Einigung*

- 2 a) *Rechtsgeschäft*: Die Einigung ist ein dingliches Rechtsgeschäft („dinglicher Vertrag“), gerichtet auf den Übergang des Eigentums. Die Vorschriften über Willenserklärungen und über Verträge sind anwendbar, auch §§ 107 ff.² Daher ist bei der Einigung Botenschaft und Stellvertretung möglich, auch ein Insichgeschäft nach § 181. Sie kann bedingt abgeschlossen werden, so etwa im Falle eines Eigentumsvorbehalts; im Falle eines Irrtums kommt eine Anfechtung nach den §§ 119 ff. in Betracht.³ Die Einigung ist entgegen h. M. sofort bindend und kann nicht widerrufen werden.⁴

Die Einigung ist formlos; nur selten wird die Einigung ausdrücklich erklärt werden, regelmäßig erfolgt sie konkludent. Ob eine Einigung vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln.⁵ Wird z. B. die Ware nicht bei den Vertragsverhandlungen, sondern erst später übergeben, etwa zugesandt, so ist genau zu prüfen, ob die Einigung nach § 929 schon in den Vertragsverhandlungen liegt oder ob sie erst mit der Zusendung erfolgen soll. Wenn auch die Zahlung des Kaufpreises keine gesetzliche Voraussetzung für den Eigentumsübergang mehr ist, so kann sie doch für die Auslegung des Willens der Beteiligten von entscheidender Bedeutung sein. Hat jemand eine Ware beim Händler ausgesucht, gekauft, gezahlt und vereinbart, dass sie ihm zugeschickt werden soll, so ist anzunehmen, dass die Parteien schon beim Abschluss der Verhandlung Übereignungswillen hatten.⁶ Das Eigentum geht dann durch Besitzkonstitut nach § 930 auf den Käufer über, der Verkäufer verwahrt die Kaufsache für ihn (Rn. 16). Hat der Käufer dagegen nicht bezahlt, so hat der Verkäufer an einer Übereignung noch kein Interesse, weshalb ein Übereignungsangebot erst im Zusenden der Ware liegt, eventuell sogar aufschiebend bedingt durch die Zahlung des Kaufpreises.

- 3 b) *Konkludente Annahme*: Die Einigung kann der Übergabe zeitlich nachfolgen. Wird z. B. eine gekaufte Ware an den Käufer übersandt, so kann darin zwar das Angebot zur Übereignung der Sache liegen; der Käufer muss dieses Angebot aber nicht schon bei der Annahme der Ware annehmen.⁷ Er kann die Sache zunächst nur zu Besitz annehmen und sich die Prüfung der Sache vorbehalten. Rügt er die Sache und stellt er sie zur Disposition des Verkäufers, so lehnt er damit den Eigentumserwerb endgültig ab. Benutzt er die Sache, verfügt er darüber, zahlt er den Kaufpreis, so liegt darin eine konkludente Annahme des Übereignungsangebots (§ 151). Von einer Annahme ist auch dann auszugehen, wenn der Empfänger

²Vgl. § 1 Rn. 4.

³Vgl. § 1 Rn. 27.

⁴§ 1 Rn. 21.

⁵Vgl. die „Auslegungsleitlinien“ bei BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 65.1.

⁶Vgl. Heck § 57 III; Westermann/Westermann § 37 Rn. 4; Wolf § 5 A III h; s. auch Staudinger/Wiegand, 2017, § 929 Rn. 10 ff.

⁷Vgl. auch § 1 Rn. 20.

nicht unverzüglich das Übereignungsangebot ablehnt und die Ware zur Disposition des Absendenden stellt.⁸

c) *Künftige Sachen*: Die Einigung kann der Übergabe auch vorangehen.⁹ Künftige Sachen z. B. können zwar nicht übereignet werden, doch ist es möglich, eine Einigung vorwegzunehmen. Das Eigentum geht über, sobald die Sache übergeben wird. 4

2. Übergabe

a) *Begriffsbestimmung*: Zur Einigung muss nach § 929, 1 die Übergabe der Sache hinzukommen. „Übergabe“ i. S. v. § 929, 1 bedeutet, dass der Veräußerer den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz dauerhaft verlieren muss, der Erwerber den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz auf Veranlassung des Veräußerers erwerben muss und dass dabei der Gewahrsam¹⁰ an der Sache wechselt.¹¹ Der Normalfall ist dann gegeben, wenn der Veräußerer seinen unmittelbaren Besitz auf den Erwerber überträgt. Der Erwerber erlangt unmittelbaren Besitz nach § 854 I. Mit gleicher Wirkung kann der Besitz auch nach § 854 II durch Willenseinigung übertragen werden, falls es sich um einen offenen Besitz handelt.¹² 5

Die Übergabe ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein tatsächlicher Vorgang. Sie erfordert daher keine Geschäftsfähigkeit, sondern nur einen natürlichen Willen. Die Verfügungsbefugnis muss bei der Übergabe noch vorliegen, da sie Teil des Übereignungsgeschäfts ist.¹³ Die Übergabe muss zum Zwecke der Übereignung geschehen, dem Erwerber muss also Eigenbesitz verschafft werden.¹⁴ Will der Veräußerer nur Fremdbesitz übertragen, etwa weil er die Sache dem Käufer nur verleihen will, so geht Eigentum nicht über.

⁸Vgl. RGZ 12, 81 f.; Wolff/Raiser § 66 I 4 b.

⁹Da erst Einigung und Übergabe zusammen das dingliche Rechtsgeschäft ausmachen, muss die Verfügungsbefugnis noch zur Zeit der Übergabe bestehen; da andererseits aber nur die Einigung ein Rechtsgeschäft ist, nicht aber die Übergabe, muss die Geschäftsfähigkeit nur bei der Einigung vorhanden sein, nicht mehr bei der Übergabe, vgl. J. v. Gierke § 31 I 1.

¹⁰Nach der Übergabe muss also eine andere Person die Sache in Händen halten. Das Kriterium des Gewahrsamswechsels ist streitig. Andere fordern, dass der Besitzübergang äußerlich erkennbar ist (BGH NJW 1979, 714, 715; WM 1956, 1281, 1282), was sich nach hier vertretener Ansicht erübrigt. Nach noch anderer Ansicht, die sich weder auf die Gesetzgebungsgeschichte noch auf die Systematik der §§ 929–931 stützen kann, kommt es auf den Gewahrsamswechsel nicht an, vgl. etwa Baur/Stürner § 51 Rn. 19. Zur Bedeutung des Gewahrsamserfordernisses unten Rn. 14, 25 sowie § 10 Rn. 19.

¹¹Wie hier BGH NJW 1996, 2654 ff.; Eichler II/1, 102 Fn. 40; Prütting Rn. 375; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 70 ff.; Voigt, Die Funktion mittelbaren Besitzes beim Mobiliarerwerb, 2012, 269.

¹²§ 4 Rn. 15 f.

¹³Vgl. Soergel/Henssler § 929 Rn. 14; Jauernig/Berger § 929 Rn. 4.

¹⁴S. auch BGH NJW 2014, 2790 Rn. 8: Konsens über den Wechsel des Eigenbesitzes.

- 6 *b) Besitzvertreter:* Bei der Übergabe kann sich sowohl der Erwerber als auch der Veräußerer eines Stellvertreters im Besitz i. S. v. § 855 (also eines Besitzdieners oder -mittlers) bedienen.¹⁵ Der Veräußerer kann die Sache einem *Besitzdiener* des Erwerbers übergeben; der Veräußerer kann aber auch seinen eigenen Besitzdiener anweisen, die Sache dem Erwerber oder einem Besitzdiener oder Besitzmittler des Erwerbers zu übergeben. Mit der Übergabe durch oder an den Besitzdiener gehen Besitz und Eigentum auf den Erwerber über.¹⁶

Die Übergabe kann auch unter Zuziehung eines *Besitzmittlers* geschehen: Der Veräußerer kann die Sache einem Besitzmittler des Erwerbers übergeben;¹⁷ er kann aber auch seinen Besitzmittler anweisen, die Sache dem Erwerber oder einem Besitzmittler oder Besitzdiener des Erwerbers zu übergeben.¹⁸

- 7 *c) Veranlassung des Veräußerers:* Die Übergabe der Sache an den Erwerber muss auf Veranlassung des Veräußerers geschehen. Übergibt etwa der Besitzdiener oder Besitzmittler des Veräußerers die Sache ohne dessen Willen, so liegt keine Übergabe vor. Der Übergabe steht die Wegnahme gleich, wenn der Veräußerer sie dem Erwerber gestattet hat.¹⁹

- 8 *d) Mitbesitz:* Zur Übertragung des Alleineigentums reicht eine Übergabe nicht aus, die dem Erwerber nur den Mitbesitz einräumt und dem Veräußerer den Mitbesitz als Eigenbesitz bewahrt.²⁰ Denn die Übergabe i. S. v. § 929, 1 verlangt, dass der Veräußerer den Besitz gänzlich aufgibt. Übereignet etwa der Veräußerer Wertpapiere, die sich in einem Safe befinden, durch Übergabe eines der beiden Schlüssel, so dass jeder allein Besitz ausüben kann,²¹ so erwirbt der Erwerber kein Alleineigentum. Fraglich ist, ob er Miteigentum erwerben kann. Das wird von der h. M. ausgeschlossen,²² die Entscheidung hängt indessen vom hypothetischen Willen der Parteien ab, § 140: Ist ein entsprechender Wille der Parteien anzunehmen, so erlangt der Erwerber hälftiges Miteigentum.²³

¹⁵ Vgl. § 4 Rn. 26 ff.

¹⁶ Beispiel: Der Angestellte A des Veräußerers E übergibt die gekaufte Sache an den Angestellten B des Erwerbers X.

¹⁷ Beispiele: Der Erwerber schließt mit seinem Freund F einen Leihvertrag über das von ihm gekaufte Buch und bittet den Veräußerer, das Buch dem F direkt auszuhändigen, was geschieht. Oder: Die dem Kind geschenkte Sache wird den Eltern übergeben, die dem Kind den Besitz kraft ihrer Vermögenssorge und einem entsprechenden Besitzwillen vermitteln; auch das Kind benötigt allerdings Besitzwillen.

¹⁸ Der Veräußerer hatte z. B. das verkaufte Buch an B verliehen, weshalb er den B anweist, das Buch an den Erwerber oder an dessen Freund F herauszugeben.

¹⁹ Vgl. etwa Damrau, JuS 1978, 523; Musielak, JuS 1992, 713, 718; MünchKomm/Oechsler § 929 Rn. 64; Soergel/Henssler § 929 Rn. 60.

²⁰ Das ist h. M., vgl. nur BGH NJW 1979, 714; Westermann/Westermann § 38 Rn. 2; Staudinger/Wiegand, 2017, § 929 Rn. 62; RGRK/Pikart § 929 Rn. 44.

²¹ § 4 Rn. 8.

²² Vgl. BGH WM 1962, 820; RGRK/Pikart § 929 Rn. 27; Tiedtke, Jura 1983, 475; Mormann, WM 1966, 3.

²³ BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 87.

Der Erwerb des Alleineigentums scheitert aber nicht immer schon dann, wenn der Veräußerer dem Erwerber nur Mitbesitz einräumt und sich selbst Mitbesitz vorbehält. Denkbar ist, dass der Veräußerer seinen Mitbesitz als Besitzmittler für den Erwerber ausübt, so dass der Erwerber die Sache derart ganz besitzt, dass er unmittelbaren und, vermittelt durch den Veräußerer, mittelbaren Mitbesitz hat.²⁴ Der Eigentumserwerb erfolgt in diesem Fall nach § 929, 1 und § 930.²⁵ Als Übergabe nach § 929, 1 reicht es deshalb auch aus, wenn der Veräußerer die Sache dem Erwerber und einem Dritten als Mitbesitzern gibt, wenn nur der Dritte als Besitzmittler für den Erwerber besitzt.

3. Übergabesurrogate

§ 929, 2, § 930 und § 931 ersetzen die Übergabe nach § 929, 1 durch sog. Übergabesurrogate (vgl. Rn. 10 ff., 14 ff., 22 ff.). Sie zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihnen – im Gegensatz zur Übergabe gemäß § 929, 1 – der Gewahrsam in der gleichen Hand bleibt. Die Einigung nach § 929, 1 wird dadurch selbstverständlich nicht ersetzt, sie ist stets gesondert zu prüfen. 9

II. Brevi manu traditio, § 929 S. 2

Die *brevi manu traditio* („Übergabe kurzer Hand“)²⁶ ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erwerber die Sache bereits im Besitz hat; mit ihr soll den Parteien die umständliche Hin- und Rückgabe der Sache erspart werden. Zur Übereignung reicht die bloße dingliche Einigung, § 929, 2. Die Publizität der dinglichen Rechtslage, die vorher nicht bestand, wird durch die *brevi manu traditio* wiederhergestellt. 10

a) *Veräußerung an Besitzdiener*: Die *brevi manu traditio* kann in der Form erfolgen, dass der Eigentümer die Sache an seinen Besitzdiener veräußert, der die Sache bereits in seinem Gewahrsam hat. Als Besitzdiener hat er keinen Besitz, das BGB regelt diesen Fall nicht ausdrücklich. Er war jedoch der Ausgangsfall der *brevi manu traditio* im römischen Recht, und auch der Gesetzgeber wollte diese Art der Übereignung zulassen.²⁷ Es besteht daher kein Hindernis, § 929, 2 auf den Fall des zum Eigenbesitzer werdenden Besitzdieners anzuwenden;²⁸ es genügt die dingliche Einigung nach § 929, 1.²⁹ 11

²⁴ So z. B. auch BGH NJW 1979, 715; Heck § 57 II; Soergel/Henssler § 929 Rn. 54; RGRK/Pikart § 929 Rn. 44.

²⁵ Etwa: Der Eigentümer veräußert die im Safe liegenden Wertpapiere an den Erwerber und behält sich daran den Nießbrauch vor, indem er dem Erwerber einen der beiden Schlüssel übergibt (nach Wolff, JherJahrb 44 [1902], 143, 188).

²⁶ Zu ihr Wadle, JuS 2000, L 57 ff.

²⁷ Vgl. dazu Wieling § 9 II 1.

²⁸ So auch BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 77.

²⁹ Beispiel: Der Schreinermeister schenkt und übereignet seinem Gesellen den Hobel.

- 12 *b) Veräußerung an Eigenbesitzer:* Ist der Erwerber bereits unmittelbarer oder mittelbarer Eigenbesitzer der Sache, so genügt für die Übereignung ebenfalls die bloße dingliche Einigung, § 929, 2. Eine Besitzübertragung ist weder notwendig noch möglich. In der Einigung liegt zugleich das Einverständnis des Eigentümers, dass der Erwerber die Sache so besitzen soll, als habe der Eigentümer sie ihm übergeben.
- 13 *c) Veräußerung an Fremdbesitzer:* Der Eigentumserwerb des Fremdbesitzers stellt den Normalfall des § 929, 2 dar, wenn etwa der Vermieter dem Mieter die Sache übereignet.³⁰ Es ist aber nicht nötig, dass der Erwerber für den Veräußerer besitzt, er kann auch für einen Dritten besitzen; es ist daher hier nicht relevant, ob der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hat.³¹ Der Fremdbesitz des Erwerbers kann unmittelbarer oder mittelbarer Besitz sein. Es spielt auch keine Rolle, auf welche Weise der Erwerber in den Besitz der Sache gekommen ist.

III. Erwerb durch Besitzkonstitut, § 930

- 14 Das Besitzkonstitut („Besitzentschluss“³²) ist die zweite derjenigen Übergabeformen, bei denen der Gewahrsam in der gleichen Hand bleibt. § 930 fordert neben der dinglichen Einigung (§ 929, 1) die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Dem ist im Wege der Analogie der Fall gleichzustellen, dass der Veräußerer sich zum Besitzdiener des Erwerbers macht;³³ zwar verliert der Veräußerer nach § 855 auf diese Weise seinen Besitz, der Gewahrsam wechselt jedoch nicht, weshalb der Fall nicht nach § 929, 1 zu behandeln ist.³⁴
- 15 *a) Abstraktes/konkretes Besitzmittlungsverhältnis:* In der Regel geschieht das Besitzkonstitut derart, dass der Veräußerer den Eigenbesitz zugunsten des Erwerbers aufgibt und sich zu dessen Besitzmittler macht. Erforderlich ist hierzu ein Besitzmittlungsverhältnis i. S. v. § 868: Das Besitzmittlungsverhältnis muss nach h. M. nicht wirksam sein,³⁵ es muss sich auch nicht um eines der im Gesetz geregelten Vertragsverhältnisse handeln. Die h. M. fordert darüber hinaus, dass es sich um ein konkretes Besitzmittlungsverhältnis handle, in welchem bestimmte („konkrete“) Rechte und Pflichten bezüglich der Sache zwischen den Parteien vereinbart sind; eine allgemeine Abrede, der Veräußerer solle für den Erwerber besitzen (abstraktes Besitzmittlungsverhältnis), reiche nicht aus.³⁶ Andernfalls komme

³⁰ H. M., vgl. BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 128; a. A. Ernst, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, 1992, 84; Stagl, AcP 211 (2011), 530, 560 (nur Eigenbesitzer).

³¹ Etwa: Der Erwerber hat die Sache von einem Dieb gemietet.

³² D. h. der Entschluss, die Sache künftig nicht mehr als Eigenbesitzer, sondern als Fremdbesitzer oder Besitzdiener für einen anderen besitzen zu wollen; vgl. dazu Wieling § 9 III 1 a; oben § 6 Rn. 10.

³³ BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 61; MünchKomm/Oechsler § 930 Rn. 8.

³⁴ Anders etwa Staudinger/Wiegand, 2017, § 929 Rn. 49.

³⁵ Vgl. § 6 Rn. 3.

³⁶ Vgl. etwa BGH JZ 1964, 130; Prütting Rn. 380; Westermann/Westermann § 39 Rn. 7; Baur/Stürner § 51 Rn. 22.

man zum reinen Konsensprinzip und öffne der Simulation und Gläubigergefährdung Tür und Tor. In der Durchführung ihres Prinzips gibt die h. M. jedoch ihre Forderung nach einem konkreten Besitzmittlungsverhältnis praktisch auf. Denn einmal setzt man die Voraussetzungen an ein Besitzmittlungsverhältnis recht niedrig an: Es soll schon eine Vereinbarung ausreichen, aus welcher sich irgendwelche Verhaltenspflichten gegenüber der Sache ergeben, z. B. die Sache pfleglich zu behandeln oder zu einem bestimmten Zeitpunkt herauszugeben. Sodann nimmt die h. M. an, dass eine solche Vereinbarung auch konkludent geschlossen werden kann³⁷ und dass eine solche konkludente Vereinbarung regelmäßig anzunehmen sei, wenn das Besitzkonstitut ernsthaft gewollt sei.³⁸ Damit ist aber die Forderung nach einem konkreten Besitzmittlungsverhältnis in Wirklichkeit aufgegeben.

Dass durch das Besitzkonstitut die Gefahr *simulierter Geschäfte* heraufbeschworen wird, namentlich zu Ungunsten der Gläubiger des Veräußerers, ist nicht zu leugnen; aber mit der Forderung nach einem konkreten Besitzmittlungsverhältnis kann man der Gefahr nicht Herr werden. Wer eine Übereignung simulieren will, kann ohne Mühe auch das „konkrete Besitzmittlungsverhältnis“ simulieren. Richtig ist vielmehr, dass für ein wirksames Besitzkonstitut auch ein abstraktes Besitzmittlungsverhältnis ausreicht, wenn nur die Ernsthaftigkeit des Geschäfts feststeht.³⁹

Ein Besitzmittlungsverhältnis setzt kein vertragliches oder gesetzliches⁴⁰ *Rechtsverhältnis* voraus,⁴¹ nicht einmal einen Herausgabeanspruch, wie ihn die h. M. fordert.⁴² Voraussetzung ist allein der natürliche Wille des Besitzmittlers, dem Oberbesitzer den Besitz zu vermitteln.⁴³ Fasst der Veräußerer einen solchen Entschluss, den Besitz nunmehr dem Erwerber zu vermitteln, und will der Erwerber die Sache als mittelbarer Eigenbesitzer besitzen,⁴⁴ so liegt darin ein wirksames Besitzkonstitut. Ein solcher Entschluss kann sich auch konkludent aus den Umständen ergeben. Ein Besitzkonstitut verlangt also den beidseitigen Willen, dass der Eigenbesitz an der Sache wechseln soll.⁴⁵ In allen Fällen ist aber sorgfältig zu prüfen, ob der Veräußerer wirklich den Besitz dem Erwerber vermitteln will. Es genügt nicht eine entsprechende Erklärung, wenn der Veräußerer die Sache weiter wie ein Eigentümer behandelt. Der Veräußerer muss sich tatsächlich wie ein Fremdbesitzer verhalten. Tut er das, so ergeben sich daraus von selbst Verhaltenspflichten gegenüber der

³⁷ Vgl. etwa Palandt/Herrler § 930 Rn. 8; Soergel/Henssler § 930 Rn. 11; Wolff/Raiser § 67 I 1.

³⁸ Vgl. RGRK/Pikart § 930 Rn. 25; Staudinger/Wiegand, 2017, § 930 Rn. 18.

³⁹ So zutreffend etwa Wacke, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, 1974, 69 ff.; Staudinger/Wiegand, 2017, § 930 Rn. 17, 20 ff.; BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 32.

⁴⁰ S. auch Rn. 18.

⁴¹ Allerdings kann ein bestehendes Rechtsverhältnis zum Beleg des Besitzmittlungswillens des Veräußerers dienen, vgl. BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 33.

⁴² Oben § 6 Rn. 4; wie hier z. B. BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 36: die Herausgabebereitschaft des Besitzmittlers genügt.

⁴³ Vgl. § 6 Rn. 5.

⁴⁴ Vgl. § 6 Rn. 6.

⁴⁵ BGH NJW 1992, 1162, 1163; BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 41.

Sache, selbst wenn nichts Besonderes vereinbart ist. Ein ernstgemeintes Besitzmittlungsverhältnis ist in diesem Sinne immer und zwangsläufig „konkret“. Belässt etwa ein Käufer eine ausgesuchte und bezahlte Sache noch beim Verkäufer, so liegt darin ein konkludent vereinbartes Besitzkonstitut, das Verhältnis richtet sich nach Verwahrungsrecht.

- 16 *b) (Un-)Mittelbarer Besitz des Veräußerers:* Der Eigentümer kann eine Sache durch Besitzkonstitut nicht nur dann veräußern, wenn er sie in unmittelbarem Besitz hat; es genügt auch ein mittelbarer Besitz, wenn er die Sache z. B. in Verwahrung oder Leihe gegeben hat. Die Übereignung durch Besitzkonstitut kann bedingt oder befristet werden. Bedingt oder befristet ist dabei die dingliche Einigung, nicht das Besitzmittlungsverhältnis, welches nicht durch Rechtsgeschäft begründet wird. Bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder Befristung wird aber der Veräußerer als Eigenbesitzer besitzen und daher nicht dem Erwerber den Besitz vermitteln wollen. Das geschieht erst mit Eintritt der Bedingung. Daraus folgt, dass der Veräußerer noch zu diesem Zeitpunkt, bei Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder Befristung, Besitzer der Sache sein muss.⁴⁶ Denn andernfalls kann der Erwerber nicht gemäß § 930 mittelbarer Eigenbesitzer werden und es entsteht kein Besitzmittlungsverhältnis. Umgekehrt kann bei einem vorweggenommenen (antizipierten) Besitzkonstitut die Verfügung erst wirksam werden, wenn der Verfügende den Besitz der Sache erlangt hat (Rn. 44).
- 17 *c) Erkennbarkeit:* Das Besitzkonstitut muss nicht erkennbar nach außen hervortreten;⁴⁷ denn der Gesetzgeber hat beim Besitzkonstitut ausdrücklich auf eine Publizität verzichtet.⁴⁸ Verleiht der Besitzmittler seinem Besitzmittlungswillen allerdings durch eine (Ausführungs-)Handlung Ausdruck, so kommt dieser erheblicher Beweiswert zu.⁴⁹
- 18 *d) Gesetzliches Rechtsverhältnis:* Nach h. M. genügt ein „gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis“, etwa zwischen Eltern und Kind, wenn sie diesem etwas übereignen wollen, oder Ehegatten bezüglich des Hausrats, obwohl § 930 von einer Vereinbarung spricht.⁵⁰ Es handelt sich hier aber um ein Missverständnis: Wenn, wie in den genannten Fällen, ein gesetzliches Rechtsverhältnis besteht, so heißt das noch nicht, dass auch ein Besitzmittlungsverhältnis besteht; beides ist voneinander zu trennen. Dieses entsteht nur, wenn der Besitzmittler für den mittelbaren Besitzer besitzen will und dieser auch Besitzwillen hat.⁵¹
- 19 *e) Bestimmtheit:* Soll eine Sachgesamtheit übereignet werden, etwa ein *Warenlager* oder Teile davon,⁵² so sind die betroffenen Sachen genau zu bestimmen. Es

⁴⁶ Vgl. etwa Erman/Bayer § 930 Rn. 3; Soergel/Henssler § 930 Rn. 7; RGRK/Pikart § 930 Rn. 5; Wolff/Raiser § 67 I 3; anders MünchKomm/Oechsler § 930 Rn. 8: Zeitpunkt der Einigung.

⁴⁷ Wolff/Raiser § 66 I 1 b β; Soergel/Henssler § 930 Rn. 2; NK/Meller-Hannich § 930 Rn. 13; anders aber BGH NJW 2012, 1796 Rn. 34 und schon RGZ 140, 223, 231.

⁴⁸ Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 625 f.

⁴⁹ BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 28, 51.

⁵⁰ BGHZ 73, 253, 258; Baur/Stürner § 51 Rn. 24; Schapp/Schur Rn. 188.

⁵¹ Wieling § 9 III 2 b ee; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 23, § 930 Rn. 40, 42 f.

⁵² Regelmäßig handelt es sich um Sicherungsübereignungen.

genügt also nicht, wenn die Hälfte des Lagers übereignet wird oder Waren im Wert von 10.000 €. ⁵³ Die Sachen müssen in der dinglichen Einigung und im Besitzkonstitut so bestimmt bezeichnet sein, dass sie ausgesondert werden können. Wirksam wäre etwa die Übereignung des ganzen Lagers, einer bestimmten Warengattung im Lager, der Waren eines bestimmten Raums (Raumsicherungsvertrag), besonders gekennzeichnet oder in Register eingetragener Waren ⁵⁴ usw. Nicht erforderlich ist aber, dass die Bestimmtheit sich aus dem dinglichen Vertrag selbst ergibt; sie kann sich aus Nebenabreden ergeben, aus Warenlisten, Lagerbüchern u. ä. ⁵⁵

Die Bestimmtheit muss zur Zeit der Übereignung vorliegen. Werden etwa alle jetzt im Lager vorhandenen Sachen übereignet und kommen später andere, nicht übereignete Sachen hinzu, so ändert das nichts daran, dass zunächst bestimmte Sachen übereignet wurden. Die Sachen sind allerdings nicht ohne weiteres erkennbar, an der früher geschehenen Übereignung kann dies jedoch nichts ändern. ⁵⁶

Es ist auch möglich, ein Lager in seinem wechselnden Bestand zu übereignen („revolvierende Globalsicherung“), ⁵⁷ so dass auch die jeweils neu hinzukommende Ware übereignet wird. Eine entsprechende Abrede kann auch konkludent abgeschlossen werden. Es handelt sich hierbei um ein antizipiertes Besitzkonstitut (Rn. 43): Die betroffenen Waren müssen bei Vertragsabschluss noch nicht bestimmt sein, es reicht vielmehr aus, wenn sie aufgrund des Vertrags bestimmbar sind, ⁵⁸ so z. B. alle künftig ins Lager aufgenommenen Waren, alle künftig in einem bestimmten Raum gelagerten Waren usw. Damit das Eigentum übergehen kann, muss zu diesem Zeitpunkt die Ware bestimmt sein, sie muss vertragsgemäß individualisiert werden, z. B. durch das Verbringen in einen bestimmten Raum. Diese Individualisierung muss nach außen nicht erkennbar sein, es bedarf keiner Ausführungshandlung. Mit der Individualisierung geht das Eigentum über.

f) *Antizipiertes Besitzkonstitut*: Die Parteien können eine Übereignung nach §§ 929, 930 auch im Voraus vereinbaren, antizipieren. ⁵⁹ Der allgemein übliche Ausdruck ist jedoch ungenau, weil nicht nur das Besitzkonstitut antizipiert wird, sondern auch die dingliche Einigung (s. auch Rn. 43). Eine solche Übereignung kann z. B. sinnvoll sein bei Sachen, die noch nicht existieren oder die der Veräußerer erst noch erwerben muss. 20

⁵³ Vgl. BGHZ 21, 55. Auch die Übereignung nur der pfändbaren Sachen ist unwirksam, vgl. BGH JZ 1988, 471.

⁵⁴ Serick II 166 ff. Zur Bezugnahme auf ein Inventarverzeichnis BGH NJW 2008, 3142 Rn. 20.

⁵⁵ Vgl. BGH WM 1960, 1226; JZ 1984, 199.

⁵⁶ Vgl. etwa BGHZ 28, 20; BGH NJW 1979, 977; Soergel/Henssler § 930 Anhang Rn. 39.

⁵⁷ S. dazu § 18 Rn. 7.

⁵⁸ BGHZ 21, 56; BGH WM 1966, 95; Soergel/Henssler § 930 Anhang Rn. 39; RGRK/Pikart § 930 Rn. 28; Jauernig/Berger § 930 Rn. 16; zum maßgeblichen Zeitpunkt BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 90.

⁵⁹ Von *anticipare*, vorwegnehmen, vgl. die Glosse von Liebs, Das antekapierte Besitzkonstitut, JZ 1972, 751.

IV. Eigentumserwerb nach § 931

- 21 Auch beim Eigentumserwerb nach § 931 erfolgt im Unterschied zu § 929, 1 kein Gewahrsamswechsel. § 931 umfasst mehrere Konstellationen; der Gesetzgeber sah § 931 nicht als abschließend an.⁶⁰ Mittelt der Dritte dem Veräußerer den Besitz, ist dieser also mittelbarer Besitzer, dann kann er mit einer Besitzabtretung (Rn. 22 ff.) oder Besitzanweisung (Rn. 25) das Eigentum an den Erwerber übertragen. Ist er dagegen kein mittelbarer Besitzer, kommt vor allem die Forderungsabtretung in Betracht (Rn. 26).⁶¹

Stets muss zur Abtretung nach § 931 die Einigung gemäß § 929, 1 hinzukommen.

1. Besitzabtretung

- 22 a) *Voraussetzungen:* Ist der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache, so kann er dem Erwerber die Sache gemäß § 931 dadurch übereignen, dass er ihm den mittelbaren Besitz überträgt: durch Abtretung nach § 870. Der Dritte, der für den Veräußerer besitzt, kann unmittelbarer oder mittelbarer Fremdbesitzer sein.

Hat der Veräußerer einen Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler (aus der Miete, Leihe, Verwahrung etc.), so muss er ihn gemäß § 398 auf den Erwerber übertragen; gemäß § 870 wird damit auch der mittelbare Besitz übertragen, das Eigentum geht über. Damit erlischt der Eigentumsanspruch des Veräußerers (§ 985) und entsteht in der Person des Erwerbers neu. Eine zusätzliche Abtretung des Eigentumsanspruchs kommt neben der Abtretung des Anspruchs aus dem Besitzmittlungsverhältnis nicht in Betracht.⁶²

Hat der Veräußerer keinen Herausgabeanspruch, so ist gemäß den Absichten des Gesetzgebers gleichwohl eine Besitzübertragung durch Willenseinigung nach § 870 möglich.

Die Abtretung des Besitzes gemäß § 870 erfolgt durch Willenseinigung, die kein Rechtsgeschäft ist;⁶³ natürliche Willensfähigkeit genügt also. Entscheidend für den Eigentumsübergang ist allein, dass der Veräußerer seinen Besitz, den ihm der Besitzmittler vermittelt, auf den Erwerber überträgt. Das Eigentum geht über, auch wenn der dritte Besitzer nichts von der Übertragung weiß oder ihr sogar widersprochen hat; eine Anzeige der Abtretung ist nicht erforderlich.

Da es entscheidend auf die Übertragung des mittelbaren Besitzes ankommt und der Herausgabeanspruch und dessen Abtretung dabei eine sekundäre Rolle spielen,

⁶⁰ Zur – verworrenen – Gesetzgebungsgeschichte des § 931 Wieling § 9 IV 1 a–c; BeckOGK/Klinck § 931 Rn. 2 f.

⁶¹ Gegen die Unterscheidung der verschiedenen Besitzkonstellationen (mit je unterschiedlichen Voraussetzungen) und für die rechtsgeschäftliche Abtretung eines einheitlichen, womöglich mehrfach begründeten Herausgabeanspruchs BeckOGK/Klinck § 931 Rn. 9.1, 19, 23, 32.

⁶² H. M., vgl. etwa Prütting Rn. 382; Baur/Stürner § 51 Rn. 36.

⁶³ S. § 6 Rn. 12.

so hat dessen Beschaffenheit keine Bedeutung. Das Eigentum geht auch über, wenn der Anspruch etwa aufschiebend bedingt oder befristet ist oder wenn ihm eine Einrede entgegensteht. Ist er nicht abtretbar (§§ 399 f.), so kann er zwar nicht nach § 398 abgetreten werden, eine Besitzübertragung nach § 870 ist jedoch möglich.

b) *Konkludente Abtretung*: Sowohl die dingliche Einigung gemäß § 929, 1 als auch die Besitzabtretung gemäß § 870 können konkludent erfolgen. Ob eine Besitzabtretung vorliegt, ist durch Auslegung aus dem Verhalten der Parteien zu entnehmen. Wollen die Parteien den Eigentumsübergang und wissen sie, dass die Sache sich im Besitz eines Dritten befindet, so wollen sie auch die Abtretung des Herausgabeanspruchs und des mittelbaren Besitzes. Ist der Veräußerer nur Nebenbesitzer,⁶⁴ so reicht es für eine Übereignung nach § 931 aus, wenn dieser Nebenbesitz übertragen wird;⁶⁵ denn nach § 931 kann Eigentum sogar übertragen werden, wenn der Veräußerer überhaupt keinen Besitz hat, vgl. Rn. 26 f. 23

c) *Antizipierte Abtretung*: Ebenso wie bei § 930 ist auch bei § 931 eine antizipierte Besitzübertragung möglich für den Fall, dass der Veräußerer später den mittelbaren Besitz erwirbt. 24

2. Besitzeinweisung

Der mittelbare Besitzer kann seinen Besitz statt durch Abtretung nach § 870 auch nach ganz h. M. durch Besitzeinweisung übertragen,⁶⁶ auch hierbei handelt es sich um eine Übereignung i. S. v. § 931.⁶⁷ Eine solche Übereignung verlangt neben der dinglichen Einigung eine Anweisung des Veräußerers an seinen Besitzmittler, die Sache fortan für den Erwerber zu besitzen; die Anweisung kann durch den Erwerber dem Mittler übermittelt werden. Erforderlich ist weiter, dass der Besitzmittler der Anweisung auch nachkommt und dem Erwerber den Besitz vermittelt. Das ist nur dann nicht anzunehmen, wenn der Mittler nach Erhalt der Anweisung dieser unverzüglich widerspricht; andernfalls ist von seinem Einverständnis auszugehen, da es dem Mittler gleichgültig sein kann, wem er den Besitz vermittelt. 25

⁶⁴ Vgl. § 6 Rn. 14.

⁶⁵ So auch Westermann/Westermann § 40 Rn. 5.

⁶⁶ Vgl. dazu § 6 Rn. 11.

⁶⁷ Wieling § 9 IV 1, 3; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 89, § 931 Rn. 48 f.; anders die h. M., die die Besitzeinweisung nach § 929, 1 behandelt, vgl. RGZ 103, 151, 153; BGH BB 1960, 881; Prütting Rn. 377; Westermann/Westermann § 38 Rn. 4. Sie erkennt, dass § 929, 1 einen Gewahrsamswechsel erfordert.

3. Forderungsabtretung

- 26 Besitz ein Dritter die Sache als Eigenbesitzer oder als Besitzmittler für einen Vierten, so hat der Eigentümer keinen mittelbaren Besitz, den er nach §§ 870, 931 an den Veräußerer übertragen könnte. Es kommt daher gemäß § 931 neben der Einigung nur eine Anspruchsabtretung als Vollzugshandlung in Betracht.

Als abtretbarer Anspruch kommen § 985 oder andere Ansprüche in Frage, etwa aus §§ 812 I 1 Var. 2, 823 gegen einen Dieb. Stehen dem Veräußerer mehrere Ansprüche auf Herausgabe zu, so wird die Ansicht vertreten, zur Übereignung nach § 931 müssten alle Ansprüche abgetreten werden.⁶⁸ Andere haben Bedenken gegen die Abtretung des Anspruchs aus § 985 und wollen sich mit der Abtretung der übrigen Ansprüche begnügen.⁶⁹ Die Unterscheidung ist jedoch unbegründet. Sowohl der Anspruch aus § 985 wie andere Ansprüche auf Herausgabe der Sache wegen Eigentumsverletzung beruhen auf demselben Rechtsgrund: auf dem verletzten Eigentum. Es handelt sich nicht um verschiedene Ansprüche, sondern um einen einzigen, mehrfach begründeten Anspruch, der folglich nur einheitlich abgetreten werden kann (Anspruchsnormenkonkurrenz).⁷⁰

Der Anspruch auf Herausgabe der Sache wegen Eigentumsvorenthaltung, begründet insbesondere aus § 985, soll nach einer früher verbreiteten Ansicht abzutreten sein.⁷¹ Der Anspruch aus § 985 ist jedoch als Anspruch, der vom Bestand des Eigentums abhängt, nicht *selbständig* abtretbar;⁷² Eigentum und Eigentumsanspruch können nicht getrennt werden.⁷³ Der Anspruch kann daher nur so übertragen werden, dass in der Forderungsabtretung *zugleich* auch die Übereignung liegt, wie es auch in § 255 der Fall ist. Übergang des Eigentums und Übergang der Vindikation sind in jedem Fall unauflösbar miteinander verbunden. Es ist daher ohne Bedeutung, ob man die Übereignungsvoraussetzung dahin formuliert, das Eigentum gehe durch bloße Einigung über und der Eigentumsanspruch folge automatisch; oder ob man auch eine Abtretung fordert.⁷⁴ Denn die Abtretung geschieht zum Zweck der Übereignung und ist identisch mit der dinglichen Einigung.

4. Übereignung besitzloser Sachen

- 27 Die Übereignung besitzloser, z. B. verlorener Sachen ist im BGB nicht vorgesehen, doch kann auch bei besitzlosen Sachen das Bedürfnis auftreten, das Eigentum zu übertragen. Es gibt keinerlei Interessen, die einer solchen Übereignung entgegen-

⁶⁸ MünchKomm/Oechsler § 931 Rn. 15.

⁶⁹ Vgl. etwa Prütting Rn. 382; Westermann/Westermann § 40 Rn. 7.

⁷⁰ Vgl. dazu BeckOGK/Klinck § 931 Rn. 19.

⁷¹ J. v. Gierke § 31 V 2.

⁷² Vgl. § 1 Rn. 4, 9.

⁷³ Vgl. etwa Baur/Stürner § 51 Rn. 37; Prütting Rn. 382.

⁷⁴ J. v. Gierke § 31 V 2; Wolff/Raiser § 67 II 2.

stehen könnten. Wenn gemäß § 931 eine Übereignung möglich ist im Fall, dass ein nicht herausgabewilliger Dritter, z. B. ein Dieb, die Sache besitzt, so sollte das erst recht bei einer besitzlosen Sache möglich sein. Publizitätsinteressen sind nicht berührt, denn wenn ohnehin niemand die Sache besitzt, so kann es Dritten gleichgültig sein, wer Eigentümer ist. Würde man allerdings eine Abtretung gemäß § 931 voraussetzen, müsste der Veräußerer warten, bis die Sache künftig von einem Dritten besessen wird, eine sofortige Übereignung wäre unmöglich. Das muss aber durchaus nicht seinen Interessen entsprechen. Mit der h. M. ist daher eine sofortige Übereignung durch bloße dingliche Einigung nach § 929, 1 zu gestatten, eine Übergabe oder ein Übergabesurrogat kommen nicht in Betracht.⁷⁵

V. Erwerb des Miteigentums⁷⁶

a) Veräußerer im Alleinbesitz: Miteigentum wird in gleicher Weise erworben wie das Alleineigentum, es kann also gemäß §§ 929 ff. übertragen werden.⁷⁷ Will der Alleineigentümer eine Quote seines Rechts auf einen Erwerber übertragen, so kann er einen Eigentumsanteil z. B. nach § 929, 1 übertragen: Ist er etwa selbst Alleinbesitzer, so kann er den Eigentumsanteil dadurch übertragen, dass er dem Erwerber Mitbesitz einräumt; beide besitzen sodann als unmittelbare Mitbesitzer, der Eigentumsanteil geht nach § 929, 1 über. Nach § 929, 1 geht der Eigentumsanteil auch dann über, wenn der Veräußerer den Sachgewahrsam völlig auf den Erwerber überträgt und der Erwerber dann als unmittelbarer Besitzer besitzt, nämlich als Eigenbesitzer für sich und als Fremdbesitzer für den Veräußerer.⁷⁸ Je nach Besitzlage ist auch eine Übertragung nach § 929, 2, § 930 bzw. § 931 denkbar.⁷⁹ 28

b) Mitbesitz: Will der Alleineigentümer eine Eigentumsquote veräußern und besteht unmittelbarer Mitbesitz zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber, so erfolgt die Veräußerung nach § 929, 2: Vorher war der Veräußerer mittelbarer und unmittelbarer Eigenbesitzer, der Erwerber Fremdbesitzer, nachher sind beide unmittelbare Eigenbesitzer. Je nach Besitzlage ist aber auch ein Mitbesitz zwischen dem Veräußerer und einem Dritten, zwischen dem Erwerber und einem Dritten und zwischen mehreren Dritten möglich. In diesen Fällen ist § 929, 2, § 930 oder § 931 anzuwenden.⁸⁰ 29

c) Übertragung bestehender Eigentumsquoten: Soll eine schon bestehende Eigentumsquote übertragen werden, so sind ebenfalls die §§ 929 ff. anwendbar. Haben 30

⁷⁵ Heck § 57 II; Westermann/Westermann § 40 Rn. 4; Baur/Stürner § 51 Rn. 37; BeckOGK/Klinck § 931 Rn. 47; Müller/Gruber Rn. 1415; Meier/Jocham, JuS 2017, 1155, 1158 f.

⁷⁶ Zum Miteigentum allgemein vgl. § 8 Rn. 13 ff.

⁷⁷ Eine entsprechende Vorschrift wurde von der 2. BGB-Kommission als selbstverständlich gestrichen.

⁷⁸ Man kann zugleich Eigen- und Fremdbesitzer sein, vgl. § 4 Rn. 10.

⁷⁹ Dazu Wieling § 9 V a.

⁸⁰ Vgl. Wieling § 9 V b.

etwa die Miteigentümer unmittelbaren Mitbesitz, so erfolgt die Veräußerung nach § 929, 1 oder nach § 930. Besitzt einer die Sache als Besitzmittler für die anderen, so kann die Veräußerung nach § 931 oder nach § 930 erfolgen. Im Übrigen gibt es vielfältige Besitzkombinationen, die im Sinne der vorstehenden Beispiele zu behandeln sind.

VI. Berechtigung des Veräußerers

- 31 *a) Verfügungsverbote:* Die Veräußerung nach §§ 929–931 setzt voraus, dass der Veräußerer Eigentümer ist; andernfalls geht kein Eigentum über. Aber selbst wenn der Veräußerer Eigentümer ist, kann die Veräußerung deswegen unwirksam sein, weil ein Verfügungsverbot besteht, etwa wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder bei Ehegatten gemäß § 1365.
- 32 *b) Verfügungsberechtigung:* Umgekehrt kann ausnahmsweise auch die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam sein, wenn er Verfügungsberechtigt ist. Das ist etwa der Fall beim Pfandgläubiger nach Pfandreife, § 1242.⁸¹ Ein Nichtberechtigter ist auch dann gemäß § 185 Verfügungsberechtigt, wenn er die Zustimmung des Eigentümers zur Verfügung hat, entweder vor der Verfügung als sog. Einwilligung, nach der Verfügung als Genehmigung, §§ 183 f.:
- 33 *aa) Zustimmung:* Der Nichtberechtigte ist Verfügungsbefugt, wenn der Eigentümer zuvor in die Verfügung eingewilligt hat, § 185 I; die unwirksame Verfügung eines Nichtberechtigten wird wirksam, wenn sie der Berechtigte nachträglich genehmigt, § 185 II 1 Var. 1. Die Zustimmung ist eine formlose,⁸² empfangsbedürftige Willenserklärung, die sowohl dem Veräußerer wie dem Erwerber gegenüber erklärt werden kann;⁸³ die Erklärung kann ausdrücklich oder konkludent geschehen. Die Einwilligung ist bis zur Vornahme der Verfügung frei widerruflich, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Dagegen ist die Genehmigung oder deren Verweigerung unwiderruflich, sie beenden den Zustand der schwebenden Unwirksamkeit und führen zur endgültigen Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Verfügung. Gemäß § 184 I wirkt die Genehmigung zurück auf den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren; jedoch bleiben gemäß § 184 II die Verfügungen wirksam, welche der Genehmigende vor der Genehmigung getroffen hat, ebenso wie Maßnahmen der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung und des Insolvenzverwalters gegen den Genehmigenden. Auf diese Weise wird dem Genehmigenden die Möglichkeit genommen, eine vorher getroffene Verfügung wieder unwirksam zu machen; ein *venire contra factum proprium* wird verhindert.

⁸¹ Dazu § 15 Rn. 36.

⁸² Vgl. § 182 II.

⁸³ Vgl. § 182 I.

Zur Genehmigung berechtigt ist der zur Zeit der *Vornahme des zu genehmigenden Geschäfts* Berechtigte.⁸⁴ Beispiel: Hat D dem E eine Stute im Wert von 11.000 € gestohlen und für 10.000 € an den bösgläubigen A verkauft und hat A sie für 12.000 € an den gutgläubigen B weiterveräußert, so kann E die Veräußerung A–B genehmigen und von A gemäß § 816 I 1 den Kaufpreis von 12.000 € herausverlangen. Hatte E noch vor Aufklärung des Diebstahls die Stute für 11.000 € an C verkauft und nach §§ 929, 931 übereignet, so steht es ihm ebenfalls frei, danach die Verfügung A–B zu genehmigen. B wird dadurch Eigentümer der Stute, E kann auch hier gemäß § 816 I 1 von A Herausgabe des Kaufpreises in Höhe von 12.000 € verlangen. Allerdings verliert B sein Eigentum durch die Übereignung E–C, die gemäß § 184 II von der Genehmigung des Geschäfts A–B nicht berührt wird; C ist endgültig Eigentümer. Den Kaufpreis von 11.000 € aus dem Geschäft mit C muss E an B gemäß § 816 I 1 herausgeben, denn durch die Genehmigung hat E über das Eigentum des B verfügt. Hat die Stute bei dem bösgläubigen A ein Fohlen geworfen, so hat E gemäß § 953 das Eigentum daran erlangt und kann es gemäß §§ 985, 990, 987 herausverlangen; denn zu dieser Zeit war noch E Eigentümer der Stute. Hat die Stute das Fohlen erst beim gutgläubigen B geworfen, so ist dieser gemäß § 953 Eigentümer geworden und kann das Fohlen behalten; denn für diese Zeit gilt gemäß § 184 I B als Eigentümer der Stute, zudem hätte er auch als gutgläubiger Besitzer gemäß § 955 Eigentum an dem Fohlen erworben.

bb) Erwerbsfall: Erwirbt der nichtberechtigt Verfügende nachträglich das Eigentum, so wird dadurch die Verfügung wirksam, § 185 II 1 Var. 2; die Heilung (Konvaleszenz) tritt *ex nunc* ein. Voraussetzung für die Heilung ist nicht, dass der nichtberechtigt Verfügende verpflichtet ist, seinem Vertragspartner das Eigentum zu verschaffen, d. h. dass ein wirksames Grundgeschäft besteht.⁸⁵ Für eine solche Aufgabe des Abstraktionsprinzips besteht kein Grund.⁸⁶ Hat der Nichtberechtigte mehrere Verfügungen getroffen, so wird nur die frühere wirksam, § 185 II 2. Das gilt aber nur, wenn die Verfügungen sich gegenseitig ausschließen.

cc) Beerbungsfall: Die Verfügung eines Nichtberechtigten wird schließlich dann wirksam, wenn der Berechtigte Erbe des Verfügenden wird, § 185 II 1 Var. 3. Der Grund für die Heilung liegt darin, dass der Erbe in die Stellung des Erblassers eintritt; dieser war aber durch seine Verfügung gebunden, also ist auch der Erbe daran gebunden. Bei der Beschränkung der Erbenhaftung tritt die Bindung des Erben nicht ein, und zwar deshalb, weil der Erbe durch die Trennung der Vermögensmassen nicht unbeschränkt in die Position des Erblassers eintritt.

⁸⁴ So Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 184 Rn. 6; Finkenauer, AcP 203 (2003), 282; Pfister, JZ 1969, 623; BeckOK/Bub § 185 Rn. 11. Dagegen will die h. M. auf die Berechtigung zur Zeit der *Genehmigung* abstellen, vgl. etwa Flume II § 57, 3 a; MünchKomm/Bayreuther § 184 Rn. 19 ff.; BeckOGK/Regenfus § 185 Rn. 83. Die h. M. muss aber von ihrem Grundsatz so viele Ausnahmen machen, dass von ihrem Prinzip wenig übrig bleibt. Sie unterstellt zudem dem Gesetzgeber von 1900, in § 184 II eine überflüssige Regelung geschaffen zu haben, was man nicht ohne Grund tun sollte.

⁸⁵ So aber Hagen, AcP 167 (1967), 499 ff.; Palandt/Ellenberger § 185 Rn. 11; richtig die h. M., s. MünchKomm/Bayreuther § 185 Rn. 51; Kiehnle, Jura 2017, 877.

⁸⁶ H. M., vgl. Finkenauer, FS Picker, 2010, 201, 213; MünchKomm/Bayreuther § 185 Rn. 51.

Die Heilung durch Erbschaftserwerb des Berechtigten wirkt *ex nunc*; sie tritt nach h. M. ein, sobald der Erbe *endgültig unbeschränkt* für die Nachlassschulden haftet.⁸⁷ Das ist der Fall, wenn der Erbe die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung infolge Inventarsäumnisses (§ 1994 I 2) oder Inventaruntreue (§ 2005 I) verliert – äußerst selten vorkommende Fälle. Gemeint hatte der Gesetzgeber mit der Voraussetzung „unbeschränkter“ Erbenhaftung in § 185 II 1 jedoch die „normale“ *unbeschränkte, aber beschränkbare* Erbenhaftung nach § 1967.⁸⁸ Die Heilung ist auch hier nicht vom Bestehen eines wirksamen Grundgeschäfts abhängig;⁸⁹ denn § 185 handelt nur vom dinglichen Geschäft, unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Kausalgeschäfts.

VII. Vertretung im Eigentumserwerb

- 36 Bei der Vertretung im Eigentumserwerb sind die dingliche Einigung und die Übergabe zu unterscheiden. Die dingliche Einigung ist ein Rechtsgeschäft, sie kann durch Vertreter vorgenommen werden.⁹⁰ Dagegen sind sowohl die Übergabe als auch ihre Surrogate keine Rechtsgeschäfte, sondern Rechtshandlungen;⁹¹ Veräußerer und Erwerber können sich dabei, also zur Vertretung im Besitz, eines Besitzdieners oder Besitzmittlers bedienen; auf den Besitzwillen sind die §§ 164 ff. entsprechend anwendbar.⁹²

1. Unmittelbare Stellvertretung bei der Veräußerung

- 37 Der Veräußerer kann sich zur dinglichen Einigung eines Vertreters bedienen. Die Übergabe bzw. deren Surrogate kann er entweder selbst vornehmen oder durch Besitzdiener bzw. Besitzmittler vornehmen lassen. Der Vertreter selbst kann dabei Besitzdiener oder Besitzmittler des Veräußerers sein. Er kann die Sache gemäß § 929, 1 dem Erwerber übergeben. Den Willen, den Besitz auf den Erwerber zu übertragen, kann er als Vertreter des Veräußerers entsprechend § 164 erklären.

⁸⁷ Vgl. BeckOGK/Regenfus § 185 Rn. 148; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 122; Habersack, JZ 1991, 70, 72.

⁸⁸ Finkenauer, FS Picker, 2010, 201, 214, 216; zust. MünchKomm/Bayreuther § 185 Rn. 57.

⁸⁹ Vgl. Flume AT II § 58; Kiehnle, Jura 2017, 877; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 123; Neuner, AT, § 54 Rn. 39; a. A. BGH NJW 1994, 1470 f. sowie der Vorsitzende des erkennenden Senats Hagen, AcP 167 (1967), 493 ff.; MünchKomm/Bayreuther § 185 Rn. 5.

⁹⁰ Vgl. § 1 Rn. 20.

⁹¹ Das gilt auch für Besitzerwerb nach § 854 II.

⁹² Vgl. § 4 Rn. 26 ff.

2. Unmittelbare Stellvertretung beim Erwerb

a) *Einigung*: Auch der Erwerber kann sich bei der Einigung eines Vertreters bedienen. Die Einigung kommt zwischen dem Veräußerer und dem Vertretenen zustande, das Eigentum geht direkt vom Veräußerer zum Vertretenen über, ohne Zwischenerwerb des Vertreters. Der Vertreter muss Vertretungsmacht haben und im Namen des Erwerbers auftreten, § 164 I. Die Vollmachtserteilung und das Handeln für einen anderen können konkludent erklärt werden und sich aus den Umständen ergeben. Fehlt die Vertretungsmacht, so kann der Erwerber die in seinem Namen abgeschlossene Einigung nachträglich genehmigen, § 177 I. Dass der Veräußerer den Vertretenen kennt, ist nicht erforderlich, es reicht aus, wenn der Vertreter allgemein für „seinen Auftraggeber“ auftritt. Der innere Wille des Vertreters, die Sache für sich zu erwerben, ändert am Erwerb des Vertretenen nichts.⁹³ Für die Frage des Kennens oder Kennenmüssens bestimmter Umstände gilt § 166; entscheidend ist dafür die Person des Vertreters bei der rechtsgeschäftlichen Einigung, nicht ein Vertreter beim Besitzerwerb.⁹⁴ 38

b) *Übergabe*: Ist die Einigung durch einen Vertreter des Erwerbers vorgenommen worden, so kann die Übergabe an den Erwerber selbst erfolgen, mit ihm können die Übergabesurrogate vereinbart werden. Der Erwerber kann aber auch hierfür einen Vertreter im Besitz bestellen, der für ihn die Sache als Besitzdiener oder Besitzmittler erwerben soll oder der für ihn die Übergabesurrogate vereinbart. Dieser Besitzvertreter kann auch der Vertreter bei der Einigung sein. 39

Zum Erwerb der Sache durch den Vertreter muss hinzukommen der Besitzwille des Erwerbers, nur so kann er Besitzer werden. Der Vertreter kann einen solchen Besitzwillen für den Erwerber fassen, doch wird das regelmäßig überflüssig sein: Wer einen Dritten zum Erwerb einer Sache beauftragt und bevollmächtigt, will auch die Sache besitzen, sobald der Vertreter sie erworben hat.⁹⁵ Erwirbt ein Vertreter ohne Vertretungsmacht im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag eine Sache für den Geschäftsherrn, so wird dieser nur dann sofort Eigentümer, wenn der Geschäftsführer ihn im Besitzwillen vertreten hat und der Geschäftsherr diese Vertretung genehmigt, §§ 177 I, 184 I.⁹⁶

⁹³ Vgl. Soergel/Henssler § 929 Rn. 42; RGRK/Pikart § 929 Rn. 55.

⁹⁴ War der Vertreter bei der Einigung gutgläubig, der (andere) Vertreter beim Besitzerwerb bösgläubig, erwirbt der Vertretene gutgläubig Eigentum, § 166 I; so auch Westermann/Gursky § 46 Rn. 16.

⁹⁵ Die Stellvertretung im Besitzwillen hat etwa dann Bedeutung, wenn ein Willensunfähiger Besitz und Eigentum nach § 929 erwerben soll, vgl. dazu § 4 Rn. 30.

⁹⁶ Vgl. § 4 Rn. 30; § 6 Rn. 6.

3. Mittelbare Stellvertretung bei der Veräußerung

- 40 Der Veräußerer kann einen Dritten beauftragen, eine Sache in dessen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu veräußern, indem er sie etwa einem Verkaufskommissionär übergibt. Dieser mittelbare Vertreter wird regelmäßig nicht Eigentümer, der Auftraggeber übereignet ihm die Sache nicht. Veräußert der Beauftragte die Sache, so handelt er als Nichtberechtigter mit Einwilligung des Berechtigten, § 185 I. Das Eigentum geht direkt vom Auftraggeber auf den Erwerber über.

4. Mittelbare Stellvertretung beim Erwerb

- 41 Der mittelbare Stellvertreter tritt im eigenen Namen auf und erwirbt zunächst Besitz und Eigentum für sich, bevor er es auf den Auftraggeber weiter überträgt. Ein typischer Fall ist der Einkaufskommissionär, der im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung handelt. Die dingliche Einigung kommt zwischen dem Veräußerer und dem Kommissionär zustande, die Sache wird dem Kommissionär übergeben. Der Kommissionär kann die Sache gemäß § 929, 1 auf den Kommittenten weiter übertragen. In der Zwischenzeit ist der Kommissionär Eigentümer der Sache, was für den Kommittenten Gefahren mit sich bringt. Der Kommissionär kann als Berechtigter, wenn auch auftragswidrig, über die Sache verfügen; gefährlicher noch ist es, dass die Sache dem Zugriff der Gläubiger des Kommissionärs unterliegt, sei es im Insolvenzverfahren, sei es in der Einzelvollstreckung. Der Kommittent hat also ein beachtliches Interesse daran, möglichst bald Eigentümer der Sache zu werden, auch noch bevor sie ihm übergeben wird. Hierfür gibt es mehrere Möglichkeiten, die alle von § 930 ausgehen:

- 42 a) *Insichgeschäft*: Der Beauftragte kann das Eigentum durch Insichgeschäft nach § 930 auf den Auftraggeber übertragen,⁹⁷ sei es sofort nach dem Erwerb der Sache, sei es später, wenn z. B. der Auftraggeber an ihn gezahlt hat. Der beauftragte Eigentümer gibt also seine Übereignungserklärung ab an sich als den Vertreter des auftraggebenden Erwerbers und erklärt wiederum als dessen Vertreter an sich selbst die Annahme. Ein solches Insichgeschäft setzt zunächst Vertretungsmacht voraus; es ist wirksam, wenn es dem Vertreter gestattet ist oder „ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht“, § 181. Beides wird regelmäßig vorliegen: Der Beauftragte ist verpflichtet, das Eigentum auf den Auftraggeber zu übertragen; man darf auch von dem Einverständnis des Auftraggebers ausgehen, dass der Beauftragte ihm durch Insichgeschäft das Eigentum übertragen kann.

Hinzukommen muss die Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses, sie geschieht nicht durch ein Rechtsgeschäft; es handelt sich um ein tatsächliches Verhältnis, das durch Rechtshandlungen begründet wird. Erforderlich ist der Wille

⁹⁷ Vgl. etwa Prütting Rn. 380; Baur/Stürmer § 51 Rn. 30; Westermann/Westermann § 42 Rn. 6 ff.; BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 45.

des Beauftragten, als Besitzmittler für den Auftraggeber zu besitzen. Dazu ist weder eine Vollmacht des Auftraggebers noch ein Insichgeschäft nötig, der Beauftragte kann diesen Willen allein fassen, er muss niemandem gegenüber erklärt werden. Ist der Beauftragte zur Übereignung an einem bestimmten Zeitpunkt verpflichtet, so ist anzunehmen, dass er den Willen hat, dem Auftraggeber den Besitz zu vermitteln; etwas Gegenteiliges müsste deutlich kundgetan werden. Zu diesem Besitzmittlungswillen des Beauftragten muss allerdings noch der Besitzwille des Auftraggebers hinzukommen, damit ein Besitzmittlungsverhältnis entsteht.

b) *Antizipiertes Besitzkonstitut*: Noch vorteilhafter für den Auftraggeber als ein nachträgliches Insichgeschäft ist die Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts (Rn. 20): Er vereinbart mit dem Beauftragten, dass mit dessen Erwerb der Sache das Eigentum sofort auf ihn weitergehen soll (dingliche Einigung) und dass der Beauftragte die Sache für ihn als Besitzmittler besitzen soll. Das Eigentum geht dann für eine „juristische Sekunde“ auf den Beauftragten über und dann weiter auf den Auftraggeber. Das antizipierte Besitzkonstitut kann auch konkludent vereinbart werden, doch muss man sich vor Fiktionen hüten, die dem Interesse des Beauftragten widersprechen können.

c) *Durchgangserwerb*: Erwerb durch Insichgeschäft und antizipiertes Besitzkonstitut führen zum Durchgangserwerb, d. h. dass der mittelbare Vertreter selbst zunächst Eigentum und Eigenbesitz erwirbt, zumindest für eine „juristische Sekunde“. Selbst das bringt für den Auftraggeber noch Gefahren mit sich: Bei nachträglichem Konstitut oder Insichgeschäft besteht die Gefahr, dass der Vertreter insolvent wird oder dass seine Gläubiger die Sache pfänden. Selbst wenn die Sache nur eine juristische Sekunde in das Eigentum des Vertreters fällt, besteht die Gefahr, dass sie von der Hypothekenhaftung des § 1120⁹⁸ oder dem Vermieter-Verpächterpfandrecht der §§ 562, 581⁹⁹ erfasst wird. Eine Abhilfe bringt das „Geschäft für den, den es angeht“.

5. „Geschäft für den, den es angeht“

Schon das römische und das gemeine Recht kannten unter der Bezeichnung *traditio ad incertam personam* („Übereignung an eine unbestimmte Person“) eine Übereignung, in welcher der Veräußerer nicht wusste, wer das Eigentum erwarb; er wollte an eine ihm nicht bekannte Person übereignen.¹⁰⁰ Voraussetzung für einen Direkt-erwerb des Hintermannes war, dass es dem Veräußerer gleichgültig war, wer Eigentümer der Sache wurde. Die Lehre von der *traditio ad incertam personam* blieb auch unter der Geltung des BGB anerkannt, man spricht vom „Geschäft mit dem, den es angeht“ oder „Geschäft für den, den es angeht“.¹⁰¹ Es handelt sich um einen Fall der verdeckten unmittelbaren Stellvertretung.

⁹⁸ Vgl. den Fall RGZ 140, 223 ff. und § 28 Rn. 4.

⁹⁹ Vgl. dazu § 15 Rn. 55.

¹⁰⁰ Zur Geschichte Wieling § 9 VII 5.

¹⁰¹ Vgl. Cohn, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, 1931.

46 a) *Wille des Veräußerers*: Das „Geschäft für den, den es angeht“ erfordert zunächst, dass der Veräußerer nicht den ausschließlichen Willen hat, die Sache dem ihm gegenüberstehenden Mittler zu übereignen; es muss ihm also gleichgültig sein, wer Eigentum erwirbt. Wann eine solche Gleichgültigkeit gegeben ist, kann regelmäßig nur aus den Umständen erschlossen werden, da der Veräußerer sich kaum jemals in entsprechendem Sinne erklären wird. Allerdings kann es dabei nicht auf den inneren Willen des Veräußerers ankommen, sondern nur auf den objektiv aus dem Gesamtzusammenhang feststellbaren Willen. Das wichtigste Indiz für den Willen des Veräußerers ergibt sich aus seinen Interessen: Hat er ein Interesse daran, die Sache gerade seinem Geschäftspartner (dem Mittler) zu übereignen, oder kann es ihm gleich sein, wer Eigentum erwirbt? Bei den Bargeschäften des täglichen Lebens (Einkäufe im Verkaufsladen und auf dem Markt) ist dem Verkäufer regelmäßig sein Vertragspartner gleichgültig,¹⁰² das Eigentum geht in solchen Fällen unmittelbar auf den Erwerber über, wenn der Mittler in den Besitz der Sache gelangt.

47 b) *Wille des Mittlers*: Das „Geschäft für den, den es angeht“ fordert weiter, dass der Mittler für den dritten Erwerber erwerben will.¹⁰³ Ein rein innerer Wille genügt hierfür nicht, er muss sich aus objektiven Gegebenheiten entnehmen lassen. Für den Veräußerer muss dieser Wille nicht erkennbar sein, der Mittler ist verdeckter unmittelbarer Stellvertreter. Ein Verstoß gegen § 164 II liegt darin nicht: Geschützt durch § 164 II ist der Veräußerer als Partner des Mittlers; da ihm sein Vertragspartner gleichgültig ist, besteht ein Schutzbedürfnis nicht.¹⁰⁴

Ob der Mittler den Willen hat, für den dritten Erwerber die Sache zu erwerben, ist aus den gesamten Umständen festzustellen. So ist etwa ein solcher Wille immer dann anzunehmen, wenn der Mittler zum Erwerb für den Dritten verpflichtet ist; denn es ist davon auszugehen, dass der Mittler sich an seine Pflichten hält. Auch wenn der dritte Erwerber bereits einen Anspruch gegen den Veräußerer hat oder wenn der Mittler beim Abschluss des Kausalgeschäfts als Vertreter für ihn auftritt, ist regelmäßig davon auszugehen, dass der Mittler für den Dritten erwerben will.¹⁰⁵

48 c) *Übergabe*: Das „Geschäft für den, den es angeht“ setzt außer der Einigung einen Besitzerwerb des dritten Erwerbers (Mittlers) voraus. Die Übergabe erfolgt regelmäßig nach § 929, 1, indem der Veräußerer die Sache dem Mittler gibt und dieser sie als Besitzdiener oder Besitzmittler für den Dritten erwirbt.

¹⁰²Vgl. etwa Soergel/Henssler § 929 Rn. 45 ff.; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 164 Rn. 14; Prütting Rn. 386. Man wird darüber hinaus bei allen Bargeschäften, auch größeren, eine solche Überlegungsmöglichkeit anerkennen können; vgl. Wieling § 9 VII 5 b; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 55.1.

¹⁰³BGH NJW 2016, 1887 Rn. 15 ff. (Altpapier).

¹⁰⁴So zu Recht etwa Eichler II/1, 104; Soergel/Leptien Vor § 164 Rn. 31; MünchKomm/Schubert § 164 Rn. 128; BGH NJW 1955, 590.

¹⁰⁵Anders liegt es, wenn gerade kein solcher Fremderwerbswille vorliegt, vgl. BGH NJW 2016, 1887 Rn. 17.

VIII. Geheißerwerb¹⁰⁶

Bei Ketten- bzw. Streckengeschäften erfolgt die Lieferung der Sache häufig vom ersten Verpflichteten direkt zum letzten Berechtigten. Hat etwa V eine Sache an K verkauft, K sie weiter an X verkauft, so wäre es unpraktisch, wenn V die Sache dem K zusendete und K sie dann an X weiterleitete. Meist wird K den V anweisen, die Sache dem X direkt auszuliefern. Liefert V an X, so stellt das eine Leistung des V an K und des K an X dar, V und K erfüllen auf diese Weise ihre Pflicht und werden frei. Fraglich ist die sachenrechtliche Situation. Denkbar ist eine Übereignung erstens von V direkt an X oder zweitens von V an K und von K an X. 49

Wenn V den eindeutigen Willen äußert, an X zu übereignen, so geht gemäß § 929, 1 das Eigentum von V direkt an X über. V wird aber regelmäßig einen solchen Willen nicht äußern, andernfalls könnte er gegenüber K in Schwierigkeiten kommen. Denn V kann nicht wissen, welches Rechtsverhältnis zwischen K und X besteht, ob K dem X die Sache übereignen will oder unter Eigentumsvorbehalt liefern oder ob X vielleicht die Sache nur von K gemietet oder geliehen hat. V wird daher eine Übereignung nur an K wollen.¹⁰⁷ Fraglich ist aber, ob beim Vorliegen entsprechender Einigungen eine Übereignung V–K und K–X angenommen werden kann, da weder V die Sache an K noch K die Sache an X übergeben hat, vielmehr V direkt an X geliefert hat. Aus praktischen Gründen wird aber vielfach ein solcher Durchgangserwerb des K wünschenswert sein; nur so können Besonderheiten in den Rechtsverhältnissen V–K und K–X berücksichtigt werden. Nur auf diese Weise etwa wäre es dem K möglich, die Sache unter Eigentumsvorbehalt an X zu übereignen. Schon das römische Recht kannte einen solchen Durchgangserwerb durch Geheißpersonen.

a) *Geheißperson auf Erwerberseite*: Wenn V die Sache an X liefert, soll das Eigentum nach richtiger Ansicht zunächst auf K übergehen. Die Lieferung an X muss also als Übereignung V–K erscheinen, obwohl K keinen Besitz erwirbt. Man könnte deshalb Bedenken haben gegen die Annahme einer Übergabe i. S. v. § 929, 1 zwischen V und K, weil möglicherweise das Publizitätsprinzip nicht gewahrt ist. Es ist aber zu bedenken, dass die Publizitätsanforderungen durch die Rechtsfigur des mittelbaren Besitzes ohnehin stark aufgelockert sind. Würde V etwa auf Geheiß des K die Sache einem Dritten geben, dem K sie vermietet hat, so läge eine Übereignung nach § 929, 1 vor, obwohl der Eigentumserwerb des K sich in den Besitzverhältnissen ebenfalls nicht auf den ersten Blick erschließt (Rn. 39). Freilich erwirbt K im oben diskutierten Beispiel nicht einmal mittelbaren Besitz, doch sollte man alle konstruktiven Bedenken gegen eine Anwendung des § 929, 1 zurückstellen, da eine Übereignung durch Übergabe an eine Geheißperson des Erwerbers gemäß einer 2000-jährigen Tradition anerkannt wird und da praktische Bedürfnisse ein solches 50

¹⁰⁶ Zu Entwicklung und Dogmatik des Geheißerwerbs lesenswert Kolb, Geheißerwerb, 1997.

¹⁰⁷ Vgl. etwa Baur/Stürner § 51 Rn. 17; Jauernig/Berger § 929 Rn. 16; Soergel/Henssler § 929 Rn. 63; BGH NJW 1986, 1166.

Ergebnis fordern.¹⁰⁸ Die Übergabe *an eine Geheißperson*¹⁰⁹ *des Erwerbers* steht der Übergabe *an den Erwerber* gleich. Durch die Lieferung des V an die Geheißperson des K, an X, ist somit K Eigentümer geworden.

- 51 b) *Geheißperson auf Veräußererseite*: Die Lieferung an X stellt aber weiter eine Übereignung von K an X dar, wobei die Übergabe nicht durch den Veräußerer K, sondern durch dessen Geheißperson V erfolgte. Die Übergabe *durch eine Geheißperson des Veräußerers* wird traditionsgemäß der Übergabe *durch den Veräußerer* gleichgestellt.¹¹⁰ Das hat auch das Gesetz in § 934 anerkannt.¹¹¹ Vom Erfordernis der Publizität stehen dem keine Bedenken entgegen: Durch die Übergabe nach § 929, 1 soll der Veräußerer seinen Besitz verlieren, damit dieser nicht mehr für sein Eigentum sprechen kann; der Besitzerwerb des Erwerbers soll seinen Eigentumserwerb klarstellen. In unserem Beispiel hatte der Veräußerer keinen Besitz, so dass auch ein Besitzverlust überflüssig ist; der Erwerber dagegen erwirbt Besitz.

IX. Übereignung von Wertpapieren und Wertrechten

1. Wertpapiere

- 52 Wertpapiere sind Urkunden, in welchen private Rechte (Mitgliedschaftsrechte, dingliche Rechte, Forderungen) derart verkörpert sind, dass zur Ausübung des Rechts (Geltendmachung der Forderung) die Inhabung der Urkunde erforderlich ist. Die enge Verbindung des verkörpertten Rechts mit der Urkunde setzt voraus, dass der Inhaber des Rechts auch Eigentümer der Urkunde sein muss. Nach der Grundregel des § 952 steht das Eigentum an dem das Recht verbriefenden Papier stets dem Inhaber des Rechts zu.

Die Übertragung des verbrieften Rechts kann auf zweierlei Arten geschehen: nach den Regeln der Forderungsabtretung, §§ 398, 413, so dass das Recht am Papier dem Recht aus dem Papier folgt (Rn. 53), oder aber nach sachenrechtlichen Grundsätzen, also durch Einigung und Übergabe, so dass das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt (Rn. 55).

- 53 a) *Namenspapiere*: Bei Namenspapieren (auch: Rektapapieren) soll die Leistung direkt („*recta*“) an den im Papier benannten Empfänger erfolgen; sie sind nicht für den Umlauf bestimmt. Zu diesen Wertpapieren gehören etwa Sparkassenbücher und

¹⁰⁸ Das ist ganz h. M., vgl. etwa BGH JZ 1982, 683; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 97; Jauernig/Berger § 929 Rn. 16; Soergel/Henssler § 929 Rn. 63 ff.; Masloff, JA 2000, 503 ff.

¹⁰⁹ Gleichbedeutend kann man auch von der *Übergabe an einen vom Erwerber benannten Dritten* sprechen (so BGH NJW 1999, 425 Rn. 5).

¹¹⁰ Das ist h. M., vgl. etwa BGHZ 36, 60; BGH JZ 1975, 29; NJW 1999, 425 f.; Erman/Bayer § 929 Rn. 15; Palandt/Herrler § 929 Rn. 19.

¹¹¹ Wie Wadle, JZ 1974, 693 überzeugend dargelegt hat. Nach § 934 (2) wird der Erwerber Eigentümer, wenn der dritte Besitzer diesem auf Geheiß des Veräußerers die Sache übergibt, vgl. § 10 Rn. 23.

andere Papiere nach § 808, Hypothekenbriefe, Anteilsscheine einer GmbH, Pfandscheine eines Leihhauses, kaufmännische Urkunden gemäß § 363 HGB, wenn sie nicht an Order ausgestellt sind, Anweisungen nach § 783, Eintrittskarten für geschlossene Veranstaltungen. Hier erfolgt die Übertragung des Rechts durch Zession, §§ 398, 413. Das Recht an der Urkunde steht dem jeweiligen Rechtsinhaber zu, § 952 II.¹¹² Für die Anwendung des § 952 II spielt es keine Rolle, ob die Übertragung des Rechts schon durch die Einigung bewirkt wird oder ob die Übergabe des Papiers hinzukommen muss.¹¹³ Nach h. M. gilt § 952 II analog auch für den Kfz-Brief.¹¹⁴

Der Gläubiger erwirbt das Eigentum an der Urkunde gemäß § 952 II mit Abschluss des Begebungsvertrags.¹¹⁵ Wird die Forderung abgetreten, so geht automatisch auch das Eigentum an der Urkunde über; wird die Forderung verpfändet, so erwirbt der Pfandgläubiger automatisch ein Pfandrecht an der Urkunde usw. Dagegen kann selbständig über die Urkunde allein nicht verfügt werden, denn die §§ 929 ff. sind nicht anwendbar. Geht die Forderung unter, etwa durch Erfüllung, so bleibt das Eigentum an der Urkunde nach h. M. dem früheren Gläubiger erhalten; der frühere Schuldner hat lediglich einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch nach § 371.¹¹⁶ Obwohl der Frage kaum Bedeutung zukommt, erscheint es jedoch dem Sinn des § 952 eher angemessen, mit dem Wegfall des verbrieften Rechts das Eigentum an der Urkunde dem früheren Schuldner zuzusprechen.¹¹⁷

b) *Inhaber- und Orderpapiere*: Sie sind Wertpapiere, bei denen die Leistung an den jeweiligen Inhaber versprochen wird; diese kann nur von dem geltend gemacht werden, der im Besitz des Papiers ist. Ein Beispiel ist die Inhaberschuldverschreibung nach § 793. Inhaberpapiere werden nach sachenrechtlichen Grundsätzen übereignet, § 952 ist also unanwendbar; das verbriefte Recht folgt dem Eigentum am Papier. Es sind also die §§ 929 ff. anzuwenden, eine Übertragung des Rechts durch Zession (§§ 398 ff.) ist nicht möglich.

In gleicher Weise wie Inhaberpapiere werden Orderpapiere wie der Scheck und der Wechsel übertragen,¹¹⁸ doch muss zur Übereignung noch ein Skripturakt hinzukommen, das Indossament.¹¹⁹ Erst bei diesen Wertpapieren zeigt sich der Vorteil der Verbriefung des Rechts im vollen Umfang. Die Rechte treten in einer dinglichen

¹¹² Entsprechend steht das Eigentum an einem Schuldschein dem Inhaber der Forderung zu, § 952 I.

¹¹³ Übergabe ist erforderlich etwa beim Hypothekenbrief, § 1154 I oder bei der Anweisung § 792 I 3. Die Besitzübergabe erfolgt in den Formen der §§ 929–931.

¹¹⁴ Vgl. BGH NJW 2007, 2844 Rn. 7. Das ist abzulehnen, vgl. Wieling § 9 IX 1 a.

¹¹⁵ Das ist der Vertrag des Ausstellers des Wertpapiers mit dem ersten Nehmer, durch welchen das verbriefte Recht bestellt wird, vgl. dazu Palandt/Sprau § 793 Rn. 8.

¹¹⁶ So etwa Westermann/Gursky § 55 Rn. 4; Wolff/Raiser § 75 II Fn. 13; Prütting Rn. 474; Baur/Stürner § 53 Rn. 44.

¹¹⁷ So auch v. Tuhr I 67 Fn. 9; Erman/Ebbing § 952 Rn. 17.

¹¹⁸ Es gelten zwar nicht die §§ 932 ff., wohl aber die weitgehend entsprechenden Regeln in Art. 16 WG, Art. 21 ScheckG, § 365 HGB, welche den Schutz des gutgläubigen Erwerbers noch über die §§ 932 ff. hinaus ausdehnen.

¹¹⁹ Es handelt sich um einen schriftlichen Übertragungsvermerk (Begebungsvermerk), durch den die Rechte aus dem Papier auf einen neuen Begünstigten übertragen werden.

Verkörperung auf, die sachenrechtlichen Regeln etwa über den gutgläubigen Erwerb sind anwendbar.

2. Wertpapiere im Depot

- 56 Der Wertpapiereigentümer kann die Wertpapiere in *Eigenverwahrung* nehmen, was wegen des Verlustrisikos gefährlich und wegen des Verwaltungsaufwands lästig ist. Praktischer ist es, sie einer Bank in *Sonderverwahrung* zu geben (sog. Streifband-depot), vgl. § 2 DepotG. Der Hinterleger bleibt in diesem Fall Alleineigentümer seiner Papiere,¹²⁰ die Verwaltungsarbeit übernimmt die Bank. Umständlich ist bei dieser Art von Verwahrung die Veräußerung, da die einzelnen Stücke aus dem Depot genommen, abgebucht und versandt werden müssen. Diese Nachteile vermeidet die *Verwahrung im Sammeldepot*, § 5 DepotG. Hier werden Wertpapiere derselben Art für eine Vielzahl von Hinterlegern ungetrennt verwahrt. Der Hinterleger verliert das Alleineigentum an den hinterlegten Papieren und erwirbt dafür einen Miteigentumsanteil nach Bruchteilen an den zum Sammelbestand gehörenden Wertpapieren, § 6 I DepotG. Auf dieses Bruchteilseigentum sind die §§ 1008–1011 nicht, die §§ 741 ff. nur beschränkt anwendbar; es gelten die §§ 6 ff. DepotG. Der Hinterleger kann über sein Miteigentum ganz oder zu einem Bruchteil verfügen, er kann aber nicht über sein Miteigentum an einzelnen Wertpapieren verfügen, da diese nicht bestimmbar sind. Der Miteigentumsanteil des Hinterlegers wird nicht nach Bruchteilen bestimmt, da sich der Bruchteil mit jeder Veränderung des Bestandes ändert; er wird gemäß § 6 I 2 DepotG nach dem Nennbetrag oder nach der Stückzahl der hinterlegten Wertpapiere bestimmt. Bei der Veräußerung werden die Papiere nicht übergeben, es findet lediglich eine Umbuchung der Miteigentumsanteile statt; man spricht vom stückelosen Effektenverkehr.¹²¹ Die Übereignung findet nach den Regeln des § 931 statt.

3. Sammelurkunden

- 57 Durch die Sammelverwahrung büßen die verwahrten Papiere weitgehend ihren Charakter als Wertpapiere ein. Zur Veräußerung werden sie nicht mehr übergeben, vielmehr werden sie durch reine Willenserklärungen nach § 931 übertragen.¹²² Zum Geltendmachen des Rechts wird nicht mehr das Papier vorgelegt, sondern eine Hinterlegungsbescheinigung der Bank. Der Gutglaubensschutz des Erwerbers (gutgläubiger Erwerb und Einwendungsausschluss) beruht nicht mehr auf dem Besitz des Erwerbers und dem Text der Urkunde, sondern auf dem mittelbaren Mitbesitz,

¹²⁰ Er ist ferner mittelbarer Besitzer, die verwahrende Bank Besitzmittler.

¹²¹ Vgl. dazu Peters, JuS 1976, 426 f.

¹²² Zu den Besitzverhältnissen an Wertpapieren ausf. Brand, ZBB 2015, 40, 42 ff.

der durch die Bescheinigung der Bank kundgetan wird. Da die Wertpapierfunktionen des sammelverwahrten Papiers auf diese Weise völlig zurückgedrängt werden, liegt es nahe, sich die Kosten des Drucks einer Unzahl einzelner Papiere zu ersparen und ebenfalls die Kosten der Verwahrung, vielmehr nur noch eine Sammelurkunde für die gesamte Emission herzustellen und in Sammelverwahrung zu geben. § 9a DepotG lässt das zu. Die Hinterlegung der Sammelurkunde hat die gleiche Bedeutung, als wenn eine entsprechende Anzahl einzelner Wertpapiere hinterlegt worden wäre. Zur Verfügung über die Miteigentumsanteile sind die §§ 929 ff., d. h. insbesondere §§ 931, 934 anzuwenden; gutgläubiger Erwerb ist also möglich.

4. Wertrechte

Da die Sammelurkunde dauernd im Depot verbleibt und ihre Wertpapiereigenschaften nicht in Erscheinung treten, liegt es nahe, auch auf die Sammelurkunde und damit auf die *Verbriefung insgesamt zu verzichten*. Ein Anleiheemissär könnte etwa eine Anleiheforderung in bestimmter Höhe einer Wertpapiersammelbank zur Verwaltung überlassen, diese könnte bestimmte Anteile nach den Regeln des Sachenrechts auf ihre Kunden übertragen, als ob sie entsprechende verbrieft Schuldverschreibungen oder eine Sammelurkunde in Verwahrung hätte. Solche unverbrieften, sammelverwahrten Rechte, die wie verbrieft Rechte behandelt werden, werden als Wertrechte bezeichnet. Von § 6 I BSchuWG als Wertrechte anerkannt sind Sammel-schuldbuchforderungen des Bundes,¹²³ der Länder oder der Europäischen Zentralbank, die durch gesetzliche Fiktion Inhaberschuldverschreibungen gemäß §§ 793 ff. gleichgestellt werden.¹²⁴ Verfügungen über Wertrechte geschehen gemäß der gesetzlichen Fiktion nach sachenrechtlichen Grundsätzen, obwohl eine Sache nicht mehr vorhanden ist. Anzuwenden sind insbesondere auch hier §§ 931, 934, gutgläubiger Erwerb ist möglich.¹²⁵ An dem Sammelbestand besteht Miteigentum und Mitbesitz der Forderungsinhaber, so als würden Schuldverschreibungen oder eine Sammelurkunde verwahrt.¹²⁶

58

¹²³ Bundesschatzbriefe und Bundesobligationen.

¹²⁴ Vgl. BGHZ 5, 31; auch OLG Zweibrücken WM 1965, 1015 f.; Scherer, DepotG, 2012, § 1 Rn. 28 ff.

¹²⁵ Zur Verpfändung von Bundesschatzbriefen vgl. LG Konstanz WM 1988, 818 sowie 1125.

¹²⁶ Vgl. Zöllner, FS Raiser, 1974, 261 ff.

X. Traditionspapiere

59 Ladeschein, Orderlagerschein und Konnossement im Frachtrecht sind Traditionspapiere,¹²⁷ d. h. ihre Übergabe hat dieselbe Wirkung wie die Übergabe der Ware selbst, §§ 448, 475g, 524 HGB. Diese Gleichstellung gilt aber nur, soweit es um einen Rechtserwerb an der Ware geht, nicht in sonstiger Beziehung; wer etwa den unmittelbaren Besitz am Papier erwirbt, hat deswegen noch nicht den unmittelbaren Besitz an der Ware. Die Traditionswirkung setzt voraus, dass der Frachtführer bzw. Lagerhalter das Gut „übernommen“ hat, d. h. er muss Besitzer der Sache geworden sein. Ein mittelbarer Besitz reicht aus, doch darf er dem Übernehmer nicht durch den Ablader vermittelt werden. Die Ausgestaltung der Traditionswirkung ist in Einzelheiten streitig,¹²⁸ zu folgen ist der richtig verstandenen, von der h. M. vertretenen Repräsentationstheorie,¹²⁹ wonach die Übergabe des Traditionspapiers ebenso wirkt wie die Übergabe der Sache; das Papier repräsentiert die Sache. Das entspricht dem Wortlaut des Gesetzes und führt zu richtigen Ergebnissen. Es sind folglich die §§ 929, 1, 932, 935, 936 I, 1032, 1, 1205 I 1 anzuwenden.

60 Die Übergabe des Traditionspapiers ersetzt die Übergabe der Ware. Zur Über-eignung hinzukommen muss die dingliche Einigung gemäß § 929, 1. Ist der Veräußerer nicht Eigentümer, so kommt ein Gutgläubensschutz nach den §§ 932–936, 1032, 1207, 1208; § 366 HGB in Betracht. Damit die Traditionswirkung der §§ 448, 475g, 524 HGB eintritt, muss das Traditionspapier nach den jeweiligen Regeln des Wertpapierrechts übertragen werden, bei Inhaberpapieren nach den §§ 929 ff., bei Namenspapieren nach § 398.

Im Traditionspapier ist der Herausgabeanspruch bezüglich der Ware gegen den Aussteller verbrieft. Die auf dieser Verbriefung beruhende Traditionswirkung der §§ 448, 475g, 524 HGB kann daher nur eintreten, wenn ein solcher Anspruch besteht; andernfalls ist eine Verfügung nur nach den allgemeinen sachenrechtlichen Vorschriften möglich. Vorausgesetzt wird also insbesondere, dass der Frachtführer oder Lagerhalter noch im Besitz der Ware ist; ist die Ware dem Lagerhalter gestohlen worden, kann das Eigentum deshalb nicht durch Übertragung des Lagerscheins übertragen werden.¹³⁰ Vorausgesetzt ist also für die Traditionswirkung der Besitz des Lagerhalters oder Frachtführers, nicht aber, dass der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Ware ist.¹³¹

¹²⁷ Vgl. dazu etwa Brox/Henssler, Handelsrecht, 22. Aufl. 2016, Rn. 637 ff.

¹²⁸ Ausf. Wieling § 9 X 1, 2; zu den Theorien vgl. etwa Staub/Canaris, HGB, 4. Aufl. 2004, § 363 Rn. 95 ff.

¹²⁹ Vgl. etwa Soergel/Henssler § 931 Rn. 15.

¹³⁰ Wenn man die Übereignung entsprechend auslegen kann, geht aber in einem solchen Fall das Eigentum nach §§ 929, 931 über aufgrund der Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Dieb.

¹³¹ Vgl. Schnauder, NJW 1991, 1546.

XI. Übereignung von Schiffen, § 929a

Schiffe sind bewegliche Sachen, für welche grundsätzlich die §§ 929 ff. gelten, soweit nicht besondere Regeln bestehen. Zu unterscheiden sind See- und Binnenschiffe.¹³² **61**

a) Eingetragene See- und Binnenschiffe: Ihre Übereignung geschieht gemäß § 2 I Schiffsrechtegesetz¹³³ durch bloße Einigung; eine Eintragung der Rechtsänderung im Schiffsregister ist deklaratorisch. Zur Übereignung eines eingetragenen Binnenschiffs ist die Einigung und die Eintragung im Schiffsregister erforderlich, § 3 I SchiffsRG. Im Übrigen ist die Regelung dem Grundstücksrecht des BGB ähnlich. **62**

b) Nicht eingetragene See- und Binnenschiffe: Bei ihnen wird die Übereignung durch § 929a I im Vergleich zu anderen Schiffen erleichtert: Sie kann durch bloße formlose Einigung geschehen, also ohne Übergabe. Für nicht eingetragene Binnenschiffe gelten ausschließlich die §§ 929 ff., d. h. hier sind eine Einigung und eine Übergabe bzw. ein Übergabesurrogat erforderlich. **63**

¹³² Zur Definition eines Seeschiffs vgl. BeckOGK/Klinck § 929a Rn. 6 f.

¹³³ Das SchiffsRG regelt das materielle Schiffssachenrecht, während die Schiffsregisterordnung das formelle Recht regelt, ähnlich der Grundbuchordnung.

§ 10. Erwerb vom Nichtberechtigten



Das Eigentum gibt dem Eigentümer einen Anspruch auf Herausgabe, § 985. Hat er 1
die Sache aus seinem Besitz verloren, so kann er sie von jedem, der sie besitzt, herausverlangen: Man spricht vom Vindikationsprinzip. Dieser Anspruch macht die Stärke des Eigentums aus, gefährdet aber auf der anderen Seite die Sicherheit des Rechtsverkehrs: Wer eine Sache erworben hat, muss jederzeit damit rechnen, dass ein Dritter sich als Eigentümer legitimiert und ihm die Sache wegnimmt. Das BGB hat die Schärfe des Vindikationsprinzips dadurch erheblich abgeschwächt, dass der Erwerber auch von einem Nichteigentümer Eigentum erwerben kann, wenn er gutgläubig ist (§§ 932–934, 936), es sei denn, dass die Sache abhanden gekommen ist, § 935. Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs stärkt die Verkehrssicherheit, schwächt aber andererseits die absolute, potentiell gegen jedermann gerichtete Geltung des Eigentums.¹ Dieser vermittelnden Lösung des BGB geht in einer langen geschichtlichen Entwicklung² eine Vielzahl von Versuchen voraus, die Interessen des Eigentümers und die der Verkehrssicherheit zufriedenstellend zu regeln. Gegen die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs kann man nicht geltend machen, sie verstoße gegen die Logik, weil niemand etwas geben könne, was er nicht habe.³ Wer dergleichen behauptet, hat den Unterschied zwischen allgemeingültiger Logik und interessenbewertender Jurisprudenz nicht beachtet. Wer meint, ein solcher Erwerb sei ungerecht, mag sich in die Situation versetzen, dass er in gutem Glauben eine

¹ Der gutgläubige Erwerb bedeutet aber keine Enteignung, sondern stellt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S. v. Art. 14 I 2 GG dar, vgl. dazu Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 52, 59 f., 75, 79; Leuschner, AcP 205 (2005), 205 ff. und oben § 8 Rn. 7.

² Zur Geschichte des gutgläubigen Erwerbs ausf. Wieling § 10 I. Zur Deutung des gutgläubigen Erwerbs als Ersitzung Stagl, AcP 211 (2011), 530 ff.

³ Der Satz *nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet* („keiner kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat“) bezog sich ursprünglich auf den Erwerb des Erben vom Erblasser und war im römischen Recht auf jeden Fall richtig, weil es auch einen gutgläubigen Erwerb nicht kannte. Logische Allgemeingültigkeit ihrer Rechtssprichwörter zu behaupten wäre den römischen Juristen aber nicht in den Sinn gekommen.

Sache von einem unbekannten Händler auf dem Trödelmarkt gekauft und bezahlt hat und nun vom Eigentümer in Anspruch genommen wird.

Die Reihenfolge der Tatbestände der §§ 932–934 ist die gleiche wie in §§ 929–931.

I. Allgemeine Voraussetzungen

1. Geschäft

- 2 a) *Rechtsgeschäft*: Die §§ 932 ff. setzen zunächst den entsprechenden Tatbestand der §§ 929–931 voraus. Es muss also ein Übereignungstatbestand vorliegen, dem zur Wirksamkeit nur die Berechtigung des Veräußerers fehlt. Gutgläubiger Erwerb gemäß den §§ 932 ff. ist also nur als rechtsgeschäftlicher Erwerb möglich, nicht aufgrund eines Staatsakts oder Gesetzes.⁴ Aufgrund eines Erbfalls kann ein Recht daher nicht gutgläubig erworben werden, ebenso wenig aufgrund einer Pfändung in der Zwangsvollstreckung. Dagegen ist ein rechtsgeschäftlicher Erwerb bei einer öffentlichen Versteigerung nach § 383 zu bejahen, auf den §§ 932 ff. anzuwenden sind, vgl. § 935 II (Rn. 38).
- 3 b) *Verkehrsgeschäft*: Gutgläubiger Erwerb setzt weiter ein Verkehrsgeschäft voraus. Ein Verkehrsgeschäft ist zu bejahen, wenn auf der Erwerberseite mindestens eine Person steht, die nicht auch auf der Veräußererseite steht.⁵ Sind dagegen Veräußerer und Erwerber rechtlich identisch, so ist ein Verkehrsgeschäft zu verneinen. Auch wenn nur wirtschaftliche Identität besteht, kann ein Verkehrsschutz oder Vertrauensschutz nicht in Betracht kommen, die Eigentümerinteressen müssen Vorrang haben: Erwirbt etwa der alleinige Gesellschafter einer GmbH oder Aktiengesellschaft eine Sache von dieser Gesellschaft oder übereignet er ihr eine Sache, so liegt kein Verkehrsgeschäft vor; es findet nur eine formale Rechtsänderung statt. Gutgläubiger Erwerb ist daher nicht möglich.⁶ Das gleiche gilt, wenn eine Erbengemeinschaft das Eigentum auf eine Gesellschaft mit den gleichen Personen überträgt,⁷ wenn Eigentum im Zuge der Auseinandersetzung einer Gesellschaft oder Gemeinschaft übertragen wird,⁸ wenn ein Buchberechtigter sich selbst eine Eigentümergrundschuld bestellt. Gutgläubiger Erwerb ist ferner nicht möglich, wenn einem Erben bei der Teilung eine Sache übereignet wird. Ein Verkehrsgeschäft liegt

⁴Wie alle Dogmen ist auch dieses nicht schematisch, sondern mit Verstand anzuwenden, vgl. die Ausnahmen in § 15 Rn. 47, § 22 Rn. 17, § 27 Rn. 22.

⁵BGHZ 173, 71 Rn. 22; BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 20.

⁶H. M., vgl. BGHZ 78, 325; 173, 71 Rn. 23; Gursky, AcP 191 (1991), 368 ff.; gegen die Lehre vom Verkehrsgeschäft vgl. Wittkowski, Die Lehre vom Verkehrsgeschäft, 1990; MünchKomm/Oechsler § 932 Rn. 36.

⁷Baur/Stürner § 23 Rn. 26; Wolff/Raiser § 45 I 4.

⁸BGHZ 30, 256; Prütting Rn. 224.

auch dann nicht vor, wenn eine Sache zur Rückabwicklung eines Vertrags zurück-übereignet wird (Rn. 40).

Dagegen ist es nicht richtig, ein Verkehrsgeschäft immer dann auszuschließen, wenn eine Gesellschaft eine Sache an einen oder an einige Gesellschafter veräußert.⁹ Kauft z. B. einer von mehreren Gesellschaftern von dieser eine Sache, so liegt durchaus ein Verkehrsgeschäft vor; denn auch bei wirtschaftlicher Betrachtung wechselt die Sache das Vermögen, die §§ 932 ff. sind anwendbar.¹⁰ Die §§ 932 ff. wären im genannten Fall nur dann ausgeschlossen, wenn es sich um einen Erwerb bei einer Auseinandersetzung handelte. Sind auf der Erwerberseite mehr Personen beteiligt als auf der Veräußererseite, so liegt immer ein Verkehrsgeschäft vor.¹¹ So liegt es etwa, wenn ein Miteigentümer seinen Miteigentumsanteil auf die übrigen Miteigentümer überträgt.¹²

In Klausuren sollte das Verkehrsgeschäft nur geprüft werden, wenn dazu Anlass besteht.

2. Bewegliche Sachen

Die §§ 932 ff. beziehen sich ebenso wie die §§ 929–931 nur auf bewegliche Sachen. 4 Nicht in Betracht kommen also Grundstücke, Sach- oder Rechtsgesamtheiten, Rechte wie Forderungen, Gesellschaftsanteile, Patent- oder Urheberrechte usw. Zu den beweglichen Sachen gehören auch Münz- und Papiergeld sowie Inhaberpapiere. Dagegen können Namenspapiere nicht nach den §§ 932 ff. erworben werden, die Übertragung geschieht durch Forderungsabtretung, das Eigentum an der Urkunde folgt dem Recht, § 952 II.¹³ Ein gutgläubiger Erwerb ist ausgeschlossen. Für Orderpapiere gelten besondere Regelungen.¹⁴

II. Guter Glaube

1. Gegenstand und Umfang des guten Glaubens

a) *Bezugspunkt*: Der gute Glaube, die *bona fides* i. S. v. §§ 932–935 bezieht sich nur 5 auf das *Eigentum* des Veräußerers, wie der Wortlaut des § 932 I 1 zeigt. Nur die Behauptung des Veräußerers, Eigentümer zu sein, kann durch den Besitz legitimiert

⁹ So aber BGHZ 30, 256; Wolff/Raiser § 45 I 4.

¹⁰ So zutreffend RG JW 1929, 1387, 1388; v. Tuhr I 354; BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 20.

¹¹ Wolff/Raiser § 45 I 4.

¹² BGHZ 173, 71 Rn. 20 ff.

¹³ Vgl. § 9 Rn. 54.

¹⁴ Vgl. § 9 Rn. 55.

werden. Dagegen sagt der Besitz nichts über die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers, über seine Vertretungsmacht oder über die sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Übereignung; ein guter Glaube hieran wird daher nicht geschützt. Auch der gute Glaube an eine *Verfügungsbefugnis*, z. B. an eine Einwilligung gemäß § 185 I, wird nach § 932 nicht geschützt. Der gute Glaube hieran wird nur im Handelsrecht nach § 366 HGB geschützt, wenn ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine Sache veräußert. Im bürgerlichen Recht sollte man §§ 932 ff. entsprechend auf den Fall anwenden, dass der Erwerber auf das Eigentum eines Dritten vertraut, welcher der Verfügung des Nichtberechtigten zustimmt: Hier vertraut der Erwerber auf das Eigentum des Zustimmungenden.¹⁵

Wer vom Berechtigten erwirbt, dem schadet es nicht, wenn er „bösgläubig“ ist, also irrig annimmt, der Veräußerer sei nicht der Eigentümer; er erwirbt nämlich nach §§ 929 ff.

Wo das Gesetz die entsprechende Anwendung der §§ 932 ff. vorschreibt, wird der gute Glaube z. B. bezüglich einer Verfügungsbeschränkung (z. B. §§ 135 II,¹⁶ 2113 II), bezüglich einer bedingten Verfügung (§ 161 III) oder bezüglich der Anfechtbarkeit (§ 142 II) geschützt.

- 6 *b) Definition des bösen Glaubens:* Böser Glaube bedeutet Wissen und grob fahrlässiges Nichtwissen. Die erste BGB-Kommission begründete den Unterschied zum Grundstücksrecht, wo gemäß § 892 nur Wissen schadet, damit, dass der Besitz ein weniger zuverlässiges Erkenntnismittel für die Rechtsverhältnisse sei als die Eintragung im Grundbuch. Den Erwerber eines Grundstücks treffe keine Nachforschungspflicht, auch wenn Anlass zum Zweifel am Eigentum des Veräußerers bestünden; bei beweglichen Sachen sei dies anders zu regeln, doch dürfe dem Erwerber keine strenge Diligenzpflicht (Sorgfaltspflicht) auferlegt werden, da sonst der Zweck der Regelung gefährdet würde.¹⁷
- 7 *c) Positive Kenntnis:* Bösgläubig ist also zunächst, wer weiß, dass der Veräußerer nicht Eigentümer ist. Es genügt zur Annahme der Bösgläubigkeit nicht, dass der Erwerber die Tatsachen kennt, aus welchen sich die Nichtberechtigung des Veräußerers ergibt, jedoch aufgrund eines Rechtsirrtums meint, der Veräußerer habe doch Eigentum erworben. Ein solcher Rechtsirrtum führt nur dann zur Bösgläubigkeit, wenn er auf grober Fahrlässigkeit beruht. Nicht ohne weiteres kann man es der Kenntnis gleichstellen, wenn der Erwerber sich einer sich aufdrängenden Erkenntnis ohne einsehbaren Grund verschließt (§ 20 Rn. 64).
- 8 *d) Grobe Fahrlässigkeit:* Bösgläubig ist gemäß § 932 II ferner, wem infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt ist, dass der Veräußerer nicht Eigentümer ist; leichte Fahrlässigkeit beeinträchtigt den guten Glauben nicht. Die Unterscheidung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit ist schwierig,¹⁸ die Grenze nicht leicht zu finden. Nach h. M. liegt eine grobe Fahrlässigkeit dann vor, wenn „unbeachtet

¹⁵ Wolff/Raiser § 69 II 1; Westermann/Gursky § 46 Rn. 5; Müller/Gruber Rn. 1437 ff.; Palandt/Herrler § 932 Rn. 8.

¹⁶ S. § 1 Rn. 32.

¹⁷ Protokolle der 1. Kommission, in: Jakobs/Schubert, Sachenrecht I, 603.

¹⁸ Vgl. Röhl, JZ 1974, 521 ff.

geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem einleuchten musste“,¹⁹ bzw. wenn „die erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt“ wurde.²⁰ Auch diese Formeln lassen dem Beurteiler einen Ermessensspielraum, es handelt sich um eine Wertungsfrage.²¹ Wer also das mangelnde Eigentum des Veräußerers nicht erkennt, obwohl ein solcher Mangel jedem einleuchten müsste, handelt grob fahrlässig.

e) *Nachforschungspflicht*: Grob fahrlässig handelt weiter, wer keine Nachforschungen betreibt, um sich Sicherheit über die Berechtigung des Veräußerers zu verschaffen, falls nämlich Anlass zu Zweifeln an seiner Berechtigung gegeben war. Es handelt sich hier um eine echte Pflicht gegenüber dem Noch-Eigentümer, da ein gutgläubiger Erwerb eine Eigentumsverletzung ist und der Erwerber sich schadensersatzpflichtig macht.²² 9

Keineswegs besteht generell eine Prüfungs- und Nachforschungspflicht, wenn solche Verdachtsmomente nicht bestehen;²³ dann kann sich der Erwerber auf die Angaben des Veräußerers verlassen. Eine allgemeine Nachforschungspflicht würde nichts anderes als jene „strenge Diligenzpflicht“ bedeuten, welche das Gesetz ablehnt (Rn. 6).²⁴

Wer daher eine Ware erwirbt, muss nicht generell mit einer Sicherungsübereignung an den Veräußerer rechnen. Er muss sich nach einer Sicherungsübereignung nur erkundigen, wenn konkreter Anlass dazu besteht.²⁵ Es gibt auch keinen Erfahrungssatz, dass Waren normalerweise unter Eigentumsvorbehalt verkauft, d. h. nicht sofort bezahlt werden und der Veräußerer daher nicht Eigentümer der Ware ist. Dass eine Ware sofort bezahlt wird, ist nicht so selten, dass eine entsprechende Behauptung des Veräußerers unglaublich wäre. Das Gesetz will den gutgläubigen Erwerber schützen, wobei keine strenge Diligenzpflicht gefordert und der gute Glaube vermutet wird (Rn. 13); diese Wertung des Gesetzes darf man nicht durch überzogene Anforderung an den Erwerber umgehen. Überzogene Anforderungen an die Gutgläubigkeit führen dazu, dass § 932 ausgeschaltet und der Warenlieferant einseitig zu Lasten der Geldgeber geschützt wird.

Die Sorgfaltsanforderungen bestimmen sich nach dem Zeitpunkt des Erwerbs.²⁶ Schöpft der Erwerber alle Nachforschungsmöglichkeiten aus und bleiben dennoch Zweifel bestehen, so ist ihm trotz seines *dolus eventualis* hinsichtlich einer Eigentumsverletzung gutgläubiger Erwerb zu ermöglichen.²⁷

¹⁹ So schon Ulpian D. 50, 16, 213, 2.

²⁰ Vgl. RGZ 166, 101; BGHZ 10, 16; BGH NJW 1981, 1272.

²¹ Vgl. Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 20 V.

²² BGH NJW 1994, 2093, 2094; RGZ 143, 14, 18 f.; MünchKomm/Oechsler § 932 Rn. 41; BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 35.1; dagegen für bloße Obliegenheit Soergel/Stadler § 932 Rn. 18.

²³ H. M., vgl. etwa Jauernig/Berger § 932 Rn. 15; Prütting Rn. 426; Westermann/Gursky § 46 Rn. 6 f.; BGHZ 77, 277; Musielak, JuS 1992, 713, 715.

²⁴ So auch Erman/Bayer § 932 Rn. 12.

²⁵ Vgl. BGH LM § 932 Nr. 22; BGH DB 1970, 248.

²⁶ Das gilt wohl auch für Kulturgut, das verfolgungsbedingt in nationalsozialistischer Zeit entzogen wurde, vgl. BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 42.1.

²⁷ BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 41.

- 10 *f) Sorgfaltsmaßstab:* Im Übrigen hängt der Grad der erforderlichen Sorgfalt des Erwerbers von den Erwerbsumständen ab. Wer in einem Ladengeschäft ein Buch kauft, wird weniger an Sorgfalt aufzubringen haben als der, der von einem Unbekannten auf der Straße wertvollen Schmuck kauft; von einem Kaufmann darf man i. d. R. größere Sorgfalt erwarten als von einem Laien. Zweifel am Eigentum des Veräußerers kann auch die Veräußerungssituation erwecken: Ort und Zeit der Veräußerung, die Person des Veräußerers,²⁸ Barzahlung, Erwerb unter dem Verkehrswert: Wer nachts eine wertvolle Geige im Wert von 85.000 € in einer Bahnhofsgegend gegen Barzahlung erwirbt, erwirbt in verdächtiger, Nachforschungen geradezu nahelegender Situation.²⁹

Lässt sich der Erwerber eines gebrauchten Kfz den Kfz-Brief (seit 2005 der „Zulassungsbescheinigung Teil II“) nicht vorlegen, schließt die Rechtsprechung von vornherein gutgläubigen Erwerb aus. Ohne den Besitz am Kfz-Brief fehle für § 932 der Rechtsschein.³⁰ Das ist eine nicht gerechtfertigte Sonderbehandlung des Kfz, denn Rechtsscheinsbasis ist nur der Besitz am Kfz; für eine solche teleologische Reduktion des § 932 gibt es keinen Grund. Wenn der Veräußerer nicht im Besitz des Kfz-Briefs ist oder wenn der Brief auf einen anderen Namen lautet, besteht indes nach allgemeiner Dogmatik ein Verdacht, dem der Erwerber nachzugehen hat; tut er das nicht, handelt er grob fahrlässig.³¹ Das gilt jedoch nicht, wenn er einen Neuwagen oder einen Vorführwagen vom Vertragshändler erwirbt.³²

- 11 *g) Vertretung:* Bedient sich der Erwerber eines Vertreters bei der Einigung, so ist dessen guter Glaube entscheidend, § 166 I.³³ Dagegen spielt der gute Glaube eines Vertreters beim Besitzerwerb (Besitzdiener, Besitzmittler) für die Anwendung der §§ 932 ff. keine Rolle.

Zu den Anforderungen an den guten Glauben beim Erwerb von Kulturgütern s. § 12 Rn. 107.

2. Kausalität des Rechtsscheins

- 12 Das Gesetz fordert für den gutgläubigen Erwerb zwar die Existenz eines Rechtsscheinstatbestands, nicht aber, dass der Erwerber diesen Tatbestand kennt; das Vertrauen des Erwerbers muss sich nicht auf diesen Tatbestand stützen. Durch die negative Formulierung des guten Glaubens in § 932 I 1 wird keinerlei Beziehung

²⁸ Ein angeblicher Polizist kann die einfachsten Wörter nicht schreiben, vgl. OLG Koblenz NJW-RR 2011, 555 Rn. 13: „Fierundzwanzig“ für 24; Person des Veräußerers eines Gemäldes von Tiepolo ist im Kunsthandel unbekannt, OLG Celle NJW 2011, 791.

²⁹ OLG München NJW 2003, 673.

³⁰ BGH NJW 2013, 1946 Rn. 13; NJW 2006, 3488 Rn. 17.

³¹ Vgl. BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 47; auch noch BGH NJW 1967, 1022, 1024.

³² BGHZ 30, 380; OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 381; BGH NJW 1996, 314; OLG Frankfurt NJW-RR 1999, 927 und JuS 1999, 1234 f.

³³ Handelt der Vertreter nach Anweisungen des Erwerbers, müssen beide gutgläubig sein, § 166 II.

zwischen gutem Glauben und Rechtsschein hergestellt, beide stehen unverbunden nebeneinander. Gutgläubig ist also auch, wer ohne grobe Fahrlässigkeit auf das Eigentum des Veräußerers vertraut, ohne den Rechtsscheinstatbestand zur Kenntnis genommen zu haben. Das Gesetz fordert keine Kausalität zwischen Rechtsschein und gutem Glauben.³⁴

Einen Rechtsschein begründet auch der Kfz-Brief. Auch hier ist eine Kausalität zwischen Rechtsschein und gutem Glauben nicht erforderlich. Ist etwa der nicht-berechtigte Veräußerer im Besitz eines auf seinen Namen ausgestellten Briefs, so ist der Erwerber auch dann gutgläubig, wenn er sich den Brief nicht vorlegen lässt. Es reicht aus, dass der Veräußerer den Brief hätte vorlegen können. Dass der Erwerber die Vorlage nicht verlangt hat, ist bedeutungslos, da auch die Vorlage nicht zu einer Aufklärung geführt hätte;³⁵ denn was nicht kausal war für ein Ereignis, kann niemand als Verschulden zur Last gelegt werden. Andernfalls würde man die Vorlage des Briefs zum Selbstzweck machen, was sie offenbar nicht sein kann.

3. Zeitpunkt des guten Glaubens und Beweislast

a) *Zeitpunkt*: Gemäß § 932 I 1 muss der Erwerber in dem Zeitpunkt gutgläubig sein, in welchem er das Eigentum erwirbt. Da normalerweise die Übergabe der Einigung folgt, ist die Zeit der Übergabe entscheidend. Geht die Übergabe der Einigung voraus,³⁶ so entscheidet der Zeitpunkt der Einigung. Im Falle der Abtretung des mittelbaren Besitzes nach § 934 entscheidet die Zeit der Abtretung. Immer ist also entscheidend die Zeit der letzten Erwerbshandlung, mag dies nun die Einigung sein oder die Übergabe bzw. deren Surrogat. 13

Ist die Übereignung aufschiebend bedingt, so kommt es für den guten Glauben nicht auf den Zeitpunkt des Bedingungs- und damit Eigentumserwerbs an, sondern auf den Zeitpunkt der letzten Erwerbshandlung (Einigung oder Übergabe); es schadet dem Erwerber nicht, wenn er danach und vor Eintritt der Bedingung bösgläubig wird.³⁷

Hat der Erwerber die Sache einmal gutgläubig erworben, so schadet ein nachträglich böser Glaube nicht.

b) *Beweislast*: Die Beweislast für seinen guten Glauben trägt nicht etwa der Erwerber; vielmehr muss jeder, der dessen guten Glauben bestreitet, dessen bösen Glauben nachweisen. Der gute Glaube des Erwerbers wird folglich vermutet. Diese Beweislastregelung wird dadurch verwirklicht, dass das Gesetz den guten Glauben 14

³⁴ H. M., vgl. Motive III, 212; Wolf § 5 B I b 12; Hager, Verkehrsschutz (Fn. 1), 328 f.; Bartels, AcP 205 (2005), 687 ff.; a. A. Wiegand, JuS 1978, 148 f.

³⁵ Ebenso OLG Saarbrücken NJW 1968, 1936 f.; Mormann, WM 1966, 9; Jauernig/Berger § 932 Rn. 15; AlternKomm/Reich § 932 Rn. 13; Müller/Gruber Rn. 1447; BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 43.

³⁶ Vgl. z. B. § 9 Rn. 4.

³⁷ Vgl. Baur/Stürner § 52 Rn. 15; BGHZ 10, 72 f.; 30, 377; Westermann/Gursky § 46 Rn. 20; BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 55.

nicht als Voraussetzung des Erwerbs fordert, sondern umgekehrt den bösen Glauben als Hinderungsgrund für den Erwerb bezeichnet, vgl. § 932 I 1.

III. Gutgläubiger Erwerb nach §§ 932–934

1. Erwerb nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1

- 15 a) *Übergabe*: Die Übergabe der Sache ist in gleicher Weise vorzunehmen wie bei § 929, 1.³⁸ Der Besitz dient als Legitimation des Veräußerers, der Erwerber muss den Besitz erwerben, der Veräußerer ihn vollständig aufgeben, wobei der Sachgewahrsam wechseln muss. Dabei kann entweder der Veräußerer selbst oder sein Besitzdiener bzw. Besitzmittler die Sache dem Erwerber oder dessen Besitzdiener bzw. Besitzmittler übergeben.³⁹ Auch ein Geheißerwerb ist möglich.⁴⁰ Hat der Veräußerer selbst Gewahrsam an der Sache, so macht dies den Rechtsschein aus; besitzt der Veräußerer durch einen Besitzdiener oder -mittler, so liegt der Rechtsschein in der *Besitzverschaffungsmacht*, welche ihn als verfügungsberechtigt ausweist. Hierunter versteht man die Fähigkeit des Veräußerers, einer Person seiner Wahl die tatsächliche Gewalt über die Sache zu verschaffen.⁴¹
- 16 b) *Mitbesitz*: Überträgt der Veräußerer nur Mitbesitz auf den Erwerber, indem er sich selbst auch Mitbesitz vorbehält, so ist ein Eigentumserwerb nicht möglich; denn die Übereignung nach § 929, 1 erfordert eine völlige Aufgabe des Besitzes durch den Veräußerer. Denkbar ist gutgläubiger Erwerb des Miteigentums nach § 932 I 1, falls ein entsprechender Wille der Parteien anzunehmen ist.⁴²

2. Erwerb nach §§ 929 S. 2, 932 Abs. 1 S. 2

- 17 Ist der Erwerber bereits im Besitz der Sache und will er das Eigentum durch *brevi manu traditio* erwerben, so kann er auf das Eigentum des Veräußerers nur vertrauen, wenn er die Sache vom Veräußerer erlangt hat. Hat er sie von einem Dritten erlangt, so spricht kein Rechtsschein für das Eigentum des Veräußerers. § 932 I 2 lässt daher einen gutgläubigen Erwerb *brevi manu* nur zu, wenn der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte.

³⁸ Vgl. § 9 Rn. 5 ff.

³⁹ Vgl. § 9 Rn. 6.

⁴⁰ Vgl. dazu Rn. 26.

⁴¹ Vgl. Heck § 59, 1; BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 7; vgl. zur Besitzverschaffungsmacht Rn. 26.

⁴² Vgl. § 9 Rn. 8; dort auch weitere Konstellationen.

Der Erwerber kann die Sache vor dem Erwerb als Besitzdiener haben oder sie als Fremdbesitzer oder Eigenbesitzer besitzen.⁴³ Der Erwerber muss nicht unmittelbarer Besitzer sein, mittelbarer Besitz reicht aus:⁴⁴ Hat etwa M eine Sache von dem Nichtberechtigten V gemietet und dem X in Verwahrung gegeben, so wird M durch eine Einigung mit V Eigentümer nach §§ 929, 2; 932 I 2.

3. Erwerb nach §§ 930, 933

a) *Ausschluss gutgläubigen Erwerbs nach § 933*: Gutgläubiger Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut gemäß § 930 ist nicht möglich, was § 933 zeigt, indem er eine Übergabe vom Veräußerer an den Erwerber erfordert. Davon gibt es keine Ausnahme; denn wenn die in § 933 genannte Übergabe vorliegt, so ist entweder der Tatbestand des § 932 I 1 oder der des § 934 (1) gegeben. Hieran zeigt sich deutlich das Prinzip der gesetzlichen Regelung: Ein gutgläubiger Erwerb ist ausgeschlossen, solange der Veräußerer noch Besitz hat. 18

Der Grund für diese Zurücksetzung des Besitzkonstituts liegt nicht etwa darin, dass es an einer Gewahrsamsübertragung an den Erwerbswilligen, also insoweit an einem äußerlich erkennbaren Rechtsschein fehlt; auch bei der Veräußerung nach § 934 erwirbt der Erwerber keinen Gewahrsam, dennoch ist gutgläubiger Erwerb möglich. Der Grund für den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs beim Besitzkonstitut liegt darin, dass der Veräußerer seinen Besitz behält. Der Erwerbswillige hat durch das Besitzkonstitut dem Veräußerer den Besitz der Sache überlassen, ebenso wie der Berechtigte die Sache dem Veräußerer anvertraut hatte. Beide, Erwerbswilliger wie Berechtigter, haben darauf vertraut, dass ihr durch die Besitzüberlassung bezeugtes Vertrauen nicht enttäuscht werde. In dieser Situation gleichen Vertrauens muss das bereits bestehende Eigentum den Vorrang haben, das Beharrungsinteresse des Eigentümers muss höher bewertet werden als das Erwerbsinteresse des Erwerbswilligen.⁴⁵

Beispiel: Der Eigentümer E übereignet unter Eigentumsvorbehalt eine Sache an V, der sie der Bank B gemäß § 930 zur Sicherheit übereignet. Die Sicherungsübereignung scheitert,⁴⁶ E bleibt Eigentümer und verliert es an B erst, wenn der V ihr die Sache übergibt.

Es wurde eine teleologische Reduktion des § 933 auf den Fall vorgeschlagen, dass der Veräußerer dem bisherigen Eigentümer den Besitz mittelt;⁴⁷ so etwa für den Fall, dass der Eigentümer dem Veräußerer das Eigentum unwirksam übertragen

⁴³ Vgl. § 9 Rn. 9 ff.

⁴⁴ Westermann/Gursky § 47 Rn. 10.

⁴⁵ Vgl. Motive III, 345; Wolff/Raiser § 69 II 2 c; ausf. Wieling § 10 IV 3 b; krit. zu dieser Begründung BeckOGK/Klinck § 933 Rn. 5.2.

⁴⁶ Eventuell kann sie in eine Sicherungsübertragung des Anwartschaftsrechts umgedeutet werden, s. § 17 Rn. 18.

⁴⁷ Ernst, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, 1992, 266 ff., 272; Stagl, AcP 211 (2011), 530, 572.

hatte, so dass sich der Veräußerer selbst für den Eigentümer hält. Hier hat in der Tat der Eigentümer nicht auf die Loyalität des Veräußerers vertraut. Jedoch hat der Gesetzgeber diesen Fall erwogen und einen sofortigen Eigentumserwerb aufgrund Besitzkonstituts für ausgeschlossen erklärt.⁴⁸

- 19 *b) Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs:* Gutgläubiger Erwerb ist gemäß § 933 möglich, wenn neben der dinglichen Einigung der Veräußerer die Sache nach Vereinbarung des Besitzkonstituts übergibt. Ein (wirksames) Besitzmittlungsverhältnis ist jedoch gerade nicht erforderlich, weil der Erwerb aufgrund der Übergabe, nicht aufgrund des Besitzkonstituts erfolgt.⁴⁹ Erforderlich ist guter Glaube zur Zeit der Übergabe.⁵⁰

Die *Übergabe* erfolgt nach den Regeln des § 929, 1: Es muss also eine Gewahrsamsänderung eintreten, sowohl der Veräußerer als der Erwerber können Besitzdiener oder Besitzmittler einschalten, und auch eine Übergabe durch Geheißpersonen ist möglich.⁵¹ Nicht erforderlich ist es aber, dass der Erwerber unmittelbaren Besitz erwirbt, solange ihm nur nicht gerade der Veräußerer den Besitz mittelt.⁵² Der Erwerber muss Eigenbesitzer werden. Nach § 933 muss die Sache „von dem Veräußerer“ übergeben werden; es genügt dafür, dass dieser den Besitzerwerb veranlasst. In dem Fall einer Übergabe nach § 929, 1 erfolgt also der gutgläubige Erwerb gemäß § 932 I 1.

Entgegen seinem missverständlichen Wortlaut schließt § 933 gutgläubigen Erwerb nicht in dem Fall aus, dass der Veräußerer selbst mittelbarer Besitzer ist und seinen mittelbaren Besitz auf den Erwerber überträgt. In diesem Fall muss der Veräußerer dem Erwerber den mittelbaren Besitz nach § 931 verschaffen; es kommt dann zum gutgläubigen Erwerb nach § 934 (1). Die Übertragung des mittelbaren Besitzes kann durch Abtretung (§ 870)⁵³ oder Besitzeinweisung⁵⁴ erfolgen. Eine solche Übertragung ist gleichfalls als „Übergabe“ im Sinne des § 933 zu verstehen.⁵⁵

- 20 *c) Umgehungsversuche:* § 933 kann nicht dadurch umgangen werden, dass der Veräußerer dem Erwerber die Sache nur symbolisch übergibt und sie sich sofort zurückgeben lässt; darin liegt keine Übergabe, da letztlich der Veräußerer im Besitz der Sache bleibt.⁵⁶ Auch eine bloße Erklärung der Parteien, der Erwerber solle

⁴⁸ Lohsse, AcP 206 (2006), 527, 534 f., 538, 550 f.; BeckOGK/Klinck § 933 Rn. 6.

⁴⁹ BeckOGK/Klinck § 933 Rn. 9; anders MünchKomm/Oechsler § 933 Rn. 3.

⁵⁰ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 633, es sei denn die Einigung folgte der Übergabe ausnahmsweise nach; dann ist guter Glaube zum Zeitpunkt der Einigung notwendig.

⁵¹ Zum Geheißerwerb vgl. Rn. 26.

⁵² BeckOGK/Klinck § 933 Rn. 13.

⁵³ Beispiel: Der nichtberechtigte Veräußerer V, der die Sache dem X zur Verwahrung gegeben hat, veräußert sie gemäß § 930. Der Erwerber hat gemäß § 933 kein Eigentum erworben, da V noch Besitzer ist: V ist mittelbarer Besitzer 1. Stufe, der dem Erwerber den Besitz vermittelt. Überträgt nun V gemäß § 870 seinen Besitz an den Erwerber, so wird dieser Eigentümer; V hat keinen Besitz mehr.

⁵⁴ Beispiel: V weist den Verwahrer aus Fn. 53 an, nunmehr für den Erwerber zu besitzen, was geschieht. Damit hat V jeden Besitz verloren, der Erwerber ist Eigentümer geworden.

⁵⁵ Ganz h. M., s. nur BeckOGK/Klinck § 933 Rn. 22 m. w. N.

⁵⁶ Vgl. RGRK/Pikart § 933 Rn. 5; Soergel/Henssler § 933 Rn. 8; BeckOGK/Klinck § 933 Rn. 18.

künftig Besitzer sein, obwohl die Sache im Herrschaftsbereich des Veräußerers bleibt, genügt nicht.⁵⁷

4. Erwerb nach §§ 931, 934

Gemäß § 934 wird der gutgläubige Erwerber auch dann Eigentümer, wenn ein Nichtberechtigter gemäß § 931 über die Sache verfügt, und zwar sofort, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer war, § 934 (1); andernfalls erst dann, wenn der Erwerber den Besitz erlangt, § 934 (2). 21

a) *Veräußerer ist mittelbarer Besitzer, § 934 (1)*: Die älteste Form der Übereignung nach §§ 931, 934 (1) liegt in der Besitzeinweisung: Der Veräußerer überträgt seinen mittelbaren Besitz dadurch auf den Erwerber, dass er den Besitzmittler veranlasst, nunmehr dem Erwerber den Besitz zu vermitteln.⁵⁸ Eine Übertragung des Besitzes ist aber auch durch Besitzabtretung möglich, nach hiesigem Verständnis also durch bloße Einigung i. S. v. § 870.⁵⁹ 22

Das Gesetz sieht gemäß § 934 (1) den mittelbaren Besitz, den der Erwerber vom Veräußerer erlangt, als hinreichenden Rechtsschein zur Zulassung des gutgläubigen Erwerbs an.⁶⁰ Der mittelbare Besitz äußert damit die gleichen Wirkungen wie der unmittelbare. Das ist indes nicht unproblematisch: Während der unmittelbare Besitz erkennbar ist, ist das beim mittelbaren nicht ohne weiteres der Fall. Immerhin kann sich ein Erwerber auch hier Sicherheit beschaffen, durch Befragung des Besitzmittlers. Erforderlich ist für die Übereignung nach § 934 (1), dass der Veräußerer tatsächlich mittelbaren Besitz hat;⁶¹ auch mittelbarer Fremdbesitz reicht aus.⁶² Der Eigentumserwerb tritt sofort mit der Übertragung des mittelbaren Besitzes ein, dies ist auch der entscheidende Zeitpunkt für den guten Glauben des Erwerbers. Die Rechte des dritten Besitzers an der Sache bleiben jedoch bestehen, §§ 936 III, 986 II; hatte er die Sache z. B. gemietet, so kann er dies auch dem neuen Eigentümer entgegenhalten.

§ 934 ist viel diskutiert. Ein Normwiderspruch zwischen § 934 (1) und § 933 wird verbreitet deshalb angenommen, weil in beiden Fällen der Erwerber nur mittelbaren Besitz erlangt, dies aber nur in § 934 (1) zum Eigentumserwerb ausreicht, in § 933 dagegen nicht.⁶³ Ein solcher Widerspruch ist jedoch nicht zu erkennen: Das

⁵⁷ BGH BeckRS 2015, 18837 Rn. 16.

⁵⁸ Vgl. § 9 Rn. 25; BeckOGK/Klinck § 934 Rn. 13.

⁵⁹ Vgl. § 9 Rn. 22.

⁶⁰ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 632 f.

⁶¹ Entscheidend ist, dass der Besitzmittler dem Veräußerer im Zeitpunkt, in dem dieser dem Erwerber den Besitz abtritt, den Besitz mitteln will, vgl. BGHZ 161, 90 Rn. 69 (FlowTex). Hat der Veräußerer keinen mittelbaren Besitz, kommt nur ein Erwerb nach § 934 (2) in Betracht.

⁶² Vgl. den Fall BGH JuS 1978, 131 f. Mit Beginn der Veräußerungshandlung tritt der Veräußerer als Eigenbesitzer auf, verwandelt also seinen mittelbaren Fremd- in Eigenbesitz.

⁶³ Vgl. etwa Wiegand, JuS 1974, 203; Picker, AcP 188 (1988), 511 ff.; Kindl, Rechtsscheintatbe-

Entscheidende in § 933 ist aber nicht, dass der Erwerber nur mittelbarer Besitzer wird; es liegt vielmehr darin, dass der Veräußerer den Besitz nicht aufgibt, vielmehr sich selbst trotz der Veräußerung Besitz zurückbehält.⁶⁴

- 23 b) *Veräußerer ist nicht mittelbarer Besitzer, § 934 (2)*: Ist der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer, so kann die Übereignung gemäß § 931 durch Forderungsabtretung⁶⁵ oder durch bloße Einigung⁶⁶ erfolgen. Allerdings fehlt auf der Seite des Veräußerers jeder Rechtsschein, der einen gutgläubigen Erwerb ermöglichen könnte; diesen gestattet das Gesetz daher erst, wenn der Erwerber Besitz erlangt, § 934 (2).

Der Herausgabeanspruch muss nicht wirklich bestehen, eine angebliche Forderung genügt nach h. M. Sonst liefe § 934 (2) weitgehend leer, weil der Veräußerer des § 934 (2) regelmäßig keinen Herausgabeanspruch hat.⁶⁷

Dieser Besitz muss „auf Grund der Veräußerung“ erworben werden.⁶⁸ Eine eigenmächtige Besitzergreifung durch den Erwerber reicht keinesfalls aus. Denkbar ist zunächst der Fall, dass der Veräußerer nach der Forderungsabtretung unmittelbaren Besitz erlangt hat; übergibt er die Sache sodann dem Erwerber (oder dessen Besitzdiener bzw. Besitzmittler), so erwirbt dieser Eigentum, es liegt ein Fall des § 932 I 1 vor. Dagegen würde es nicht genügen, wenn der Veräußerer dem Erwerber durch Besitzkonstitut den mittelbaren Besitz verschaffte, selbst also Besitzer bliebe, vgl. § 933. Denkbar ist aber auch, dass der Veräußerer den dritten Besitzer anweist, dem Erwerber die Sache herauszugeben oder ihm mittelbaren Besitz zu vermitteln.⁶⁹ Geschieht das, so hat der Veräußerer zwar nicht eigenen Besitz auf den Erwerber übertragen, er hat aber gezeigt, dass er Besitzverschaffungsmacht hat. Die Unterordnung des Besitzers unter die Anweisung des Veräußerers spricht für dessen Eigentum; auf diesen Rechtsschein darf der Erwerber vertrauen.⁷⁰

Der Eigentumserwerb tritt nach § 934 (2) mit dem Besitzerwerb ein, zu diesem Zeitpunkt muss guter Glaube gegeben sein. Späterer Besitzverlust ändert an dem einmal eingetretenen Eigentumserwerb nichts mehr. Rechte des dritten Besitzers bleiben auch hier nach §§ 936 III, 986 II geschützt.

stände und ihre rückwirkende Beseitigung, 1999, 317 f.; Wilhelm Rn. 987; Voigt, Die Funktion mittelbaren Besitzes beim Mobiliärerwerb, 2012, 196 ff., 208; Lohsse, AcP 206 (2006), 527 ff.; Weber I § 9 Rn. 21.

⁶⁴ BGHZ 50, 45 Rn. 20 („Fräsmaschinenfall“); Wieling § 10 IV 4 a; Michalski, AcP 181 (1981), 417 ff.; Jauernig/Berger § 934 Rn. 2; Baur/Stürner § 52 Rn. 20; BeckOGK/Klinck § 934 Rn. 4; MünchKomm/Oechsler § 934 Rn. 2.

⁶⁵ Vgl. § 9 Rn. 26.

⁶⁶ Vgl. § 9 Rn. 27.

⁶⁷ RGZ 138, 265, 267; Palandt/Herrler § 934 Rn. 4; Weber I § 9 Rn. 23.

⁶⁸ Vgl. die Formulierung in § 936 I 3; BeckOGK/Klinck § 934 Rn. 20.

⁶⁹ Dass der Erwerb mittelbaren Besitzes für § 934 (2) ausreicht, entspricht zu Recht der h. M., vgl. etwa Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 632; RGZ 89, 349; 135, 77; 138, 267; Soergel/Henssler § 934 Rn. 5.

⁷⁰ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 632. Zum gutgläubigen Geheißerwerb vgl. auch Wieling, Jura 1980, 322 ff., 326 f.

Wird eine besitzlose Sache durch bloße Einigung übereignet,⁷¹ so erwirbt der Erwerber gutgläubig Eigentum, wenn er den Besitz der Sache aufgrund der Veräußerung erwirbt.

c) *Nebenbesitz*: Streitig ist die Frage, ob es zum Erwerb nach § 934 (1) oder § 934 (2) auch ausreicht, wenn der Erwerber nur Nebenbesitz erlangt.⁷² Erwirbt der Erwerber mittelbaren Eigenbesitz derart, dass er zusammen mit dem Eigentümer Nebenbesitzer wird, so reicht das nicht für einen gutgläubigen Erwerb.⁷³ Solange der Eigentümer aufgrund seines Eigentums nämlich im Besitz der Sache ist, kann er sein Recht nicht verlieren, arg. § 936 III. Gutgläubiger Erwerb setzt immer voraus, dass der Erwerber in eine engere Besitzbeziehung zur Sache tritt als der Eigentümer, vgl. § 933. Solange der Eigentümer Nebenbesitzer bleibt, ist daher gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen.⁷⁴ 24

Im „Fräsmaschinenfall“ veräußert V unter Eigentumsvorbehalt die Sache an K, dieser übereignet sie zur Sicherheit an C, welche wiederum ihre Rechte an D abtritt. C konnte wegen § 933 nicht Eigentümer werden, aber auch D nicht. Richtig ist zwar der Ausgangspunkt des BGH, dass der mittelbare Besitz der C für einen gutgläubigen Erwerb nach § 934 (1) genügt; das gilt jedoch dann nicht, wenn, wie hier, der Veräußerer K sowohl V also auch C den Besitz mittelte, beide zu mittelbaren Nebenbesitzern wurden. Gutgläubiger Erwerb musste daher ausscheiden.

5. Erwerb des Miteigentums

Auf den gutgläubigen Erwerb von Miteigentumsanteilen sind die §§ 932–935 anwendbar. Der nichtberechtigte Veräußerer, der als Alleineigentümer auftritt, kann dem Erwerber etwa gemäß § 932 I 1 dadurch Miteigentum verschaffen, dass er ihm Mitbesitz einräumt. Die Quote des erworbenen Miteigentums richtet sich nach der Vereinbarung. Ist der angebliche Alleineigentümer, der in Wirklichkeit nichtberechtigt ist, nur Mitbesitzer, so sind ebenfalls die §§ 932–935 anzuwenden. 25

Tritt der nichtberechtigte Veräußerer nicht als Alleineigentümer, sondern als Miteigentümer auf, so sind verschiedene Fallgestaltungen denkbar. Veräußern drei Mitbesitzer als angebliche Miteigentümer zu 1/3 an drei Erwerber, so können diese nach den §§ 932 I, 934 (1) gutgläubig Miteigentum zu je 1/3 erwerben. Ist einer der Erwerber bösgläubig, so erwirbt er sein Drittel nicht, wohl aber die beiden anderen; der bisher Berechtigte behält 1/3 Miteigentumsanteil. Ist ein angeblicher Miteigen-

⁷¹ Vgl. § 9 Rn. 27.

⁷² Vgl. zum Nebenbesitz („Zuckerfall“) § 6 Rn. 14, zum Erwerb vom Berechtigten durch Übertragung des Nebenbesitzes § 9 Rn. 23.

⁷³ Medicus/Petersen Rn. 561. Anders, wenn nicht der Eigentümer, sondern ein Dritter Nebenbesitzer mit dem Erwerber ist.

⁷⁴ Vgl. auch Wolff/Raiser § 69 II Fn. 22; Baur/Stürner § 52 Rn. 24; Medicus/Petersen Rn. 558. Bei dieser Frage zeigen sich auch die Schwierigkeiten, welche bei der Leugnung des Nebenbesitzes entstehen können, vgl. Kindl, AcP 201 (2001), 391 ff.

tümer Alleinbesitzer, so kann ein gutgläubiger Erwerber nach §§ 932 I, 934 (1) Miteigentum zur vereinbarten Quote erwerben.⁷⁵ Zur Frage der Eigentumsquote, welche gutgläubig von einem Mitbesitzer erworben werden kann, vgl. Wieling § 10 IV 5.

6. Geheißerwerb

- 26 Gutgläubiger Erwerb ist auch dann möglich, wenn die Übergabe in der Form des Geheißerwerbs geschieht.⁷⁶ Hat in der Veräußererkette V–K–X der V die Sache an K verkauft, K weiter an X verkauft und bittet K den V, die Sache an X zu liefern, so liegt ein Geheißerwerb vor. K erwirbt das Eigentum von V, X von K. War V nicht Eigentümer, so erwirbt K gutgläubig von V;⁷⁷ wurde auch K nicht Eigentümer, so erwirbt X gutgläubig von K. Zwar hat X den Besitz nicht von K erlangt, denn K war weder unmittelbarer noch mittelbarer Besitzer; insoweit fehlte es am Besitz als Vertrauenstatbestand für einen gutgläubigen Erwerb. K hatte aber Besitzverschaffungsmacht (Rn. 15): Dass V den Besitz auf Geheiß des K an X herausgab, musste dem X als eine Anerkennung des Eigentums des K durch V erscheinen. X durfte somit auf das Eigentum des K vertrauen, er erwirbt gutgläubig nach § 932.⁷⁸

Fraglich und umstritten ist freilich, in welchen Fällen eine *Besitzverschaffungsmacht* vorliegt. Man sollte mit der h. M. meinen, das sei stets dann der Fall, wenn es dem Veräußerer gelingt, durch sein Geheiß den Besitzer zur Herausgabe an den Erwerber zu veranlassen.⁷⁹ Nach der h. L. reicht es jedoch nicht aus, wenn der Veräußerer den Besitzer durch eine Irreführung dazu veranlasst, den Besitz auf den Erwerber zu übertragen (Fall eines „Scheingeheißerwerbs“). Erforderlich soll vielmehr sein, dass eine wirkliche Unterordnung oder ein wirkliches Geheiß vorliege.⁸⁰

Die Entscheidung des Problems liegt in der Frage, was Vertrauensbasis für den guten Glauben des Erwerbers ist. Vertrauensbasis muss etwas sinnlich Wahrnehmbares sein, dieses sinnlich Wahrnehmbare verweist auf eine nicht sinnlich wahrnehmbare Rechtslage. Normalerweise ist Vertrauensbasis bei § 932 der unmittelbare

⁷⁵ So auch Tiedtke, Jura 1983, 475.

⁷⁶ Zum Geheißerwerb vgl. § 9 Rn. 49 ff.

⁷⁷ So auch BGH NJW 1973, 141 f. Allerdings ist dies nicht zu konstruieren, aber wegen der Gleichstellung von Geheiß und Übergabe richtig, vgl. Wieling § 10 IV 6 Fn. 104.

⁷⁸ So gut wie unstrittig, vgl. schon die Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 632 für den gleichgelagerten Fall des § 934 (2); Westermann/Gursky § 47 Rn. 2; Baur/Stürner § 52 Rn. 13; Wellenhofer § 8 Rn. 7.

⁷⁹ BGHZ 36, 56 ff.; BGH NJW 1974, 1132; Soergel/Henssler § 932 Rn. 14; Westermann/Gursky § 47 Rn. 3; Wieling, JZ 1977, 291, 295 f.; BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 83 f.; Musielak, JuS 1992, 713, 716 ff.; Hager, Verkehrsschutz (Fn. 1), 286 ff.; Kindl, Rechtsscheintatbestände (Fn. 63), 344; Müller/Gruber Rn. 1462; Gomille, Jura 2013, 711, 716; Stagl, AcP 211 (2011), 530, 559.

⁸⁰ Vgl. etwa Palandt/Herrler § 932 Rn. 4; Jauernig/Berger § 932 Rn. 13; Medicus/Petersen Rn. 564; Baur/Stürner § 52 Rn. 13; Wilhelm Rn. 930; Ernst, Eigenbesitz (Fn. 47), 92 f.; Picker, NJW 1974, 1790, 1794 f.

Besitz, der auf das Eigentum verweist. Auch die Besitzverschaffungsmacht ist als Vertrauensbasis nur brauchbar, soweit sie sinnlich wahrnehmbar ist. Der gutgläubige Erwerb des nicht wahrnehmbaren Eigentums aufgrund einer nicht wahrnehmbaren Vertrauensbasis wäre ein Unding. Wahrnehmbar ist, dass der Besitzer die Sache auf Veranlassung des Veräußerers an den Erwerber herausgibt. Das ist die Vertrauensbasis, auf welche sich der Erwerber verlassen darf.⁸¹ Völlig unerkennbar dagegen ist das Motiv, aus welchem der Besitzer die Sache liefert. Gutgläubiger Erwerb ist also auch dann möglich, wenn der Veräußerer keineswegs berechtigt ist, die Auslieferung der Sache an den Empfänger zu verlangen, wenn der Besitzer sie also aufgrund eines Irrtums ausliefert.⁸²

7. Wertpapiere und Wertrechte

a) *Namens- und Inhaberpapiere:* Namenspapiere werden wie Forderungen durch Zession übertragen, § 398, ein gutgläubiger Erwerb ist allenfalls im Rahmen des § 405 möglich.⁸³ Inhaberpapiere werden wie Sachen behandelt, gutgläubiger Erwerb nach den §§ 932 ff. ist möglich, vgl. auch § 935 II. Besondere Regeln bestehen für *Orderpapiere*, die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs ist gegenüber den §§ 932 ff. noch erweitert, vgl. Art. 16 II WG, § 365 HGB, Art. 21 ScheckG. Danach ist auch ein gutgläubiger Erwerb abhanden gekommener Papiere möglich,⁸⁴ ferner wird nicht nur der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers geschützt, sondern auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis, die Vertretungsmacht, das Fehlen von Verfügungsbeschränkungen. 27

b) *Traditionspapiere:* Sie können nach den §§ 932 ff. oder Art. 16 II WG, § 365 HGB gutgläubig erworben werden.⁸⁵ Ihr Erwerb ersetzt aber nur die Übergabe der Sache. Es muss die Einigung hinzukommen, für welche die §§ 932 ff. gelten. Es wird also nur der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers an der Ware geschützt, abhanden gekommene Sachen können gemäß § 935 I nicht gutgläubig erworben werden. 28

c) *Wertpapiere im Depot:* Gutgläubiger Erwerb ist möglich an Miteigentum von Wertpapieren im Depot.⁸⁶ Der Erwerb erfolgt nach § 934 (1), mit der Übertragung des mittelbaren Besitzes erwirbt der Kunde gutgläubig Eigentum. Rechtsschein ist 29

⁸¹ Vgl. die Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 632 f. Dass er sich darauf verlassen hat, d. h. dass zwischen dem Rechtsschein und dem guten Glauben Kausalität bestehen müsste, ist hier wie überall nicht erforderlich, vgl. Rn. 12.

⁸² S. auch die Klausur von Wieling, Jura 1980, 322 („Wachtmeister-Fall“).

⁸³ Vgl. § 9 Rn. 53.

⁸⁴ Abhanden gekommen i. S. v. § 935 I; der Ausdruck „irgendwie abhanden gekommen“ in Art. 16 II WG, Art. 21 ScheckG meint dagegen jeden Besitzverlust, den freiwilligen sowie den unfreiwilligen.

⁸⁵ Zu ihnen § 9 Rn. 59 ff.

⁸⁶ Vgl. § 9 Rn. 56.

der mittelbare Besitz des Veräußerers. Der Verlust trifft den Miteigentümer, über dessen Anteil der Nichtberechtigte verfügt hat.

- 30 d) *Sammelurkunde und Wertrechte*: In gleicher Weise wie bei Wertpapieren im Sammeldepot ist gutgläubiger Erwerb von Miteigentum dann möglich, wenn eine Sammelurkunde in Verwahrung genommen ist sowie wenn ein Wertrecht verwaltet wird.⁸⁷

8. Übereignung von Schiffen, §§ 929a, 932a

- 31 Eingetragene Schiffe werden nach dem Schiffsrechtgesetz übereignet, und zwar Binnenschiffe durch Einigung und Eintragung ins Schiffsregister, Seeschiffe durch bloße Einigung, die Eintragung ist deklaratorisch.⁸⁸ Ist der Veräußerer im Schiffsregister eingetragen, so spricht für seine Berechtigung die Vermutung aus § 15 SchiffsRG (entsprechend § 891), gutgläubiger Erwerb ist nach §§ 16, 17 SchiffsRG möglich (entsprechend §§ 892, 893).⁸⁹

Nicht eingetragene Binnenschiffe werden wie alle anderen beweglichen Sachen nach den §§ 929 ff. übereignet. Nicht eingetragene Seeschiffe können durch bloße Einigung übereignet werden, § 929a.⁹⁰ Ein gutgläubiger Erwerb ist aber gemäß § 932a nur möglich, wenn das Schiff vom Veräußerer übergeben wird.

IV. Abhanden gekommene Sachen

1. Abhandenkommen⁹¹

- 32 a) *Eigentümer hat unmittelbaren Besitz*: Eine abhanden gekommene Sache kann gemäß § 935 I nicht gutgläubig erworben werden, der Eigentümer kann sie auch weiterhin verfolgen, bis er sein Recht durch Ersitzung verliert⁹² oder bis sein Anspruch verjährt ist.⁹³ Eine Sache ist abhanden gekommen, wenn der unmittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz ohne oder gegen seinen Willen verliert. Auf welche Art der Verlust eintritt, ist ohne Bedeutung, etwa durch Wegnahme, Verlieren, Entlaufen eines Tiers, Wegwehen eines Huts usw. Geht nur der mittelbare Besitz verloren – etwa weil ein Entleiher die Sache unterschlägt –, so ist § 935 nicht

⁸⁷ Vgl. § 9 Rn. 57 f.

⁸⁸ Vgl. § 9 Rn. 61 f.

⁸⁹ Die §§ 932 ff., § 366 HGB sind daneben nicht anwendbar, vgl. BGH NJW 1990, 3209.

⁹⁰ Vgl. § 9 Rn. 61.

⁹¹ Zum Besitzverlust juristischer Personen Brand, Der Organbesitz, 2015, 127 ff.; zu Raubgrabungen § 12 Rn. 108.

⁹² Dazu § 11 Rn. 1 ff.

⁹³ Dazu § 12 Rn. 16.

anwendbar; denn mittelbarer Besitz setzt voraus, dass der Eigentümer die Sache einem Dritten anvertraut hat, was gerade im Gegensatz zum Abhandenkommen steht. § 935 I kodifiziert das germanische Rechtsprinzip, dass sich der frühere Besitzer nur an seinen Vertragspartner halten darf, nicht an Dritte; man sagte: „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen“ oder gleichbedeutend „Hand wahre Hand“.⁹⁴

Der Verlust muss ohne oder gegen den Willen des Besitzers eintreten. Dabei handelt es sich nicht um einen rechtsgeschäftlichen, sondern um einen natürlichen Willen.⁹⁵ Auf die Geschäftsfähigkeit kommt es daher nicht an,⁹⁶ vielmehr auf die Fähigkeit, die Bedeutung der Besitzaufgabe zu erkennen;⁹⁷ eine Weggabe ohne diese Fähigkeit führt dazu, dass die Sache abhanden gekommen ist i. S. v. § 935. Nicht abhanden gekommen sind Sachen, die aufgrund eines Irrtums oder einer Täuschung weggegeben worden sind, denn dies geschah mit dem Willen des unmittelbaren Besitzers; eine „Anfechtung“ der Besitzaufgabe ist nicht möglich.⁹⁸ Das gleiche gilt auch für die Herausgabe infolge einer Drohung,⁹⁹ es sei denn, dass höchst ausnahmsweise der ausgeübte psychische Zwang in seiner Intensität einer Ausübung physischer Gewalt gleichwertig wäre.

Wird eine Sache dem Eigentümer durch Hoheitsakt (Enteignung, Beschlagnahme) entzogen, so kann man, wenn der Akt rechtswidrig war, nicht von einer freiwilligen Besitzaufgabe sprechen; der Eigentümer ist schon bei Rechtswidrigkeit des Akts schutzwürdig.¹⁰⁰ Abhanden gekommen ist auch eine Sache, wenn ein Allein- oder Miteigentümer seinen unmittelbaren Mitbesitz gegen seinen Willen verloren hat; Erwerb des Alleineigentums ist nicht möglich. Hat dagegen der Alleineigentümer seinen Mitbesitz freiwillig aufgegeben, so kommt die Sache seinem eigentumslosen Mitbesitzer nicht abhanden.¹⁰¹

Nimmt ein Nichterbe Nachlasssachen in Besitz, so sind diese dem wirklichen Erben abhanden gekommen.¹⁰² Denn mit dem Erbfall erwirbt der Erbe fiktiven

⁹⁴ Dazu Wieling § 10 I 1.

⁹⁵ Vgl. § 4 Rn. 17.

⁹⁶ Anders eine verbreitete Meinung, die bei einer Weggabe durch Geschäftsunfähige immer ein Abhandenkommen annehmen will, vgl. etwa Motive III, 348; Wolff/Raiser § 69 I 1; Palandt/Herrler § 935 Rn. 5; OLG München NJW 1991, 2571. – Flume II § 13, 11 d; Nietschke, JuS 1968, 542 f. und Kindl, Rechtsscheintatbestände (Fn. 63), 348 ff. wollen das sogar auf beschränkt Geschäftsfähige ausdehnen, BeckOGK/Klinck § 935 Rn. 11 will dagegen § 828 III anwenden.

⁹⁷ So zutreffend Jauernig/Berger § 935 Rn. 4; Prütting Rn. 433; Baur/Stürner § 52 Rn. 42; Westermann/Gursky § 49 Rn. 5; Musielak, JuS 1992, 713, 723; Temming, Jus 2018, 108, 111.

⁹⁸ Vgl. § 4 Rn. 13.

⁹⁹ H. M., vgl. etwa Motive III, 348; BGH NJW 1953, 1506; BGHZ 4, 33 ff.; Musielak, JuS 1992, 713, 723; Prütting Rn. 434; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 46. Nach der Gegenauffassung soll jede Drohung zu einem Abhandenkommen führen, vgl. BeckOGK/Klinck § 935 Rn. 13.

¹⁰⁰ BeckOGK/Klinck § 935 Rn. 16; dagegen bejaht die h. M. nur bei nichtigen Hoheitsakten ein Abhandenkommen, vgl. BGHZ 4, 10, 33; 4, 283, 285; Baur/Stürner § 52 Rn. 44; Palandt/Herrler § 935 Rn. 6.

¹⁰¹ BGHZ 199, 227 Rn. 17 ff.

¹⁰² Vgl. zum Folgenden auch Schlinker/Zickgraf, JuS 2013, 876 ff.

Besitz, § 857;¹⁰³ die praktische Bedeutung dieser Vorschrift liegt darin, dass der Erbe gegen fremde Eingriffe durch § 935 geschützt ist. Das gilt allerdings dann nicht, wenn der Nichterbe einen Erbschein hat, weil § 2366 den Erwerber so stellt, als habe er vom wahren Erben erworben, also vom Berechtigten; auf seinen guten Glauben kommt es nicht an, der Erwerb vollzieht sich nach §§ 929–931, 2366. War der Erblasser jedoch nicht der Eigentümer der Sache, etwa weil er sie geliehen hatte, kommt sie nach §§ 935 I 2, 857 dem wahren Erben abhanden, wenn der Nichterbe sie veräußert. Ein Erwerb vom Berechtigten gemäß §§ 929, 2366 kommt in diesem Fall nicht in Betracht, weil es sich dabei nicht um einen Erbschaftsgegenstand handelt. Ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 929, 932, 2366 ist in diesem Fall jedoch möglich; denn § 932 schützt den Erwerber in seinem Glauben, der Veräußerer sei der Eigentümer, und § 2366 in seinem Glauben, der Nichterbe sei der Erbe; die Sache ist daher nicht abhanden gekommen.¹⁰⁴ Anders liegt es natürlich, wenn dem Eigentümer die Sache z. B. gestohlen wurde, hier greift § 935.

- 33 *b) Eigentümer hat mittelbaren Besitz:* § 935 ist nicht nur dann anwendbar, wenn die Sache dem Eigentümer (§ 935 I 1), sondern auch dann, wenn sie seinem Besitzmittler abhandenkommt, § 935 I 2. Das ist eine Konsequenz des Prinzips, welche der Regelung zugrunde liegt: Hat der Eigentümer die Sache einem anderen anvertraut, so ist sein Recht gefährdet, wenn der Besitzer das Vertrauen des Eigentümers bricht, indem er die Sache aus eigenem Willen auf einen Dritten überträgt; gutgläubiger Erwerb ist möglich. Ein solcher Vertrauensbruch ist aber nicht gegeben, wenn der Besitzmittler den unmittelbaren Besitz gegen seinen Willen verliert. Deshalb ist auch in diesem Fall ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich.

Ist der Eigentümer nicht im mittelbaren Besitz, kommt die Sache also einem Besitzer abhanden, der dem Eigentümer nicht den Besitz vermittelt, so greift § 935 I nicht ein, gutgläubiger Erwerb ist möglich.¹⁰⁵ Entscheidend ist in einer solchen Situation, wie die Sache aus dem Besitz des Eigentümers in den Besitz des Dritten gekommen ist. Hat etwa der Eigentümer die Sache in einem unwirksamen Geschäft veräußert, so ist gutgläubiger Erwerb möglich, wenn die Sache dem Erwerber abhandenkommt. Der Eigentümer ist in diesem Fall nicht schutzwürdig, schutzwürdig ist vielmehr nach der gesetzlichen Entscheidung der gutgläubige Erwerber.

- 34 *c) Besitztien:* Streitig ist die Rechtslage, wenn ein Besitztien an einer Sache sich entweder zum Eigenbesitzer aufschwingt oder sie veräußert. Nach h. M. liegt in diesem Fall stets ein Abhandenkommen vor,¹⁰⁶ da gemäß § 855 nur der Besitzer, nicht der Besitztien, unmittelbarer Besitzer gewesen sei und er diesen un-

¹⁰³ Vgl. § 4 Rn. 31 ff.

¹⁰⁴ So richtig die h. M., vgl. Medicus/Petersen Rn. 569; anders Harke/Meier, JR 2010, 282, 283.

¹⁰⁵ So zutreffend die h. M., vgl. Wolff/Raiser § 69 I 2; Westermann/Gursky § 49 Rn. 9; RGRK/Pikart § 935 Rn. 29; Soergel/Henssler § 935 Rn. 1; a. A. (Analogie zu § 935 I 2) etwa Baur/Stürner § 52 Rn. 38; Braun, JZ 1993, 391 ff.; MünchKomm/Oechsler § 935 Rn. 4.

¹⁰⁶ So etwa RGZ 106, 5, 6; Palandt/Herrler § 935 Rn. 8; Wolff/Raiser § 69 I 1; Baur/Stürner § 52 Rn. 39; Westermann/Gursky § 49 Rn. 11 ff.; Soergel/Henssler § 935 Rn. 8; Brehm/Berger § 27 Rn. 81; Musielak, JuS 1992, 713, 723; Temming, Jus 2018, 108, 112.

mittelbaren Besitz gegen seinen Willen verloren habe.¹⁰⁷ Dieser Ansicht ist immer dann zu folgen, wenn die Sache sich im räumlichen Herrschaftsbereich des Eigentümers befindet und vom Besitzdiener daraus entfernt wird, indem etwa ein Arbeiter eine Sache aus dem Betriebsgelände entfernt. Dadurch wird der unmittelbare Besitz des Eigentümers, den dieser entweder selbst oder durch andere Besitzdiener ausübt, gebrochen, die Sache ist abhanden gekommen. Anders aber liegt es in den Fällen, in denen der Besitzdiener die Sache außerhalb der Machtsphäre des Eigentümers in Gewahrsam hat und als Besitzdiener auch nicht erkennbar ist; wenn ein Handlungsreisender etwa Warenmuster unterschlägt und veräußert.¹⁰⁸ Hier ist gutgläubiger Erwerb zuzulassen, die Sache ist nicht als abhanden gekommen anzusehen;¹⁰⁹ entscheidend ist, dass der Eigentümer die Sache freiwillig aus der Hand gegeben und so die Verfügung eines Nichtberechtigten ermöglicht hat. Hier zeigt sich, dass man die Wertungen des possessorischen Besitzschutzes aus §§ 854–872 nicht unbesehen auf den Besitz als Voraussetzung des Eigentumserwerbs übertragen kann;¹¹⁰ Besitz als Voraussetzung des Besitzschutzes setzt immer tatsächliche Gewalt voraus, Besitz als Erwerbsvoraussetzung ist indessen viel weiter und erfasst z. B. auch den mittelbaren Besitz; § 855 darf daher nicht auf § 935 angewandt werden.

d) Heilung: Ist eine Sache abhanden gekommen, so ist gutgläubiger Erwerb niemals möglich, auch wenn die Sache durch viele Hände gegangen ist. Eine Heilung des Makels einer abhanden gekommenen Sache tritt aber dann ein, wenn die Sache in den Besitz des Eigentümers zurückgelangt. Ist die Sache einem Besitzmittler des Eigentümers abhanden gekommen, so tritt eine Heilung durch Rückgabe an diesen nur ein, wenn der Eigentümer wieder mittelbaren Besitz erwirbt. Der Mangel wird ferner dann geheilt, wenn ein Dritter trotz § 935 Eigentum an der Sache erwirbt, etwa durch Ersitzung, Fund, öffentliche Versteigerung, Verarbeitung, Verbindung, Vermischung usw. Nach der Heilung ist nach h. M. ein gutgläubiger Erwerb wieder möglich. Zu Recht wird darüber hinaus verlangt, dass der Eigentümer nach Rückeroberung der Sache den unmittelbaren Besitz an ihr in dem Bewusstsein aufgibt, dass es sich um seine eigene Sache handelt.¹¹¹

35

¹⁰⁷ Hat der Besitzdiener Vertretungsmacht, so ist ein Abhandenkommen zu verneinen, vgl. Weber I § 9 Rn. 61.

¹⁰⁸ Beispiel: Der beim Verleger E angestellte Außendienstmitarbeiter veräußert an den gutgläubigen X 10 ihm von E überlassenen Musterbücher und überdies ein Buch, das ihm E zur Lektüre geliehen hatte. Soll tatsächlich nur gutgläubiger Erwerb an dem verliehenen Buch möglich sein, nicht aber an den 10, die A als Besitzdiener in seiner Gewalt hatte?

¹⁰⁹ So zutreffend etwa Westermann § 49 I 6; BeckOGK/Klinck § 935 Rn. 20; Staudinger/Wiegand, 2017, § 935 Rn. 14; AlternKomm/Reich § 935 Rn. 2; MünchKomm/Schäfer § 855 Rn. 24; K. Schmidt, FS H. H. Seiler, 1999, 579, 596 ff.; Neuner, JuS 2007, 401, 405; weitergehend Ernst, Eigenbesitz (Fn. 47), 32 ff.

¹¹⁰ S. oben § 3 Rn. 2 f.

¹¹¹ Ausf. Klinck, FS Lindacher, 2017, 179.

2. Gutgläubiger Erwerb abhanden gekommener Sachen

- 36 a) *Geld*: Im volkswirtschaftlichen Interesse an seiner Umlauffähigkeit ist gutgläubiger Erwerb möglich an Geld, auch wenn es abhanden gekommen ist, § 935 II.¹¹² Gutgläubigkeit nach § 932 II ist natürlich weiterhin erforderlich. Das Gesetz unterscheidet bewusst nicht zwischen Münzen und Geldscheinen, Voraussetzung ist nur, dass es sich um ein im Umlauf befindliches, gesetzliches Zahlungsmittel handelt. Das gilt auch für ausländisches Geld. Für Sammler- und Anlagemünzen gilt § 935 II nach h. M. nicht, selbst wenn sie als offizielles Zahlungsmittel anerkannt sind; denn sie sind für einen Umlauf weder bestimmt noch geeignet.¹¹³
- 37 b) *Inhaberpapiere*: Gutgläubiger Erwerb ist auch möglich an abhanden gekommenen Inhaberpapieren.¹¹⁴ Gleichzustellen sind die Inhaberkarten, -marken und ähnliche Urkunden des § 807 wie Fahrkarten, Theaterkarten, Biermarken, Lose, da sie die gleiche Umlauffähigkeit haben sollen wie Inhaberpapiere. § 935 II gilt auch für ausländische Inhaberpapiere. Legitimations- und Orderpapiere fallen dagegen nicht unter § 935 II.
- 38 c) *Öffentliche Versteigerung*: Gutgläubiger Erwerb an abhanden gekommenen Sachen ist gemäß § 935 II schließlich auch dann möglich, wenn sie im Wege der öffentlichen Versteigerung erworben werden.¹¹⁵ Die Versteigerung muss öffentlich sein, d. h. einem unbeschränkten Personenkreis zugänglich, und von einem Gerichtsvollzieher oder sonst öffentlich bestellten oder angestellten Versteigerer vorgenommen werden, vgl. § 383 III. Gleichgestellt hat der BGH die freiwillige Versteigerung durch jeden nach § 34b V GewO bestellten Versteigerer (Auktionator).¹¹⁶ Unter § 935 II fallen also nicht private Versteigerungen, da sie kein gesteigertes Vertrauen verdienen. Ferner gilt § 935 II nur für solche Versteigerungen, welche das Eigentum auf dem Wege des Zivilrechts nach den §§ 929 ff. übertragen, nicht aber dann, wenn die Eigentumsübertragung einen Staatsakt darstellt, wie bei der Versteigerung gepfändeter Sachen gemäß § 814 ZPO. Auch auf die Pfandversteigerung gemäß § 1235 I findet § 935 keine Anwendung, da er in § 1244 nicht genannt ist.¹¹⁷
- Als Anwendungsfall des § 935 II kommt insbesondere § 383 in Betracht, die Versteigerung der geschuldeten Sache durch den Schuldner, aber auch sonst jede freiwillige Versteigerung, wenn sie nur in den Formen des § 383 III geschieht. Zu denken ist auch an eine Versteigerung von Fundsachen, §§ 966 II 1, 979, auch wenn die Versteigerung im Internet erfolgt, § 979 Ia. Ist der Veräußerer nicht Eigentümer, so erwirbt der Ersteigerer dennoch Eigentum, wenn er gutgläubig bezüglich des

¹¹² Einen geschichtlichen Überblick gibt Imbusch, Der gutgläubige rechtsgeschäftliche Erwerb gestohlener Sachen im deutschen Recht, 1999.

¹¹³ BGH NJW 2013, 2888 Rn. 7, 10 f. (Krügerarrand); dazu lesenswert Flume, JZ 2013, 1114; a. A. BeckOGK/Klinck § 935 Rn. 40.

¹¹⁴ Dazu § 9 Rn. 55.

¹¹⁵ Vgl. dazu Dorff, Der Versteigerungserwerb und seine Rechtmäßigkeit bei abhanden gekommenen Sachen, 1999.

¹¹⁶ BGH NJW 1990, 899 Rn. 19.

¹¹⁷ § 15 Rn. 37.

Eigentums ist. Der Kaufvertrag kommt durch den Zuschlag zustande, § 156, die Übereignung geschieht regelmäßig erst nach der Zahlung des Kaufpreises. Mit der Übergabe geht das Eigentum über, mag die Sache auch abhanden gekommen sein; die Übergabe ist auch der entscheidende Zeitpunkt für den guten Glauben.

Fraglich ist, ob der Makel des Abhandenkommens einer Sache durch eine öffentliche Versteigerung geheilt wird, wenn der Ersteigerer mangels guten Glaubens kein Eigentum erwirbt. Veräußert nun der bösgläubige Ersteigerer an einen Gutgläubigen, fragt sich, ob die Sache nach wie vor nach § 935 I abhanden gekommen und also gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen ist. Die h. M. lehnt einen gutgläubigen Erwerb zu Recht ab, der Wortlaut des § 935 II spricht dagegen.¹¹⁸ Die Sache bleibt abhanden gekommen (Rn. 35).

V. Folgen des gutgläubigen Erwerbs

1. Ausgleichsfragen

Wer gutgläubig Eigentum erwirbt, steht ebenso, als hätte er vom Berechtigten erworben. Nachträgliche „Bösgläubigkeit“ schadet ihm nicht mehr. Wenn er die Sache weiterveräußert, so erwirbt der Erwerber vom Berechtigten, so dass es auf seinen guten Glauben nicht ankommt. 39

War der Erwerber beim Erwerb vom Nichtberechtigten leicht fahrlässig, so haftet er dem Alteigentümer nicht wegen Eigentumsverletzung aus § 823 I: Er mag zwar dessen Eigentum durch seinen Erwerb fahrlässig verletzt haben, doch handelte er nicht rechtswidrig, da er gemäß § 932 sogar Eigentum erwirbt. Gutgläubig erworbenes Eigentum ist – rechtlich gesehen – auch nicht irgendwie mit einem Makel behaftet;¹¹⁹ der Erwerber kann also nicht die Sache dem früheren Eigentümer zurückgeben und den Veräußerer wegen Rechtsmangels belangen.

Der frühere Eigentümer kann vom gutgläubigen Erwerber auch nicht Rückgabe der Sache oder Ersatz wegen ungerechtfertigter Bereicherung (Eingriffskondiktion) verlangen.¹²⁰ Er kann nur gegen den Verfügenden vorgehen, wie § 816 I 1 zeigt. Das gilt allerdings nur, wenn die Verfügung des Nichtberechtigten wirksam ist, der Erwerber also Eigentum erworben hat. Hat der Eigentümer sein Recht nicht verloren, so ist er auf die Vindikation der Sache gemäß § 985 angewiesen, doch kann er sich durch eine Genehmigung gemäß § 185 II 1 den Anspruch aus § 816 I 1 verschaffen.¹²¹

¹¹⁸ Vgl. Planck/Brodmann § 935 Erl. 6 c; Soergel/Henssler § 935 Rn. 21; RGRK/Pikart § 935 Rn. 38; BeckOGK/Klinck § 935 Rn. 46; a. A. Wolff/Raiser § 69 I 4 b; vgl. auch Prütting Rn. 437.

¹¹⁹ Entgegen der „Makeltheorie“ begeht der Veräußerer daher auch keinen Betrug gegenüber dem Erwerber; zu ihr Eisele, Strafrecht. Besonderer Teil II, 5. Aufl. 2019, Rn. 612.

¹²⁰ Protokolle der 1. Kommission 4223, 4228, in: Jakobs/Schubert, Schuldverhältnisse III, 860, 863; BGHZ 36, 60; Westermann/Gursky § 47 Rn. 17; Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, § 4 Rn. 37.

¹²¹ Vgl. dazu BGH NJW 1960, 860; Palandt/Sprau § 816 Rn. 7; Berner, Jura 2019, 700.

Gegenüber dem Anspruch des früheren Eigentümers kann der Verfügende nicht den Betrag als Entreicherung (§ 818 III) geltend machen, den er selbst für den Erwerb der Sache aufgewandt hat.¹²² Eine Ausnahme gilt nach § 816 I 2 allerdings für den Erwerber, der ohne Gegenleistung erwarb; hier trifft die Herausgabepflicht auch den Erwerber („Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs“).

Neben § 816 I kann der frühere Eigentümer gegen den nichtberechtigten Veräußerer eventuell Schadensersatzansprüche aus §§ 989, 990, 992, 823 geltend machen oder vertragliche Ansprüche (z. B. aus §§ 280, 283); auch an Ansprüche aus echter und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag ist zu denken.

2. *Rückerberwerb des Nichtberechtigten*

- 40 Umstritten ist die Frage, was aus dem gutgläubig erworbenen Eigentum wird, wenn das Geschäft aus irgendeinem Grund rückabgewickelt werden muss, etwa wegen Rücktritts. Gibt der gutgläubige Erwerber die Sache an den nichtberechtigten Veräußerer zurück, wird dieser dann Eigentümer? Oder fällt das Eigentum an den früheren Berechtigten zurück? Schon seit den Tagen des römischen Rechts hat das Rechtsgefühl den Juristen gesagt, dass die letztere Lösung die gerechtere ist.¹²³ Erst die neuere Zeit hat Stimmen aufkommen lassen, die dieses Ergebnis ablehnen, weil es nicht konstruierbar sei.¹²⁴ Es ist in der Tat nicht konstruierbar, doch sollte man aus diesem Grund nicht die gerechtere Lösung zugunsten einer anderen aufgeben. Der Hinweis auf die bloß schuldrechtlichen Ansprüche des Berechtigten gegenüber dem Veräußerer auf Herausgabe oder Schadensersatz sind für den Berechtigten wenig befriedigend. Man stelle sich zudem vor, der Veräußerer würde nach dem Rückfall an ihn die Sache erneut veräußern; er könnte dies nun als Berechtigter tun! Mit Recht spricht sich daher die früher h. M. für einen Rückfall des Eigentums an den früheren Berechtigten aus, wenn der Vertrag mit dem gutgläubigen Erwerber rückabgewickelt wird.¹²⁵ Wo die Dogmatik zu interessewidrigen Ergebnissen führt, versagt sie und hat zurückzustehen.¹²⁶ Mit dem Rückerberwerb des Eigentums verliert der Eigentümer seinen Anspruch aus § 816 I 1 gegen den Veräußerer, den er sich aber durch eine Genehmigung mit Eigentumsverlust wieder beschaffen kann. Diese

¹²² Vgl. BGHZ 55, 179.

¹²³ Vgl. zur Behandlung des Problems ausf. Wieling § 10 VI 2.

¹²⁴ So wohl mittlerweile die h. L., vgl. Wiegand, JuS 1971, 62 f.; Habersack Rn. 165; Münch-Komm/Oechsler § 932 Rn. 26; NK/Meller-Hannich § 932 Rn. 38; Palandt/Herrler § 932 Rn. 17; Erman/Bayer § 932 Rn. 26; Weber I § 9 Rn. 67; Musielak JuS 2010, 377 ff.

¹²⁵ Vgl. etwa Wolff/Raiser § 69 IV; Baur/Stürner § 52 Rn. 34; Wilhelm Rn. 1019; Wellenhofer § 8 Rn. 37; Schapp/Schur Rn. 207; Prütting Rn. 438; Hoffmann, AcP 215 (2015), 794, 809 ff.; Braun, ZIP 1998, 1469 ff., der zu Recht die Konstruierbarkeit dieser Lösung betont, wenn man „Konstruieren“ in einem methodisch weiteren Sinne als Auslegung der Rechtsordnung versteht.

¹²⁶ Ganz richtig BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 75.

Grundsätze sind auch auf andere Fälle des gutgläubigen Erwerbs außerhalb der §§ 932 ff. anzuwenden.

VI. Gutgläubig lastenfreier Erwerb

Will das Gesetz einem gutgläubigen Erwerber wirklichen Schutz gewähren, so muss es ihn nicht nur zum Eigentümer machen, sondern ihm dieses Eigentum auch unbelastet mit Rechten Dritter verschaffen. Als dingliche Belastung kommt ein Pfandrecht, auch das Vermieter- und das Pfändungspfandrecht, Nießbrauch, Anwartschaftsrecht, Recht nach § 1007 oder Aneignungsrecht in Betracht. Lastenfreier Erwerb geschieht durch § 936:¹²⁷ 41

1. Voraussetzungen

a) *Eigentumserwerb*: § 936 setzt zunächst voraus, dass der Erwerber Eigentum erwirbt. Erwerb der Lastenfreiheit ohne Eigentumserwerb ist nicht möglich. Ob der Erwerber das Eigentum vom Berechtigten nach §§ 929 ff. erwirbt oder vom Nichtberechtigten nach §§ 932 ff., ist ohne Bedeutung. Es muss sich allerdings um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb handeln. Mag nun der Erwerber vom Berechtigten oder Nichtberechtigten Eigentum erwerben, der gutgläubig lastenfreie Erwerb setzt in jedem Fall voraus, dass die Anforderungen an den Besitzerwerb i. S. v. §§ 932–934 eingehalten sind. Bei der *brevi manu traditio* (§ 929, 2) muss der Erwerber also den Besitz vom Veräußerer erlangt haben, § 936 I 2, vgl. § 932 I 2. Bei einer Übereignung durch Besitzkonstitut kann die Lastenfreiheit nur erworben werden, wenn der Veräußerer dem Erwerber die Sache übergibt, § 936 I 3, vgl. § 933. Bei der Übereignung nach § 931 tritt – falls der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer ist – Lastenfreiheit nur ein, wenn der Erwerber aufgrund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt, § 936 I 3, vgl. § 934. 42

b) *Fehlender Besitz des Rechtsinhabers*: Gutgläubig lastenfreier Erwerb gemäß § 931 ist aber dann nicht möglich, wenn das belastende Recht dem dritten Besitzer zusteht, etwa einem Pfandgläubiger, vgl. § 936 III. „Dritter Besitzer“ ist der, gegen den sich der gemäß § 931 abgetretene Anspruch richtet. Hat etwa E dem G seine goldene Uhr verpfändet und veräußert er sie nach § 931 an K, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen G, so kann K die Uhr nicht gutgläubig lastenfrei erwerben. Gutgläubiger Erwerb setzt immer voraus, dass der Berechtigte die Sache freiwillig aus der Hand gegeben hat, so dass ein falscher Rechtsschein entsteht. Solange der Berechtigte die Sache bei sich behält, muss er in seinen Rechten geschützt sein. 43

¹²⁷ Dazu etwa Röthel, Jura 2009, 241 ff.; J. Werner, JA 2009, 411.

§ 936 III greift nicht nur dann ein, wenn der Rechtsinhaber (hier: G) unmittelbaren Besitz hat; es reicht vielmehr auch, wenn er mittelbarer Besitzer ist, also etwa wenn der Pfandgläubiger G im obigen Beispiel die goldene Uhr bei X in Verwahrung gegeben hat.¹²⁸

44 c) *Abhanden gekommene Sachen*: Gutgläubig lastenfreier Erwerb ist nicht möglich, wenn die Sache dem Rechtsinhaber oder seinem Besitzmittler abhanden gekommen ist, § 935. Dass dies in § 936 oder § 935 nicht ausdrücklich erwähnt ist, beruht auf einem Redaktionsversehen.¹²⁹ Nimmt etwa der Eigentümer dem Pfandgläubiger die Pfandsache weg und veräußert sie an einen Gutgläubigen, so wird dieser zwar Eigentümer nach § 929, 1; das Pfandrecht aber bleibt bestehen.

45 d) *Guter Glaube*: Lastenfreier Erwerb setzt gemäß § 936 II voraus, dass der Erwerber bezüglich der Belastung gutgläubig ist, d. h. dass er sie weder kennt noch aus grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Guter Glaube des Erwerbers wird vermutet, wer bösen Glauben des Erwerbers behauptet, ist beweispflichtig.

Geschützt ist nicht nur der gute Glaube an die Nichtexistenz der dinglichen Belastung, sondern auch der gute Glaube an den *Umfang* einer existierenden Belastung. Glaubt etwa der Erwerber, es bestehe ein Pfandrecht in Höhe von 100, während es in Wirklichkeit in Höhe von 200 besteht, so ist sein guter Glaube ebenso schutzwürdig, als wenn er überhaupt an eine Lastenfreiheit geglaubt hätte.¹³⁰ Dieses berechnete Interesse des Erwerbers darf man auch nicht dadurch beeinträchtigen, dass man überhöhte Anforderungen an die Gutgläubigkeit stellt, wenn der Erwerber von der Existenz einer Belastung weiß;¹³¹ die Vermutung des guten Glaubens gilt auch hier.

2. Rechtsfolgen

46 Tritt lastenfreier Erwerb nach § 936 ein, so haftet der Verfügende dem früheren Rechtsinhaber nach § 816 I 1, möglicherweise auch noch nach anderen Vorschriften.¹³² Der Verfügende muss also dem früheren Rechtsinhaber die Summe herausgeben, die er weniger erhalten hätte, wenn der Erwerber die Belastung gekannt hätte. Beim Pfandrecht entspricht das der Höhe der gesicherten Forderung. Der Erwerber haftet nur im Falle des § 816 I 2; er hat dann das Recht wieder zu bestellen.

¹²⁸ Vgl. RGRK/Pikart § 936 Rn. 17; Westermann/Gursky § 50 Rn. 3; Wolff/Raiser § 70 II.

¹²⁹ Dazu Finkenauer, FS J. Schröder, 2013, 21, 33 und BeckOGK/Klinck § 936 Rn. 22 gegen Barthels/NiBing, Jura 2011, 252, 256, die sich nur auf die Motive der 1. BGB-Kommission beziehen.

¹³⁰ Ebenso Wolff/Raiser § 70 I 2; BeckOGK/Klinck § 936 Rn. 21; Erman/Schmidt § 1208 Rn. 5; RGRK/Kregel § 1208 Rn. 5; Palandt/Wicke § 1208 Rn. 2; a. A. MünchKomm/Oechsler § 936 Rn. 11; Westermann/Gursky § 50 Rn. 2, die meinen, das volle Recht bleibe bestehen, wenn der Erwerber von einem geringeren Belastungsumfang ausgegangen ist.

¹³¹ So aber etwa Soergel/Habersack § 1208 Rn. 6; Soergel/Henssler § 936 Rn. 8.

¹³² Vgl. Rn. 39.

§ 11. Originärer Eigentumserwerb



I. Ersitzung

1. Voraussetzungen der Ersitzung

Die Ersitzung dient der Sicherheit des Rechtsverkehrs, sie war im römischen und gemeinen Recht von großer Wichtigkeit.¹ Heute jedoch spielt sie nur noch eine relativ bescheidene Rolle, da ein sofortiger gutgläubiger Erwerb gemäß den §§ 932 ff. möglich ist. Eine Ersitzung kommt z. B. in Betracht, wenn gutgläubiger Erwerb wegen § 935 nicht möglich ist² oder wegen Unwirksamkeit der dinglichen Einigung (Erwerb vom Geschäftsunfähigen) oder wegen völligen Fehlens einer Übereignung (Erbe hält eine geliehene Sache für eine Nachlasssache).

a) *Eigenbesitz*: Die Ersitzung fordert zunächst Eigenbesitz des Ersitzenden, § 937 I. Der Eigenbesitz (§ 872) kann mittelbarer oder unmittelbarer Besitz sein. Ersitzbar sind Sachen aller Art,³ also auch abhanden gekommene und öffentliche Sachen,⁴ nicht aber Rechte.⁵ Geschäftsfähigkeit ist für die Ersitzung ebenso wenig erforderlich wie für die Okkupation (Rn. 52).

b) *Gutgläubigkeit*: Ersitzung setzt weiter guten Glauben voraus, § 937 II (1). Damit ist für den Umfang des guten Glaubens auf § 932 II verwiesen: Böser Glaube ist Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis (§ 10 Rn. 7 ff.). Anders aber als in § 932 II bezieht sich der gute oder böse Glaube in § 937 II nicht auf das Eigentum des Veräußerers, sondern auf das Eigentum des Erwerbers: Der Erwerber muss

¹Examensklausur zum originären Erwerb: Finkenauer, JuS 2009, 934; zur historischen Entwicklung der Ersitzung vgl. Wieling § 11 I 1.

²Dazu Geiger-Wieske, JR 2020, 95.

³Ein im Schiffsregister eingetragenes Schiff kann nach 10 Jahren Eigenbesitz ersessen werden, wenn der Eigenbesitzer eingetragen ist, § 5 SchiffRG.

⁴Zur „öffentlichrechtlichen Dienstbarkeit“ an öffentlichen Sachen vgl. Rn. 11 a. E.

⁵Daher kann ein Sparbuch nicht ersessen werden, da das Eigentum am Papier immer dem Inhaber der Forderung zusteht und diese nicht ersessen werden kann.

glauben, Eigentum erworben zu haben, vgl. § 937 II (2). Als entscheidend für den guten Glauben nennt das Gesetz den Zeitpunkt des Erwerbs des Eigenbesitzes. Das ist jedoch nur ein Beispiel für den Beginn der Ersitzungszeit; denkbar ist auch, dass jemand zunächst bösgläubig Eigenbesitz erwirbt, später aber gutgläubig wird, so dass die Ersitzung zu laufen beginnt: wenn etwa der bösgläubige Besitzer sich von einem Dritten, den er ohne grobe Fahrlässigkeit für den Eigentümer hält, das Eigentum übertragen lässt. Hat die Ersitzung einmal begonnen, so schadet dem Ersitzenden grobe Fahrlässigkeit nicht mehr, § 937 II (2). Es schadet ihm nur die positive Kenntnis, dass er nicht Eigentümer ist. Gemäß der Fassung des § 937 II – entsprechend § 932 I 1⁶ – wird der gute Glaube des Ersitzenden vermutet.⁷ Zu Kulturgütern § 12 Rn. 107.

- 4 *c) Ersitzungsfrist:* Die Ersitzungszeit beträgt zehn Jahre, § 937 I. Die Frist berechnet sich nach §§ 187 I, 188 II. Den zehnjährigen Eigenbesitz muss der Ersitzende beweisen, es reicht jedoch aus, wenn er beweist, dass er am Anfang und am Ende der Ersitzungszeit Besitzer gewesen ist; gemäß § 938 wird dann vermutet, dass er auch in der Zwischenzeit Besitzer gewesen sei.
- 5 *aa) Hemmung:* Der Beginn oder der Fortgang der Ersitzung wird gehemmt, solange die Verjährung des Anspruchs aus § 985 gehemmt ist oder die §§ 210, 211 eingreifen, vgl. § 939 II. Solange der Eigentümer nicht gegen den Besitzer vorgehen kann, soll dieser nicht ersitzen können. Die Hemmung der Verjährung richtet sich nach den §§ 205–207. Entfällt das Hindernis, so setzt sich die Ersitzung fort, vgl. § 209. Eine Hemmung der Ersitzung tritt ferner gemäß § 939 I dann ein, wenn der Eigentümer den Eigentumsanspruch gegen den Ersitzenden oder dessen Besitzmittler gemäß den §§ 203, 204 geltend macht.
- 6 *bb) Unterbrechung:* Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Ersitzende den Eigenbesitz verliert, § 940 I.⁸ Die Unterbrechung der Ersitzung bewirkt, dass die bereits verstrichene Ersitzungszeit nicht mehr in Betracht kommt, § 942. Anders als bei der Hemmung kann die Ersitzung beim Wegfall des Hindernisses also nicht weiterlaufen; sie kann nur neu beginnen, wenn alle Voraussetzungen vorliegen, z. B. auch guter Glaube i. S. v. § 937 II (1). Hat der Ersitzende seinen Besitz ohne seinen Willen verloren, so gilt die Unterbrechung gemäß § 940 II als nicht erfolgt, wenn er den Besitz binnen Jahresfrist wiedererlangt oder doch mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage. Vollstreckungshandlungen gegen den Ersitzenden unterbrechen gleichfalls die Ersitzung, § 941.
- 7 *cc) Rechtsnachfolge:* Bei einer Rechtsnachfolge in den Besitz kommt die Ersitzungszeit des Vorgängers dem Nachfolger zustatten, §§ 943 f. Unter Rechtsnachfolge in den Besitz ist eine freiwillige Überlassung des Besitzes oder Gesamtrechtsnachfolge⁹ zu verstehen; eingerechnet wird dem Nachfolger nicht nur die

⁶Vgl. § 10 Rn. 14.

⁷Das gilt auch, wenn die Sache einem früheren Besitzer abhanden gekommen ist; dazu BGH NJW 2019, 3147 Rn. 39 ff.

⁸Ausf. Wieling § 11 I 2 c bb.

⁹Dagegen zu Unrecht Knütel, FS Hermann Lange, 1992, 903, 915; s. Finkener, NJW 1998, 960, 962.

Ersitzungszeit seines unmittelbaren Vorgängers, sondern aller Vorgänger. Der Besitznachfolger muss bei Fortsetzung der Ersitzung gutgläubig i. S. v. § 937 II (1) sein.¹⁰

dd) *Ersitzung der eigenen Sache*: Eine Ersitzung ist auch möglich an Sachen, die dem Ersitzenden bereits gehören. Wer eine fremde Sache als wesentlichen Bestandteil mit einer eigenen Sache verbindet (§§ 946 f.), wird sofort Eigentümer, ersitzt sie aber auch nach zehn Jahren.¹¹ 8

2. Folgen der Ersitzung

a) *Bereicherungsausgleich*: Mit der Vollendung der Ersitzung verliert der Eigentümer sein Eigentum, der Ersitzende erwirbt es. Fraglich ist, ob dies ein Rechtserwerb mit oder ohne Rechtsgrund i. S. v. § 812 ist. Sicher ist, dass die Ersitzung keinen Eingriff in das Eigentum i. S. v. § 812 I darstellt; eine Eingriffskondition gegen den Ersitzenden kommt ebenso wenig in Betracht wie gegen den gutgläubigen Erwerber. Hat der Ersitzer die Sache durch Verfügung eines Nichtberechtigten erworben, so hat der frühere Eigentümer gegen den Verfügenden den Anspruch aus § 816 I 1. Früher war die Frage heftig umstritten, ob ein Geschäftsunfähiger, der eine Sache an einen gutgläubigen Erwerber veräußert hat, gegen diesen nach der Ersitzung noch die Leistungskondition geltend machen kann. Die das bejahende Auffassung¹² setzte sich in einen Gegensatz nicht nur zur rechtswissenschaftlichen Tradition, sondern auch zum Willen des Gesetzgebers.¹³ Die Ersitzung trägt ihren Rechtsgrund in sich.¹⁴ Die Frage ist nach der Verjährungsreform 2002 und h. M. zudem fast ohne Bedeutung. Denn die kurze Verjährungsfrist von drei Jahren des § 195, welche die frühere 30-jährige Frist ersetzt hat, gewährt dem Ersitzenden Schutz davor, auch nach der Ersitzung noch in Anspruch genommen zu werden.¹⁵ 9

¹⁰ So zu Recht die h. M., vgl. BeckOGK/Buchwitz § 943 Rn. 10. Vereinzelt wird dagegen behauptet, es komme nur auf den guten oder bösen Glauben des Erblassers an, der Erbe könne also trotz eigener Gutgläubigkeit nicht ersitzen, wenn der Erblasser bösgläubig gewesen sei, vgl. Knütel, FS Hermann Lange, 1992, 903 ff.; Krämer, NJW 1997, 2580. Das übernimmt die römische Lehre von der *successio in possessionem*, die aber von den Verfassern des BGB abgelehnt wurde, vgl. ausf. Wieling § 11 I 2 c cc; Finkenauer, NJW 1998, 960 ff.

¹¹ Man spricht wegen der doppelten Begründung derselben Rechtsfolge von „Doppelwirkungen im Recht“, vgl. dazu Kipp, FS v. Martitz, 1911, 211, 220 f. Vgl. zu dieser Rechtsfolge auch den Examentfall von Finkenauer, JuS 2009, 934, 938 f. sowie Würdinger, JuS 2011, 769.

¹² RGZ 130, 69 (Menzel); Westermann/Gursky § 51 Rn. 13; Baur/Stürner § 53 Rn. 91; Wilhelm, NJW 2017, 193, 197.

¹³ Vgl. Wieling § 11 I 3.

¹⁴ So auch BGHZ 208, 316 Rn. 39 ff.; Soergel/Henssler § 937 Rn. 9 f.; Strobel, ZfPW 2020, 220, 229.

¹⁵ Richtig ist es jedoch, auf den Anspruch aus § 816 I als Rechtsfortsetzungsanspruch, der den Eigentümer für den Eigentumsverlust entschädigt, die 30-jährige Verjährung des § 197 I Nr. 2 anzuwenden, vgl. Wieling § 11 I 3 Fn. 69, II 5 a dd; Finkenauer, in: Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, 289, 313 f.

- 10 *b) Ersitzungsbesitz:* In der Zeit zwischen Beginn und Vollendung der Ersitzung ist der Ersitzende zwar noch nicht Eigentümer, wohl aber steht ihm ein dingliches Recht zu (Ersitzungsbesitz), das gegen jedermann wirkt, den Eigentümer ausgenommen. Dieses dingliche Recht war im römischen und gemeinen Recht mit der *actio Publiciana* geschützt, welche in den § 1007 eingegangen ist. Zu beachten ist, dass dieses dingliche Recht auch bei nachträglicher Bösgläubigkeit des Ersitzenden weiter besteht, wenn also die Ersitzung unterbrochen ist.
- 11 *c) Lastenfreiheit:* Die Ersitzung bezieht sich nicht nur auf den Erwerb des Eigentums, sondern ermöglicht auch den lastenfreien Erwerb, § 945, was dem § 936 entspricht. Voraussetzung ist Eigentumserwerb des Ersitzenden; es muss sich weiter um dingliche Rechte handeln. Der Besitzer muss beim Besitzerwerb gutgläubig bezüglich der Belastung sein, später schadet ihm nur Kenntnis. Der Besitzer muss die Sache 10 Jahre lang in Eigenbesitz gehabt haben, § 936 III ist entsprechend anwendbar.

Durch Ersitzung der Lastenfreiheit können dingliche Belastungen aller Art getilgt werden. Das gilt auch für die öffentlichrechtliche Dienstbarkeit an Sachen.¹⁶ Denn auch bei beweglichen öffentlichen Sachen fordert die Rechtssicherheit eine Beruhigung der Rechtslage nach 10 Jahren und daher eine Anwendung des § 945.¹⁷

3. Außerordentliche Ersitzung nach Vindikationsverjährung

- 12 *a) Nuda proprietas:* Eine außerordentliche Ersitzung muss man neben der Ersitzung nach §§ 937 ff. dann annehmen, wenn der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 nach 30 Jahren gemäß § 197 I Nr. 2 verjährt ist. In diesem Fall steht dem Besitzer gemäß § 214 eine dauernde Einrede zu. Auf diese Weise ist dem Eigentümer die Möglichkeit genommen, sein Recht geltend zu machen: Eigentum und Besitz fallen auf Dauer auseinander. Die Römer sprachen in solch einem Fall von einem *nudum ius* oder einer *nuda proprietas*, von einem nackten Recht, das aller schützenden Ansprüche entblößt ist. Der Eigentümer kann, von Zufall und Diebstahl¹⁸ abgesehen, dauerhaft nicht mehr an seine Sache gelangen; verfügt er über sie nach § 931, hat der Besitzer auch gegenüber dem Erwerber die Einrede. Dem Besitzer sind dauerhaft die Nutzungen der Sache zugewiesen, der Eigentümer hat keine Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche (vgl. § 217).¹⁹

¹⁶Zu ihr § 2 Rn. 18; anders zu Unrecht VG Köln NJW 1991, 2586.

¹⁷Ebenso Wolff/Raiser § 71 Fn. 2; Erman/Ebbing § 937 Rn. 2; RGRK/Pikart § 937 Rn. 4.

¹⁸Nur wenn die Sache dem Besitzer unfreiwillig abhanden kommt, greift § 198 nicht, vgl. § 12 Rn. 20.

¹⁹Vgl. Finkenauer, Eigentum und Zeitablauf, 2000, 161–193; ders., JZ 2014, 479, 482, 484 f.; BeckOGK/Pickenbrock § 197 Rn. 16; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 221; Effer-Uhe, AcP 215 (2015), 245, 278 f. Von der Werthaltigkeit des Eigentums gehen demgegenüber aus Kähler, NJW 2015, 1041; Klose, Das Eigentum als *nudum ius* im Bürgerlichen Recht, 2016, 62; Korves, Eigentumsunfähige Sachen, 2014, 20 ff.

Als vorübergehende Erscheinung ist ein *nudum ius* hinzunehmen, als dauernder Zustand ist es nicht akzeptabel.

Ein Recht, das schutz- und wehrlos ist, weil seine schützenden Ansprüche verjährt sind, ist ohne Wert; es sollte nicht entstehen oder zumindest keinen Bestand haben. Das kann dadurch bewirkt werden, dass man entweder die Verjährung dinglicher Ansprüche nicht zulässt,²⁰ oder dadurch, dass man mit der Verjährung der schützenden Ansprüche das Eigentum auf den Besitzer übergehen lässt. Dass die Vindikation gemäß § 197 I Nr. 2 verjährt, ist nicht zu bezweifeln (dazu § 12 Rn. 16). Richtig ist daher die zweite Lösung, welche auch die römischen Juristen bevorzugten.²¹ Nach überzeugender Auffassung hat der Besitzer mit der Verjährung des Anspruchs aus § 985 ein Recht zum Besitz (§ 12 Rn. 16). Dann ist es nur konsequent, auch das Eigentum auf ihn übergehen zu lassen.²² Die schlechteste Lösung dagegen ist diejenige der h. M., welche das Eigentum als *nudum ius* akzeptieren will;²³ sie bedeutet Resignation vor dem scheinbar Unvermeidlichen und ist eine Art Rechtsverweigerung gegenüber den Parteien, die vom Gericht eine endgültige Schlichtung ihres Streits erwarten dürfen.

Die hier vertretene Ansicht, nach welcher bei der Verjährung der Vindikation das Eigentum auf den Besitzer übergeht, verhindert zudem Versuche des Eigentümers, die Verjährung ungeschehen zu machen. Geht man von einer bloßen Verjährung der Vindikation aus, so könnte der Eigentümer sein Heil darin suchen, dem Besitzer die Sache wegzunehmen. Er müsste sie ihm dann zwar nach § 861 zurückgeben, es würde dann aber womöglich ein neuer, unverjährter Anspruch des Eigentümers entstehen.²⁴ Dergleichen Versuche werden unmöglich, wenn man bei Mobilien nach

²⁰ So etwa Müller, Sachenrecht, 4. Aufl. 1997, Rn. 455; Peters/Zimmermann, Verjährungsfristen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I, 1981, 186, 315, 318; Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2558. Eine Verjährung ist ausgeschlossen bei eingetragenen Grundstücksrechten (§ 902) und gemäß dem Wortlaut des § 898 auch beim Berichtigungsanspruch, vgl. § 20 Rn. 50.

²¹ Bei ihnen war die Vindikation auf ein Jahr befristet, nach Ablauf der Frist nahmen die Römer ohne Bedenken einen Eigentumserwerb des Besitzers durch Ersitzung, *usucapio*, an, vgl. Wieling § 11 I 1.

²² Vgl. etwa Stammer, Die Lehre vom richtigen Recht, 1902, 559 f.; Flume, JherJahrb. 84 (1934), 340 ff.; Peters, AcP 153 (1954), 465; Kegel, FS v. Caemmerer, 1978, 149, 176 f.; Wieling, in: So-dalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino V, Mailand 1984, 2519, 2528; Finkenauer, Eigentum (Fn. 19), 193–197; ders., JZ 2014, 479, 484 f.; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 180; Piekenbrock, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, 2006, 395 f.; erwogen von Münch-Komm/Medicus, 4. Aufl. 2004, § 985 Rn. 27.

²³ Vgl. etwa BeckOGK/Spohnheimer § 985 Rn. 87; BeckOGK/Piekenbrock § 197 Rn. 12, 17; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 211, 225; Baur/Stürner § 11 Rn. 47 (zweifelnd); MünchKomm/Baldus § 985 Rn. 107; Plambeck, Die Verjährung der Vindikation, 1997, 183 ff.; Bergmann, Der Verfall des Eigentums, 2015, 45; Klose, Eigentum (Fn. 19), 166; Effer-Uhe, AcP 215 (2015), 245, 278 f. Auch in § 241a will der Gesetzgeber dem Eigentümer sein Recht entziehen und als *nuda proprietas* weiterbestehen lassen. Doch auch hier sollte man sich ehrlicherwise dazu durchringen, dem Verbraucher auch das Eigentumsrecht zuzugestehen, vgl. § 12 Rn. 11.

²⁴ Vgl. etwa Müller, Sachenrecht, 4. Aufl. 1997, Rn. 455; dagegen Finkenauer, Eigentum (Fn. 19), 162 f.; BeckOGK/Piekenbrock § 197 Rn. 15.

der Verjährung der Vindikation eine außerordentliche Ersitzung zulässt, unabhängig vom guten Glauben des Besitzers.²⁵

- 13 b) *Anrechnung von Besitzzeiten*: Bei einem Besitzerwechsel wird dem Besitznachfolger der Besitz seines Vorgängers gemäß § 198 angerechnet (*accessio temporis*). Das hat aber nach der hier vertretenen Ansicht eine Bedeutung nur für die Zeit vor der Verjährung, da nach deren Eintritt der Besitzer Eigentum erwirbt.²⁶

II. Verbindung, Vermischung, Verarbeitung

1. Verbindung mit einem Grundstück, § 946

- 14 a) *Wesentlicher Bestandteil*: Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstück derart verbunden, dass sie gemäß §§ 93, 94 I dessen wesentlicher Bestandteil wird, so kann sie nach diesen Vorschriften nicht mehr Gegenstand besonderer Rechte sein.²⁷ Gemäß § 946 erstreckt sich das Eigentum am Grundstück – und ebenso alle anderen dinglichen Rechte – auch auf die bewegliche Sache. Das gleiche gilt für alle Gebäudebestandteile gemäß § 94 II, wenn das Gebäude selbst wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist. Wird die verbundene Sache nur nicht wesentlicher Bestandteil oder überhaupt kein Bestandteil, etwa Scheinbestandteil gemäß § 95 I 1, so greift § 946 nicht ein. Die dingliche Rechtslage bleibt unverändert.
- 15 b) *Rechtsfolgen*: Die Rechtsänderung tritt im Augenblick der Verbindung ein. Das Eigentum an beweglichen Sachen sowie sonstige Rechte erlöschen, §§ 946, 949, 1. Der Grundeigentümer erwirbt das Eigentum an der verbundenen Sache, auch sonstige dingliche Rechte am Grundstück erstrecken sich auf die verbundene Sache, § 949, 3. Gleichgültig ist, wer die Verbindung vorgenommen hat, ob dies absichtlich oder unabsichtlich geschehen ist, ob der Verbindende geschäftsfähig, redlich ist, ob die Sache abhanden gekommen ist.

§ 946 ist zwingenden Rechts, ein Eigentumsvorbehalt an der verbundenen Sache wird unwirksam.

2. Verbindung beweglicher Sachen, § 947

- 16 a) *Voraussetzungen*: Werden mehrere bewegliche Sachen so verbunden, dass sie wesentliche Bestandteile (§§ 93, 94 II) einer einheitlichen Sache werden, so entsteht Miteigentum, § 947 I. Beispiel: Ein Buchblock des A und einer des B werden zu einem einheitlichen Band zusammengebunden. Anders liegt es, wenn eine der Sachen als Hauptsache anzusehen ist; dann erwirbt ihr Eigentümer Alleineigentum der einheitlichen Sache, § 947 II. Beispiel: Eine Zigarette wird aus Tabak des A und

²⁵ Vgl. zum gleichen Problem bei Immobilien § 23 Rn. 68.

²⁶ Zu § 198 vgl. § 12 Rn. 18.

²⁷ Beispiel: Ein Fenster, das A gehört, wird in das Haus des B eingebaut. A verliert sein Eigentum.

Papier des B gedreht. Bei einer Verbindung zu nicht wesentlichen Bestandteilen ändert sich an der dinglichen Rechtslage nichts.

Die Vorschrift ist zwingenden Rechts.

b) *Miteigentum*: Entsteht Miteigentum gemäß § 947 I, so bestimmt sich die Höhe der Quoten nach dem Wert der zusammengefügteten Teile. Das bisherige Eigentum erlischt, ebenso erlöschen die sonstigen Rechte an den Teilsachen, § 949, 1. Belastungen an den Teilen setzen sich am Miteigentumsanteil fort, § 949, 2, ebenso der Makel des Abhandenkommens, so dass der Miteigentumsanteil gemäß § 935 gegen gutgläubigen Erwerb geschützt ist. Auf das Miteigentum sind die §§ 741 ff., 1008 ff. anwendbar. Die Auseinandersetzung erfolgt nach § 753 durch Verkauf, nicht durch Teilung in Natur nach § 752, doch steht jedem Miteigentümer auch das Wegnahmerecht nach § 951 II 2 zu (Rn. 34). 17

c) *Alleineigentum*: Ist eines der verbundenen Teile als Hauptsache anzusehen, so erwirbt sein Eigentümer das Alleineigentum an der zusammengesetzten Sache, § 947 II. Entscheidend ist nach h. M., ob die Verkehrsauffassung einen Teil als Hauptsache des Ganzen anerkennt.²⁸ Auf welche Momente die Verkehrsanschauung Gewicht legen soll, wird verschieden beantwortet.²⁹ Zutreffend ist es, grundsätzlich durch Anwendung des § 947 I zu Miteigentum zu kommen, um so den früheren Eigentümern der Sachteile die dingliche Sicherheit nicht zu entziehen. Werden mehrere gleichartige Sachen zusammengefügt, so ist § 947 II grundsätzlich nicht anwendbar. Nur wenn ein Teil so unbedeutend ist, dass der Rechtsverlust daran den Eigentümer nicht ernsthaft benachteiligen kann, ist § 947 II anzuwenden.³⁰ 18

Ist eine Sache die Hauptsache, so wird deren Eigentümer Alleineigentümer der ganzen Sache. Die Eigentümer der Nebensache verlieren ihr Recht. Das gleiche gilt für sonstige Rechte an der Sache, § 949, 1. War die Hauptsache mit Rechten belastet, so erstrecken sich diese Rechte auf die ganze Sache, § 949, 3; die Belastungen der Nebensache erlöschen. War die Hauptsache abhanden gekommen, so ist auf die zusammengesetzte Sache § 935 anzuwenden.

3. Vermengung und Vermischung

a) *Miteigentum*: Flüssigkeiten können vermischt, feste Stoffe vermengt werden; beides steht einander gleich. Werden feste,³¹ flüssige³² oder gasförmige Sachen so vermengt, dass sie nicht wieder getrennt werden können, so entsteht Miteigentum, 19

²⁸ Vgl. Motive III, 359; h. M., vgl. Baur/Stürner § 53 Rn. 9; Westermann/Gursky § 52 Rn. 12.

²⁹ Genannt werden etwa: wirtschaftliche Gesichtspunkte, Wertverhältnisse, räumlicher Umfang, Benennung der ganzen Sache nach einem Teil.

³⁰ Werden etwa 99 Bretter des A und ein Brett des B zu einer Sache zusammengefügt, so kann man annehmen, dass die 99 Bretter des A die Hauptsache waren, da der Verlust des Eigentums an einem Brett dem B keinen Schaden zufügen kann. Werden 99 Brillanten des A und einer des B zu einem Schmuckstück verbunden, so sind zum Schutz des B die 99 Brillanten des A keinesfalls als Hauptsache anzusehen.

³¹ Etwa Weizen: BGHZ 14, 114; Schweine: RGZ 140, 159 f.; Geld: RG WarnRspr 11 (1918) Nr. 117.

³² Wein: OLG Colmar LZ 1914, 92 f.

§ 948 I; die Quoten richten sich nach den Wertverhältnissen der vermischten oder vermengten Sachen. Das Eigentum an den vermengten Sachen geht unter, ebenso die sonstigen Rechte an der Sache, § 949, 1. Belastungen an den einzelnen Quantitäten setzen sich als Belastungen am Miteigentumsanteil fort, § 949, 2. Das gilt auch für den Makel des Abhandenkommens. Die Auseinandersetzung kann gemäß § 752 durch Teilung in Natur erfolgen, wobei alle Gemeinschaftler mitwirken müssen. Die h. M. gibt daneben dem Alleinbesitzer der gemeinschaftlichen Sache aus Praktikabilitätsgründen das Recht, seinen Anteil ohne Mitwirkung der anderen Miteigentümer einzubehalten und den Rest aufzuteilen.³³

- 20 *b) Alleineigentum:* Ist eine Quantität als Hauptsache anzusehen, so gilt § 947 II entsprechend.³⁴ Das gilt nicht nur bei der Vermengung ungleichartiger Sachen,³⁵ sondern nach h. M. auch bei gleichartigen Sachen.³⁶ Die Eigenschaft als Hauptsache kann sich bei gleichartigen Sachen nur nach der überwiegenden Menge, bei ungleichartigen Sachen nur nach dem überwiegenden Wert bestimmen. Da gemäß § 947 II Alleineigentum entsteht, die anderen Beteiligten also ihre dingliche Sicherheit verlieren, sollte eine Hauptsache nur dann angenommen werden, wenn so extreme Quantitäts- oder Wertunterschiede vorliegen, dass ein Schutz des Eigentümers der Nebensache nicht erforderlich erscheint.³⁷ Ein Kassenbestand, in dem eigenes und fremdes Geld vermengt wird, ist in diesem Sinne niemals die Hauptsache, der fremde Eigentümer wird Miteigentümer.³⁸

Ist eine Quantität Hauptsache, so wird deren Eigentümer Alleineigentümer der vermengten Sache. Eigentum und sonstige Rechte an den Nebensachen erlöschen, Rechte an der Hauptsache erstrecken sich auf die ganze Sache, § 949, 3. War die Hauptsache abhanden gekommen, so ist auf die ganze Sache § 935 anzuwenden.

4. Verarbeitung³⁹

- 21 *a) Voraussetzungen:* Gemäß § 950 wird der, der durch Verarbeitung oder Umbildung eine neue Sache herstellt, deren Eigentümer, es sei denn, dass der Wert der Verarbeitung oder Umbildung erheblich geringer ist als der des verwendeten Stoffs. § 950 löst keine sozialen Probleme und spricht nicht etwa das Eigentum an den

³³ Vgl. etwa Jauernig/Berger § 948 Rn. 2; Baur/Stürner § 53 Rn. 11 (beschränkt auf Geld); Soergel/Henssler § 948 Rn. 6 (jeder besitzende Miteigentümer); ausf. Wieling § 11 II 3 a. Für eine Beschränkung auf Geld gibt es keinen Grund.

³⁴ BeckOGK/Schermaier § 948 Rn. 14.

³⁵ Beispiel: Hefe wird in einen Teig gemengt, Zucker in den Wein usw.

³⁶ Getreide verschiedener Eigentümer wird vermengt.

³⁷ Im gleichen Sinne AlternKomm/Reich § 948 Rn. 2; BeckOGK/Schermaier § 948 Rn. 7; Staudinger/Wiegand, 2017, § 948 Rn. 8 m. w. N.

³⁸ Richtig BGH NJW 2010, 3578 Rn. 13; BeckOGK/Schermaier § 948 Rn. 11; anders Erman/Ebbing § 948 Rn. 9.

³⁹ Zur Geschichte Wieling § 11 II 4 a-c.

produzierten Gütern dem Arbeiter zu. Hersteller ist daher nur, wer für sich herstellt, also nicht der Arbeitnehmer, sondern der Unternehmer. § 950 bringt vielmehr das Produktionsprinzip zur Geltung: Die Produktionsleistung soll den Vorrang haben vor dem verarbeiteten Stoff; wer die Produktionsleistung erbringt, wird Eigentümer der Sache.

Verarbeitung setzt eine menschliche oder doch von Menschen gesteuerte Einwirkung auf die Sache voraus,⁴⁰ welche die Verarbeitung oder Umbildung bezweckt. Natürliche Vorgänge, die nicht vom Menschen gesteuert sind, können keine Verarbeitung i. S. v. § 950 sein, ebenso wenig Einwirkungen, die keine Verarbeitung bezwecken. Die Verarbeitung ist kein Rechtsgeschäft, sondern Realakt; Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. Auch guten Glauben des Verarbeiters fordert das Gesetz nicht. Keine Rolle spielt es auch, ob die verarbeitete Sache abhanden gekommen war; auf die neue Sache ist § 935 nicht anwendbar.

b) *Neue Sache*: Durch die Verarbeitung oder Umbildung muss eine neue Sache entstehen. Mit dieser Voraussetzung will das Gesetz nicht etwa philosophische Identitätsprobleme aufwerfen. Nicht zu billigen ist auch der Versuch der h. M., das Identitätsproblem der *Verkehrsanschauung* aufzubürden.⁴¹ Die Verkehrsanschauung ist noch weniger geeignet festzustellen, ob die fragliche Sache noch die alte ist oder ob es sich um eine ganz neue, vorher nicht existierende Sache handelt. Die von der h. M. angegebenen Kriterien für die Neuheit einer Sache sind unbrauchbar, zumal auch die Vertreter der h. M. davon ausgehen, dass nicht zwangsläufig mit dem Vorliegen dieser Kriterien von einer neuen Sache auszugehen ist. So soll ein neuer Name auf die Neuheit der Sache hinweisen,⁴² aber eben nur als Anhaltspunkt und nicht unbedingt. Man wird das kaum als ein sachliches Kriterium ansehen können. Von Bedeutung soll auch die Formänderung sein, doch soll sie nicht unbedingt erforderlich sein, während eine Änderung oder Wesensveränderung, und zwar von gewisser Erheblichkeit, immer verlangt wird. Die Reparatur oder Erhaltung einer Sache soll nie unter § 950 fallen, weil dadurch keine neue Sache entstehe,⁴³ dasselbe soll vom Dressieren oder Auffüttern eines Tieres gelten,⁴⁴ von der Aufzucht von Pflanzen: Das Tier oder die Pflanze bleibe mit sich selbst identisch. Aber eben darum geht es nicht. Die Frage, ob noch Identität vorliegt oder schon eine Wesensveränderung, ist für § 950 unbedeutend; zudem gibt es auch keinerlei Kriterien zur Entscheidung dieser Frage, so dass die Identität auch ein völlig ungeeignetes Unterscheidungsmerkmal darstellt. Was ist das Wesen eines Rindes, und welches Wesen hat ein Rinderbraten? Ist beider Wesen identisch? Das wird z. T. bejaht, indem man im Schlachten und Zerlegen eines Tieres nicht die Herstellung einer neuen Sache

⁴⁰ Eine vom Menschen gesteuerte Verarbeitung liegt etwa vor, wenn jemand fremde Hühnereier ausbrüten lässt, von einem eigenen oder einem fremden Huhn.

⁴¹ So aber Wolff/Raiser § 73 I; Westermann/Gursky § 53 Rn. 5; Baur/Stürner § 53 Rn. 18; OLG Köln JuS 1997, 1043. Ablehnend zu Recht etwa Heck § 62, 5 a.

⁴² OLG Köln NJW 1997, 2187.

⁴³ Vgl. etwa Wellenhofer § 9 Rn. 6; Baur/Stürner § 53 Rn. 18; RGZ 138, 50; OGH NJW 1950, 542.

⁴⁴ Prütting Rn. 459; Baur/Stürner § 53 Rn. 18; Erman/Ebbing § 950 Rn. 4; Palandt/Herrler § 950 Rn. 3; BGH NJW 1978, 697 f.

sieht;⁴⁵ z. T. hält man aber auch eine Wesensveränderung beim Schlachten für gegeben.⁴⁶

Zweck des § 950 ist es vielmehr, dem *wertsteigernden Produktionsvorgang* Anerkennung zu verschaffen.⁴⁷ Entscheidend für die Anwendung des § 950 sind nicht Identitätsfragen, sondern die Wertsteigerung durch Verarbeitung. Das zeigt § 950 I 1 selbst mit aller Deutlichkeit: Eine Verarbeitung liegt dann nicht vor, wenn keine hinreichende Wertsteigerung erfolgt; das Gesetz stellt weder auf das Wesen der Sache ab noch auf eine Identität. Eine neue Sache i. S. v. § 950 ist also immer dann anzunehmen, wenn an einer Sache eine Wertsteigerung durch menschliche Einwirkung zu verzeichnen ist.⁴⁸ Die Art der Einwirkung ist gleichgültig, auch eine Reparatur kann eine Verarbeitung i. S. v. § 950 sein, ebenso das Gesundpflegen eines Tieres⁴⁹ oder das Aufziehen von Pflanzen.⁵⁰ Da es nicht auf Identitätsfragen ankommt, stellt § 950 I 2 zu Recht die Oberflächenbearbeitung dem Verarbeiten gleich. Mag auch die Leinwand vor und nach dem Bemalen dieselbe sein, ist das Bemalen nicht erheblich weniger wert als die Leinwand, so tritt die Rechtsfolge des § 950 ein. Eine Oberflächenbearbeitung i. S. v. § 950 I 2 ist auch das Belichten eines fotografischen Films und das (löschrare) Bespielen eines Tonbands.⁵¹

23 c) *Wertverhältnis zwischen Stoff und Arbeit*: § 950 ist nur anwendbar, wenn der Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer ist als der Wert des (Ausgangs-)Stoffs. Als „Wert der Verarbeitung“ sind nicht die in die Verarbeitung investierten Kosten anzusehen, sondern die durch die Verarbeitung bewirkten Wertsteigerungen. Die Wertsteigerung berechnet sich aus dem Wert der neuen Sache abzüglich des Ausgangsmaterials. Ob beim Ausgangsmaterial vom Sachwert oder nur vom Wert des Rohstoffs auszugehen ist, ist umstritten. Richtig ist es zu differenzieren. Wird eine schon verarbeitete Sache weiterverarbeitet, so dass auf dem Wert der bisherigen Produktion aufgebaut wird, so ist vom Sachwert auszugehen. Wird ein Halbfabrikat weiterverarbeitet, so ist der Wert des Halbfabrikats entscheidend, nicht der Rohstoffpreis. Wird dagegen der Wert der bisherigen Produktion vernichtet, indem die Verarbeitung wieder vom Rohmaterial ausgeht, so ist der Wert des Rohmaterials zugrunde zu legen. Wird also eine Silberschale eingeschmolzen und das Silber zu einem anderen Gegenstand verarbeitet,⁵² so ist nur vom Wert des Silbers, nicht der Schale auszugehen.⁵³

Ist auf die beschriebene Art der Wert der Verarbeitung festgestellt, so ist er mit dem Stoffwert zu vergleichen.⁵⁴ Alsdann ist zu prüfen, ob der Verarbeitungswert er-

⁴⁵ Vgl. etwa Eichler II/1, 67.

⁴⁶ BGHZ 55, 178; RGRK/Pikart § 950 Rn. 13.

⁴⁷ Richtig Heck § 62, 5 a; Wolff/Raiser § 73 I; abl. BeckOGK/Schermaier § 950 Rn. 11.1, 19.

⁴⁸ So auch Heck § 62, 5 a; Otte, JuS 1970, 159.

⁴⁹ So zutreffend AG Kamenz Neue Justiz 48, 83 mit zust. Besprechung von Gähler, 155 ff.; Finke-nauer, FS P. Krause, 2006, 590, 601; a. A. Knütel, FS Wiegand, 2005, 407 ff.

⁵⁰ So zutreffend RGRK/Pikart § 950 Rn. 5.

⁵¹ Götting, NJW 2016, 321; a. A. BGHZ 206, 211 Rn. 17 (Tonbänder mit den Gesprächen des Alt-kanzlers Kohl).

⁵² Beispiel aus den Protokollen der 2. Kommission, in: Mugdan III, 645.

⁵³ Wieling § 11 II 4 f; anders Palandt/Herrler § 950 Rn. 5.

⁵⁴ Sind die Stoffe mehrerer Eigentümer verarbeitet, so sind alle Stoffwerte zu addieren.

heblich geringer ist als der Stoffwert.⁵⁵ Wann ein erheblicher Minderwert vorliegt, kann im Einzelfall schwer zu bestimmen sein. Nach Ansicht des BGH⁵⁶ liegt ein erheblicher Minderwert vor, wenn das Verhältnis zwischen Stoff- und Verarbeitungswert 100:60 beträgt, d. h. der Verarbeitungswert 40 % geringer ist als der Stoffwert. Auch ein Minderwert von 20 % dürfte aber regelmäßig als erheblich anzusehen sein.

d) *Rechtsfolge*: Liegen die Voraussetzungen des § 950 vor, so erwirbt der Verarbeiter Eigentum an der neuen Sache, und zwar lastenfreies Eigentum, § 950 II. Besteht die Verarbeitung in einer Verbindung oder Vermischung beweglicher Sachen, so geht § 950 den §§ 947, 948 vor. 24

e) *Abdingbarkeit*: § 950 ist ebenso wie die §§ 937–984 nach h. M. zwingendes Recht.⁵⁷ Die Ansicht von der dispositiven Natur des § 950⁵⁸ lässt sich mit dem Gesetz nicht vereinbaren. Die Formen des Eigentumserwerbs sind vom Gesetzgeber zwingend vorgeschrieben, der Wille der Beteiligten kann nur insoweit eine Rolle spielen, als das Gesetz es zulässt, etwa in den §§ 929 ff. Da die Frage des Eigentums nicht nur die Parteien, sondern auch Dritte betrifft (besonders die Gläubiger der Parteien), steht die Zuweisung des Eigentums den Parteien nicht frei. Daher kann der Warenlieferant, der unter Eigentumsvorbehalt an den produzierenden Unternehmer geliefert hat, § 950 nicht zu seinen Gunsten durch eine „Verarbeitungsklausel“ ausschließen.⁵⁹ 25

f) *Hersteller*: Zu den umstrittensten Fragen des § 950 gehört die nach der Person des Herstellers. 26

aa) *Hilfspersonen*: Hersteller ist nicht nur, wer die Verarbeitung selbst vornimmt, sondern auch der, der die Verarbeitung durch Hilfspersonen vornehmen lässt, deren Tätigkeit ihm zuzurechnen ist: Arbeiter, Angestellte, Gesellen, Lehrlinge usw.

bb) *Verarbeitungsklauseln*: Fraglich ist, ob auch selbständige Unternehmer als Hilfspersonen des Herstellers fungieren können. Kann etwa der Warenlieferant mit dem Produzenten vereinbaren, dass der Lieferant als Hersteller i. S. v. § 950 gelten und so Eigentümer der produzierten Waren sein soll? Der BGH anerkennt – obwohl er den zwingenden Charakter des § 950 betont (Rn. 25) – die Möglichkeit der Parteien, aufgrund einer Verarbeitungsklausel die Person des Herstellers zu bestimmen.⁶⁰ Auf diese Weise könnte der Lieferant seinen Eigentumsvorbehalt auch bei einer Verarbeitung aufrechterhalten. Das ist jedoch abzulehnen, die Zulassung einer solchen Verarbeitungsklausel verstößt gegen den zwingenden Charakter des § 950. Man kann nicht die Regelung des § 950 für zwingendes Recht erklären und zugleich den Parteien freistellen zu bestimmen, wer Verarbeiter sein soll.⁶¹

⁵⁵ Dass dies nicht der Fall sei, wird vermutet.

⁵⁶ BGH JZ 1972, 165; NJW 1995, 2633 f.

⁵⁷ BGH NJW 1989, 3213 Rn. 12; Westermann/Gursky § 53 Rn. 10; Brehm/Berger § 28 Rn. 22; Habersack Rn. 262.

⁵⁸ So etwa Flume, NJW 1950, 843 f.; Baur/Stürner § 53 Rn. 15; Dolezalek, AcP 195 (1995), 392 ff.; BeckOGK/Schermaier § 950 Rn. 26.

⁵⁹ Richtig etwa Otte, JuS 1970, 154 ff., 158 f.; Staudinger/Wiegand, 2017, § 950 Rn. 20 ff., insbes. 25; 45; Medicus/Petersen Rn. 517 ff.; Palandt/Herrler § 950 Rn. 9; BeckOGK/Klinck § 950 Rn. 198.1.

⁶⁰ BGHZ 20, 163 f.; Prütting Rn. 464; BeckOGK/Schermaier § 950 Rn. 25.

⁶¹ So zu Recht die h. L., etwa Wolf § 4 G III f.; Medicus/Petersen Rn. 519; Westermann/Gursky § 53 Rn. 21; Erman/Ebbing § 950 Rn. 10; Staudinger/Wiegand, 2017, § 950 Rn. 30, 32; Habersack Rn. 262.

cc) *Unternehmer*: Bei der Frage nach dem Hersteller kommt man nur dann zu eindeutigen Ergebnissen, wenn man selbständige Unternehmer grundsätzlich als Hersteller ansieht,⁶² ausnahmsweise jedoch beim *Werkvertrag* den Besteller als Hersteller betrachtet.⁶³ Wer also ein Werk bestellt und das zu bearbeitende Material liefert – eigenes oder fremdes –, ist Hersteller gemäß § 950; er trägt auch die Gefahr des zufälligen Untergangs, § 644 I 3. Aus §§ 650, 433 I 1 folgt nichts anderes; denn die dort postulierte Übereignungspflicht des Unternehmers entfällt dann, da der Besteller bereits Eigentümer der neu herzustellenden Sache ist.⁶⁴ Wenn jedoch der Besteller das noch herzustellende Werk gewissermaßen kauft, indem er dem Unternehmer auch die Beschaffung des Materials überlässt, so ist der Unternehmer Hersteller im Sinne des § 950; er trägt auch die Gefahr des zufälligen Untergangs, § 650, 446. Ihn trifft die Übereignungspflicht aus §§ 650, 433 I 1. Dies ist die traditionelle, bis ins römische Recht zurückgehende Lösung.⁶⁵

- 27 g) *Antizipiertes Besitzkonstitut*: Da § 950 zwingend ist und „Verarbeitungsklauseln“ gleich welchen Inhalts daher unwirksam sind, kann sich ein Kreditgeber oder Lieferant gegen Rechtsverlust nur durch ein antizipiertes Besitzkonstitut sichern;⁶⁶ ein Durchgangserwerb des Herstellers kann so jedoch nicht vermieden werden. Verarbeitungsklauseln können in ein solches Konstitut umgedeutet werden, wenn die Voraussetzungen gegeben sind.

5. Ausgleichsansprüche

- 28 a) *Eingriffskondiktion*: Wer durch Verbindung, Vermengung, Vermischung oder Verarbeitung einen Rechtsverlust erleidet, kann gemäß § 951 I 1 über das Bereicherungsrecht einen Ausgleich verlangen. § 951 I 1 stellt eine Rechtsgrundungsverweisung dar, d. h. alle Voraussetzungen des § 812 I 1 Var. 2 müssen vorliegen.⁶⁷
- 29 aa) *Rechtsverlust und Bereicherung*: Der Bereicherungsanspruch steht dem zu, der gemäß den §§ 946–950 das Eigentum oder ein sonstiges Recht an der Sache verliert. Als Rechtsverlust ist es nicht anzusehen, wenn Alleineigentum nach §§ 947 I, 948 I in wertgleiches Miteigentum umgewandelt wird. Der Anspruch richtet sich gegen den, der das Eigentum oder die Lastenfreiheit gemäß den §§ 946–950

⁶² Planck/Brodmann § 950 Erl. 1 c; Wolf § 4 G III f.

⁶³ OLG Celle ZIP 2009, 1386 Rn. 3; Staudinger/Wiegand, 2017, § 950 Rn. 38; Soergel/Henssler § 950 Rn. 17.

⁶⁴ Klinck, JR 2006, 1, 2; zust. MünchKomm/Füller § 950 Rn. 21 f.; BeckOGK/Schermaier § 950 Rn. 33; OLG Celle ZIP 2009, 1386 Rn. 5; anders Hagen, JZ 2004, 713, 716 ff.; Röthel, NJW 2005, 625 f.: Aus § 650 folge, dass stets der Unternehmer Hersteller nach § 950 werde.

⁶⁵ Vgl. z. B. Eichler II/1, 72; Baur/Stürner § 53 Rn. 21; Jauernig/Berger § 950 Rn. 6 ff. Der Unternehmer, der nicht Eigentümer wird, auf den aber wegen § 650 nur Kaufrecht anwendbar ist, ist jedoch durch ein Werkunternehmerpfandrecht analog § 647 zu schützen, vgl. Klinck, JR 2006, 1, 3; Baur/Stürner § 53 Rn. 21.

⁶⁶ Vgl. dazu § 9 Rn. 43.

⁶⁷ Wieling § 11 II 5 a.

erworben hat, also durch die gesetzliche Regelung bereichert ist; der Anspruch stützt sich auf den Eingriff in das dingliche Recht. Der Anspruch richtet sich nur auf Wertersatz in Geld, nicht auf Wiederherstellung des früheren Zustands, § 951 I 2; die Zerstörung von Werten soll dadurch verhindert werden. Ist jedoch der frühere Zustand auf irgendeine Weise hergestellt,⁶⁸ so geht der Anspruch auf die Sache selbst.⁶⁹

Der Anspruch aus §§ 951 I, 812 richtet sich auf den objektiven Wert der Bereicherung, § 818 II.⁷⁰ Bei der Verbindung von Sachen kann es jedoch geschehen, dass der Wertzuwachs für den Eigentümer der Hauptsache nicht willkommen ist, wenn er etwa auf einem Grundstück einen Garten anlegen will, der Besitzer aber ein Haus darauf gebaut hat. Hier sind die Grundsätze der aufgedrängten Bereicherung anzuwenden.⁷¹

bb) Subsidiarität: Aufgrund des Subsidiaritätsprinzips ist jede Eingriffskondiktion, also auch die aus § 951 I, ausgeschlossen, wenn der Bereicherte die Bereicherung durch eine „Leistung“ i. S. v. §§ 362, 812 I 1 Var. 1, etwa aufgrund eines Kauf- oder Werkvertrags, erlangt hat.⁷² Fehlt ein Rechtsgrund, so wird im Leistungsverhältnis mit der Leistungskondiktion abgewickelt. Baut z. B. der Handwerker H eine ihm gehörende Sache im Auftrag des Hauseigentümers E in das Haus ein, so dass E gemäß § 946 Eigentümer wird, so ist § 951 I nicht anwendbar; H hat an E geleistet. Hat dagegen H fremdes Material eingebaut, welches dem D gehörte, so hat doch E die Sachen durch eine Leistung erlangt, haftet also dem D nicht nach §§ 951, 812; D muss sich an H halten, der ihm nach Vertrags-, Delikts-, Geschäftsführungs- oder Bereicherungsrecht haftet.

30

Von der Subsidiarität der Eingriffskondiktion gilt eine Ausnahme jedoch dann, wenn aus der Wertung der §§ 932 ff., 935 der gesetzliche Wille erkennbar ist, dass nicht der Leistungsempfänger, sondern der Eigentümer schutzwürdig ist.⁷³ Hat der Leistende, etwa der Handwerker H, eine fremde Sache (des D) geliefert, so wird der Empfänger E bei einer Übereignung gemäß §§ 932, 935 dann geschützt, wenn er gutgläubig ist und die Sache nicht abhanden gekommen ist: Er wird Eigentümer. Ist dagegen die Sache abhanden gekommen oder E bösgläubig, so wird der Eigentümer D geschützt, er behält sein Eigentum. Dieser Schutz des Eigentümers D muss auch dann gelten, wenn H die Leistung nicht durch Übereignung an E, sondern durch Einbau in dessen Haus erbracht hat. D verliert zwar nach § 946 sein Eigentum, die Wertung der §§ 932, 935 gestattet es aber nicht, auch in solchen

⁶⁸ Beispiele nach Wolff/Raiser: Das Haus stürzt ein, die Silbervase wird eingeschmolzen.

⁶⁹ Vgl. etwa Wolff/Raiser § 74 I 5; Westermann/Gursky § 54 Rn. 8.

⁷⁰ Zur Wertberechnung und zur Einrede nach § 818 III vgl. Wieling § 11 II 5 a aa.

⁷¹ Koppensteiner/Kramer, 173 f.; Wieling/Finkenauer, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, Fall 10 II 2 b sowie unten § 12 Rn. 62.

⁷² Zu diesem Prinzip vgl. die bereicherungsrechtliche Literatur, etwa Koppensteiner/Kramer, 104 ff.; Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, § 6 Rn. 21; Reuter/Martinek § 1 II; Wieling/Finkenauer, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, Fall 16 I 3 a bei Fn. 2.

⁷³ Vgl. hierzu Koppensteiner/Kramer 123 ff.; Wieling/Finkenauer, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, Fall 16 I 3 b.

Fällen mit der Subsidiaritätsregel die Eingriffskondition gegen den Leistungsempfänger auszuschalten; D und nicht E ist schutzwürdig.

- 31 *cc) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis:* Stellt sich eine Verbindung als Verwendung auf eine fremde Sache dar, so sind die §§ 951 I, 812 I 1 dann ausgeschlossen, wenn ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vorliegt. Es sind dann ausschließlich die §§ 994 ff. anzuwenden.⁷⁴ Hat etwa der nichtberechtigte Besitzer eines Grundstücks darauf ein Gebäude errichtet, so hat er keinen Anspruch gegen den Eigentümer nach §§ 951 I, 812 I 1, sondern nach der Regelung der §§ 994 ff.

- 32 *dd) Verjährung:* Der Anspruch aus §§ 951 I 1, 812 I 1 ist ein sog. Rechtsfortwirkungsanspruch: An die Stelle des Eigentums, das der Berechtigte eingebüßt hat, tritt ein nicht insolvenzfester Bereicherungsanspruch.⁷⁵ Ob der Ausgleichsanspruch deshalb überhaupt verfassungsgemäß ist, wird diskutiert; man sollte ihn nicht noch weiter schwächen, indem man, wie es die h. M. tut, die Regelverjährung der §§ 195, 199 anwendet; es sollte § 197 I Nr. 2 entsprechende Anwendung finden, damit er wie die Vindikation nach 30 Jahren verjährt.⁷⁶

- 33 *b) Weitere Ansprüche:* Wer ein Recht nach §§ 946–950 verliert, hat nicht nur den Bereicherungsanspruch aus § 951 I, sondern alle Ansprüche, deren Voraussetzungen vorliegen,⁷⁷ mit der Einschränkung des § 951 I 2. Denkbar sind etwa vertragliche Ansprüche oder solche aus auftragloser Geschäftsführung. Besonders erwähnt werden in § 951 II 1 nur die Ansprüche wegen unerlaubter Handlung, wegen Verwendungsersatzes sowie das Recht auf Wegnahme einer Einrichtung.

Deliktische Ansprüche gehen gemäß § 249 I primär auf Naturalrestitution, der Geschädigte kann mit dem Deliktsanspruch auch die Wiederherstellung des früheren Zustands verlangen. Der erweiterte Unrechtsgehalt des Delikts verdrängt den § 951 I 2. Statt der §§ 823 ff. sind die §§ 989 ff. anzuwenden, wenn ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vorliegt. Wer innerhalb eines bestimmten Rechtsverhältnisses Verwendungen auf eine Sache gemacht hat, kann die dafür vorgesehenen Ausgleichsansprüche geltend machen.⁷⁸ Hat jemand eine „Einrichtung“ mit einer Sache verbunden, so bleibt es ihm unbenommen, die daraus erwachsenden Wegnahmerechte aus speziellen Rechtsverhältnissen (vgl. z. B. §§ 539 II, 601 II 2) geltend zu machen. § 951 I 2 steht diesen Wegnahmerechten nicht entgegen.

- 34 *c) Wegnahmerecht:* Während § 951 II 1 Wegnahmerechte, die in besonderen Rechtsverhältnissen geregelt sind, auch gegenüber § 951 I 2 aufrechterhält, gibt § 951 II 2 jedem, der durch eine Verbindung nach §§ 946, 947 einen Rechtsverlust erleidet, ein Wegnahmerecht.⁷⁹ Zwar ist die Vorschrift nicht gänzlich eindeutig, doch ergibt sich aus den Materialien, dass hier ein selbständiges Wegnahmerecht

⁷⁴ Vgl. § 12 Rn. 51 ff.

⁷⁵ Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, § 6 Rn. 28.

⁷⁶ S. Finkenauer, in: Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, 289, 313 f.

⁷⁷ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 648.

⁷⁸ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 648.

⁷⁹ Hat etwa der Grundstückseigentümer G beim Bau seines Hauses Türen eingebaut, welche dem E gehörten, so ist G gemäß §§ 946, 94 II zwar Eigentümer der Türen geworden, E hat jedoch gemäß § 951 II 2 ein Wegnahme- und Aneignungsrecht.

eingeführt wird.⁸⁰ § 951 II 2 ergänzt so den § 997, der dem Besitzer der Hauptsache im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ein Wegnahmerecht gibt.⁸¹ Das Wegnahmerecht berechtigt den Besitzer, Teile der Sache – auch wesentliche Bestandteile – von dieser abzutrennen, wobei § 258 zu beachten ist. Verliert der Wegnahmeberechtigte den Besitz, so geht das Wegnahmerecht nicht etwa unter; es wandelt sich in einen Anspruch gegen den neuen Besitzer auf Duldung der Wegnahme, § 258, 2.⁸²

Das Wegnahmerecht des § 951 II 2 hat seinen Grund in einem dinglichen Recht an einer Sache, das durch die Verbindung beeinträchtigt wurde. Es soll dem Berechtigten das Recht wiederverschaffen. Dazu ist jedoch das Wegnahmerecht allein nicht in der Lage. Hat etwa jemand durch eine Verbindung das Eigentum an der zugefügten Sache verloren und trennt er sie aufgrund des Wegnahmerechts ab, so erlangt er kein Eigentum. Eigentümer wird gemäß § 953 der, dem die Hauptsache gehört. Um das beeinträchtigte Eigentum wiederherzustellen, bedarf es eines Aneignungsrechts. Ein solches Aneignungsrecht gewährt § 951 II 1 durch die Verweisung auf § 997 I 1 („... abtrennen und sich aneignen“). Das Aneignungsrecht ordnet die Sache dem Berechtigten zu, es ist ein dingliches Recht an der Sache.⁸³ Es ist ein Überrest des durch die Verbindung verlorenen Eigentums, es besteht am Bestandteil weiter, und zwar vor und nach einer Abtrennung.⁸⁴ Die Regel des § 93, wonach an wesentlichen Bestandteilen keine besonderen Rechte bestehen können, wird also insoweit durch §§ 951 II 2, 997 eingeschränkt. Das Wegnahmerecht beruht auf diesem Aneignungsrecht.⁸⁵

III. Erzeugnisse und Bestandteile⁸⁶

1. Erwerb durch den Eigentümer, § 953

Gemäß § 953 gehören die abgetrennten Erzeugnisse und Bestandteile dem Eigentümer der Muttersache. Darin kommt das sog. Substantialprinzip zum Ausdruck. *Erzeugnisse* sind die organischen Produkte eines Tieres, einer Pflanze sowie des Erdbodens;⁸⁷ *Bestandteile* sind die „Ausbeute“ einer Sache i. S. v. § 99 I,⁸⁸ die von einer Muttersache abgetrennt werden. Sie bilden vor der Trennung unbestimmte,

⁸⁰ Vgl. Wieling, JZ 1985, 511, 515 f.

⁸¹ S. auch § 12 Rn. 80.

⁸² So die h. L., vgl. nur Baur/Stürner § 53 Rn. 36 Fn. 2; Schapp/Schur Rn. 269; a. A. BGHZ 40, 272 Rn. 39, der das Wegnahmerecht nur dem Besitzer zugesteht.

⁸³ Vgl. Rn. 53; zustimmend Palandt/Herrler § 951 Rn. 24.

⁸⁴ Vgl. dazu Wieling, JZ 1985, 511, 515 ff.

⁸⁵ Dazu ausf. Wieling § 11 II 5 c aa.

⁸⁶ Historischer Überblick bei Wieling § 11 III 1; Überblicksdarstellung bei Schultheiß, JuS 2013, 679.

⁸⁷ Z. B. Kies aus einer Kiesgrube.

⁸⁸ Vgl. § 2 Rn. 53.

noch nicht individualisierte Sachteile, an denen besondere Rechte nicht möglich sind;⁸⁹ erst mit der Trennung können besondere Rechte an ihnen entstehen. Wie die Trennung erfolgt, ist gleichgültig. Ein Wegschaffen von der Muttersache ist für das Trennen nicht erforderlich.

Das Grundprinzip besteht darin, dass sich das Eigentum an der Muttersache auch an den von ihr abgetrennten Erzeugnissen und Bestandteilen fortsetzt, § 953.⁹⁰ Darüber hinaus erwirbt der Eigentümer einer einfachen Sache⁹¹ auch das Eigentum an deren Teilen, wenn sie zerlegt wird; das Eigentum an einer Torte setzt sich daher an den Tortenstücken fort. Für den Erwerb spielt es keine Rolle, wer im Besitz der Muttersache ist, wie die Trennung geschieht und wer Besitz an den getrennten Sachteilen erlangt; die Rechtserstreckung erfolgt im Augenblick der Trennung. Das Grundprinzip greift nicht ein, wenn ein Fruchtziehungsberechtigter i. S. v. §§ 954–957 vorhanden ist sowie wenn § 911 eingreift (Überfall).

§ 953 regelt die dingliche Rechtslage. Eine andere Frage ist es, ob der Eigentümer auch berechtigt ist, die abgetrennten Sachteile zu behalten. Er kann aus vielen Gründen zur Herausgabe schuldrechtlich verpflichtet sein, etwa aus einem schuldrechtlichen Vertrag oder aus §§ 987 ff.⁹²

2. Erwerb durch dinglich Berechtigte, § 954

- 36** Besteht an der Muttersache ein dingliches Nutzungsrecht, so fallen die abgetrennten Erzeugnisse und Bestandteile nicht dem Eigentümer, sondern dem Inhaber des Nutzungsrechts zu, § 954, es sei denn, dass Nutzungsberechtigte nach §§ 955–957 vorhanden wären. Als Nutzungsrecht kommt z. B. ein Nießbrauch in Betracht, § 1030, aber auch etwa (Benutzungs-)Dienstbarkeiten nach §§ 1018, 1090.⁹³

Der Eigentumserwerb tritt mit der Trennung ein, gleichgültig, wie diese erfolgt. Der Besitz an der Muttersache sowie an den abgetrennten Teilen spielt keine Rolle. Der Erwerb tritt nur bei den abgetrennten Teilen ein, auf welche sich das Nutzungsrecht bezieht. Wer eine Kiesabbaugerechtigkeit hat, wird nicht Eigentümer abgetrennter Erzeugnisse, etwa des Obstes.⁹⁴ Erwirbt nicht der dinglich Berechtigte das Eigentum, so fällt es dem Eigentümer zu, § 953.

⁸⁹ Ausnahmsweise ist eine Pfändung und Versteigerung ungetrennter Bodenfrüchte möglich, §§ 810, 824 ZPO. Ferner ist an wesentlichen Bestandteilen ein Aneignungsrecht möglich, vgl. Rn. 34.

⁹⁰ Das gilt auch für andere Rechte an der Muttersache, vgl. etwa §§ 1120, 1212, aber auch für sonstige Wesensmerkmale, wie etwa den Makel der Fehlerhaftigkeit des Besitzes oder des Abhandengekommenseins der Muttersache.

⁹¹ Vgl. § 2 Rn. 5 ff.

⁹² Zum Verhältnis zwischen §§ 953 ff. und §§ 987 ff. unten § 12 Rn. 52.

⁹³ Zu ihnen § 25 Rn. 7.

⁹⁴ Zum Begriff der Erzeugnisse vgl. § 2 Rn. 53.

3. Erwerb des gutgläubigen Besitzers, § 955

Ist jemand im Besitz der Muttersache, der sich gutgläubig für dinglich nutzungs- 37
berechtigt hält, so erwerben weder Eigentümer noch dinglich Nutzungsberechtigte
die abgetrennten Früchte; der gutgläubige Besitzer erwirbt sie vielmehr selbst, es
sei denn, dass ein Nutzungsberechtigter nach §§ 956, 957 vorhanden wäre.

In Betracht kommt einmal ein nicht berechtigter Eigenbesitzer, der sich gutgläu-
big für den Eigentümer hält, § 955 I. Beispiel: NB hat gutgläubig ein Grundstück
von einem Geschäftsunfähigen erworben. Dem gleichgestellt ist der Eigenbesitzer,
der zwar Eigentümer ist, aber deswegen nicht fruchtziehungsberechtigt, weil ein
dingliches Nutzungsrecht i. S. v. § 954 besteht. Ist der Eigentümer gutgläubig be-
züglich der Nichtexistenz des dinglichen Nutzungsrechts, so erwirbt er die getrenn-
ten Früchte, § 955 I. Der dritte Fall besteht darin, dass ein Besitzer gutgläubig davon
ausgeht, ein dingliches Nutzungsrecht i. S. v. § 954 zu haben, das ihm in Wirklich-
keit nicht zusteht, § 955 II. Dieser Fall ist auch dann gegeben, wenn ein Berechtigter
ein wirklich bestehendes Nutzungsrecht überschreitet. Der letzte Fall ist der, dass
ein Nutzungsrecht besteht, der Berechtigte aber deshalb nicht nutzungsberechtigt
ist, weil ihm ein anderes dingliches Nutzungsrecht vorgeht; er wird Eigentümer der
Früchte, wenn er bezüglich des vorrangigen Nutzungsrechts gutgläubig ist, § 955 II.

a) *Besitz bei Trennung*: § 955 fordert zunächst Besitz des angeblich Berechtigten 38
zur Zeit der Trennung,⁹⁵ sei es Eigenbesitz, sei es Fremdbesitz als Inhaber eines
dinglichen Nutzungsrechts. Es reicht auch ein mittelbarer Besitz aus. Der Frucht-
erwerb tritt gemäß § 955 mit der Trennung ein, es ist ohne Bedeutung, wie und
durch wen die Trennung erfolgt.

b) *Gutgläubigkeit*: § 955 I, II setzt weiter guten Glauben des Besitzers voraus, 39
der wie in § 932 I 1 vermutet wird, § 955 I 2. Der Besitzer ist bösgläubig, wenn er
beim Besitzerwerb weiß, dass er kein Fruchtziehungsrecht hat; ferner wenn er aus
grober Fahrlässigkeit dies nicht weiß. Später, nach dem Besitzerwerb, schadet ihm
nur positive Kenntnis seiner Nichtberechtigung. Ist der Besitzer verklagt, so ist er
damit nicht automatisch bösgläubig.

c) *Abhanden gekommene Sachen*: Streitig ist, ob der gutgläubige Besitzer auch die 40
Früchte einer abhanden gekommenen Sache erwirbt, wenn die Früchte beim Abhan-
denkommen bereits als ungetrennte Teile der Muttersache vorhanden waren. Beispiel:
Das gestohlene Schaf war schon trächtig und wirft beim gutgläubigen Käufer Läm-
mer. Da es sich beim Fruchterwerb nach § 955 nicht um einen rechtsgeschäftlichen
Erwerb gemäß §§ 932 ff. handelt, besteht keine Möglichkeit, § 935 anzuwenden.⁹⁶
Eine analoge Anwendung muss entfallen, weil die Interessen gerade unterschiedlich
zu bewerten sind. Durch § 935 soll dem Eigentümer einer abhanden gekommenen
Sache die Substanz der Sache erhalten werden. Die Nutzungen dagegen sollen nicht

⁹⁵ Eine Ausnahme gilt nach § 955 III dann, wenn der Besitz des Gutgläubigen vorübergehend
i. S. v. § 940 II unterbrochen ist, vgl. dazu Rn. 6.

⁹⁶ H. M., vgl. Westermann/Gursky § 57 Rn. 9; Baur/Stürner § 53 Rn. 53; für die Anwendung des
§ 935 Wolff/Raiser § 77 III 4; differenzierend BeckOGK/Schermaier § 955 Rn. 20.1.

dem Eigentümer, sondern dem gutgläubigen Besitzer zufallen, §§ 993, 987, 990, nämlich als Ausgleich dafür, dass er wegen § 935 nicht gutgläubig Eigentum erwerben konnte. Anders liegt es bei Bestandteilen der abhanden gekommenen Sache; sie stehen nach einer Abtrennung dem Eigentümer, nicht dem gutgläubigen Besitzer zu. Die Substanz der abhanden gekommenen Sache kann dem Eigentümer nicht durch Erwerb von Teilen entzogen werden.

- 41 d) *Fruchterwerb*: Erworben werden gemäß § 955 nur die Erzeugnisse sowie die bestimmungsgemäß gewonnene Ausbeute, vgl. § 99 I. Sonstige abgetrennte Bestandteile können dagegen – anders als nach §§ 953, 954 – nicht zu Eigentum erworben werden. Der nichtberechtigte, gutgläubige Besitzer wird z. B. nicht Eigentümer der Teile eines abgebrochenen Hauses. Damit soll vermieden werden, dass der gutgläubige Besitzer durch Zerlegung der Sache Eigentum an der gesamten Substanz erwirbt.⁹⁷ Wer die Muttersache gutgläubig aufgrund eines angenommenen Nutzungsrechts besitzt, erwirbt die Früchte nur im Rahmen seines angenommenen Nutzungsrechts; er steht nicht besser als ein wirklich Berechtigter.⁹⁸

4. Erwerb aufgrund einer Erwerbsgestattung, § 956

- 42 § 956 regelt den Erwerb dessen, dem die Aneignung gestattet wird, ohne dass er ein dingliches Recht an der Muttersache hätte, z. B. dem Pächter oder Käufer zu fällen-der Bäume. „Gestattung“ i. S. v. §§ 956 f. bedeutet Gestattung des Eigentumserwerbs durch Trennung; eine solche Gestattung ist also nicht mehr möglich an bereits getrennten Sachteilen. An ihnen kommt nur ein Eigentumserwerb nach §§ 929 ff. in Betracht. Die Gestattung ist von der Pflicht zur Gestattung zu trennen.

Liegen die Voraussetzungen des § 956 vor, so geht der hiernach Berechtigte (der „persönliche Berechtigte“) den Berechtigten nach §§ 953–955 vor, steht aber hinter einem Berechtigten aus § 957 zurück. Der Erwerb nach § 956 bezieht sich auf abgetrennte Früchte und sonstige Bestandteile. Der Umfang des Erwerbs richtet sich nach der Gestattung. Wem das Abernten der Apfelbäume gestattet ist, wird nicht Eigentümer geernteter Birnen. Besteht eine Pflicht zur Gestattung, so wird die Gestattung sich regelmäßig im Rahmen der Verpflichtung halten.

Zur Gestattung berechtigt ist gemäß § 956 II nicht nur der Eigentümer, sondern auch derjenige, dem das Eigentum mit der Trennung zufällt. Das sind zunächst die nach §§ 953–955 Berechtigten, ferner aber auch die Erwerbsberechtigten nach §§ 956, 957, wenn ihnen der Besitz an der Muttersache überlassen ist. Von diesen ist im konkreten Fall der gestattungsberechtigt, der ohne die Gestattung die Früchte oder Bestandteile erwerben würde bzw. sie tatsächlich erwirbt. Über § 956 II hinaus muss man auch die Berechtigten nach §§ 956, 957 als gestattungsberechtigt ansehen, denen der Besitz an der Muttersache nicht überlassen ist.⁹⁹ Gestattet gemäß

⁹⁷ Vgl. Motive III, 366.

⁹⁸ S. auch BeckOGK/Schermaier § 950 Rn. 4.

⁹⁹ Vgl. Staudinger/Wiegand/Gursky, 2017, § 956 Rn. 19.

§§ 955, 957 ein nichtberechtigter, aber gutgläubiger Besitzer, so erwirbt der Erwerber die Früchte auch dann, wenn er selbst bösgläubig ist.¹⁰⁰ Eine Gestattung ist nur in dem Umfang möglich, als der Berechtigte fruchtziehungsberechtigt ist. Daher kann ein nach § 956 Berechtigter keine Gestattung von Bestandteilen aussprechen, die keine Früchte sind (Rn. 41).

a) *Nichtbesitzender Fruchterwerber*: Hat der Gestattende dem Erwerber nicht den Besitz an der Muttersache überlassen, so erwirbt der Erwerber die abgetrennten Früchte und Bestandteile nicht mit der Trennung, sondern erst mit der Besitzergreifung, § 956 I 1. Geschieht die Besitzergreifung nicht bei der Trennung, so steht das Eigentum bis zur Besitzergreifung dem Gestattenden zu. Der herabgefallene Apfel gehört also noch diesem, nicht dem Gestattungsempfänger. 43

Wie der Eigentumserwerb geschieht, ist allerdings streitig, aber praktisch meist wenig relevant:

aa) *Übertragungstheorie*: Sie herrschte bereits im römischen und gemeinem Recht vor; sie sieht den Eigentumserwerb nach §§ 956 f. als Anwendungsfall der Übereignung gemäß §§ 929 ff. an.¹⁰¹ Die Einigungsofferte nach § 929, 1 liegt in der Gestattung, die Früchte oder Bestandteile abzutrennen und zu behalten. Die Gestattung kann ausdrücklich ausgesprochen werden, was besonders dann vorkommen wird, wenn die Gestattung ohne Verpflichtung, rein aus Gefälligkeit geschieht („Sie können den Baum abernten“). Liegt eine Verpflichtung zur Gestattung vor, so liegt regelmäßig in dem schuldrechtlichen Vertrag (Abholzungsvertrag, Pacht) konkludent auch die Gestattung.¹⁰² Die Annahme des Vertragsangebots, wenn sie nicht ausdrücklich erklärt wird, geschieht regelmäßig sofort und konkludent, sie muss gemäß § 151 dem Gestattenden nicht zugehen. Zur Einigung muss die Besitzergreifung an den getrennten Früchten oder Bestandteilen kommen, die Ergreifung mit Willen des Berechtigten steht einer Übergabe gleich.¹⁰³ § 956 hat also in dieser Fallgestaltung gegenüber den §§ 929 ff. keine eigenständige Bedeutung. 44

Der Übereignungsvertrag bezieht sich auf künftige Sachen, die mit der Trennung entstehen.¹⁰⁴ Die Übereignung kann nicht nur durch Übergabe nach § 929, 1 geschehen, sondern auch durch ein Übergabesurrogat, z. B. ein Besitzkonstitut. Die Einigung kann bedingt erfolgen, z. B. bei einem Verkauf der Früchte unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises. Die Gestattung als dingliche Einigung erfordert die normalen Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts. So müssen etwa die Parteien bei der Abgabe ihrer Erklärungen geschäftsfähig sein. Eine spätere Geschäftsunfähigkeit, etwa zur Zeit der Besitzergreifung der Teile, schadet nicht.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Vgl. Wolff/Raiser § 77 IV Fn. 29; Erman/Ebbing § 956 Rn. 5; Staudinger/Wiegand/Gursky, 2017, § 956 Rn. 18 f.

¹⁰¹ So etwa RGZ 78, 36; Heck § 63, 5; Planck/Brodmann § 956 Erl. 2; RGRK/Pikart § 956 Rn. 1; Palandt/Herrler § 956 Rn. 2; Wolf § 4 J III c 3 bb.

¹⁰² Wird die Muttersache dem Berechtigten übergeben, so liegt spätestens darin die Übereignungsofferte.

¹⁰³ Vgl. § 9 Rn. 7.

¹⁰⁴ Vgl. dazu § 9 Rn. 4.

¹⁰⁵ Vgl. § 9 Rn. 5.

Dagegen muss die Berechtigung, die Verfügungsbefugnis des Gestattenden, bis zur Besitzergreifung vorliegen (Rn. 42); erst mit ihr ist das Geschäft abgeschlossen. Die Gestattung als dingliche Einigung ist hier wie auch sonst bindend, kann also nicht widerrufen werden.¹⁰⁶ Beruht die Gestattung aber auf einem Gefälligkeitsverhältnis, so ist sie wie dieses jederzeit widerruflich. Die Gestattung ist dann nämlich unter der Bedingung jederzeitigen Widerrufs erteilt.

Hat ein anderer als der Gestattungsempfänger die Früchte in Besitz genommen, so steht dem Gestattungsempfänger keinerlei Recht an der Sache zu; er hat kein Aneignungsrecht. Gegen Dritte kann er nicht vorgehen, gegen den Gestattenden nur aus dem Schuldverhältnis, falls ein solches besteht.

Die Übertragungstheorie hat nicht nur den Vorteil, dass sie auf einer langen Tradition beruht und alle anfallenden Probleme zufriedenstellend lösen kann; sie kann daneben auch auf die anerkannten Regeln der §§ 929 ff. zurückgreifen und ist nicht gezwungen, die Dogmatik durch neu erfundene, umstrittene Regeln zu verunsichern.¹⁰⁷

- 45 *bb) Erwerbstheorie:* Nach wohl h. L. ist die Gestattung dagegen eine selbständige, von § 929 verschiedene Verfügung.¹⁰⁸ Wie man sich die Gestattung vorzustellen habe, ist unter den Anhängern der Erwerbstheorie streitig; sie wird z. T. als Vertrag, z. T. als einseitiges Rechtsgeschäft gesehen.¹⁰⁹ Einige Autoren postulieren ein „Fruchtziehungsrecht“, das zwar im Eigentum enthalten, aber von diesem abspaltbar sein soll; es soll durch die Gestattung auf den Erwerber übergehen.¹¹⁰ Nach anderer Ansicht soll die Gestattung ein Aneignungsrecht (auch Erwerbsrecht oder Anwartschaftsrecht genannt) begründen, welches bisweilen als persönliches oder relatives Recht bezeichnet wird.¹¹¹

Die Erwerbstheorie hat den erheblichen Nachteil, dass sie nicht auf anerkannte Rechtsfiguren und Regeln zurückgreifen kann, sondern diese selbst schaffen muss. Das führt dazu, dass die Vertreter dieser Theorie zu den unterschiedlichsten Konstruktionen kommen und auch zu willkürlichen Folgerungen. Da sie auch die anfallenden Probleme nicht besser lösen kann als die hergebrachte Übertragungstheorie, ist sie eine überflüssige Erfindung.

- 46 *b) Besitzender Fruchterwerber:* Wurde dem Gestattungsempfänger der Besitz¹¹² an der Muttersache vom Gestattenden überlassen, so ist seine Position stärker: Er erwirbt Eigentum mit der Trennung, gleich wie und durch wen sie erfolgt. Dies liegt in der Absicht des Gesetzes, welches die Position des besitzenden Fruchterwerbers verstärken, d. h. verdinglichen will.

Die Schwäche des nichtbesitzenden Fruchterwerbers liegt in zwei Punkten. Einmal ist sein Erwerb unsicher bis zum Augenblick der Besitzergreifung, weil der

¹⁰⁶ Vgl. § 1 Rn. 21.

¹⁰⁷ Ausf. Wieling § 11 III 5 a dd.

¹⁰⁸ Vgl. etwa Prütting Rn. 484; Westermann/Gursky § 57 Rn. 13 m. w. N.

¹⁰⁹ Prütting Rn. 484.

¹¹⁰ Baur/Stürner § 53 Rn. 59.

¹¹¹ Westermann/Gursky § 57 Rn. 13; Müller/Gruber Rn. 1977.

¹¹² Auch der mittelbare (str.); § 940 II gilt entsprechend.

Gestattende bis zu diesem Zeitpunkt seine Gestattungsmacht verlieren kann, etwa durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Zum anderen ist seine Position schwach, weil die Gestattung nicht gegen Dritte wirkt, z. B. gegen einen Käufer der Muttersache. Eine Abhilfe muss darin bestehen, dass der Erwerber mit dem Besitzerwerb an der Muttersache eine unangreifbare Position erlangt:

aa) Eigentumserwerb nach § 929: Auch in dieser Fallgestaltung (Rn. 46) muss man den Erwerb der Früchte oder Bestandteile als Übereignung ansehen. Die Einigungsofferte zur Übereignung der künftigen Teile liegt spätestens in der Besitzüberlassung an der Muttersache, die Annahme spätestens in der Besitzergreifung. Die Einigung ist bedingt möglich, sie bedarf der Bestimmtheit, sie ist bindend. Beruhen die Gestattung und Besitzüberlassung nicht auf einer Verpflichtung, sondern auf einer Gefälligkeit, so ist die Einigung regelmäßig durch einen Widerruf auflösend bedingt. Die Übergabe der Früchte ist in der Überlassung der Muttersache zu sehen; stiehlt der Dieb Früchte, wird also der persönliche Berechtigte dennoch ihr Eigentümer. 47

bb) Verfügungsbefugnis: Die Verfügungsbefugnis des Gestattenden muss zur Zeit der Besitzüberlassung vorliegen.¹¹³ Verliert er sie später, so schadet das dem Erwerber nicht. Eine verbreitete Ansicht will dagegen den Zeitpunkt der Trennung als entscheidend ansehen.¹¹⁴ Damit wird aber die Absicht des Gesetzgebers vereitelt, dem Erwerber eine sichere Position einzuräumen, wenn ihm der Besitz an der Muttersache überlassen wurde. Der besitzende Erwerber würde nicht besser stehen als der nichtbesitzende. Veräußert also der Gestattende nach der Besitzüberlassung, aber vor der Trennung das Grundstück, so betrifft das den Gestattungsempfänger nicht; er wird mit der Trennung Eigentümer. Wird das Grundstück z. B. vor der Trennung gemäß §§ 20, 146 ZVG beschlagnahmt, so erwirbt der Besitzer mit der Trennung dennoch unbelastetes Eigentum an den Früchten; für den häufigsten und wichtigsten Fall, die Pacht, ist dies nochmals in §§ 21 III, 152 II ZVG angeordnet.¹¹⁵ 48

5. Gutgläubiger Erwerb aufgrund einer Gestattung, § 957

Wird die Gestattung von einem Nichtberechtigten ausgesprochen, so ist gemäß § 957 gutgläubiger Fruchterwerb möglich. Zu erinnern ist zunächst daran, dass auch ein nichtberechtigter Besitzer gestattungsberechtigt ist, wenn er gutgläubig ist (Rn. 42). Wer gutgläubig ein Grundstück von einem Geschäftsunfähigen erworben hat, ist gemäß §§ 955, 956 II gestattungsberechtigt, wer gutgläubig ein Grundstück von einem Nichtberechtigten gepachtet hat, gemäß §§ 956 II, 957. Gutgläubiger Erwerb des Gestattungsempfängers nach § 957 kommt daher nur in Betracht, wenn der besitzende Gestattende *bösgläubig* ist; ansonsten ist bereits ein anderer 49

¹¹³ Planck/Brodmann § 956 Erl. 2; Medicus, JuS 1967, 392; Denck, JZ 1981, 333; O. v. Gierke II § 137 Fn. 29.

¹¹⁴ So z. B. Baur/Stürner § 53 Rn. 60; Wolff/Raiser § 77 IV 4; Soergel/Henssler § 956 Rn. 2.

¹¹⁵ Ausf. Wieling § 11 III 5 b bb.

Erwerbstatbestand erfüllt. Das Gesetz unterscheidet auch hier zwei Fälle: Einmal überlässt der Gestattende dem Erwerber den Besitz der Muttersache (Rn. 51), im anderen Fall behält er selbst den Besitz der Muttersache (Rn. 50). In beiden Fällen ist aber erforderlich, dass die Gestattung nach den Regeln über Rechtsgeschäfte wirksam ist.

- 50 a) *Nichtbesitzender Erwerber*: Überträgt der Gestattende nicht den Besitz der Muttersache auf den Erwerber, so kann dieser die abgetrennten Teile in dem Augenblick erwerben, in welchem er deren Besitz erlangt. § 957 ist insofern zu weit, als danach die Gestattung von jedermann ausgesprochen werden könnte, ohne dass eine Eingrenzung nach objektiven Gesichtspunkten möglich wäre; es müsste danach kein Vertrauenstatbestand beim Gestattenden vorliegen.¹¹⁶ Richtig ist es deshalb, § 932 anzuwenden, also Besitz des Gestattenden als Vertrauensbasis für den Erwerber zu verlangen.¹¹⁷ Im bekannten „Witzbold-Fall“¹¹⁸ würde der Wanderer mangels Besitzes des Gestattenden kein Eigentum an den Trauben erwerben.

Guter Glaube ist erforderlich zur Zeit der Besitzergreifung, er wird auch hier vermutet. Er bezieht sich auf die Gestattungsberechtigung des Gestattenden. Guter Glaube ist – wie in § 932 II – dann gegeben, wenn der Erwerber weder weiß, dass der Gestattende nicht gestattungsberechtigt ist, noch dieses Nichtwissen auf grober Fahrlässigkeit beruht. Ist die Muttersache dem Gestattungsberechtigten abhanden gekommen, so ist nicht § 935 anzuwenden, soweit es sich um die getrennten Früchte handelt; an ihnen ist gutgläubiger Erwerb also möglich. Das zeigt die Wertung des § 991 I, wonach die Früchte stets dem gutgläubigen Fremdbesitzer zukommen, unabhängig davon, ob die Muttersache abhanden gekommen ist.¹¹⁹ Wegen anderer Bestandteile, die nicht Früchte sind, ist nach h. M. § 935 anzuwenden, um zu verhindern, dass eine Sache, die nicht gutgläubig erworben werden kann, durch Zerlegung dem Berechtigten doch entzogen werden kann.¹²⁰

- 51 b) *Besitzender Erwerber*: Hat der nichtberechtigte Gestattende dem Erwerber den Besitz am Grundstück überlassen, so erwirbt der Erwerber die Früchte und Bestandteile mit der Trennung, gleich wie oder durch wen die Trennung geschieht. Guter Glaube an die Gestattungsmacht des Gestattenden muss nicht nur zur Zeit der Besitzüberlassung vorhanden sein, sondern auch zur Zeit der Trennung. Der Erwerb nach § 957 ähnelt in diesem Fall weniger einem gutgläubigen Erwerb nach § 932 als einer Ersitzung. Wie in § 937 II ist auch der gute Glaube definiert: Beim Besitzerwerb ist der Erwerber gutgläubig, wenn er weder weiß noch aus grober Fahrlässigkeit nicht weiß, dass der Gestattende nicht gestattungsberechtigt ist. Später, nach

¹¹⁶ Zur verunglückten Redaktionsgeschichte der Norm Finkenauer, FS J. Schröder, 2013, 21, 33 f.

¹¹⁷ So die h. M., z. B. Staudinger/Wiegand/Gursky, 2017, § 957 Rn. 3; Palandt/Herrler § 957 Rn. 2; Schapp/Schur Rn. 282; differenzierend BeckOGK/Schermaier § 957 Rn. 4 (Gestattender muss begründenden Eindruck erwecken, fruchtziehungsberechtigt zu sein).

¹¹⁸ Ein Witzbold ruft einem Wanderer im Weinberg zu: „Pflücken Sie sich Trauben, soviel Sie wollen“.

¹¹⁹ Vgl. § 12 Rn. 46.

¹²⁰ BeckOGK/Schermaier § 957 Rn. 10.

Besitzerwerb, schadet ihm nur noch das Wissen, dass der Gestattende nicht gestattungsberechtigt ist.

IV. Aneignung und Eigentumsaufgabe

1. Aneignung (Okkupation)

a) *Voraussetzungen*: Okkupierbar sind gemäß § 958 I herrenlose Mobilien, d. h. 52 solche, die in niemandes Eigentum stehen.¹²¹ Andere dingliche Rechte wie Pfandrechte oder ein Nießbrauch stehen der Okkupation nicht entgegen. Herrenlos sind alle Sachen, die derelinquiert wurden (§ 959) oder an denen aus sonstigen Gründen kein Eigentum besteht wie etwa wilde Tiere in Freiheit (§ 960 I) oder Meerestiere.¹²² Die Okkupation geschieht durch Begründung von Eigenbesitz, § 958 I, Erwerb mittelbaren Eigenbesitzes reicht aus. Eigentümer wird, wer an der Sache zuerst Besitz ergreift, nicht wer sie zuerst entdeckt. Die Okkupation ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung, die nur einen natürlichen Willen voraussetzt; ist er vorhanden, so können auch Geschäftsunfähige okkupieren.

b) *Ausschluss der Aneignung*: Eine herrenlose Sache ist nicht okkupierbar, wenn 53 die Okkupation gesetzlich verboten ist, § 958 II. Ein Aneignungsverbot enthält z. B. § 44 II Nr. 1 BNatSchG.¹²³ Eine herrenlose Sache ist weiter dann nicht okkupierbar, wenn an ihr ein Aneignungsrecht besteht, § 958 II. Ein Aneignungsrecht gibt z. B. das Jagdrecht, das Fischereirecht, das Bergwerkseigentum; das Totensorgerecht (§ 2 Rn. 15) an Implantaten des Kremierten.¹²⁴

Aneignungsrechte sind dingliche Rechte an der Sache, die dem Berechtigten den Eigentumserwerb sichern und jeden Erwerb durch Nichtberechtigte verhindern. Sie stehen weitgehend dem Eigentum gleich.¹²⁵ Das Aneignungsrecht ist vererblich und nach den §§ 929 ff. übertragbar, auch gutgläubig lastenfreier Erwerb nach § 936 ist möglich, so dass das Aneignungsrecht erlischt. Das Aneignungsrecht gibt dem Berechtigten einen Herausgabeanspruch entsprechend § 985, etwa gegen einen Wilderer, der einen Hasen in Besitz nimmt. Der Besitzer haftet nach den §§ 989 ff. Das Aneignungsrecht berechtigt den Inhaber zur Aussonderung im Insolvenzverfahren und gibt ihm in der Zwangsvollstreckung die Klage aus § 771 ZPO.¹²⁶

¹²¹ Zur Aneignung von Grundstücken § 23 Rn. 70. – Ausnahmsweise lässt die Rechtsordnung eine Okkupation von Sachen zu, die in fremdem Eigentum stehen: Wildwachsende Pflanzen, Beeren, Blumen, Pilze usw. stehen zwar gemäß § 94 I im Eigentum des Grundeigentümers, es ist jedoch gewohnheitsrechtlich gestattet, sie in einem ortsüblichen Umfang abzutrennen und dadurch Eigentum zu erwerben (BeckOGK/Schermaier § 958 Rn. 13).

¹²² Zu den einzelnen Fällen Wieling § 11 IV 2 a.

¹²³ Weitere Fälle bei BeckOGK/Schermaier § 958 Rn. 22 ff.

¹²⁴ Dazu OLG Hamburg NJW 2012, 1601 Rn. 30 (Zahngold).

¹²⁵ Ausf. dazu Wieling § 11 IV 3.

¹²⁶ Vgl. Wieling, JZ 1985, 511, 516.

2. Eigentumsaufgabe (Dereliktion)

54 a) *Besitzaufgabe*: Die Dereliktion beweglicher Sachen setzt gemäß § 959 voraus, dass der Eigentümer den Besitz aufgibt in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten. Ist der Eigentümer nicht im Besitz der Sache, so kann er das Eigentum aufgeben, indem er seinen Verzichtswillen kundtut; ein rein innerlicher Entschluss reicht nicht aus. Auch dem Eigentümer, der nur mittelbaren Besitz hat, kann die Eigentumsaufgabe nicht verwehrt werden.¹²⁷ Erforderlich ist dazu die irgendwie kundgetane Aufgabe des Besitzwillens.¹²⁸ Der bisherige Besitzmittler kann die Sache durch einfachen Willensentschluss okkupieren (Rn. 52).

55 b) *Eigentumsverzichtswille*: Zur Besitzaufgabe muss der Wille kommen, das Eigentum aufzugeben. Dieser Wille muss kundgetan werden, was regelmäßig durch die Besitzaufgabe geschieht. Es handelt sich um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die Geschäftsfähigkeit voraussetzt.¹²⁹ Ob der Eigentümer im Einzelfall nur den Besitz aufgeben will oder ob er auch auf das Eigentum verzichten will, ist durch Auslegung seines Verhaltens und seiner Erklärungen festzustellen. Nicht derelinquiert ist etwa Zucker auf dem Tisch des Kaffeehauses; er ist zur Übereignung an Gäste – nicht an Fremde – angeboten, zur Benutzung im Lokal, nicht zur Mitnahme in größerer Menge. Gleichfalls nicht derelinquiert sind sog. Liebeschlösschen an Brückengeländern.¹³⁰ Derelinquiert sind dagegen Abfälle, die in die Mülltonne geworfen sind,¹³¹ nicht aber Altpapier oder Altkleider, die für eine gewerbliche oder karitative Sammlung bereit gestellt sind; sie sind dem, der die Sammlung veranstaltet, zur Übereignung angeboten.¹³² Wirft man Sachen in den Müll, damit sie vernichtet werden (z. B. Privatbriefe), sind sie gleichfalls nicht derelinquiert.¹³³

Die Dereliktion setzt Verfügungsmacht voraus, also grundsätzlich Eigentum oder Zustimmung des Eigentümers, § 185.¹³⁴ Sie kann nicht unter einer Bedingung oder Befristung erklärt werden, damit Unsicherheiten im Rechtsverkehr vermieden werden. Eine Dereliktion zugunsten einer bestimmten Person, damit nur diese sich die Sache aneignen kann, ist nicht möglich; sie ist als Übereignungsofferte zu betrachten. Hat der Derelinquiierende sich bei der Dereliktion geirrt, so kann er die

¹²⁷ Str., wie hier BeckOGK/Schermaier § 959 Rn. 32.

¹²⁸ Andere fordern eine Kundgabe gegenüber dem Besitzmittler.

¹²⁹ Zur Dereliktion von Haustieren entgegen § 3, 1 Nr. 3 TierSchG zutr. BeckOGK/Schermaier § 959 Rn. 13.1.

¹³⁰ AG Köln JuS 2013, 271 Rn. 24.

¹³¹ Zur Dereliktion von Essensresten durch den Restaurantgast Schall, NJW 2010, 1248.

¹³² Vgl. auch BGH NJW 2016, 1887 Rn. 25. Das gilt auch für die Bereitstellung recyclefähiger Stoffe.

¹³³ LG Ravensburg NJW 1987, 3142 (Gemälde).

¹³⁴ Auch ein Miteigentumsanteil kann derelinquiert werden, mit der Folge, dass der aufgegebenen Anteil den restlichen Miteigentümern anwächst; nach anderer Ansicht ist der Anteil aneignungsfähig (BeckOGK/Schermaier § 959 Rn. 5.1); nach h. M. ist ein Miteigentumsanteil nicht derelinquiert. S. auch § 23 Rn. 69.

Dereliktion im Rahmen der §§ 119, 123 anfechten, und zwar gegenüber dem, der sich die Sache angeeignet hat, § 143 IV 1.¹³⁵

c) *Rechtsfolge*: Mit der Dereliktion erlischt das Eigentum, Rechte Dritter bleiben bestehen. 56

3. Wilde Tiere

a) *Herrenlosigkeit*: Wilde Tiere sind herrenlos, solange sie in Freiheit leben, § 960 I 1, 57 also in niemandes Besitz sind. Den Gegensatz zum wilden Tier bilden die zahmen Tiere, die nicht nach § 960, sondern nach den allgemeinen Regeln behandelt werden. Das Eigentum an einem zahmen Tier erlischt also nicht, wenn es entflieht, wenn z. B. ein Hund oder eine Katze im Wald lebt. Ob ein Tier wild oder zahm ist, kann nicht nach dem Einzeltier entschieden werden, sondern nur nach der Gattung. Wilde Tiere leben nicht freiwillig mit dem Menschen zusammen. Eine Schnecke ist wild, ein Bulle zahm, ein „wilder“ Bulle ist auch ein zahmes Tier, ein gezähmtes Reh ein wildes.¹³⁶

§ 960 bestimmt nur, dass an wilden Tieren in Freiheit kein Eigentum bestehen kann. Der Eigentumserwerb richtet sich nach § 958, das Tier kann okkupiert werden. Das Eigentum an den gefangenen wilden Tieren bleibt erhalten, solange sie im Besitz des Eigentümers verbleiben. Das ist der Fall, wenn sie in Käfigen gehalten werden oder in kleinen, eingezäunten Gehegen, z. B. in Pelztierfarmen. Die Gewalt über das Tier bleibt aber auch erhalten, wenn es in einem Tiergarten gehalten wird, § 960 I 2. Tiergärten i. S. v. § 960 I 2 müssen also die Tiere durch eine Umzäunung am Entweichen hindern und ihre Bewegungsfreiheit einschränken.

b) *Fische*: Auch Fische sind wilde Tiere. An gefangenen Fischen hat man nur so 58 lange Eigentum, wie man Besitz an ihnen hat. Das ist immer dann der Fall, wenn man sie in geschlossenen Gewässern hält, § 960 I 2. Ein geschlossenes Gewässer setzt voraus, dass die Fische nicht entweichen können, als Beispiel nennt das Gesetz den Teich.

c) *Verfolgung*: Gemäß § 960 II wird ein entwichenes wildes Tier nicht herrenlos, 59 solange der Eigentümer es verfolgt;¹³⁷ die Verfolgung muss unverzüglich erfolgen. Die Verfolgung geschieht in erster Linie durch Nacheile, etwa mit Hunden, ein Sichtkontakt muss nicht bestehen.¹³⁸ Da durch die Verfolgung das Eigentum aufrechterhalten wird, so ist es konsequent, dass mit der Aufgabe der Verfolgung das Eigentum erlischt, § 960 II.

¹³⁵ BeckOGK/Schermaier § 959 Rn. 24; s. dazu auch den Examensfall von Finkenauer, JuS 2009, 934, 937 f.

¹³⁶ Ausf. Wieling § 11 IV 5 a.

¹³⁷ Unverfolgte exotische Tiere wie Löwen erlangen mit dem Ausbruch aus dem Zoo ihre Freiheit; sie wären also herrenlos. Nach römischem Recht mussten exotische Tiere allerdings ihre *natürliche* Freiheit erlangt haben, um herrenlos zu werden. Das ist zum Schutz des Eigentümers auch heute anzunehmen, vgl. Wieling § 11 IV 5 c aa, e bb; Schermaier, FS W.-H. Roth, 2015, 493, 495 ff.; anders die h. M., die zu seinem Schutz den Begriff der Verfolgung maßlos überdehnen muss, vgl. Staudinger/Gursky/Wiegand, 2017, § 960 Rn. 9 f.

¹³⁸ Zeitungsanzeigen oder Anschläge genügen nicht; anders die h. M. (dazu aber Fn. 137).

- 60 d) *Gezähmte Tiere*: Ein wildes Tier kann nicht nur durch physische Mittel in der Gewalt gehalten werden, sondern auch durch Zähmung, so dass es nicht entweicht, obwohl es volle Bewegungsfreiheit hat, vielmehr immer wieder zum Eigentümer zurückkehrt. Ein solches Tier, etwa die Brieftaube, ist nicht herrenlos, wenn es zeitweilig nicht beim Eigentümer, sondern etwa auf dem Feld oder im Wald ist. Es wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren, § 960 III.

4. Bienen

- 61 a) *Herrenlosigkeit*: Auch die Biene gehört zu den wilden Tieren:¹³⁹ Die Biene ist ein wilder Wurm, wie die Altvorderen sagten. Gemäß § 961 wird ein Bienenschwarm herrenlos, wenn er aus dem Bienenstock endgültig auszieht. Die Herrenlosigkeit tritt aber – wie bei § 960 II – nicht ein, wenn der Eigentümer den Schwarm unverzüglich verfolgt. Der Eigentümer ist bei der Verfolgung des Schwarms berechtigt, fremde Grundstücke zu betreten, § 962, 1. Die Vorschrift gibt dem Verfolger nicht nur einen Anspruch auf Duldung des Betretens wie §§ 867, 1005, sondern schränkt das Eigentum am Grundstück ein und gibt ein Selbsthilferecht. Der Verfolger handelt also nicht rechtswidrig, selbst wenn er gegen den Willen des Eigentümers das Grundstück betritt. Sind die Bienen in eine fremde, unbesetzte Bienenwohnung eingezogen, so darf der Verfolger auch die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder -brechen, § 962, 2. Der Verfolger darf nur die Handlungen vornehmen, die unumgänglich sind, um den Schwarm einzufangen. Er haftet auf Ersatz aller angerichteten Schäden, § 962, 3, auch wenn ihm kein Verschulden zur Last fällt. Für Schäden, welche die Bienen anrichten, haftet er nach § 833.
- 62 b) *Miteigentum*: Vereinigen sich mehrere Schwärme verschiedener Eigentümer, so tritt Miteigentum am Gesamtschwarm ein, § 963. Der Miteigentumsanteil richtet sich nach der Zahl der verfolgten Schwärme, nicht nach deren Wert. Dringt ein Bienenschwarm in eine besetzte fremde Bienenwohnung ein, so wird er sofort Eigentum dessen, dem die Bienenwohnung gehört und dem der überfallene (und vernichtete) Schwarm gehörte, § 964; ein Ausgleich dafür ist nicht vorgesehen.

V. Fund

1. Verlieren und Finden

- 63 a) *Besitzlosigkeit*: Gemäß den §§ 965 ff. kann eine verlorene Sache gefunden werden; verloren i. S. v. § 965 ist eine Sache, wenn sie besitzlos, aber nicht herrenlos ist.¹⁴⁰ Auf welche Weise der Eigentümer den Besitz verloren hat, ist ohne Bedeu-

¹³⁹ Vgl. Lühn-Irriger, Die Biene im deutschen Recht von den Anfängen bis zur Gegenwart, 1999.

¹⁴⁰ So die prägnante Kurzformel von M. Wolff, 1923, § 82 I pr., die von der h. M. übernommen wurde. In bestimmten Fällen ist es jedoch denkbar, dass auch auf Sachen, an denen noch Besitz

tung. Verloren ist auch eine Sache, welche der Eigentümer einem Dritten anvertraut hat, z. B. einem Verwahrer, und welche dieser verliert oder auch absichtlich wegwirft; verloren ist auch, was ein Dieb stiehlt und dann wegwirft. Wenn der geschäftsunfähige Eigentümer seine Sache derelinquierte, ist die Dereliktion nicht wirksam (Rn. 55), die Sache jedoch verloren. Das gilt auch, wenn jemand seine Dereliktion anfechtet. Der Begriff der verlorenen Sache nach § 965 deckt sich also nicht mit dem der verlorenen Sache nach § 935.

aa) Verlieren im eigenen Raum: Ob eine Sache besitzlos ist, richtet sich nach § 856. 64 Entscheidend ist also, ob nach der Verkehrsanschauung der bisherige Besitzer weiterhin die Möglichkeit hat, die Gewalt über die Sache auszuüben.¹⁴¹ Im eigenen Haus, in der eigenen Wohnung, im gemieteten Hotelzimmer, verliert man nichts („Das Haus verliert nichts“). Sucht man sorgfältig genug, so findet sich alles wieder.¹⁴² Ein Dritter, z. B. ein Handwerker, kann keine Sachen des Wohnungsinhabers „finden“. Anders ist die Besitzlage, wenn es sich nicht um Privaträume handelt, sondern um Räume, die einem größeren, unkontrollierten Publikum zugänglich sind. Der Bankinhaber, der in den weitläufigen Schalterräumen seiner Bank einen Geldschein verliert, der Inhaber eines Kaufhauses, der in den Verkaufsräumen ein Schmuckstück verliert, ist ebenso wenig Besitzer, als wäre der Verlust in einer Bahnhofshalle eingetreten: Es besteht keine Aussicht für ihn, die Gewalt über die Sache weiterhin ausüben zu können.

bb) Verlieren im fremden Raum: Nach den gleichen Grundsätzen ist auch das 65 Verlieren in fremden Räumen zu entscheiden. Hat ein Besucher eine Sache in einem Privatraum verloren, z. B. ein Gast einen Ring, so verliert er den Besitz; dieser geht aber auf den Rauminhaber über, denn der Rauminhaber will die Gewalt über alle Sachen ausüben, die nicht in fremdem Besitz sind; er kann sie auch ausüben. Die Sache ist also nicht verloren. Der Rauminhaber hat solche Sachen nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag dem Berechtigten zurückzugeben, ohne Finderlohn verlangen zu können.

Anders ist die Situation auch hier bei solchen Räumen, die einem Publikumsverkehr zugänglich sind. Das Schmuckstück, das im Waschraum eines Hotels oder in einem Kino liegen bleibt, ist verloren. Ein Geldschein, den ein Kunde in einem Supermarkt verliert, ist besitzlos. Er geht keineswegs in den Besitz des Inhabers über, mag dieser auch einen entsprechenden Willen haben. Denn es besteht die große Wahrscheinlichkeit, dass der Schein von einem Kunden gefunden wird und nicht von einem Angestellten des Inhabers; der Kunde ist in diesem Fall Finder i. S. v. § 965.¹⁴³

b) Begriff des Finders: Finder i. S. v. § 965 ist, wer die verlorene Sache an sich 66 nimmt, d. h. Besitz ergreift, nicht wer sie zuerst entdeckt.¹⁴⁴ Das Rechtsverhältnis

besteht, Fundrecht angewandt werden kann, wenn es sich um einen stark gelockerten Besitz handelt, vgl. Wieling § 11 V 1 a ee.

¹⁴¹ Zur Frage, wann der Besitz endet, oben § 4 Rn. 17 f.

¹⁴² Das gilt auch für den Wohnungseigentümer, dessen Ring unter Dielenbrettern verschwunden ist (str.).

¹⁴³ Anders zu Unrecht BGHZ 101, 186, zutreffend Gursky, JZ 1991, 497 m. w. N.

¹⁴⁴ Wenn § 965 I also davon spricht, dass der Finder die Sache „finden und an sich nehmen muss“, ist das Finden kein eigenständiges Merkmal, vgl. Wieling § 11 V 1 b.

aus den §§ 965 ff. entsteht zwischen dem Verlierer der Sache und dem, der sie für ihn in Gewahrsam nimmt. Das geschieht noch nicht, wenn man eine Sache zur genaueren Prüfung vom Boden aufhebt;¹⁴⁵ es fehlt noch am Besitzwillen. Das Ansichnehmen wird regelmäßig durch Begründung unmittelbaren Besitzes geschehen, d. h. durch Begründung der tatsächlichen Gewalt; es kann auch durch einen Besitzmittler geschehen, so dass der Finder nur mittelbaren Besitz erwirbt. Wer z. B. einen gestohlenen und vom Dieb verschlossen zurückgelassenen Omnibus findet, kann ihn nicht ohne weiteres an sich nehmen. Er kann den Omnibus aber sicherstellen, indem er ein Abschleppunternehmen bittet, den Wagen für ihn an einen bestimmten Ort abzuschleppen.¹⁴⁶ Der Fund kann auch durch einen Besitzdiener geschehen, z. B. einen Angestellten. Das gilt aber nur für den Fall, dass der Fund im Rahmen des Auftrags des Besitzdieners geschehen ist,¹⁴⁷ nicht nur bei Gelegenheit der Wahrnehmung dieser Geschäfte.¹⁴⁸ Lässt der Kinobesitzer nach jeder Vorstellung die Räume durch Angestellte auf verlorene Sachen absuchen, so ist er, nicht der Angestellte, Finder i. S. v. § 965. Ein Wille des Besitzdieners, die Sache in eigenen Besitz zu nehmen, also selbst Finder zu sein, kommt nur in Betracht, wenn er nach außen zu erkennen gibt, dass er seiner Pflicht aus dem Rechtsverhältnis zum Auftraggeber nicht nachkommen will. Findet der Besitzdiener eine verlorene Sache nur bei Gelegenheit der Ausführung seines Auftrags, so ist er selbst Finder.¹⁴⁹

- 67 c) *Rechtsstellung des Finders*: Der ehrliche Finder ist Fremdbesitzer,¹⁵⁰ er ergreift die Sache für einen anderen; er hat ein Besitzrecht.¹⁵¹ Der Verlierer ist mittelbarer Besitzer, denn es kann davon ausgegangen werden, dass er einen entsprechenden Besitzwillen hat. Das Finden ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung. Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. Durch den Fund entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis gemäß den §§ 965 ff. zwischen Finder und Berechtigtem, der meist der Eigentümer sein wird. Es handelt sich dabei um einen besonderen Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag.¹⁵² Ist der Finder dagegen unehrlich, will er die Sache also unterschlagen, ist er Eigenbesitzer; die Privilegierung des Fundrechts passt nicht,¹⁵³ die §§ 965 ff. sind nicht anwendbar. Da er bewusst ein fremdes Geschäft als

¹⁴⁵ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 657.

¹⁴⁶ Vgl. OLG Hamm NJW 1979, 725; Gottwald, JuS 1979, 247 ff.

¹⁴⁷ Es muss sich nicht um einen speziellen Auftrag zum Suchen verlorener Sachen handeln, eine entsprechende Verpflichtung kann sich auch als Nebenpflicht aus dem Dienstverhältnis ergeben.

¹⁴⁸ Vgl. Planck/Brodmann § 965 Erl. 1 b; Eichler II/1, 58; Wolff/Raiser § 82 II; Baur/Stürner § 53 Rn. 79.

¹⁴⁹ So etwa, wenn ein Handwerksgeselle zur Reparatur in einen Haushalt gesandt wird und dabei auf der Straße eine Geldbörse findet.

¹⁵⁰ Schwingt er sich zum Eigenbesitzer auf, ist er ein unredlicher Finder; zu ihm sogleich.

¹⁵¹ H. M., Planck/Brodmann § 965 Erl. 1 b; BeckOGK/Schermaier § 965 Rn. 6 f.; anders Staudinger/Gursky/Wiegand, 2017, § 966 Rn. 2. S. auch unten § 12 Rn. 11.

¹⁵² Der Gesetzgeber strich zwar einen entsprechenden Verweis auf deren Regeln, schloss aber ihre subsidiäre Geltung nicht aus; der Finder ist im Vergleich zum Geschäftsführer bessergestellt (vgl. etwa § 968). Wie hier Heck, § 65 Nr. 1; Wolff/Raiser § 82 III; Füller, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 530; anders die h. M., vgl. etwa MünchKomm/Oechsler § 965 Rn. 1.

¹⁵³ S. Fn. 152.

eigenes behandelt, greift in diesem Fall § 687 II ein. Als besonderer Geschäftsführer ohne Auftrag hat er Fremdgeschäftsführungswillen zu haben.¹⁵⁴

2. Pflichten des Finders

a) *Anzeigepflicht*: Aus dem Fund entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, dessen Zweck darin liegt, dass der Finder dem Berechtigten die Sache möglichst unversehrt zurückerstattet. Dazu hat er zunächst einem ihm bekannten Empfangsberechtigten den Fund anzuzeigen, § 965 I, und zwar unverzüglich (vgl. § 121 I 1). Die Anzeigepflicht besteht auch beim Kleinfund.¹⁵⁵ Empfangsberechtigt ist jeder, der einen Herausgabeanspruch hat,¹⁵⁶ z. B. als dinglich Berechtigter, etwa als Eigentümer (§ 985), Nießbraucher (§§ 985, 1065), Pfandgläubiger (§§ 985, 1227), Anwartschaftsberechtigter, Ersitzungsbesitzer, Mieter, Entleiher (§ 1007). Gemäß § 965 I kann der Finder die Anzeige statt an einen Empfangsberechtigten auch an den ihm bekannten Verlierer richten; kennt er nur den Verlierer, so muss er die Anzeige an ihn richten. 68

Kennt der Finder keinen Empfangsberechtigten oder Verlierer, so hat er den Fund unverzüglich der nach Landesrecht zuständigen Behörde¹⁵⁷ anzuzeigen, § 965 II 1; ein Kleinfund muss nicht angezeigt werden, § 965 II 2.

Verletzt der Finder seine Anzeigepflicht, so kann er weder Eigentum noch den Anspruch auf Finderlohn erwerben, §§ 971 II, 973 I 1. Für entstehende Schäden haftet er dem Empfangsberechtigten aus §§ 280 ff., so etwa wenn dieser zwischenzeitlich eine Ersatzsache angemietet hat; er haftet wegen § 968 aber nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Auch ein Anspruch aus § 823 kommt in Betracht.

b) *Verwahrpflicht*: Der Finder ist verpflichtet, die Sache für den Empfangsberechtigten zu verwahren,¹⁵⁸ damit er sie dem Berechtigten ausliefern kann, § 966 I. Da der Finder die Sache als Geschäftsführer für den Berechtigten verwahrt, muss er auch für deren Erhalt sorgen und dazu eventuell Aufwendungen machen, z. B. Futter für ein gefundenes Tier kaufen. Handelt es sich um verderbliche Sachen, oder um Sachen, deren Aufbewahrung unverhältnismäßige Kosten verursachen 69

¹⁵⁴ Ausf. Wieling § 11 V 1 c; zust. BeckOGK/Schermaier § 965 Rn. 5; anders die h. M., die auch auf den unehrlichen Finder die §§ 965 ff. anwenden will, vgl. Staudinger/Gursky/Wiegand, 2017, § 965 Rn. 13.

¹⁵⁵ D. h. beim Fund einer Sache von einem Wert nicht über 10 €, vgl. § 965 II 2.

¹⁵⁶ Daneben ist auch der Besitzdiener als empfangsberechtigt anzusehen. Der Finder, der weiß, dass der Verlierer nur Besitzdiener ist, wird durch Herausgabe an ihn frei, vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 657 f.

¹⁵⁷ Vgl. dazu die Angaben bei Palandt/Herrler Vor § 965 Rn. 1; Staudinger/Wiegand/Gursky, 2017, § 965 Rn. 17. In Baden-Württemberg ist die zuständige Behörde nach § 5a AGBGB die Gemeindeverwaltung.

¹⁵⁸ Er vermittelt dem Berechtigten den Besitz.

würde, so ist der Finder berechtigt und verpflichtet, die Sache öffentlich versteigern zu lassen, § 966 II.

- 70 c) *Ablieferungspflicht*: Der Finder ist berechtigt und auf Anordnung der zuständigen Behörde verpflichtet, die Sache – oder den Versteigerungserlös – an die Behörde abzuliefern, § 967. Der Finder wird durch die Ablieferung von allen weiteren Pflichten befreit, behält aber seine Finderrechte, § 975, 1. Zwischen Behörde und Empfangsberechtigtem sowie Finder entsteht ein öffentlichrechtliches Verwahrungsverhältnis. Die Behörde ist verpflichtet, die Sache an den Empfangsberechtigten herauszugeben, darf dies aber nur tun, wenn der Finder zustimmt, § 975, 3. Hat der Finder Eigentum erworben, so muss die Behörde die Sache ihm herausgeben. Die Behörde kann die Sache versteigern lassen, es tritt dingliche Surrogation ein, § 975, 2. Die Versteigerung ist zulässig in den Fällen des § 966 II, im Übrigen regelt sich die Zulässigkeit nach öffentlichem Recht.
- 71 d) *Herausgabepflicht*: Der Finder ist verpflichtet, die Sache an den Empfangsberechtigten herauszugeben,¹⁵⁹ bei mehreren Empfangsberechtigten (Rn. 68) hat er die freie Wahl.¹⁶⁰
- 72 e) *Haftung*: Der Finder haftet für Pflichtverletzungen gemäß § 968 privilegiert wie ein Notgeschäftsführer (§ 680), nämlich nur wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit.

3. Rechte des Finders

- 73 a) *Aufwendungsersatz; Finderlohn*: Wie jeder Geschäftsführer (§ 683), so kann auch der Finder vom Berechtigten Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, § 970;¹⁶¹ er hat ferner gemäß § 971 I einen Anspruch auf Finderlohn. Er beträgt bei Tieren 3 % des Werts (zur Zeit der Herausgabe), sonst für die ersten 500 € 5 %, dann 3 %. Bei Sachen, die lediglich für den Berechtigten ein Affektionsinteresse haben, ist der Wert nach billigem Ermessen zu bestimmen. Der Anspruch auf Finderlohn besteht neben dem auf Aufwendungsersatz, § 970; er ist gemäß § 971 II ausgeschlossen, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt oder den Fund verheimlicht. Aufwendungsersatz und Finderlohn¹⁶² treten primär nicht als Ansprüche auf, sondern als Zurückbehaltungsrecht an der Fundsache, § 972.
- 74 b) *Eigentumserwerb*: Durch den Fund erwirbt der Finder ein dingliches, vererbliches und übertragbares Anwartschaftsrecht an der Sache, die nach §§ 1007, 1004,

¹⁵⁹ Staudinger/Gursky/Wiegand, 2017, § 965 Rn. 16.

¹⁶⁰ Durch Herausgabe an den Verlierer wird er jedoch gemäß § 969 befreit.

¹⁶¹ Dieser Anspruch steht nur dem Finder zu, nicht der zuständigen Behörde, an welche die Sache abgeliefert wurde; ihr steht eventuell eine öffentlichrechtliche Gebühr zu, vgl. Staudinger/Wiegand/Gursky, 2017, § 970 Rn. 2.

¹⁶² Für eine analoge Anwendbarkeit der Vorschrift als „Rettungslohn“ auf denjenigen, der eine Sache vor ihrem sicheren Untergang rettet, Finkenauer, FS P. Krause, 2006, 589, 605 ff.; zust. BeckOGK/Schermaier § 971 Rn. 3; Wieling § 11 VI 7.

823, 812 geschützt ist.¹⁶³ Nach Ablauf von sechs Monaten nach der Anzeige des Fundes bei der zuständigen Behörde (vgl. § 965 II) erwirbt er das Eigentum an der Fundsache bzw. am Versteigerungserlös, wenn sich nicht vorher ein Empfangsberechtigter gemeldet hat; sonstige Rechte an der Sache erlöschen, § 973 I. Bei einem Kleinfund beginnt die Frist von sechs Monaten mit dem Fund, § 973 II 1. Verheimlicht der Finder den Fund, so kann er kein Eigentum erwerben, § 973 II 2.

Wer durch den Eigentumserwerb des Finders (oder der Gemeinde, § 976 I) einen Verlust erleidet, z. B. der Eigentümer oder Pfandgläubiger, kann vom Finder (oder der Gemeinde) nach *Bereicherungsrecht* Herausgabe des Erlangten verlangen, § 977, 1;¹⁶⁴ der Anspruch erlischt nach Ablauf von drei Jahren seit dem Übergang des Eigentums, wenn er nicht vorher gerichtlich geltend gemacht wird, § 977, 2.

75

4. Behörden- und Verkehrsfund

Wird eine Sache in den Räumen oder Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer öffentlichen Verkehrsanstalt gefunden, so gelten besondere Fundregeln, §§ 978–982. Der Gesetzgeber glaubte, dass solche Orte unter der besonderen Kontrolle von Beamten und Angestellten stünden und deshalb von einem Verlieren an sich keine Rede sein könne. Der Finder kann daher kein Eigentum an der gefundenen Sache erwerben, der Finderlohn ist gering. Nachteilig für den Verlierer ist es, dass die verlorene Sache nicht den allgemeinen Fundbüros zugeleitet oder gemeldet wird, sondern bei der Behörde oder Verkehrsanstalt bleibt. Der Anreiz für einen ehrlichen Finder ist gering; die Regelung ist ungeschickt.¹⁶⁵

76

a) *Behörde; Verkehrsanstalt*: Ein Behördenfund liegt gemäß § 978 I vor, wenn eine Sache in den Geschäftsräumen oder Transportmitteln einer Behörde¹⁶⁶ gefunden wird; ein Verkehrsfund liegt vor, wenn eine Sache in den Geschäftsräumen oder Transportmitteln einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt gefunden wird. „Verkehr“ in diesem Zusammenhang meint nicht einen Publikumsverkehr, sondern die Beförderung von Personen oder Gütern. Verkehrsanstalten sind z. B. Bahn oder Post, aber auch private Eisenbahnlinien, Fluglinien, Schifffahrtsunternehmen, Straßenbahnunternehmen usw., soweit sie von einer unbestimmten Personenzahl genutzt werden können. Der Ausdruck „Anstalt“ deutet darauf hin, dass es sich um ein größeres Unternehmen handeln muss. Ferner deutet der Ausdruck „öffentlicher Verkehr“ darauf hin, dass nur solche Transportanstalten gemeint sind, die einen regelmäßigen Linienverkehr unterhalten. Die §§ 978 ff. sind anwendbar auf die Transportmittel oder Geschäftsräume der Behörden und Verkehrsanstalten.

77

¹⁶³ Vgl. § 976 I: „Recht zum Erwerb des Eigentums“.

¹⁶⁴ § 977 enthält einen zu korrigierenden Redaktionsfehler, weil er auf § 974 verweist, der so sinnlos würde; Wieling § 11 V 3 d bb; Finkenauer, FS J. Schröder, 2013, 21, 34 ff.

¹⁶⁵ Ausf. Kritik bei Wieling § 11 V 4 pr.

¹⁶⁶ Etwa in einem Arbeitsamt, in einer Schule, Universität, in einem öffentlichen Museum, Schwimmbad, Krankenhaus, in einer öffentlichen Bibliothek.

- 78 *b) Rechtsstellung des Finders:* Gefundene Sachen sind unverzüglich der Behörde, der Verkehrsanstalt oder einem ihrer Angestellten abzuliefern, § 978 I 1. Die Behörde oder Verkehrsanstalt hält die Sache in eigener Verwahrung. Der Finder¹⁶⁷ hat einen Anspruch auf Finderlohn, wenn die verlorene Sache 50 € wert ist oder mehr, § 978 II 1. Er beträgt die Hälfte des Finderlohns nach § 971 II 2, 3, vgl. § 978 II 2. Ausgeschlossen ist ein Finderlohn für Angestellte der Behörde oder Verkehrsanstalt, sowie wenn der Finder die Ablieferungspflicht verletzt, § 978 II 3. Der Anspruch erlischt nach einem Monat, § 1002.¹⁶⁸ Die Behörde oder Verkehrsanstalt muss die Herausgabe der Sache an den Berechtigten dem Finder anzeigen, § 978 II 5. Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz besteht nicht.
- 79 *c) Versteigerung:* Die Behörde oder Verkehrsanstalt kann die gefundene Sache versteigern lassen, und zwar gemäß § 979 Ia, b auch online; der Erlös tritt im Wegedinglicher Surrogation an die Stelle der Sache, §§ 979, 980 I. Der Berechtigte kann Herausgabe des Erlöses verlangen, entweder nach den Regeln der öffentlichen Verwahrung oder, bei privaten Verkehrsanstalten, nach § 985 und §§ 681, 667. Hat kein Berechtigter sein Recht angemeldet, fällt unter den Voraussetzungen des § 981 I der Erlös an den Fiskus, die Gemeinde oder die die Anstalt betreibende Privatperson.

VI. Schatzfund

1. Schatz

- 80 *a) Begriff:* § 984 belohnt den Entdecker eines Schatzes mit dem Miteigentum an der gefundenen Sache.¹⁶⁹ Dadurch wird honoriert, dass eine Sache, die durch ihre Verborgenheit lange Zeit der menschlichen Nutzung entzogen war, wieder dem Verkehr zugeführt werden kann. In Anlehnung an das römische Recht definiert das Gesetz den Schatz als „eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, dass der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist“. Ein „Schatz“ kann jede Sache sein, es muss sich nicht um Wertsachen handeln. Die verbergende Sache kann ein Grundstück oder Bauwerk, aber auch eine bewegliche Sache sein, etwa eine geheime Schublade in einem Schreibtisch. Der Schatz muss in der verbergenden Sache lange Zeit verborgen gewesen sein, muss aber nicht absichtlich versteckt worden sein. Auch eine verloren gegangene Sache wird durch Zeitablauf zum Schatz, z. B. ein Ring, der bei Garten- oder Feldarbeiten unter die Erde geraten ist.¹⁷⁰
- 81 *b) Verborgensein:* Der Schatz muss so lange verborgen gewesen sein, dass aus diesem Grund der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist.¹⁷¹ Ist trotz langer Verbor-

¹⁶⁷ Finder ist insoweit auch, wer die Behörde oder Verkehrsanstalt auf die verlorene Sache hinweist, statt sie an sich zu nehmen und abzuliefern, vgl. Staudinger/Wiegand/Gursky, 2017, § 978 Rn. 8.

¹⁶⁸ A. A. Staudinger/Gursky/Wiegand, 2017, § 978 Rn. 9.

¹⁶⁹ Zur Geschichte Wieling § 11 VI 1.

¹⁷⁰ Zur Anwendbarkeit des § 984 auf herrenlose Sachen Wieling § 11 VI 2 a.

¹⁷¹ § 1006 vermutet allerdings das Eigentum an dem Schatz des Besitzers der verbergenden Sache.

genheit der Eigentümer zu ermitteln, so liegt kein Schatz vor. Der Schatz muss bei der Entdeckung nicht mehr verborgen sein, er kann auch entdeckt werden, wenn er durch Naturkräfte freigelegt wurde. Ein Entdecken im Sinne des § 984 ist aber auch dann möglich, wenn der Schatz durch einen Menschen freigelegt wurde, der aber auf das Heben des Schatzes verzichtete.

2. Entdecken des Schatzes

a) *Begriff*: Entdecken bedeutet Wahrnehmen des Schatzes. Anders als beim Fund ist 82
beim Schatzfund das Entdecken entscheidend, nicht das Besitzergreifen. Beim Fund legt das Gesetz entscheidenden Wert darauf, dass die Sache im Interesse des Eigentümers in Obhut genommen wird; beim Schatzfund entscheidet dagegen die Entdeckung, welche die lange verborgene Sache wieder der menschlichen Nutzung zuführt. Ob der Entdecker den Schatz gesucht oder zufällig gefunden hat, spielt keine Rolle. Ebenso wenig ist es für § 984 bedeutsam, ob der Entdecker bei der Entdeckung rechtswidrig gehandelt hat, z. B. Hausfriedensbruch begangen hat.¹⁷²

Das „Entdecken“ i. S. v. § 984 ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein Realakt, es setzt keine Geschäftsfähigkeit voraus und keinen auf Rechtserwerb gerichteten Willen.

b) *Person des Entdeckers*: Das Entdecken kann auch durch Hilfspersonen ge- 83
schehen, wenn jemand z. B. den Auftrag gibt, nach eventuell verborgenen Schätzen zu suchen. Es ist aber zu eng, wenn die h. M. die Gehilfentätigkeit auf die Fälle beschränkt, in welchen ein Auftrag zur Schatzsuche erteilt wurde.¹⁷³ Nach dieser Ansicht ist ein Arbeiter sogar dann Entdecker i. S. v. § 984, wenn er genau vorgeschriebene Arbeiten unter der Aufsicht des auftraggebenden Eigentümers vornimmt. Das kann nicht zutreffen. Sicherlich kann auch ein beauftragter Unternehmer oder dessen Arbeiter Entdecker sein, wenn sie bei Gelegenheit der durchzuführenden Arbeiten einen Schatz finden. Anders aber ist es, wenn der Schatz in Ausführung der übertragenen Arbeit gefunden wird. Es besteht kein Grund, beim Schatz von den allgemein anerkannten Regeln abzuweichen (Rn. 66). Hat der Eigentümer der verborgenen Sache konkrete Arbeiten in Auftrag gegeben, bei deren Ausführung jeder beliebige Unternehmer oder Arbeiter den Schatz gefunden hätte, so ist der Auftraggeber Entdecker.¹⁷⁴ Nur ihm fällt das Verdienst zu, dass der Schatz wieder ans Tageslicht kam, die Ausführenden hätten ohne den Auftrag keine Möglichkeit gehabt, den Schatz freizulegen. Mit der Entdeckung erwirbt der Entdecker ein hälftiges Anwartschaftsrecht am Schatz (Rn. 85).

¹⁷² Vgl. OLG Jena SeuffA 47 Nr. 187; Motive III, 390.

¹⁷³ BGH JZ 1988, 665 ff.; Staudinger/Wiegand/Gursky, 2017, § 984 Rn. 9.

¹⁷⁴ Zust. BeckOGK/Schermaier § 984 Rn. 22.1. Anders mag es sein, wenn der Schatz nur durch besondere Aufmerksamkeit des Unternehmers oder des Arbeiters gefunden wurde, der Schatz also bei Durchführung der Arbeiten auch hätte unentdeckt bleiben können. Findet z. B. ein Knecht beim Pflügen einen Ring, so ist er selbst Entdecker, vgl. Westermann/Gursky § 60, 2.

3. Besitzergreifung

- 84** § 984 fordert außerdem, dass der Schatz in Besitz genommen wird. Wer den Besitz ergreift, ist unerheblich, wenn nur die Ergreifung infolge der Entdeckung geschieht. Zum Eigentumserwerb ist also nicht erforderlich, dass der Entdecker oder der Eigentümer der verbergenden Sache Besitz ergreift. Hat sich z. B. der Entdecker nach Freilegung des Schatzes entfernt, um Hilfe zum Abtransport zu holen, und nimmt inzwischen ein Dritter den Schatz in Besitz, so werden der Entdecker und der Eigentümer der verbergenden Sache Eigentümer des Schatzes; der Besitzergreifende erwirbt keinerlei Rechte. Ebenso liegt es, wenn der Entdecker den Schatz für die Zwischenzeit wieder vergräbt, ein Dritter aber wegen der hinterlassenen Grabungsspuren den Schatz entdeckt und hebt. Entdeckt aber ein Dritter unabhängig von der ersten Entdeckung den Schatz nochmals – etwa weil der erste Entdecker ihn spurlos wieder vergraben hatte –, so wird der Eigentümer der verbergenden Sache Teileigentümer des Schatzes. Das Anwartschaftsrecht des ersten Entdeckers (Rn. 85) wird aber nicht zum Eigentum, weil die Besitzergreifung nicht infolge seiner Entdeckung geschah. Aber auch der zweite Entdecker wird nicht Eigentümer, weil das Anwartschaftsrecht des ersten Entdeckers noch besteht. Dieser kann aufgrund seines Anwartschaftsrechts vom Besitzer Herausgabe verlangen (§§ 985, 1011 entsprechend)¹⁷⁵ und so Eigentum erwerben. Anders ist die Rechtslage aber dann, wenn der erste Entdecker den Schatz nicht in Besitz genommen hat, weil er ihn nicht erwerben wollte. In diesem Fall ist der zweite Entdecker der Entdecker i. S. v. § 984, mag er den Schatz infolge der ersten Entdeckung entdeckt haben oder nicht.

4. Rechtsfolgen

- 85** Mit der Entdeckung des Schatzes erwerben der Entdecker und der Eigentümer der verbergenden Sache ein dingliches, übertragbares und vererbliches Anwartschaftsrecht an dem Schatz.¹⁷⁶ Der Eigentumserwerb tritt aber gemäß § 984 erst ein, wenn der entdeckte Schatz „infolge der Entdeckung in Besitz genommen“ wird. Mit der Entdeckung und Besitzergreifung des Schatzes infolge der Entdeckung wird der Entdecker Eigentümer zur Hälfte, der Eigentümer der verbergenden Sache zur anderen Hälfte. Andere Rechte an der verbergenden Sache erstrecken sich nicht auf den Schatz, vgl. § 1040 zum Nießbrauch. Mit dem Eigentumserwerb erlöschen alle bisherigen Rechte an der Sache.

¹⁷⁵ Rn. 53.

¹⁷⁶ Vgl. z. B. Prütting Rn. 510; Wolff/Raiser § 83 III 1 b; Staudinger/Wiegand/Gursky, 2017, § 984 Rn. 6; Erman/Ebbing § 984 Rn. 5; MünchKomm/Oechsler § 984 Rn. 9.

5. Öffentlichrechtliche Beschränkungen

Die meisten Länder haben in neuerer Zeit Denkmalschutzgesetze erlassen, die die Anwendbarkeit des § 984 erheblich eingeschränkt haben.¹⁷⁷ Sie setzen voraus, dass der Schatz ein „Denkmal“ ist,¹⁷⁸ und machen das Graben nach Bodendenkmälern genehmigungspflichtig. Ein Fund ist der Denkmalschutzbehörde anzuzeigen, die Fundstelle eine gewisse Zeit unverändert zu lassen. Der Fund ist der Behörde für eine gewisse Zeit zur wissenschaftlichen Auswertung zu überlassen. Die Behörde kann unter bestimmten Voraussetzungen Ablieferung des Fundes gegen Entschädigung verlangen, also eine Enteignung vornehmen.¹⁷⁹ Darüber hinaus haben die meisten Länder mittlerweile ein „Schatzregal“ begründet, d. h. der Schatz fällt beim Finden unmittelbar in staatliches Eigentum, wenn er bei Grabungen durch den Staat gefunden wird oder wenn er von besonderem wissenschaftlichem Wert ist.¹⁸⁰ In manchen Ländern ist dies mit einer Belohnung für den Finder verbunden. Art. 3a II, 73 EGBGB lassen die Neubegründung solcher Regalien zu.¹⁸¹

¹⁷⁷ Vgl. dazu insbesondere Fischer zu Cramburg, Das Schatzregal, 2003, 115 ff., 152 ff.; BeckOGK/Schermaier § 984 Rn. 34.1; Staudinger/Albrecht, 2018, Art. 73 EGBGB Rn. 28 f.; Staudinger/Wiegand/Gursky, 2017, § 984 Rn. 21.

¹⁷⁸ Regelmäßig keine Denkmale sind Fossilienfunde und andere Funde von naturhistorischem oder naturwissenschaftlichem Wert.

¹⁷⁹ Vgl. dazu BVerwGE 21, 191 ff.

¹⁸⁰ So z. B. § 23 DSchG BW, nur Bayern hat noch kein „Schatzregal“. Vgl. Staudinger/Wiegand/Gursky, 2017, § 984 Rn. 21. Die Verfassungsmäßigkeit solcher Gesetze bejahen BVerfG NJW 1988, 2593 f.; BVerwG NJW 1997, 1171 ff.; Fischer zu Cramburg (Fn. 177), 174 ff.; dagegen mit überzeugenden Gründen Schroeder, JZ 1989, 676 ff. Ob Raubgrabungen („Himmelscheibe von Nebra“) erfolgreich mit dem „Schatzregal“ bekämpft werden können, erscheint jedoch zweifelhaft; der Anreiz des § 984 für den ehrlichen Finder ist vorzuziehen; vgl. dazu Finkenauer, KUR 2007, 91, 105; zust. BeckOGK/Schermaier, § 985 Rn. 36.

¹⁸¹ A. A. Staudinger/Albrecht, 2018, Art. 73 EGBGB Rn. 10.

§ 12. Schutz des Eigentums



I. Herausgabeanspruch, § 985

Das Eigentumsrecht gibt dem Eigentümer einen Herausgabeanspruch gegen den 1
unrechtmäßigen Besitzer. Mit der Herausgabe der Sache ist das Verhältnis zwischen
Eigentümer und Besitzer häufig jedoch noch nicht bereinigt. Hat der Besitzer die
Sache beschädigt oder verspätet herausgegeben, so kommen Schadensersatzansprüche
in Betracht. Hat der Besitzer Nutzungen aus der Sache gezogen, so ist zu prüfen,
ob dem Eigentümer Herausgabe- oder Ersatzansprüche zustehen. Umgekehrt
können dem Besitzer gegen den Eigentümer Ansprüche zustehen, weil er Aufwendungen
auf die fremde Sache gemacht hat. Solche Ansprüche hat das Gesetz als
Nebenansprüche zum Herausgabeanspruch in den §§ 987–1003 geregelt.

1. Voraussetzungen der Vindikation

a) *Eigentum*: Der Herausgabeanspruch steht dem Eigentümer zu, ein Miteigentümer 2
kann gemäß § 985 von den anderen Miteigentümern Einräumung des Mitbesitzes
verlangen; gegenüber Dritten kann jeder Miteigentümer gemäß §§ 985, 1011
Herausgabe der Sache an alle Miteigentümer fordern. Ein Nichteigentümer kann
kraft Gesetzes zum Geltendmachen fremden Eigentums berechtigt sein, wie etwa
der Insolvenzverwalter, § 80 InsO, der Testamentsvollstrecker, § 2205 usw. Die
Ermächtigung, das fremde Eigentum im eigenen Namen geltend zu machen, kann
vom Eigentümer auch rechtsgeschäftlich erteilt werden;¹ die Ermächtigung
berechtigt den Inhaber auch zum prozessualen Geltendmachen des fremden Eigentums
im eigenen Namen (Prozessstandschaft). Der Kläger muss beweisen, dass ihm das

¹ Vgl. Werner, JuS 1987, 855 ff.

Eigentum zusteht, also die für den Besitzer streitende Eigentumsvermutung nach § 1006 I 1, III widerlegen (Rn. 85 ff.).

- 3 *b) Besitz:* Die Vindikation richtet sich gegen den Besitzer der Sache. Die Art des Besitzes spielt keine Rolle. Dagegen richtet sich die Vindikation nicht gegen einen Besitzdiener. Die Vindikation richtet sich auch gegen Mitbesitzer, jeder Mitbesitzer haftet auf Übertragung seines Besitzanteils. Zum fehlenden Besitzrecht des Besitzers sogleich Rn. 11 ff.
- 4 *c) Bestimmtheit:* Gemäß dem Bestimmtheitsprinzip richtet sich der Anspruch auf eine bestimmte Sache, die im Prozess so genau zu beschreiben ist, dass eine Vollstreckung erfolgen kann. Sachgesamtheiten können nicht vindiziert werden, es ist nur je eine Vindikation aller Einzelsachen möglich. Vindiziert werden kann auch eine Sache, die als unwesentlicher Bestandteil mit einer anderen verbunden ist.

2. Inhalt der Vindikation

- 5 *a) Herausgabe:* Der Besitzer muss dem Eigentümer die Sache herausgeben, d. h. ihm den unmittelbaren Besitz verschaffen. „Herausgeben“ ist mehr als das Dulden der Wegnahme, es schließt ein positives Tun ein. So muss der Besitzer die Sache eventuell in seinem Bereich erst suchen und bereitstellen oder sie von einer anderen abtrennen.² Die Sache ist in ihrem gegenwärtigen Zustand herauszugeben.
- 6 *b) Leistungsort:* Den Leistungsort für die Herausgabepflicht hat der Gesetzgeber nicht geregelt. Die allgemeine Regel des § 269, wonach die Leistung am Wohnsitz des Schuldners zu erfolgen hat, hielt man zu Recht bei § 985 für unpassend. Der Leistungsort sei vielmehr gemäß dem Inhalt der Leistungspflichten im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zu bestimmen.³ Danach gilt Folgendes: Solange der Besitzer weder bösgläubig noch verklagt ist, haftet er gemäß den §§ 989 ff. nicht für die Behandlung, die er der Sache zukommen lässt; verändert er also ihren Ort, so verschärft das seine Haftung nicht. Leistungsort ist vielmehr in jedem Fall der Ort, an welchem die Sache sich befindet.

Ist der Besitzer dagegen bösgläubig oder verklagt, so hat er gemäß §§ 989, 990 für seine Handlungen einzustehen, soweit ihn ein Verschulden trifft; er darf den Ort der Sache nicht mehr schuldhaft ändern. Tut er das dennoch, so hat er auf Verlangen des Eigentümers die Sache an den Ort zu bringen, an welchem sie sich befand, als er bösgläubig wurde bzw. die Klage rechtshängig wurde.⁴ Die Kosten des Transports dorthin treffen den Besitzer.

- 7 *c) Mittelbarer Besitz:* Dass § 985 sich auch gegen den mittelbaren Besitzer richtet, ist heute allgemein anerkannt. Umstritten ist jedoch die Frage, worauf sich der Anspruch richtet. Soll er nur auf Übertragung des mittelbaren Besitzes gemäß § 870

² Etwa im Falle der Vindikation eines Motors aus dem Pkw des Besitzers.

³ Vgl. – auch zum Folgenden – Motive III, 399.

⁴ Wie hier Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 169; anders MünchKomm/Baldus § 985 Rn. 96: Herausgabe am aktuellen Lageort.

gehen?⁵ Das hat den Nachteil, dass der Eigentümer aus einem Urteil nicht auf Herausgabe der Sache vollstrecken kann, wenn der Beklagte nach dem Urteil den unmittelbaren Besitz erlangt; er muss nochmals klagen. Richtig ist es daher, einen Anspruch einfach auf Herausgabe zu geben, „Herausgabe“ in einem weiteren Sinne verstanden, so dass der Verpflichtete herausgeben muss, was er hat: den unmittelbaren oder den mittelbaren Besitz.⁶ Die Vollstreckung erfolgt dann nach § 883 oder nach § 886 ZPO. Ist der unmittelbare Besitzer herausgabebereit, so kann gemäß § 809 ZPO gegen ihn vollstreckt werden. Der Nachteil dieser Art des Vorgehens liegt in der Unbestimmtheit der Verpflichtung; worauf etwa kann der Kläger aus einem Urteil auf „Herausgabe“ vollstrecken? Diese Unsicherheit wiegt allerdings nicht allzu schwer gegenüber dem Vorteil, dass der Kläger auf jeden Fall gegen den Beklagten vollstrecken kann, wie sich auch dessen Besitzposition nach dem Urteil entwickeln mag.

d) *Geldvindikation*: Nach einer Auffassung hat das Geld im Sachenrecht eine Sonderstellung. Da die Münzen oder der Schein keinen Materialwert haben, sondern Wertträger sind, wurde gefordert, den dinglichen Schutz des Geldes auf den Geldwert zu erstrecken. Besitz z. B. B einen 100-€-Schein des E und tauscht er ihn bei einer Bank in fünf 20-€-Scheine um, verliert E sein Eigentum am Geldschein; B wird Eigentümer der fünf Scheine. Dennoch soll dem E nach dieser Auffassung eine „Geldwertvindikation“ gegen B gemäß § 985 zustehen. Erlöschen soll die „Geldwertvindikation“ erst, wenn der Geldwert nicht mehr unterscheidbar im Vermögen des „Eigentümers“ vorhanden ist.⁷ Von der h. M. wird diese Ansicht zu Recht abgelehnt. Sie führt zu erheblichen Unsicherheiten und ist mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren.⁸

e) *Anwendbare Vorschriften*: Auf den Anspruch aus § 985 ist der Allgemeine Teil des BGB anwendbar, ebenso der Allgemeine Teil des Schuldrechts, soweit sich aus der Natur des Anspruchs nichts Gegenteiliges ergibt.⁹ Anwendbar sind z. B. die Regeln des Gläubigerverzugs sowie die Regeln des Schuldnerverzugs mit der Einschränkung des § 990 II, dass nur der bösgläubige Besitzer in Verzug kommen kann. Anwendbar sind auch die §§ 280, 241 II, wenn z. B. der Besitzer im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses eine Nebenpflicht verletzt.¹⁰ Nicht anwendbar ist § 275, weil mit dem Besitzverlust der Anspruch aus § 985 untergeht.¹¹ Gleiches gilt für die §§ 275 ff., welche durch die Spezialregelung der §§ 987 ff. verdrängt werden. Insbesondere kann der Herausgabeanspruch nach § 985 nicht durch Fristsetzung in

⁵ So Baur/Stürner § 11 Rn. 41.

⁶ So z. B. Wolff/Raiser § 84 III 2; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 183, 187; Jauernig/Berger § 985 Rn. 5.

⁷ Westermann § 30 V; Eichler II/1, 216; Simitis, AcP 159 (1960/61), 406, 460.

⁸ Wieling § 12 I 2 d; Westermann/Gursky § 29 Rn. 31; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 153; Soergel/Stadler § 985 Rn. 22.

⁹ Vgl. § 1 Rn. 4.

¹⁰ So auch Müller/Gruber Rn. 946; MünchKomm/Baldus § 985 Rn. 154 f.: Die herauszugebende Kuh ist infiziert.

¹¹ Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 177; a. A. NK/Schanbacher § 985 Rn. 47.

einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280, 281 umgewandelt werden; die Regelung passt nicht, weil der Herausgabeanspruch nicht nach § 281 IV ausgeschlossen sein kann, solange das Eigentum, mit dem er untrennbar verbunden ist, weiterbesteht.¹² Der Sachwert könnte sonst ohne die von § 989 geforderte Verschlechterung oder sonstige Unmöglichkeit geltend gemacht werden („Zwangskauf“).¹³ Nicht anwendbar ist auch § 285, der Besitzer ist nicht verpflichtet, ein Surrogat für die Sache herauszugeben; dem Eigentümer genügt die Kondiktion aus § 816 I.¹⁴

Der Anspruch aus § 985 ist als dinglicher Anspruch nicht vom dinglichen Recht, d. h. vom Eigentum trennbar. Er kann nicht selbständig abgetreten, sondern nur mit dem Eigentum zusammen übertragen werden, wie etwa im Fall des § 931. Möglich ist es, eine unwirksame Abtretung gemäß § 140 in eine Ermächtigung umzudeuten, das fremde Eigentum in eigenem Namen geltend zu machen. Möglich ist auch eine Pfändung des Anspruchs aus § 985, da sonst dem Gläubiger das im Besitz eines Dritten befindliche Eigentum seines Schuldners unzugänglich wäre;¹⁵ eine Verpfändung ist dagegen nicht möglich. Zur Anwendung des § 242, namentlich zur Verwirkung, oben § 1 Rn. 4.

3. Ausschluss der Vindikation

- 10 Jede rechtliche Regelung ist nur dann anwendbar, wenn nicht ein spezielleres Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht, welches jener allgemeinen Regelung vorgeht. Das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer ist in den §§ 985–1003 geregelt, doch gelten diese Regelungen nicht, wenn zwischen Eigentümer und Besitzer ein spezielleres Rechtsverhältnis besteht, etwa ein Mietvertrag. Aus diesem spezielleren Rechtsverhältnis kann sich entweder ergeben, dass der Besitzer zur Zeit überhaupt nicht zur Herausgabe verpflichtet ist oder aber dass er zwar dazu verpflichtet ist, aber nicht aufgrund der §§ 985 ff., sondern aufgrund anderer Vorschriften.

¹² Gegen eine Anwendung Wilhelm Rn. 1188; NK/Schanbacher § 985 Rn. 47; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 177; MünchKomm/Baldus § 985 Rn. 161 ff.; Katzenstein, AcP 206 (2006), 96; anders BGHZ 209, 270 Rn. 16, 24 für den Fall der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs oder der Bösgläubigkeit des Besitzers; s. auch BGH NJW 2018, 786; zust. Palandt/Herrler § 985 Rn. 14; BeckOGK/Thole, 2019, § 985 Rn. 30; Erman/Ebbing, Vor § 987 Rn. 90; für uneingeschränkte Anwendbarkeit Vieweg/Werner § 7 Rn. 36; krit. dazu Ernst, ZIPW 2019, 122, 127, der eine außerordentliche Ersitzung auch des bösgläubigen Besitzers vorschlägt.

¹³ Vgl. Baldus/Raff, JR 2017, 430, 432; NK/Schanbacher § 985 Rn. 47. Kaum kann der Eigentümer neben der Liquidierung des Sachwerts auch noch sein Eigentum behalten: Entweder muss das Eigentum in dem Zeitpunkt übergehen, in dem wegen § 281 IV die Vindikation erlischt, oder man müsste § 255 anwenden. – Zur Anwendung des § 281 im Falle des Verzugs des bösgläubigen Besitzers nach § 990 II, 286 Gebauer/Huber, ZGS 2005, 103; zust. Wieling § 12 I 2 e.

¹⁴ Wilhelm Rn. 1187; Brehm/Berger § 7 Rn. 70; Picker, FG BGH I, 2000, 693, 721 f.; Palandt/Grüneberg § 285 Rn. 4; Medicus/Petersen Rn. 599; a. A. Weiss, JuS 2012, 965, 967 f.

¹⁵ Vgl. Palandt/Herrler § 985 Rn. 1; Soergel/Stadler § 985 Rn. 4.

a) *Besitzrecht*: Die §§ 985 ff. sind nicht anwendbar, wenn der Besitzer ein dingliches oder obligatorisches Recht hat, welches ihm gegenüber dem Eigentümer ein Recht zum Besitz gibt, § 986 I 1 (1). Ein solches Recht hat etwa der Nießbraucher oder Pfandgläubiger oder wer eine Sache vom Eigentümer gemietet oder geliehen hat. Statt der §§ 985 ff. ist die jeweilige speziellere Regelung anzuwenden, z. B. die §§ 1210 ff., 535 ff. In einem solchen Fall ist der Besitzer zur Herausgabe nicht verpflichtet.

Ein Besitzrecht hat z. B. der Besitzer, der auf Aufforderung die Sache jederzeit herausgeben muss,¹⁶ z. B. der Verwahrer, § 695; der Beauftragte, § 667; der (berechtigte) Geschäftsführer ohne Auftrag, §§ 681, 667;¹⁷ der Finder.¹⁸

Ein Recht zum Besitz hat auch, wem Sachen unbestellt zugesandt werden, und zwar bis zur versuchten Abholung durch den Eigentümer. Gemäß § 241a I hat ein Unternehmer (§ 14), der einem Verbraucher (§ 13) unbestellte Waren zusendet, gegen diesen keine Ansprüche. Die Vorschrift ist nach Inhalt und Form missglückt, zu Recht hat man davon gesprochen, dass sie das BGB als kulturelles Denkmal deutscher Rechtswissenschaft verschandelt.¹⁹ Dem Eigentümer und Versender sind nach § 241a I auch alle gesetzlichen Ansprüche, etwa aus §§ 985, 812 – versagt, was sich insbesondere durch einen Gegenschluss aus § 241a II ergibt. Der Unternehmer bleibt Eigentümer der versandten Ware, verliert aber alle Ansprüche daraus, Eigentum und Besitz werden damit dauernd getrennt: Der Unternehmer hat eine *nuda proprietas*, ein nacktes, wertloses Eigentum, was der Sache nach nichts anderes bedeutet, als dass dem Eigentümer sein Recht entzogen wird.²⁰ Der Verbraucher erhält an der Sache ein Recht zum Besitz,²¹ nach einer wenig konsequenten Gegenauffassung lediglich ein umfassendes und unbefristetes Nutzungs- und Herrschaftsrecht,²² das sich in unser Sachenrechtssystem nicht einordnen lässt. Richtigerweise muss man dem Verbraucher auch das Eigentumsrecht zusprechen, um die auftretende dauerhafte Trennung von Eigentum und Besitz aufzulösen.²³

Ist dem Käufer die Sache vor Abschluss des Kaufvertrags übergeben worden, so hat er bereits zu diesem Zeitpunkt ein Recht zum Besitz.²⁴ Ein Recht zum Besitz hat

¹⁶ BeckOGK/Spohnheimer § 986 Rn. 32: Recht zum Haben, nicht zum Behalten.

¹⁷ BGHZ 31, 129, 132; anders MünchKomm/Baldus § 986 Rn. 51.

¹⁸ Vgl. § 11 Rn. 67, 71.

¹⁹ Flume, ZIP 2000, 1427; zur Kritik an der Vorschrift vgl. MünchKomm/Finkenauer § 241a Rn. 5.

²⁰ Für Verfassungswidrigkeit daher Wieling § 12 II 3 a; Wilhelm Rn. 1199. Der Vindikationsabschluss ist jedoch wohl eine gerade noch zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung; dazu MünchKomm/Finkenauer § 241a Rn. 6; Sosnitza, BB 2000, 2317, 2319; S. Lorenz, FS W. Lorenz, 2001, 193, 199 mit Fn. 31; Staudinger/Olzen, 2019, § 241a Rn. 17.

²¹ MünchKomm/Finkenauer § 241a Rn. 35; Palandt/Grüneberg § 241a Rn. 7.

²² Erman/Saenger § 241a Rn. 18, 33.

²³ Ausf. MünchKomm/Finkenauer § 241a Rn. 36; Riehm, Jura 2000, 505, 512; zum Problem bereits § 11 Rn. 12. Nach anderer Auffassung hat der Verbraucher einen Übereignungsanspruch gegen den Unternehmer, vgl. HKK/Dorn § 241a Rn. 24. Die h. M. akzeptiert dagegen eine dauerhafte *nuda proprietas* und spricht nur von einer „eigentumsähnlichen“ Rechtsposition, vgl. Erman/Saenger § 241a Rn. 17; Jauernig/Mansel § 241a Rn. 5; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 275, 279.

²⁴ BGH JZ 1996, 151 ff.

weiter der Käufer, dem die Sache übergeben, aber noch nicht übereignet wurde;²⁵ ferner der Käufer, an welchen die Sache sonstwie, ohne Übergabe gelangt ist; ebenso der Käufer, der nach einem formnichtigen Vertrag von einer Heilung durch Erfüllung gemäß § 311b I 2 ausgeht.²⁶

Das Recht zum Besitz gibt dem Besitzer nicht etwa nur ein Gegenrecht gegen den Anspruch des Eigentümers, es ist keine Einrede. Ein Recht zum Besitz schließt vielmehr die Existenz eines Herausgabeanspruchs aus, begründet also eine *Einwendung*,²⁷ schließt also die Existenz des § 985 aus.²⁸ Das speziellere Rechtsverhältnis lässt die Anwendung der §§ 985 ff. nicht zu. Anders verhält es sich mit den Zurückbehaltungsrechten aus §§ 1000, 273 oder 972, welche keine Rechte i. S. v. § 986 geben. § 1000 schließt den Herausgabeanspruch nicht aus, die Anwendung des § 1000 setzt vielmehr eine Vindikationslage, d. h. das Bestehen des Anspruchs aus § 985 voraus. § 1000 gibt nur eine Einrede.²⁹ der Besitzer, der z. B. Verwendungen gemacht hat, hat kein Recht zum Besitz gemäß § 986. Eine Klage des Eigentümers gegen den Besitzer würde zur Verurteilung führen, der Besitzer muss die Sache herausgeben, allerdings nur Zug um Zug gegen Befriedigung des Besitzers, §§ 274 I, 1000.

- 12 aa) *Rechtsnachfolge*: Überträgt der Eigentümer sein Eigentum, etwa nach § 931, so kann der Inhaber eines dinglichen Rechts zum Besitz (Pfandgläubiger, Nießbraucher) auch dem Rechtsnachfolger des Eigentümers gegenüber die Einwendung des § 986 geltend machen; das dingliche Recht wirkt gegen jedermann. Ein gutgläubig lastenfreier Erwerb des Eigentums ist nach § 936 III ausgeschlossen. Dagegen wirkt ein obligatorisches Besitzrecht z. B. eines Käufers oder des Entleihers eines Grundstücks nur gegen den Eigentümer/Schuldner selbst, nicht gegen einen Rechtsnachfolger, doch hat das Gesetz die Stellung des obligatorischen Besitzrechts weitgehend verdinglicht.

Verdinglicht ist die Stellung des Grundstücksmieters und -pächters, §§ 566, 581, wenn er im Besitz des Grundstücks ist, eine Regelung, die offenbar wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Grundstücksmitte schon im römischen Recht einen Vorläufer hatte:³⁰ Der Rechtsnachfolger des (vermietenden oder verpachtenden) Eigentümers tritt in das Vertragsverhältnis ein, so dass der Mieter oder Pächter gegen den Eigentumswechsel geschützt ist. Bei beweglichen Sachen bietet § 986 II eine generelle Abhilfe: Jedes obligatorische Besitzrecht wird durch die Besitzüberlassung verdinglicht, so dass der Besitzer es gegenüber jedermann geltend machen kann, auch gegenüber dem Rechtsnachfolger des Eigentümers.

²⁵ Sog. *exceptio rei venditae et traditae* („Einrede der verkauften und übergebenen Sache“). Sie gilt selbst dann, wenn der Anspruch auf Übereignung verjährt ist, vgl. BGH JZ 1967, 756; NJW 1984, 1960 f.

²⁶ BeckOGK/Spohnheimer § 986 Rn. 27.

²⁷ H. M., vgl. etwa Prütting Rn. 517; Baur/Stürner § 11 Rn. 26; Erman/Ebbing § 986 Rn. 41.

²⁸ Dennoch kann der Eigentümer sein Eigentum gemäß § 931 übertragen, indem er seinen künftigen oder bedingten Anspruch abtritt.

²⁹ So die h. M., vgl. z. B. Staudinger/Thole, 2019, § 986 Rn. 56; Palandt/Herrler § 986 Rn. 5; MünchKomm/Baldus § 986 Rn. 53; a. A. BGH WM 1985, 1421; NJW 2002, 1050 Rn. 24.

³⁰ So schon Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 9. Aufl. 1906, § 455 I 4 Fn. 17; Dernburg/Biermann, Pandekten II, 6. Aufl. 1900, § 131 Fn. 15; Schön, JZ 2001, 119 ff.; Wieling, GS Sonnenschein, 2003, 201 m. w. N.

Bei der Abfassung des § 986 II ging der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass die Übereignung durch einen mittelbar besitzenden Eigentümer nur nach § 931 möglich sei, und ordnete daher die Verdinglichung des Besitzrechts nur für diesen Fall an.³¹ Der mittelbar besitzende Eigentümer kann die Sache aber auch nach § 930 veräußern,³² auch in diesem Fall ist nach h. M. gemäß dem Zweck des Gesetzes § 986 II anzuwenden.³³

bb) Besitzrechtskette: Gemäß § 986 I 1 (2) hat nicht nur der Inhaber des Besitzrechts selbst ein Recht zum Besitz, sondern auch der Fremdbesitzer, dem er befugt die Sache überlassen hat und der ihm den Besitz vermittelt. Es reicht also nicht aus, dass der Mittelsmann ein Recht zum Besitz gegen den Eigentümer hat und der Besitzer ein Recht zum Besitz gegen den Mittelsmann; dieser muss vielmehr auch gegenüber dem Eigentümer berechtigt sein, den Besitz dem Dritten zu überlassen. Hat z. B. der Mieter die Sache weitervermietet, der Entleiher die Sache weiterverleihen, so ist zu unterscheiden: War der Mieter bzw. Entleiher zur Weitergabe der Sache berechtigt, so hat der Untermieter bzw. Unterentleiher gegenüber dem vermietenden Eigentümer ein Recht zum Besitz. War er dazu nicht berechtigt – wovon im Zweifel auszugehen ist, §§ 540, 603 –, so hat der Untermieter zwar ein Besitzrecht gegenüber dem Mieter, nicht jedoch gegenüber dem vermietenden Eigentümer. Der Eigentümer kann von ihm Herausgabe der Sache verlangen, § 985.³⁴ Da aber der Eigentümer selbst kein Recht zum unmittelbaren Besitz der Sache hat, weil er dieses Recht dem Mieter eingeräumt hat, kann er nur Herausgabe der Sache an diesen verlangen, § 986 I 2.

Über den Wortlaut des § 986 I 1 (2) hinaus muss der unmittelbare Besitzer sich auf sein Besitzrecht gegenüber dem Eigentümer auch dann berufen können, wenn er dem Mittelsmann nicht den Besitz vermittelt, so dass dieser nicht mittelbarer Besitzer ist.³⁵ Hat E z. B. eine Sache dem K verkauft, K dem X, und ist in beiden Fällen die Sache ohne Übereignung an den Käufer gelangt, so hat X ein Besitzrecht gegenüber dem Eigentümer E.

*b) Nicht mehr berechtigte Besitzer:*³⁶ Die §§ 985 ff. sind nicht nur dann ausgeschlossen, wenn aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses ein Recht zum Besitz besteht, sondern auch dann, wenn dieses Rechtsverhältnis beendet und das Recht zum Besitz daher erloschen ist.³⁷ Das Prinzip des § 986, dass nämlich das speziellere Rechtsverhältnis das allgemeinere verdrängt, gilt selbstverständlich auch hier.³⁸ Die Regeln über die Rückabwicklung eines erloschenen

³¹ Zum Begriff der Verdinglichung § 13 Rn. 8.

³² Vgl. § 9 Rn. 16.

³³ Vgl. etwa BGH JZ 1990, 707.

³⁴ Ausf. Wieling § 12 I 3 a bb.

³⁵ H. M., vgl. Wolff/Raiser § 84 IV 1 b; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 92; BGH NJW 1990, 1914 ff.

³⁶ Zum „Nicht-so-Berechtigten“ unten Rn. 21.

³⁷ So etwa Wolff/Raiser § 84 IV 1 a; Baur/Stürner § 11 Rn. 30; Prütting Rn. 563; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 178, 185; ausf. Wieling § 12 I 3 b.

³⁸ Anders etwa BGH JZ 1980, 767 f.; RGRK/Pikart Vor § 985 Rn. 6; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 69; freie Konkurrenz.

Rechtsverhältnisses verdrängen die §§ 987 ff., weil das Vertragsverhältnis auch noch im Abwicklungsstadium spezieller ist als die §§ 987 ff. Die Nichtanwendung der §§ 985 ff. verkürzt auch nicht die Rechte des Eigentümers, er hat sich schließlich freiwillig dem Vertrag unterworfen und muss daher auch die Regeln über dessen Abwicklung gegen sich gelten lassen. Der Verpächter, Vermieter usw. kann sich der Geltung der Vertragsregeln – d. h. der eingegangenen Verpflichtung – nicht durch den Hinweis auf sein Eigentum entziehen; ebenso wenig kann sich ein Mieter auf die §§ 987 ff. berufen, um einer vertraglichen Pflicht zu entgehen. Zerstört ein Mieter nach Ende des Mietvertrags, aber vor der Rückgabe, die Sache, so sind nicht die §§ 989 ff. anzuwenden; der Mieter haftet nach §§ 280, 283 und den §§ 823 ff. nicht anders, als wenn er die Sache in der Vertragszeit zerstört hätte. Hat der Mieter Verwendungen auf die Sache gemacht, so regeln sich seine Rechte nicht nach den §§ 994 ff., sondern nach § 539 I, II.

- 15 c) *Unwirksame Verträge und Rücktritt*: § 985 ist nicht nur bei einer Abwicklung nach Vertragsende ausgeschlossen, sondern auch nach einem Rücktritt sowie gegenüber einer Leistungskondition bei Unwirksamkeit des spezielleren Rechtsverhältnisses. Die §§ 346 ff. verdrängen als speziellere Regelung die §§ 985 ff.; ebenso ist das Verhältnis des rechtsgrundlos Leistenden zum Empfänger spezieller als das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, das auf vielerlei Art entstehen kann. Die Abwicklung geschieht ausschließlich nach den §§ 812 ff.,³⁹ durch welche die §§ 985 ff. ausgeschlossen werden.⁴⁰ Der Beschenkte, der grob fahrlässig die Nichtigkeit der Schenkung nicht erkennt und schuldhaft die Sache beschädigt, haftet nicht nach § 990, sondern wird nach § 818 III frei. Die Regel des § 818 III kann nicht durch die allgemeinere Regel außer Kraft gesetzt werden. Insbesondere aber bei Austauschverträgen enthält die Abwicklung über die Leistungskondition Sonderregeln, die durch die §§ 985 ff. nicht außer Kraft gesetzt werden dürfen. Sie beruhen auf dem Gedanken, dass auch bei nichtigen, aber durchgeführten Austauschverträgen das Synallagma seine Bedeutung behält, dass die Parteien in gewissem Umfang an ihre Entscheidung gebunden sind, solange sie bereits tatsächlich durchgeführt wurde. Aus diesem Prinzip ergeben sich besondere Regelungen sowohl für den Schadensersatz (Saldotheorie) als auch für die Herausgabe von Nutzungen.⁴¹ Diese Regelungen modifizieren die Bestimmungen über die Leistungskondition und dürfen durch die §§ 987 ff. nicht verdrängt werden.

³⁹ So etwa Waltjen, AcP 175 (1975), 110 ff.; Honsell, JZ 1975, 441; Prütting Rn. 568; Reuter/Martinek § 12 I 2 c cc.

⁴⁰ Vgl. dazu eingehend Wieling § 12 I 3 c; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 178, 186; anders die h. L., die zwar § 985 anwendet, deren Vertreter aber §§ 987 ff. entweder frei mit §§ 812 ff. konkurrieren (Koppensteiner/Kramer, 200) oder aber §§ 987 ff. hinter dem Bereicherungsrecht zurücktreten lassen (Prütting Rn. 568; Wilhelm Rn. 1342). Noch anders die Rechtsprechung, nach der die §§ 987 ff. bei obligatorisch und dinglich unwirksamer Veräußerung eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ausschließen (BGH NJW 1996, 52), die aber dann z. B. dazu gezwungen ist, im Rahmen einer analogen Anwendung des § 988 die für das Bereicherungsrecht entwickelte Saldotheorie anzuwenden; dazu krit. Wieling, LM § 100 Nr. 4; Medicus, JZ 1996, 151, 154 f.; ausf. zum Ganzen Staudinger/Thole, 2019, Vor §§ 987 ff. Rn. 114 ff.

⁴¹ Dazu Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, § 5 Rn. 13 ff.

d) *Verjährung*: Eine Einrede gemäß § 214 steht dem Anspruch aus § 985 auch dann entgegen, wenn die Verjährung des Herausgabeanspruchs nach 30 Jahren eingetreten ist, unabhängig davon, ob dem Eigentümer die Person des Besitzers bekannt ist. Dass der Anspruch verjährt, war schon vor der Schuldrechtsmodernisierung 2002 h. M. und ist seither in §§ 197 I Nr. 2, 198 bestimmt. Die Unverjährbarkeit dinglicher Ansprüche ist in den Beratungen des BGB mehrfach abgelehnt worden,⁴² mit der richtigen Erkenntnis, dass nichts ewig ist und die Zeit alle Wunden heilt und heilen muss. Denn nach einer Generation sind Beweisurkunden zumeist verloren und die Erinnerung von Zeugen verblasst.⁴³ Die Verjährung hat einen guten Sinn, sie sollte man nicht wegen der Kulturgüterproblematik abschaffen.⁴⁴ Ist der Eigentumsanspruch verjährt, so ist dem Eigentümer die Möglichkeit genommen, sein Recht geltend zu machen, es entsteht ein *nudum ius*, Eigentum und Besitz fallen auf Dauer auseinander (§ 11 Rn. 12; § 23 Rn. 67). Mit der Verjährung, spätestens mit der Erhebung der Einrede, ist die Vindikation blockiert; der Besitzer erwirbt ein Recht zum Besitz i. S. v. § 986, das ihn dauerhaft berechtigt, die Nutzungen zu ziehen.⁴⁵ Konsequenz ist es jedoch, dem Besitzer in diesem Fall das Eigentum zuzusprechen (§ 11 Rn. 12).

e) *Spezielle Rechtsbehelfe*: § 985 ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer die Sache im Rahmen einer Zwangsvollstreckung besitzt. Der Eigentümer kann in diesem Fall nur mit den Mitteln des Vollstreckungsrechts gegen den Besitzer vorgehen, etwa mit der Widerspruchsklage, § 771 ZPO. Die Rechtswidrigkeit einer Beschlagnahme muss mit den besonderen Rechtsbehelfen des Verwaltungsrechts und der StPO geltend gemacht werden; die Klage aus § 985 ist unzulässig.⁴⁶

4. Rechtsnachfolge

a) *Wechsel des Besitzers*: Solange die Verjährung noch nicht eingetreten ist, wird dem Besitzer gemäß § 198 die Besitzzeit seiner Vorgänger im Besitz angerechnet (*accessio temporis*). § 198 spricht allerdings ungenau von „Rechtsnachfolge“, denn es geht nicht um die Nachfolge in ein Recht, sondern um die Nachfolge in den Besitz.⁴⁷ Mit „Rechtsnachfolge“

⁴² Dazu auch OLG Frankfurt NJW-RR 2018, 857 Rn. 40 ff.

⁴³ Zu den Zwecken der Vindikationsverjährung Finkenauer, JZ 2014, 479, 481 f.; s. auch Effer-Uhe, AcP 215 (2015), 245, 279.

⁴⁴ Allerdings erfordern die dortigen Probleme eine spezifische Regelung, vgl. Rn. 102.

⁴⁵ NK/Schanbacher § 985 Rn. 69; BeckOGK/Piekenbrock § 197 Rn. 16; Finkenauer, Eigentum (§ 11 Fn. 19), 162; Eckert, MDR 1989, 135, 136; Sympathie dafür auch bei Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 224. Andere sprechen nur davon, dass der Besitzer die Sachen behalten und die Nutzungen ziehen darf, vgl. Wilhelm Rn. 1211; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 103; BeckOGK/Spohnheimer § 985 Rn. 87.2; Magnus/Wais, NJW 2014, 1270, 1272; Plambeck, Die Verjährung der Vindikation, 1997, 157 ff.; Klose, Das Eigentum als *nudum ius* im Bürgerlichen Recht, 2016, 207. Das läuft freilich auf ein Besitzrecht hinaus.

⁴⁶ Vgl. Soergel/Stadler § 985 Rn. 7, 8 und § 986 Rn. 8; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 44 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu Finkenauer, JZ 2000, 241, 243 ff.

meint das Gesetz eine Besitznachfolge aufgrund eines Rechtsgeschäfts, also jede Besitzübertragung mit dem Willen des Vorbesitzers.⁴⁸ Hat der Vorbesitzer den Besitz gegen seinen Willen verloren, so ist eine Anrechnung nach § 198 nicht möglich. Hat dagegen der Vorbesitzer die Sache an einen Fremdbesitzer übergeben und unterschlägt dieser sodann die Sache, ist eine Rechtsnachfolge zu bejahen.⁴⁹ Erlangt ein Besitzer, der seinen Besitz ohne seinen Willen verloren hat, diesen innerhalb eines Jahres zurück, gilt die Unterbrechung des Besitzes analog § 940 II als nicht erfolgt.⁵⁰

- 19 *b) Wechsel des Eigentümers:* Wechselt die Person des Eigentümers, so entsteht dadurch keine neue Vindikation, die Rechtslage des Besitzers wird dadurch nicht verändert.⁵¹ Es beginnt also nicht etwa eine neue Verjährungsfrist, vielmehr läuft die begonnene Verjährung weiter. Überträgt also der Eigentümer einer beweglichen Sache sein Recht gemäß § 931 auf einen Rechtsnachfolger, so behält der Besitzer ihm gegenüber gemäß § 986 II seine Einwendungen. Für Grundstücke fehlt eine entsprechende Regelung, doch muss man auch hier analog § 198 oder § 986 II zum gleichen Ergebnis kommen.⁵²

5. Konkurrenz mit Ansprüchen Dritter

- 20 Fraglich ist ferner das Verhältnis der Vindikation zu sonstigen Herausgabeansprüchen in der Hand eines Dritten. Hat etwa ein unrechtmäßiger Besitzer die fremde Sache in Verwahrung gegeben, so sieht sich der Verwahrer dem Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 und dem vertraglichen Anspruch des Hinterlegers gegenüber. An wen muss er die Sache herausgeben? Meist wird gesagt, § 985 sei „stärker“, die Sache also an den Eigentümer herauszugeben;⁵³ andere dagegen sehen den vertraglichen Anspruch als „stärker“ an.⁵⁴ Gründe für die Bevorzugung des einen oder anderen Anspruchs sind jedoch nicht auszumachen, eine Rangfolge oder Subsidiarität unter den Ansprüchen gibt es nicht. Die Ansprüche stehen gleichwertig nebeneinander.⁵⁵ Der Besitzer ist also in seiner Wahl frei, wem er die Sache herausgibt. Er macht sich dadurch zwar die Herausgabe gegenüber dem anderen unmöglich, doch liegt darin keine Rechtsverletzung durch den Besitzer, der nur seiner

⁴⁸ Vgl. Motive III, 340 f.

⁴⁹ Finkenauer, JZ 2000, 241, 243 ff.; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 218; anders Bergmann, Verfall (§ 11 Fn. 23), 53 f.

⁵⁰ Finkenauer, JZ 2000, 241, 244; BeckOGK/Piekenbrock § 198 Rn. 12; im Ergebnis ähnlich Magnus/Wais, NJW 2014, 1270, 1273 (Rechtsmissbrauch); anders Bergmann, Verfall (§ 11 Fn. 23), 51 f.

⁵¹ Vgl. Motive III, 340.

⁵² Vgl. Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 220, Finkenauer, Eigentum (§ 11 Fn. 19), 163–168.

⁵³ Vgl. Soergel/Stadler § 986 Rn. 11.

⁵⁴ Vgl. die Nachweise bei Müller-Laubé, AcP 183 (1983), 215, 218 f.

⁵⁵ Vgl. Müller-Laubé, AcP 183 (1983), 215, 230 ff.; ausf. Wieling § 12 I 4; Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 344.

Verpflichtung genügt hat. Schadensersatzansprüche gegen ihn kommen also nicht in Betracht. Das gilt auch für das Verhältnis sonstiger Ansprüche zur Vindikation.

II. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

a) *Vindikationslage*: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis regelt das Rechtsverhältnis des Eigentümers zum unrechtmäßigen Besitzer.⁵⁶ Voraussetzung für die Anwendung der §§ 987 ff. ist also eine Vindikationslage, es muss ein Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer aus § 985 bestehen. Die Vindikationslage muss bestehen *zum Zeitpunkt des den Anspruch begründenden Ereignisses*,⁵⁷ nämlich entweder zum Zeitpunkt der Schädigung (Rn. 28 ff.), der Ziehung von Nutzungen (Rn. 43 ff.) oder der Vornahme von Verwendungen (Rn. 55 ff.). Der BGH will dagegen die §§ 987 ff. auch dann zur Anwendung bringen, wenn das Besitzrecht zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Vindikation entfallen sei.⁵⁸ Das Argument, ein berechtigter Besitzer dürfe nicht schlechter stehen als ein nichtberechtigter Besitzer, für den §§ 987 ff. gelten, ist nicht richtig: Natürlich darf er schlechter stehen, etwa wenn er sich einem Vertrag unterworfen hat, der ihn deutlich schlechter als die §§ 987 ff. stellt. Diese Rechtsprechung passt auch nicht zu §§ 987 ff.; denn §§ 990 I, 994 II, 996 stellen auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Besitzers im Hinblick auf sein Besitzrecht ab; ein berechtigter Besitzer ist aber weder gut- noch bösgläubig, sondern schlicht berechtigt.⁵⁹

Wenn in §§ 987 ff. vom „Besitzer“ die Rede ist, ist also stets der „unberechtigte Besitzer“ zu lesen. Hat der Besitzer ein gegen den Eigentümer wirkendes Recht zum Besitz, so ist sein Besitz rechtmäßig, er haftet nicht nach § 985, vgl. § 986 I (Rn. 11, 13). Auch wenn § 985 durch eine speziellere Regelung verdrängt wird, besteht keine Vindikationslage (Rn. 14 f.). Die §§ 987 ff. sind in diesen Fällen nicht anwendbar, auch nicht subsidiär oder zur Lückenausfüllung.⁶⁰

Auch der Besitzer, der sein Besitzrecht überschreitet, ist dennoch zum Besitz berechtigt. Auf den „Nicht-so-Berechtigten“ können daher die §§ 987 ff. nicht angewandt werden.⁶¹ Der Mieter, der Früchte zieht, der Entleiher oder Verwahrer, der

⁵⁶ Zur historischen Entwicklung und allgemeinen Bedeutung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses vgl. Wieling § 12 II 1–3.

⁵⁷ So die h. L., vgl. Baur/Stürmer § 11 Rn. 29; Soergel/Stadler, Vor § 987 Rn. 13; Müller/Gruber Rn. 666; Staudinger/Thole, 2019, Vor §§ 987 ff. Rn. 54 ff.

⁵⁸ BGH NJW 2015, 229 Rn. 18; NJW 2001, 3118 Rn. 16; NJW 1996, 921.

⁵⁹ Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 183.

⁶⁰ So zu Recht Baur/Stürmer § 11 Rn. 27; allgemein zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vgl. Roth, JuS 1997, 518, 710, 1087.

⁶¹ Das ist ganz herrschend, etwa Baur/Stürmer § 11 Rn. 27; Jauernig/Berger Vor § 987 Rn. 6 f.; Wolff/Raiser § 85 Fn. 2; Habersack Rn. 106; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 184.

sich zum Eigenbesitzer aufwirft, hat trotz allem ein Besitzrecht. Allein die vertraglichen Ansprüche entscheiden über die Folgen der Besitzrechtsüberschreitung.⁶²

Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist gemäß gesetzlicher Verweisung auch anwendbar auf das Verhältnis des Berechtigten zum Besitzer im Fall des § 1007 III 2, auf das Verhältnis des Nießbrauchers und Pfandgläubigers zum Besitzer gemäß §§ 1065, 1227 sowie im Verhältnis des Aneignungsberechtigten zum Besitzer.⁶³

22 **b) Rechtshängigkeit:** Der Besitzer haftet verschärft nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Anspruchs aus § 985; man nennt ihn Prozessbesitzer. Die Rechtshängigkeit tritt ein mit der Erhebung der Klage, § 261 I, II ZPO, d. h. mit der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten, § 253 ZPO.⁶⁴ Damit ist der Besitzer gewarnt, er muss nun damit rechnen, dass gegen ihn entschieden und er zur Herausgabe verurteilt wird. Es entsteht ein weiteres gesetzliches Schuldverhältnis, das ihn zur Verwahrung und Nutzbarmachung der Sache im Interesse des Eigentümers verpflichtet. Mit der Klageerhebung wird der Besitzer aber nicht ohne weiteres bösgläubig i. S. v. § 990 I 2. Er kann gute Gründe haben, weiterhin an sein Recht zum Besitz, etwa sein Eigentum, zu glauben.

23 **c) Bösgläubigkeit:** Verschärft haftet auch der bösgläubige (unredliche) Besitzer. Bösgläubig ist einmal, wer beim Besitzerwerb weiß oder aus grober Fahrlässigkeit nicht weiß, dass er gegenüber dem Eigentümer kein Recht zum Besitz hat, § 990 I 1.⁶⁵ Bei *Grundstücken* kann der Maßstab der groben Fahrlässigkeit allerdings nicht richtig sein, weil der Besitzer gemäß § 892 I 1 grob fahrlässig sogar das Eigentum erwerben kann (§ 20 Rn. 64); ihm kann in teleologischer Reduktion des § 990 I 1 nur positive Kenntnis schaden.⁶⁶

Bösgläubig ist ferner, wer zwar beim Besitzerwerb gutgläubig ist, später aber erfährt, dass er kein Recht zum Besitz hat, § 990 I 2. Grobfahrlässiges Nichtwissen steht dem nicht gleich. Eine noch so grobe Fahrlässigkeit, ein völlig unverständliches Fehleinschätzen der tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten schließt eine Kenntnis der Nichtberechtigung aus, schadet also nicht.⁶⁷ Nur wer sich der Kenntnis arglistig verschließt, Tatsachen absichtlich nicht zur Kenntnis nimmt, etwa vorgelegte Beweisurkunden, um so seinen „guten Glauben“ zu erhalten, ist entsprechend

⁶² Zum Fall des Eigenbesitzers, der aber nur zum Fremdbesitz berechtigt ist, Rodi, Jura 2018, 319.

⁶³ Vgl. § 11 Rn. 53; auch Staudinger/Thole, 2019, Vor §§ 985 ff. Rn. 19.

⁶⁴ Eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klageschrift gemäß § 270 III ZPO kommt nicht in Betracht.

⁶⁵ Die Formulierung des § 990 I 1 ist ungenau; dort wird nur auf den fehlenden guten Glauben abgestellt.

⁶⁶ Habersack Rn. 124 Fn. 103; Fervers, AcP 217 (2017), 34, 41 ff.; anders die h. M., vgl. BGH NJW 2010, 2664 Rn. 11; Staudinger/Thole, 2019, § 990 Rn. 10; differenzierend (je nachdem, ob der Besitz von einem im Grundbuch Ausgewiesenen abgeleitet ist) Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 190.

⁶⁷ Bedenklich daher die Begründung in BGHZ 26, 259 f.; BGH WM 1961, 1149; JZ 1996, 1126 mit Anm. von Martinek, 1099: Wer trotz eindeutiger Lage nicht erkennt, was ein redlich Denkender erkannt hätte, gilt als bösgläubig.

§ 162 als bösgläubig zu behandeln.⁶⁸ Im Übrigen unterliegt die Frage, ob der Besitzer seine Nichtberechtigung kennt, der freien Beweiswürdigung des Gerichts, § 286 ZPO.

Die Bösgläubigkeit des Besitzers endet, wenn er ohne Verschulden davon ausgehen kann, nunmehr ein Recht zum Besitz zu haben.⁶⁹ Kauft z. B. der bösgläubige Besitzer die Sache nachträglich von einem Dritten, den er für den Eigentümer halten darf, so ist er gutgläubiger Besitzer.⁷⁰

Der gute Glaube wird vermutet. Er muss sich auf ein Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentümer beziehen. Vermittelt der Besitzer einem Dritten den Besitz, so muss sich sein guter Glaube auf das Besitzrecht dessen richten, dem er den Besitz vermittelt.⁷¹

Wird der Besitz von einem *Besitzdiener* erworben, so entscheidet über die Zurechnung seiner Bös- oder Gutgläubigkeit nicht § 831;⁷² es geht nicht um die Zurechnung einer deliktischen Handlung, sondern um die Zurechnung des Wissens oder grobfahrlässigen Nichtwissens. Anzuwenden ist auch nicht § 278, da ein Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer beim Besitzerwerb noch nicht besteht. Da der Besitzdiener den Besitzer beim Erwerb des Besitzes vertritt,⁷³ ist auf ihn vielmehr § 166 analog anzuwenden.⁷⁴ War der Besitzdiener in seiner Entscheidung frei, welche Sachen er erwerben wollte (etwa ein Einkäufer einer Firma), so entscheidet gemäß § 166 I allein der gute oder böse Glaube des Besitzdieners. War der Besitzdiener beim Erwerb an bestimmte Weisungen gebunden (der Fahrer soll bereitliegende Waren abholen), so schadet dem Erwerber gemäß § 166 II sowohl die eigene Bösgläubigkeit wie die des Besitzdieners. In gleicher Weise ist § 166 anzuwenden, wenn der Besitzer den Besitz durch einen *Besitzmittler* erwirbt.⁷⁵

Hat ein nicht voll Geschäftsfähiger eine Sache unrechtmäßig im Besitz, so richtet sich die Frage, ob ihm seine Bösgläubigkeit schade, nach §§ 827, 828.⁷⁶

d) *Rechtsnatur der Ansprüche*: Die §§ 987 ff. enthalten rein schuldrechtliche Ansprüche, die im Insolvenzverfahren keinerlei Schutz genießen. Die Ansprüche sind

24

⁶⁸ Vgl. auch BGHZ 32, 92.

⁶⁹ H. M., vgl. Planck/Brodmann § 990 Erl. 2 b; Wolff/Raiser § 85 II 1; MünchKomm/Raff § 990 Rn. 19. A. A. Staudinger/Thole, 2019, § 990 Rn. 96; Jauernig/Berger § 990 Rn. 2, jedoch mit nicht überzeugenden Gründen.

⁷⁰ Zum guten Glauben des Erben eines bösgläubigen Erblassers nach Besitzergreifung vgl. § 4 Rn. 31.

⁷¹ Vgl. Motive III, 406; Planck/Brodmann § 990 Erl. 2 a β; RGRK/Pikart § 990 Rn. 13; Wieling § 12 II 3 c; a. A. Staudinger/Thole, 2019, § 990 Rn. 15.

⁷² So aber z. B. BGHZ 16, 264; Westermann, JuS 1961, 82; dagegen zutreffend Staudinger/Thole, 2019, § 990 Rn. 67.

⁷³ Vgl. § 4 Rn. 26.

⁷⁴ Vgl. etwa Soergel/Stadler § 990 Rn. 19; Staudinger/Thole, 2019, § 990 Rn. 68; Berg, JuS 1965, 194; Kiefner, JA 1984, 192 ff.

⁷⁵ A. A. Staudinger/Thole, 2019, § 990 Rn. 80.

⁷⁶ H. M., vgl. etwa Baur/Stürner § 11 Rn. 6; differenzierend Staudinger/Thole, 2019, § 990 Rn. 89: Bei der Rückabwicklung von Verträgen verdienen die §§ 107 ff. den Vorrang.

gegenüber § 985 selbständig, sie können auch ohne den Vindikationsanspruch geltend gemacht werden. Wird das Eigentum übertragen, so gehen Ansprüche aus den §§ 987 ff., die dem Eigentümer zustehen, nicht automatisch auf den Erwerber über.

III. Schadensersatz

- 25 Beschädigt der Besitzer die fremde Sache, die er unrechtmäßig besitzt, so würden an sich die Deliktsregeln (§§ 823 ff.) eingreifen. § 993 I schließt das aus. Danach haftet der Besitzer nur nach den §§ 989 ff. auf Schadensersatz: nach § 989 als verklagter Besitzer (Rn. 27 ff.), nach § 990 als bösgläubiger (Rn. 30 f.). Gegen den Besitzer, der sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder eine Straftat verschafft hat, eröffnet § 992 die deliktische Haftung (Rn. 34 ff.). Ein gutgläubiger Fremdbesitzer haftet im Rahmen des § 991 II. Liegt keiner dieser Tatbestände vor, so haftet der Besitzer nicht, vgl. § 993 I 2. HS. Man spricht von der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses.⁷⁷

1. Anwendbarkeit der §§ 989–992

- 26 a) *Leistungsverhältnisse*: Die Regelung der §§ 989–992 über den Schadensersatz ist nicht anwendbar, wenn zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer ein Leistungsverhältnis vorliegt, etwa ein Vertrag, mag er auch abgelaufen sein, oder eine Leistung ohne Rechtsgrund.⁷⁸ Es ist vielmehr Vertrags- und Deliktsrecht anzuwenden. Der Mieter, der die Sache während der Mietzeit oder nachher zerstört, haftet gemäß §§ 546, 280 oder § 823,⁷⁹ keinesfalls jedoch wegen eines „Fremdbesitzerexzesses“ nach §§ 989 ff.⁸⁰
- 27 b) *Dreipersonenverhältnisse*: Der Ausschluss der §§ 989 ff. gilt auch in Dreipersonenverhältnissen, wenn zwischen den Personen Leistungsverhältnisse vorliegen, die bei Wirksamkeit des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses den Besitzer zum Besitz gegenüber dem Eigentümer berechtigen würden. Hat z. B. E eine Sache an M vermietet, dieser sie erlaubt an U untervermietet, und zerstört U schuldhaft die Sache, so sind nicht die §§ 989 ff. anzuwenden; E hat Ansprüche aus §§ 823 ff., §§ 546 II, 280 gegen U. Wären beide Mietverträge unwirksam, so blieben dem E die Ansprüche aus Delikt.

⁷⁷ Zur Ausdehnung dieser Sperrwirkung auf Besitzdiener, um den Besitzherrn vor dessen Regressansprüchen zu schützen, Magnus, NJW 2017, 1201.

⁷⁸ Vgl. Rn. 10 f., 14 f., 21.

⁷⁹ Eine Modifizierung dieser Regelung kann sich aus der Saldotheorie ergeben, vgl. dazu Wieling/Finkenaier, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, Fall 15 II.

⁸⁰ Zum „Fremdbesitzerexzess“ des unrechtmäßigen Besitzers vgl. Rn. 33.

2. Haftung nach Rechtshängigkeit, § 989

a) *Unmöglichkeit der Herausgabe*: Der Prozessbesitzer haftet für eine Unmöglichkeit, die während der Rechtshängigkeit (Rn. 22) eintritt, auf Schadensersatz. Eine solche Unmöglichkeit liegt etwa vor, wenn die Sache beschädigt, verbraucht oder zerstört wird, wenn der Besitzer den Besitz überträgt, aufgibt oder sonstwie verliert. § 989 greift auch dann ein, wenn dem Eigentümer während der Rechtshängigkeit sein Recht entzogen wird, etwa durch Verarbeitung oder Verbindung, ferner wenn sein Recht durch eine wirksame Veräußerung an einen Dritten oder durch eine Belastung (etwa ein Pfandrecht) beeinträchtigt wird.⁸¹ **28**

b) *Verschulden*: Die Unmöglichkeit des § 989 muss durch den Prozessbesitzer verschuldet sein; Verschulden ist Vorsatz und jede, auch leichte Fahrlässigkeit. Eine Veräußerung der Sache wird regelmäßig schuldhaft sein, ebenso eine Übergabe zur Miete, Pacht usw.; denn der verklagte Besitzer muss damit rechnen, zur Herausgabe verurteilt zu werden. Für Hilfspersonen, z. B. Besizdiener, hat der Besitzer nach § 278 einzustehen, da mit der Klageerhebung ein verschärftes gesetzliches Schuldverhältnis mit dem Eigentümer entsteht. Gleichfalls sind §§ 827 f. anwendbar. **29**

c) *Vorenthaltungsschaden*: Der Besitzer muss dem Eigentümer Schadensersatz gemäß §§ 249 ff. dafür leisten, dass er die Sache nicht oder nicht unbeeinträchtigt herausgeben kann. Der Eigentümer kann jeden Schaden ersetzt verlangen, auch entgangenen Gewinn.⁸² Nach § 989 muss aber nicht der Vorenthaltungsschaden ersetzt werden, d. h. der Schaden, der dem Eigentümer dadurch entsteht, dass der Besitzer ihm die Sache nicht bei Erhebung der Klage herausgegeben hat. Der Besitzer hat zwar kein Recht zum Besitz, es soll ihm jedoch nicht zum Nachteil gereichen, dass er sein angebliches Recht vor Gericht verteidigt hat. **30**

3. Haftung des Bösgläubigen, § 990

a) *Verschulden*: Wie der Prozessbesitzer haftet auch der bösgläubige Besitzer auf Schadensersatz, § 990 I (Rn. 23); zu beachten ist, dass auch hier die Schadensersatzpflicht ein Verschulden des Besitzers verlangt, was oft übersehen wird. Problematisch ist die Frage, wie man dem Besitzer ein Verschulden vorwerfen kann, wenn er – sei es auch grob fahrlässig – von seinem Eigentum überzeugt ist. Ein „Verschulden gegen sich selbst“ reicht nicht aus,⁸³ da ein fremdes Recht (der Herausgabeanspruch aus § 985) verletzt wird. Man wird wohl mit Heck⁸⁴ annehmen müssen, dass **31**

⁸¹ Daneben ist § 816 anwendbar.

⁸² BGH NJW 2014, 2790 Rn. 34. Nicht zu ersetzen ist aber ein Gewinn, der dem Eigentümer dadurch entgeht, dass er ein günstiges Geschäft nicht tätigen kann, weil ihm die Sache erst nach beendetem Prozess herausgegeben wird.

⁸³ So aber Wolf § 6 A IV c 4, und zwar auch für den bewusst bösgläubigen Besitzer.

⁸⁴ Heck § 68, 7. Nach Baur/Stürner § 11 Rn. 10 führt die grobe Fahrlässigkeit beim Besitzerwerb kraft Gesetzes eine spätere Haftung für jedes Verschulden herbei.

das Verschulden in diesem Fall fingiert werde: Ein Verschulden gilt als gegeben, wenn bei einem Fremdbesitzer eine schuldhafte Handlung vorläge.

- 32 *b) Verzug:* Eine verschärfte Haftung wegen Verzugs kommt gemäß § 990 II nur für den bösgläubigen Besitzer in Betracht, nicht für den gutgläubigen, selbst wenn er verklagt ist. Voraussetzungen und Folgen des Verzugs richten sich nach den §§ 286 ff. Eine Mahnung muss den gutgläubigen Besitzer durchaus nicht bösgläubig machen. Dem Besitzer steht der Nachweis frei, dass er die Nichtherausgabe der Sache nicht zu vertreten habe, § 286 IV. Wusste der Besitzer, dass er nicht Eigentümer war, nahm er aber ohne Verschulden zu Unrecht an, ein Dritter sei Eigentümer, so kommt er mit der Mahnung oder Klageerhebung durch den Eigentümer nicht in Verzug.⁸⁵ Ein Verzug kann nicht eintreten, wenn der Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht hat, etwa aus § 1000, und sich darauf beruft.⁸⁶

Ist der bösgläubige Besitzer im Verzug, so haftet er für alle daraus entstehenden Schäden, §§ 280 I, II, 286, also – im Gegensatz zu §§ 989, 990 I – auch für Vorenthaltungsschäden (Rn. 30). Das gilt im Rahmen des § 287, 2 auch für unverschuldete, zufällig eingetretene Schäden. Hat der Eigentümer wegen des Verzugs kein Interesse mehr an der Sache, so kann er gemäß §§ 280, 281 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.⁸⁷

4. Haftung des Fremdbesitzers, § 991 Abs. 2

- 33 *a) Fremdbesitzerexzess im Dreipersonenverhältnis:* Die §§ 989 ff. beziehen sich nicht nur auf den Eigen-, sondern auch auf den Fremdbesitzer. Es wäre nicht angebracht, Fremdbesitzer weniger als Eigenbesitzer zu schützen und sie der schärferen Haftung des Deliktsrechts auszusetzen. Der Mieter, der sich leicht fahrlässig für besitzberechtigt hält, ist ebenso schutzwürdig wie ein Eigenbesitzer, der sich leicht fahrlässig für den Eigentümer hält. Es ginge aber zu weit, den gutgläubigen Fremdbesitzer für keinerlei Schäden haftbar zu machen. Der gutgläubige Eigenbesitzer wird gemäß §§ 989 ff. von Schadensersatzansprüchen freigestellt, weil sein Vertrauen darin geschützt wird, dass er mit der Sache beliebig verfahren könne. Beim Fremdbesitzer kann dieser Schutz jedoch nur so weit gehen, wie sein vermeintliches Besitzrecht reicht. Wird diese Grenze überschritten („Fremdbesitzerexzess“), so haftet auch der gutgläubige Fremdbesitzer. Dies ist der Sinn des § 991 II. Beschädigt z. B. ein Mieter in einem Wutanfall eine Tür der Wohnung, die er unerkannt unwirksam vom Nießbraucher der Wohnung gemietet hat, haftet er dem Eigentümer nach § 991 II, weil er auch dem Nießbraucher gegenüber haften würde.⁸⁸

⁸⁵ Vgl. Protokolle der 1. Kommission 4178, in: Jakobs/Schubert, Sachenrecht I, 786, auch Motive III, 409.

⁸⁶ Vgl. Soergel/Stadler § 990 Rn. 29.

⁸⁷ Vgl. dazu Wieling § 12 III 3 b.

⁸⁸ Guter Überblick bei Moebus/Schulz, Jura 2013, 189.

Der Fremdbesitzer, der einem Dritten den Besitz vermittelt, haftet nach §§ 989, 990, wenn er verklagt oder bösgläubig ist; § 991 II dehnt die Haftung auch auf einen gutgläubigen Fremdbesitzer aus: Er haftet, „insoweit ... als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist“. Die Formulierung ist ungeschickt, weil sie fälschlich nahelegt, es müsse beim mittelbaren Besitzer ein Schaden entstanden sein.⁸⁹ Hat jemand gutgläubig, aber aufgrund unwirksamen Mietvertrags eine Sache vom Dieb übernommen und schuldhaft beschädigt, so haftet er gegenüber dem Dieb nicht, wohl aber nach § 991 II gegenüber dem Eigentümer. Der Gesetzgeber wollte mit seiner Formulierung ausdrücken, dass der Besitzmittler zwar für Schäden haften soll, aber nur, wenn er sein Besitzrecht, das er wirklich oder vermeintlich gegenüber dem mittelbaren Besitzer hat, überschreitet. Die Haftungsbeschränkung des § 991 II besagt also lediglich, dass auch hier der Besitzer im Vertrauen auf sein vermeintliches Besitzrecht gegenüber dem Eigentümer geschützt wird. Daher ist es unerheblich, ob das Rechtsverhältnis zum mittelbaren Besitzer wirksam ist oder nicht.⁹⁰ In beiden Fällen besteht für den Fremdbesitzer kein Besitzrecht gegenüber dem Eigentümer, in beiden Fällen muss aber sein guter Glaube an ein solches Besitzrecht geschützt werden. Der gutgläubige Fremdbesitzer haftet dem Eigentümer also nur, wenn er sein vermeintliches Besitzrecht überschreitet, welches durch das Rechtsverhältnis zum mittelbaren Besitzer festgelegt wird. Daraus wird sich meist eine Haftungsmilderung ergeben, z. B. aus § 690 bei der unentgeltlichen Verwahrung, oder wenn etwa vereinbart war, dass der Besitzmittler nur für grobe Fahrlässigkeit haften solle.⁹¹

Durch die Verweisung auf § 989 stellt § 991 II klar, dass der Fremdbesitzer für eine Überschreitung seines vermeintlichen Besitzrechts nur dann haftet, wenn er schuldhaft gehandelt hat. Ferner wird dadurch klargestellt, dass er nicht für Vorenthaltungsschäden haftet.

Der gute Glaube des Fremdbesitzers muss sich auf das Recht des Eigenbesitzers zum Besitz gegenüber dem Eigentümer beziehen.⁹²

b) Analoge Anwendung auf Zweipersonenverhältnisse: § 991 II bezieht sich nur auf den Fremdbesitzer, der für einen Dritten besitzt, nicht auf den, der dem Eigentümer den Besitz vermittelt. Zwischen dem Eigentümer und seinem nichtberechtigten Besitzmittler besteht nach hier vertretener Auffassung kein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (Rn. 14 f.), sondern ein gesetzliches Schuldverhältnis gemäß §§ 812, 823 ff.⁹³ Die Anwendung dieser Regeln ist jedoch im Hinblick auf den Vertrauensschutz, den auch diese Besitzer verdienen, unbefriedigend. Auch der gutgläubige Fremdbesitzer, der dem Eigentümer den Besitz mittelt, soll auf die Gültigkeit des

34

⁸⁹ Staudinger/Thole, 2019, § 991 Rn. 28.

⁹⁰ Staudinger/Thole, 2019, § 991 Rn. 30; anders AlternKomm/Joerges § 991 Rn. 4.

⁹¹ Wilhelm, JZ 2004, 651; a. A. Katzenstein, AcP 204 (2004), 1 ff.

⁹² Der gute Glaube des Fremdbesitzers, ein Besitzrecht gegenüber dem Eigenbesitzer zu haben, kann für sein Verhältnis zum Eigentümer nicht relevant sein, vgl. oben die Nachweise in Fn. 71.

⁹³ Die h. M., die auch den Besitzmittler des Eigentümers den §§ 989 ff. unterwirft, sieht sich zur Erfindung des „Fremdbesitzerexzesses“ genötigt, der die Anwendbarkeit des Deliktsrechts gegen die eindeutige Anordnung des § 993 I (2) erschließen soll.

mit diesem vereinbarten Rechtsverhältnisses vertrauen dürfen, also auf Schadensersatz nur haften, soweit er die Grenzen dieser vermeintlichen Berechtigung überschreitet. Wendet man mit der h. M. die §§ 823 ff. an, so muss man sie entsprechend dem jeweiligen Rechtsverhältnis, auf welches der Besitzer vertraut, modifizieren:⁹⁴ Wer eine Sache aufgrund unwirksamen Vertrages unentgeltlich in Verwahrung genommen hat, haftete demnach aus § 823, aber wegen § 690 nur für eigenübliche Sorgfalt. Aber selbst die Anwendung der modifizierten Deliktsregeln überzeugt nicht, weil nicht erklärbar ist, warum der gutgläubige Besitzmittler eines Dritten nur nach §§ 991 II, 989 haftet,⁹⁵ der gutgläubige Besitzmittler des Eigentümers dagegen nach Deliktsrecht. Sachgerechter erscheint demgegenüber die analoge Anwendung des § 991 II auch auf den Besitzmittler des Eigentümers.⁹⁶

5. Deliktische Haftung, § 992

- 35 § 992 verweist in einer Rechtsgrundverweisung auf das Deliktsrecht und verlangt also ein vollständiges zivilrechtliches Delikt. Die Anwendung des Deliktsrechts ist für den Eigentümer aus zwei Gründen vorteilhafter als die Haftung des Besitzers aus §§ 989, 990: Einmal muss nach den §§ 823 ff. auch jeder Vorenthaltungsschaden ersetzt werden (Rn. 30); sodann greift gemäß § 848 eine Haftung für Zufall ein, wenn der Besitzer die Sache dem Eigentümer durch Delikt entzogen hat. Die Anwendung der §§ 823 ff. ist aber durch § 993 I (2) grundsätzlich ausgeschlossen. § 992 macht davon eine Ausnahme in den folgenden Fällen:
- 36 a) *Straftat*: Deliktsrecht ist anwendbar, wenn der Besitzer sich den Besitz durch eine Straftat verschafft hat. Eine Ordnungswidrigkeit reicht nicht aus. Die Strafnorm muss sich gegen die Art und Weise des Besitzererwerbs richten, sie muss aber nicht den Schutz des Eigentums bezwecken. In Betracht kommt etwa Besitzerwerb infolge Nötigung, § 240 StGB, Diebstahl, §§ 242–244, 247, 248a, 248b StGB, Raub, §§ 249–252 StGB, Erpressung, § 253 StGB, Hehlerei, § 259 StGB, Betrug, § 263 StGB. Eine Unterschlagung, § 246 StGB, oder eine Untreue, § 266 StGB, kommen nur dann in Betracht, wenn durch die Straftat der Besitz erworben wurde, nicht wenn er schon vorher bestand. Denn die Art des Besitzererwerbs ist es, welche die strengere Haftung nach den §§ 823 ff. begründet. Die Haftung aus § 992 greift auch dann ein, wenn der Täter gutgläubig ist, etwa ohne grobe Fahrlässigkeit glaubt, ein Recht zum Besitz zu haben. Die Anwendung des § 992 setzt voraus, dass alle subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmale der Strafnorm erfüllt sind; Fehlen des Strafantrags oder Verjährung der Straftat stehen der Anwendung des § 992 nicht entgegen.

⁹⁴ Westermann/Gursky § 30 Rn. 17; Soergel/Stadler Vor § 987 Rn. 22.

⁹⁵ Hier sind z. B. die Vorenthaltungsschäden im Gegensatz zu § 823 nicht zu ersetzen.

⁹⁶ Vgl. Wieling, MDR 1972, 651; Baur/Stürner § 11 Rn. 32; MünchKomm/Raff § 991 Rn. 13; OLG Koblenz JZ 2002, 617 f.; NK/Schanbacher § 993 Rn. 11 (direkte Anwendung).

Ein Verschulden i. S. v. § 823 I muss in diesem Fall nicht vorliegen; denn wenn der Besitzerwerb z. B. durch Nötigung erfolgte, kann der Besitzer durchaus ohne Fahrlässigkeit an sein Besitzrecht glauben. Nur wenn beim Besitzerwerb ein auch nur leichtes Verschulden bezüglich des Rechts zum Besitz vorliegt, liegt schon damit ein Delikt vor.

b) *Zivilrechtliches Delikt*: Traditionsgemäß werden die Regeln der unerlaubten Handlung nicht nur bei strafrechtlichen Delikten angewandt, sondern auch dann, wenn der Besitzer sich den Besitz durch ein zivilrechtliches Delikt i. S. v. §§ 823 ff. verschafft hat.⁹⁷ Eine unerlaubte Handlung setzt voraus, dass der Erwerber beim Besitzerwerb weiß, dass er kein Recht zum Besitz hat, oder dass er dies aus grober Fahrlässigkeit nicht weiß. Leichte Fahrlässigkeit kann ihm nicht schaden. Denn ein Verschulden, das sogar einen gutgläubigen Erwerb (§ 932) ermöglicht, kann kein Delikt begründen.⁹⁸ 37

Bei einem zivilrechtlichen Delikt ist das Verschulden nach § 823 I immer gegeben.

c) *Verbotene Eigenmacht*: Gemäß § 992 sind die §§ 823 ff. ferner anzuwenden, wenn der Besitzer sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht verschafft hat.⁹⁹ Verbotene Eigenmacht setzt kein Verschulden voraus. Wer also im Gasthaus ohne jedes Verschulden einen fremden Hut mitnimmt, würde trotz seinem guten Glauben deliktisch haften. Das ist schwer verständlich und ist auch nicht so gewollt.¹⁰⁰ Bei Besitzverschaffung durch ein zivilrechtliches Delikt haftet nur der Bösgläubige. Bei Besitzverschaffung durch eine Straftat haftet zwar auch ein Gutgläubiger, aber die regelmäßig vorsätzliche Verletzung der Strafnorm müsste den Täter warnen und rechtfertigt die Anwendung der §§ 823 ff. auch auf einen gutgläubigen Besitzer. Ebenso liegt es bei der Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht. Auch hier erfasst die Haftung einen gutgläubigen Erwerber, der z. B. ohne Verschulden annimmt, Eigentümer der Sache zu sein. Seine Haftung nach §§ 823 ff. ist aber nur gerechtfertigt, wenn er wie bei der Verletzung einer Strafnorm vor den Folgen seiner Handlung gewarnt ist. Das ist nur dann der Fall, wenn er die verbotene Eigenmacht bewusst, also vorsätzlich begeht.¹⁰¹ Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 992, 823 setzt also voraus, dass die verbotene Eigenmacht vorsätzlich begangen wurde.¹⁰² 38

Der Vorsatz für § 992 muss sich auf die Besitzverletzung beziehen. Davon zu trennen ist das Verschulden nach § 823 I. Da es sich hier um ein Delikt gegen das

⁹⁷ So noch § 935 des 1. BGB-Entwurfs. Die 2. Kommission (Mugdan III, 678) meinte sodann irrig, mit dem Erwerb durch verbotene Eigenmacht auch jeden deliktischen Erwerb erfasst zu haben, vgl. Wieling § 12 III 5 b.

⁹⁸ Vgl. Motive III, 394 f.

⁹⁹ Zur verbotenen Eigenmacht vgl. § 5 Rn. 2 ff.

¹⁰⁰ Vgl. Wieling, MDR 1972, 649 f.

¹⁰¹ Vgl. zu den verschiedenen Ansichten Gursky, 20 Probleme EBV, Problem 15; Wieling § 12 III 5 c.

¹⁰² Anders die h. M., die zwar ein Verschulden, nicht aber sogar Vorsatz verlangt, vgl. Staudinger/Thole, 2019, § 992 Rn. 16, 18. NK/Schanbacher § 992 Rn. 5 verzichtet sogar auf eine verschuldete verbotene Eigenmacht.

Eigentum handelt, muss es sich um ein Verschulden bezüglich des Besitzrechts gegenüber dem Eigentümer handeln. Das kann aber durchaus bei bewusster verbotener Eigenmacht fehlen, wenn der Störer ohne Fahrlässigkeit glaubt, ein Recht zum Besitz zu haben.¹⁰³

- 39 d) *Anwendbare Vorschriften:* § 992 gilt nicht nur für den Eigenbesitzer, sondern auch für den Fremdbesitzer.¹⁰⁴ Neben den §§ 992, 823 ff. sind die §§ 989, 990 anwendbar, was insbesondere wegen der §§ 280 I 2, 278 von Interesse sein kann, die nur auf §§ 989, 990 anwendbar sind. Hat sich der Besitzer einer Hilfsperson bedient, so ist für den Anspruch aus §§ 992, 823 § 831 anzuwenden, da es sich hier um die Zurechnung einer unerlaubten Handlung handelt.¹⁰⁵ Zu ersetzen ist jeder Schaden, § 249,¹⁰⁶ auch zufällige Schadensfolgen, § 848,¹⁰⁷ bei einer Geldsumme können gemäß § 849 Zinsen verlangt werden.

6. Konkurrenzen

- 40 Gemäß § 993 I gibt es im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis Ansprüche auf Schadensersatz nur im Rahmen der §§ 989, 990, 991 II, 992. Sowohl § 280 I 1 wie insbesondere die §§ 823 ff. sind nach § 993 I (2) gesperrt,¹⁰⁸ wie auch § 992 deutlich genug zeigt, der nur für einen Sonderfall die Anwendung des Deliktsrechts eröffnet. Dass die Regelung der §§ 989–993 bezüglich des Schadensersatzes abschließend ist, ergeben ferner die Materialien, die einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers außer Frage stellen. Bei der Eindeutigkeit des Gesetzes und des gesetzgeberischen Willens können Versuche, ein anderes Ergebnis zu begründen, nicht überzeugen.¹⁰⁹

Anwendbar neben den §§ 989 ff. ist immer § 826, der dolose Schädiger haftet immer auf Ersatz. Anwendbar ist auch das Bereicherungsrecht (§§ 812, 816) wegen Verbrauchs, Veräußerung, Belastung der Sache; denn § 993 schließt nur Schadensersatzansprüche aus, nicht Ersatzansprüche wegen Bereicherung. Anwendbar ist ferner § 687 II.

¹⁰³ Das verkennt MünchKomm/Ruff § 992 Rn. 5.

¹⁰⁴ Vgl. Planck/Brodmann § 992 Erl. 1; Staudinger/Thole, 2019, § 992 Rn. 12.

¹⁰⁵ Vgl. Soergel/Stadler § 992 Rn. 8; Staudinger/Thole, 2019, § 992 Rn. 24; MünchKomm/Raff § 992 Rn. 11.

¹⁰⁶ Also auch Ersatz für Nutzungen, die der Eigentümer hätte ziehen können.

¹⁰⁷ Das gilt natürlich nur dann, wenn sich schon der Besitzerwerb als schuldhaftes Delikt darstellt. Aber auch nicht jeder deliktische Erwerb führt zur Anwendung des § 848, vielmehr muss der Besitzer dem Eigentümer die Sache „entzogen“ haben, vgl. Staudinger/Thole, 2019, § 992 Rn. 23.

¹⁰⁸ So auch z. B. Baur/Stürner § 11 Rn. 34; Staudinger/Thole, 2019, Vor § 987 Rn. 160, 165; Jauernig/Berger Vor § 987 Rn. 10.

¹⁰⁹ Zu den Ansichten, welche § 823 neben den §§ 989 ff. anwenden wollen, vgl. Wieling § 12 III 6; Gursky, 20 Probleme EBV, Problem 11.

IV. Nutzungen

Gäbe es die §§ 987 ff. nicht, so würde jeder Besitzer, der nach § 985 auf Herausgabe haftet, wegen gezogener Nutzungen gemäß § 812 (Eingriffskondiktion) zu Herausgabe oder Ersatz verpflichtet sein. § 993 I stellt dagegen den Grundsatz auf, dass der Besitzer wegen gezogener Nutzungen nicht haftet, wenn nicht in den §§ 987 ff. eine Ausnahme bestimmt ist. Solche Ausnahmen bestehen für den verklagten und bösgläubigen Besitzer, §§ 987, 990, für den unentgeltlichen Besitzer, § 988, sowie immer bei Übermaßfrüchten, § 993. 41

1. Anwendbarkeit der §§ 987–993

Die §§ 987 ff. sind nicht anwendbar auf berechnigte Besitzer (Rn. 11 ff.) oder solche, deren Besitzrecht abgelaufen ist (Rn. 14). Der Pächter z. B. muss nicht nach Ablauf des Vertrags die während des Vertrags gezogenen Nutzungen herausgeben. Hat er nach Vertragsende noch Nutzungen gezogen, so haftet er dafür mit der Eingriffskondiktion und nach § 687 II. Die §§ 987 ff. sind auch nicht anwendbar zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer, der die Sache durch eine Leistung des Eigentümers aufgrund unwirksamen Vertrags erlangt hat; es sind die Regeln der Leistungskondiktion anzuwenden (Rn. 15). Hat also der Eigentümer die Sache dem Besitzer geleistet, so hat er einen Anspruch auf die Sache nach § 812 und auf die Nutzungen nach § 818 I.¹¹⁰ Die §§ 985 ff. sind nicht anwendbar. Die Rechtsprechung, welche auch in Leistungsverhältnissen mit dem Eigentümer die §§ 985 ff. anwendet, hat hier – ebenso wie beim „Fremdbesitzerexzess“ (Rn. 33) – erhebliche Schwierigkeiten. Sie behilft sich mit der Anwendung des § 988, indem sie „unentgeltlich“ gleich „rechtsgrundlos“ setzt (Rn. 50). 42

2. Haftung nach Rechtshängigkeit und Bösgläubigkeit, §§ 987, 990 Abs. 1

a) *Rechtshängigkeit*: Gemäß § 987 I hat der verklagte Besitzer alle Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht. Rechtshängig geworden sein muss der Anspruch aus § 985 auf Herausgabe der Sache (Rn. 22). § 987 gibt einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch, unabhängig davon, wem die gezogenen Früchte gehören. Gehören sie dem Besitzer, so hat er sie dem Eigentümer der Hauptsache zu übereignen; gehören die Früchte dem Eigentümer der Hauptsache, so konkurriert sein Anspruch aus § 987 mit einem Herausgabeanspruch aus 43

¹¹⁰ Ausf. Wieling § 11 IV 1 b.

§ 985.¹¹¹ Hat der Besitzer die Früchte verbraucht, veräußert oder sich den Substanzwert sonstwie zugeeignet, so haftet er auf Wertersatz,¹¹² das „Herausgeben“ des Gesetzes ist in diesem erweiterten Sinne zu verstehen; daneben haftet er aus § 812 I 1 Var. 2 (bei Verbrauch) und aus § 816 I 1 (bei Veräußerung). Ist dem Besitzer die Herausgabe sonstwie unmöglich geworden, d. h. ohne dass ihm der Wert der Nutzungen zugute gekommen ist, so haftet er im Rahmen der §§ 280, 283, 285. Herauszugeben sind neben den Früchten auch Gebrauchsvorteile, § 100, deren Wert in Geld zu vergüten ist; die Kosten für die Gewinnung sind abzuziehen.

Der verklagte Besitzer hat nicht nur die nach der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen herauszugeben, sondern auch schuldhaft nicht gezogene Nutzungen dem Eigentümer zu ersetzen, § 987 II. Der Gesetzgeber geht also von einer Verpflichtung des Besitzers zur Nutzung der Sache aus, bei deren schuldhafter Verletzung er dem Eigentümer den Wert der nicht gezogenen Nutzungen zu ersetzen hat.¹¹³ Der Anspruch aus § 987 II setzt aber weder voraus, dass der Besitzer bereichert ist, noch dass der Eigentümer einen Schaden hat. § 987 II ist auch dann gegeben, wenn feststeht, dass auch der Eigentümer die Nutzungen nicht gezogen hätte, wenn nur der Besitzer sie schuldhaft nicht gezogen hat. Umgekehrt ist § 987 II nicht gegeben, wenn der Eigentümer aufgrund besonderer Fähigkeiten aus der Sache einen großen Gewinn hätte ziehen können, wenn nur das Nichterzielen dieses Gewinns dem Besitzer nicht als Verschulden ausgelegt werden kann.

- 44 *b) Bösgläubigkeit:* Ebenso wie der verklagte Besitzer haftet auch der bösgläubige, § 990 I 1: Nutzungen nach Eintritt der Bösgläubigkeit hat er herauszugeben, § 987 I, oder schuldhaft nicht gezogene ersetzen, § 987 II.

3. Haftung des unentgeltlichen Besitzers, § 988

- 45 Gemäß § 988 haftet ein Besitzer, der die Sache aufgrund eines dinglichen Nutzungsrechts unentgeltlich besitzt, nach Bereicherungsrecht auf Herausgabe der Nutzungen. Ein rein lukrativer Erwerb ist nämlich nicht schutzwürdig, selbst wenn der Erwerber gutgläubig ist. Dass § 988 nur von dinglichen Nutzungsrechten spricht, ist ein Redaktionsversehen; es bestehen keine Bedenken, § 988 auch auf solche Besitzer anzuwenden, welche aufgrund eines angeblichen obligatorischen, unentgeltlichen Besitzrechts besitzen.¹¹⁴

Unentgeltlichkeit liegt dann vor, wenn der Besitztitel, auf welchen der Besitzer sein angebliches Nutzungsrecht stützt, nicht mit einer Gegenleistung verbunden ist.

¹¹¹ Wieling § 12 IV 2 a aa; dagegen für Verdrängung des § 987 (obwohl dieser weiterreichen kann) Staudinger/Thole, 2019, Vor §§ 987 ff. Rn. 110.

¹¹² RGZ 93, 283; BGHZ 39, 186, 187.

¹¹³ Vgl. Motive III, 403, 407. Zu ersetzen sind alle Nutzungen, auch solche, die der Prozessbesitzer nur aufgrund von Verwendungen ziehen konnte, für die er wegen § 996 keinen Ersatz erhält; so BGHZ 39, 186; Wieling § 12 IV 2 b; a. A. Staudinger/Thole, 2019, § 987 Rn. 58; § 102 analog.

¹¹⁴ H. M., vgl. RGZ 163, 348, 353; Baur/Stürner § 11 Rn. 53.

Hat jemand eine abhanden gekommene Sache von einem Dritten geschenkt erhalten, so hat er sie unentgeltlich, gleich, ob die Schenkung wirksam ist oder nicht. Hat er die abhanden gekommene Sache von einem Dritten gekauft, so besitzt er sie entgeltlich, gleich, ob der Kaufvertrag wirksam ist oder nicht, ob er den Kaufpreis gezahlt hat oder nicht. Auf die Wirksamkeit des Besitztitels kommt es also nicht an, dem Eigentümer kann das Rechtsverhältnis zwischen dem Besitzer und dem Dritten gleichgültig sein. Das „unentgeltlich“ ist hier ebenso wenig wie in § 816 I 2 mit einem „rechtsgrundlos“ gleichzusetzen (Rn. 50). Unentgeltlich besitzt z. B., wer als Erbe oder Legatar besitzt, aufgrund einer Schenkung, Leihe oder Okkupation, aber auch wer eine Sache gestohlen oder unterschlagen hat. § 988 enthält eine Rechtsfolgenverweisung auf §§ 818 f., was bedeutet, dass der Besitzer nur im Rahmen seiner noch vorhandenen Bereicherung haftet.¹¹⁵ Herauszugeben sind die Nutzungen, also die gezogenen Früchte und Gebrauchsvorteile, § 100.

4. Haftung des Fremdbesitzers, § 991 Abs. 1

§ 991 I geht von einem Dreipersonenverhältnis aus und regelt die Haftung des Besitzmittlers, der einem Dritten – nicht dem Eigentümer – den Besitz vermittelt.¹¹⁶ Ein solcher Besitzmittler haftet, selbst wenn er bösgläubig ist, nur dann gemäß §§ 990, 987 auf Herausgabe der Nutzungen, wenn auch der mittelbare Eigenbesitzer bösgläubig oder aber verklagt ist. Dadurch soll ausgeschlossen werden, dass der Besitzmittler beim mittelbaren Besitzer Regress nimmt und dieser so die Nutzungen verliert, obwohl er gutgläubig und unverklagt ist.¹¹⁷ Wer z. B. eine Sache von einem gutgläubigen, unverklagten Dritten gepachtet und zu Besitz erhalten hat, wird gemäß § 956 I, II Eigentümer der Früchte, selbst wenn er bösgläubig ist;¹¹⁸ er darf sie auch endgültig behalten, wie § 991 I zeigt. Denn müsste er sie herausgeben, so könnte er gemäß §§ 581 II, 536 I 1, 812 vom Dritten die Pacht zurückverlangen; dieser würde also trotz seinem guten Glauben die gezogenen mittelbaren Sachfrüchte, die Pacht, verlieren. Das vermeidet § 991 I. Ist aber ein Regress des Besitzmittlers aus irgendeinem Grund ausgeschlossen – etwa weil er den Rechtsmangel kannte (§ 536b) –, so ist § 991 I gemäß seinem gesetzgeberischen Zweck unanwendbar.¹¹⁹

46

¹¹⁵ Staudinger/Thole, 2019, § 988 Rn. 24.

¹¹⁶ Wer dem Eigentümer den Besitz vermittelt, etwa aufgrund eines abgelaufenen oder unwirksamen Pachtvertrags, haftet überhaupt nicht nach den §§ 987 ff., vgl. Rn. 14 f., 21.

¹¹⁷ Vgl. Motive III, 406; Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 675.

¹¹⁸ § 11 Rn. 42 a. E.

¹¹⁹ S. Wieling § 12 IV 5; MünchKomm/Raff § 991 Rn. 7; Platschek, JA 2009, 846, 848; a. A. Wilhelm Rn. 1280.

5. Haftung des deliktischen Besitzers, § 992

- 47 Für den deliktischen Besitzer i. S. v. § 992 verweist das Gesetz auf die §§ 823 ff., welche keine besondere Regelung über die Herausgabe von Nutzungen enthalten. Der Eigentümer kann Nutzungen daher nur insoweit als Schadensersatz ersetzt verlangen, als er selbst sie gezogen hätte, während sie ihm nun entgangen sind. Eine verbreitete Ansicht will ihm darüber hinaus aus § 823 auch einen Anspruch auf alle Nutzungen geben, die der Besitzer gezogen hat oder schuldhaft nicht gezogen hat, auch wenn der Eigentümer selbst sie nicht gezogen hätte.¹²⁰ Das bedeutet, dass man dem Eigentümer gegen den deliktischen Besitzer den Anspruch aus § 987 zuspricht, auch wenn der Besitzer weder verklagt noch bösgläubig war. Einen solchen Anspruch kann es aber aus §§ 992, 823 nicht geben, weil hier ein Schaden vorausgesetzt wird, der nur dann als entgangener Gewinn zu bejahen ist, wenn der Eigentümer die Nutzungen gezogen hätte.¹²¹

6. Haftung wegen Übermaßfrüchten, § 993 Abs. 1

- 48 Gemäß § 993 I (1) muss jeder Besitzer, auch der gutgläubige und unverklagte, Übermaßfrüchte herausgeben; die Haftung richtet sich nach Bereicherungsrecht. Als Übermaßfrüchte bezeichnet man diejenigen Früchte, die „nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind“, die etwa durch Raubbau, z. B. das Abholzen tragfähiger Obstbäume, gewonnen wurden. Übermaßfrüchte können auch dann vorliegen, wenn die Gewinnung keinen Verstoß gegen wirtschaftliche Regeln bedeutet, von diesen vielmehr geboten wird, wenn die Früchte aber infolge eines außerordentlichen Ereignisses anfallen. Wenn also nach einem Windbruch das Holz nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung gewonnen werden muss, so zählt es doch zu den Übermaßfrüchten. Zwar wird – anders als in §§ 1039, 2133 – in § 993 I (1) diese Art der Übermaßfrüchte nicht ausdrücklich erwähnt, sie ist jedoch auch hier darunter mitzuverstehen.

7. Verhältnis zu den §§ 953 ff.

- 49 Die §§ 953 ff. bestimmen die dingliche Zuordnung der Früchte.¹²² Sie können in das Eigentum des Eigentümers der Hauptsache fallen oder in das eines Fruchtziehungsberechtigten, aber auch in das Eigentum eines nichtberechtigten Besitzers. Erwirbt

¹²⁰ So etwa Baur/Stürner § 11 Rn. 14; Prütting Rn. 535; Wolff/Raiser § 85 II 4; BGH WM 1960, 1148 ff.

¹²¹ Staudinger/Thole, 2019, § 992 Rn. 31; NK/Schanbacher § 992 Rn. 3.

¹²² Dazu § 11 Rn. 35 ff.

der Besitzer die Früchte zu Eigentum, so ist damit noch nichts darüber gesagt, ob er sie behalten darf. Diese Frage bestimmt sich nach den §§ 987 ff., welche darüber endgültig entscheiden. Wer gutgläubig Früchte nach §§ 955, 957 erworben hat, muss sie vielleicht nach §§ 987, 988, 993 I (1) wieder an den Eigentümer der Hauptsache herausgeben und übereignen.

Umgekehrt kann auch der Fall eintreten, dass der Besitzer kein Eigentum an den Früchten erwirbt, diese aber dennoch nach den §§ 987 ff. behalten darf. Es handelt sich um die gutgläubigen Fremdbesitzer, denen ein Nichtberechtigter die Fruchtziehung gestattet hat, wenn die Gestattung – etwa wegen fehlender Geschäftsfähigkeit – unwirksam ist.¹²³ Diese Fremdbesitzer können nach den §§ 956, 957 nicht Eigentümer der gezogenen Früchte werden, dürfen sie aber nach § 993 behalten. In solchen Fällen müssen die §§ 987 ff. den Vorrang vor den §§ 953 ff. haben: Die §§ 953 ff. regeln nur zum Zweck der Rechtssicherheit vorläufig die dingliche Rechtslage, die §§ 987 ff. regeln aufgrund einer letztlich entscheidenden Interessenabwägung den endgültigen Verbleib der Früchte. Wenn der Gesetzgeber sich dahin entscheidet, dass der gutgläubige Besitzer die Früchte behalten darf, so kann man diese Entscheidung nicht mit den §§ 953 ff. außer Kraft setzen. Es ist bei dieser widersprüchlichen Entscheidung richtig, die §§ 953 ff. aus den §§ 987 ff. zu korrigieren und einen Eigentumserwerb des Besitzers an den Früchten anzunehmen.¹²⁴

8. Konkurrenzen

Ebenso wie beim Schadensersatz enthalten die §§ 987 ff. auch für Nutzungen eine abschließende Regelung. Ausgeschlossen sind insbesondere die §§ 812 ff., die vom Besitzer aus einer fremden Sache gezogenen Nutzungen können nicht im Wege der Eingriffskondiktion herausverlangt werden. § 993 I schließt eine Anwendung der §§ 812 ff. aus. Die Ansicht, welche ein „ungestörtes Nebeneinander“ der §§ 987 ff. und der §§ 812 ff. zulassen will,¹²⁵ verstößt gegen das Gesetz. Hat allerdings der Besitzer die genutzte Sache durch eine rechtsgrundlose Leistung erlangt, so verdrängt die speziellere Leistungskondiktion den Anspruch aus § 985;¹²⁶ die §§ 812 ff. sind in diesem Fall anwendbar.

Die Rechtsprechung, welche auch in Leistungsverhältnissen mit dem Eigentümer statt der §§ 812 ff. die §§ 985 ff. anwendet, hat hier Schwierigkeiten. Sie will dem Eigentümer einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen auch gegen den redlichen Besitzer geben, was aber § 993 ausschließt. Sie behilft sich mit der Anwendung des § 988, indem sie „unentgeltlich“ gleich „rechtsgrundlos“ setzt, wobei sie sich veranlasst sieht, § 988 durch die im Rahmen des Bereicherungsrechts ent-

¹²³Vgl. § 11 Rn. 49.

¹²⁴A. A. Staudinger/Thole, 2019, Vor §§ 987 ff. Rn. 113.

¹²⁵Vgl. etwa Schapp/Schur Rn. 140 sowie die Nachweise bei Gursky, 20 Probleme EBV, Problem 10.

¹²⁶Vgl. Rn. 15.

wickelte Saldotheorie einzuschränken.¹²⁷ Diese Anwendung des § 988 war früher auch in der Rechtswissenschaft verbreitet, wurde inzwischen aber mit gutem Grund aufgegeben; sie verkehrt den Grundsatz des § 988, wonach der gutgläubige Besitzer die Nutzungen behalten darf, in sein Gegenteil. Denn der Besitzer im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis hat die Sache immer rechtsgrundlos erlangt. Die Anwendung des § 988 wird daher in Leistungsverhältnissen zu Recht von der h. L. abgelehnt.¹²⁸ Ein unentgeltlicher Besitz hat mit einem rechtsgrundlosen nichts gemeinsam, was eine Analogie rechtfertigen könnte.

V. Verwendungen¹²⁹

1. Anwendbarkeit der §§ 994 ff.

- 51 a) *Besitzrecht*: Ebenso wie die Regeln über Schadensersatz und Nutzungen, so sind auch die Regeln über Verwendungen nur auf den unrechtmäßigen Besitzer anwendbar (Rn. 21). Ist der Besitzer gegenüber dem Eigentümer zur Zeit der Vornahme der Verwendung zum Besitz berechtigt, so sind die Regeln des Rechtsverhältnisses anzuwenden, aus welchem sich das Besitzrecht ergibt.¹³⁰ Der Anspruch des Mieters wegen gemachter Verwendungen richtet sich z. B. nach §§ 536a II, 539 I, der des Entleihers nach § 601. Das gilt auch dann, wenn nach der Verwendung das Vertragsverhältnis endet. Die §§ 994 ff. sind auch dann nicht anwendbar, wenn ein ursprünglich berechtigter Besitzer nach Erlöschen seines Besitzrechts Verwendungen macht. Das speziellere Abwicklungsverhältnis verdrängt die §§ 994 ff. (Rn. 14).

Nach verbreiteter Auffassung sollen §§ 994 ff. auch dann anwendbar sein, wenn der Besitzer zum Zeitpunkt der Verwendung berechtigt war, aber anschließend sein Besitzrecht erloschen ist und das konkrete Rechtsverhältnis den Verwendungsersatz nicht regelt.¹³¹ Diese Ansicht würde dazu führen, dass letztlich §§ 994 ff. auf jeden Fremdbesitzer anwendbar wäre, weil jedes Recht zum Fremdbesitz irgendwann endet, vor allem ist sie mit der Systematik des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nicht vereinbar (vgl. Rn. 21).

¹²⁷ Vgl. etwa RGZ 163, 348 ff.; BGHZ 32, 94; 71, 225; BGH NJW 1995, 454; NJW 1995, 2627; BGH NJW 2010, 2664 Rn. 21; abl. Finkenauer, JuS 1998, 986 ff.; Staudinger/Thole, Vor §§ 987 ff. Rn. 150. S. oben Fn. 40.

¹²⁸ Vgl. Wieling, AcP 169 (1969), 142 m. w. N. in Fn. 30; dens., LM § 100 BGB Nr. 4 Bl. 2004 f.; Medicus, JZ 1996, 151, 154 f.; Gursky, JZ 1997, 1154, 1157; Staudinger/Thole, Vor §§ 987 ff. Rn. 129.

¹²⁹ Zur Entstehung der §§ 994 ff. Greiner, Die Haftung auf Verwendungsersatz, 2000, 125 ff. Einen Überblick gibt Hähnchen, JuS 2014, 877 ff.

¹³⁰ Bestehen keine besonderen Regeln, so ist ggf. Geschäftsführungsrecht oder Bereicherungsrecht anzuwenden.

¹³¹ BGH NJW-RR 2000, 895 f. S. auch die Nachw. in Fn. 58.

b) Dreipersonenverhältnisse: Die §§ 994 ff. sind auch in Dreipersonenverhältnissen ausgeschlossen, wenn die mittlere Person zum Besitz berechtigt sowie zur weiteren Überlassung des Besitzes befugt ist. Der berechtigte Untermieter hat also wegen Verwendungen den Anspruch aus §§ 536a II, 539 I gegen seinen Vermieter, nicht aber Ansprüche aus §§ 994 ff. gegen den Eigentümer. 52

Daher finden die §§ 994 ff. auch in dem vielbesprochenen Fall keine Anwendung, dass ein Vorbehaltskäufer (K) den Pkw pflichtgemäß einer Werkstatt (U) zur Reparatur übergibt. U hat einen Anspruch gegen seinen Vertragspartner K wegen der Reparatur, er hat eventuell ein Unternehmerpfandrecht am Pkw, auf keinen Fall aber einen Anspruch aus §§ 994 ff. gegen den Verkäufer E. U war zur Zeit der Reparatur zum Besitz berechtigt; auch wenn sein Besitzrecht nachträglich entfällt, weil etwa E vom Kaufvertrag mit K zurücktritt, ändert das nichts am Ausschluss der §§ 985 ff.¹³² Zudem kommt es für die Frage des Besitzrechts nicht auf den Zeitpunkt des Herausgabeverlangens, sondern auf den Zeitpunkt der Verwendung an. Andernfalls könnte man nicht einmal entscheiden, ob U zur Zeit der Verwendung gut- oder bösgläubig war, denn zu dieser Zeit war U weder das eine noch das andere, sondern zum Besitz berechtigt.

c) Unwirksame Verträge: Die §§ 994 ff. sind ferner ausgeschlossen in allen fehlgeschlagenen Leistungsverhältnissen zwischen dem Eigentümer und Besitzer (Rn. 15). Hat der Eigentümer die Sache unwirksam dem Besitzer vermietet, so hat er die Leistungskondiktion. Auch die Ansprüche des Besitzers wegen Verwendungen richten sich nach den §§ 812 ff.¹³³ Entsprechendes gilt auch bei Dreipersonenverhältnissen. War das Mietverhältnis, das Untermietverhältnis oder beide unwirksam, so gilt wegen der Verwendungen Bereicherungsrecht.¹³⁴ Geht also die Leistungskondiktion den Verwendungsersatzansprüchen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vor (Rn. 66), so verdrängen umgekehrt diese Ansprüche die Eingriffskondiktion. 53

d) Fremdbesitzer: Die §§ 994 ff. sind auch auf einen Fremdbesitzer anwendbar.¹³⁵ Wie beim Schadensersatz und bei den Nutzungen muss aber auch bei den Verwendungen das vermeintliche Besitzrecht des gutgläubigen Fremdbesitzers¹³⁶ Beachtung finden. Das Vertrauen des Fremdbesitzers in dieses Besitzrecht schützt ihn vor Ansprüchen des Eigentümers, das vermeintliche Besitzrecht muss aber auch

¹³² Vgl. § 15 Rn. 58 f. Zutreffend BGHZ 27, 321; Baur/Stürner § 11 Rn. 24; Jauernig/Berger Vor § 994 Rn. 5; Staudinger/Thole, 2019, Vor § 994 Rn. 88. Die verbreitete Meinung, die dem U einen Anspruch aus §§ 994 ff. gegen E gibt, ist unhaltbar, so aber z. B. RGZ 142, 422; BGHZ 34, 122; BGH JR 1988, 17 ff.; BGH NJW 1996, 991; Prütting Rn. 557; RGRK/Pikart § 994 Rn. 6.

¹³³ Der Besitzer bekommt notwendige Verwendungen, die aber nicht zu einer Verbesserung der Sache führen, nach § 812 nicht ersetzt, während er nach § 994 vollen Ersatz bekäme. § 994 I bevorzugt – nicht ohne Grund – den Besitzer, der die Sache nicht durch eine Leistung des Eigentümers erlangt hat. Wer die Sache vom Eigentümer erlangt hat, kann diesem die Gegenleistung entgegenhalten, wer sie von einem Dritten erlangt hat, kann das nicht. Bei Kaufverträgen wiegt der Unterschied noch schwerer.

¹³⁴ Schönfeld, JZ 1959, 302; Imlau, MDR 1957, 265; Staudinger/Thole, 2019, Vor §§ 994 ff. Rn. 87.

¹³⁵ Vgl. Rn. 33 f. und 46.

¹³⁶ Der Anspruch des Bösgläubigen ist ohnehin auf ein Minimum reduziert.

die Rechte des Fremdbesitzers auf Verwendungsersatz begrenzen. Hat z. B. M eine dem E gestohlene Sache dem G wegen §§ 1207, 935 unwirksam verpfändet, so wird der Anspruch des G gegen E wegen gemachter Verwendungen aus §§ 994 ff. durch § 1216 begrenzt; G kann Verwendungsersatz nicht über das Maß dessen hinaus verlangen, was ihm als Pfandgläubiger zustünde.¹³⁷

2. Begriff und Arten der Verwendung

55 a) *Definition*: Verwendungen sind Aufwendungen auf eine Sache. „Aufwendung“ ist daher der weitere Begriff. Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer zur Erreichung eines bestimmten Zwecks.¹³⁸

56 b) *Begriff*: Die Verwendung muss der Erhaltung oder Verbesserung der Sache dienen, sie kann in unterschiedlicher Weise geschehen. Eine Verwendung auf eine Sache liegt z. B. vor, wenn der Besitzer eine eigene Sache als Bestandteil mit der Sache verbindet. Dabei spielt es keine Rolle, ob die zugefügte Sache wesentlicher Bestandteil wird, auch das Zufügen eines nicht wesentlichen Bestandteils kann eine Verwendung sein.¹³⁹ Die Verwendung kann auch in sonstigen Einwirkungen auf die Sache liegen, z. B. im Schleifen eines Edelsteins, im Säubern einer Hausfassade, in der Reparatur oder Verbesserung einer Sache usw., aber auch in anderen Maßnahmen.¹⁴⁰ Auch den Wert seiner eigenen Arbeit kann der Besitzer als Verwendung geltend machen, und zwar nicht nur dann, wenn die Arbeit im Rahmen seines Gewerbes erfolgt. Die Arbeitsleistung hat einen Vermögenswert, der wie jeder andere Vermögenswert bei den §§ 994 ff. zu berücksichtigen ist.¹⁴¹ Es trifft nicht zu, dass die §§ 994 ff. nur einen Vermögensverlust des Besitzers ausgleichen sollen,¹⁴² sie sollen eine Bereicherung des Eigentümers auf Kosten des Besitzers ausgleichen.¹⁴³

Wird die Sache gänzlich *umgestaltet*, so liegt keine Verwendung mehr vor, sondern eine Verarbeitung. Bei Grundstücken ist eine solche gänzliche Umgestaltung

¹³⁷ So auch BGH NJW 1979, 716; NJW 2015, 229 Rn. 18; Baur/Stürner § 11 Rn. 56 f.; Habersack Rn. 115; a. A. Westermann/Gursky § 32 Rn. 8; MünchKomm/Raff § 994 Rn. 67: keine Begrenzung; differenzierend Staudinger/Thole, 2019, Vor §§ 994 ff. 24 ff.

¹³⁸ Zur Abgrenzung von Leistung und Verwendung Wieling § 12 V 3 a; anders Greiner (Fn. 129), 298 f.

¹³⁹ Vgl. dazu Wieling § 12 V 3 b: Der Besitzer hat die Wahl, ob er den unwesentlichen Bestandteil vindiziert oder Verwendungsersatz geltend macht.

¹⁴⁰ Z. B. in Bewachungs- oder Transportkosten, Aufbewahrungskosten, Kosten für das Vermessen eines Grundstücks usw.

¹⁴¹ So zu Recht Baur/Stürner § 11 Rn. 55; Palandt/Herrler § 994 Rn. 2; BGH NJW 1996, 921 f.; Staudinger/Thole, 2019, Vor §§ 994 ff. Rn. 51. Es ist daher nicht zu billigen, wenn eine verbreitete Ansicht die Arbeitsleistung des Besitzers nur dann als Verwendung anerkennen will, wenn ihm dadurch ein Verdienstausschlag entstanden ist, so aber z. B. RGRK/Pikart § 994 Rn. 26, 1; Staudinger/Gursky, 2013, Vor §§ 994 ff. Rn. 12.

¹⁴² So aber Staudinger/Gursky, 2013, Vor § 994 Rn. 12.

¹⁴³ Vgl. Wieling § 12 I 1 c.

nicht möglich; das Grundstück bleibt dasselbe, auch wenn die Art der Bebauung sich ändert. Das Errichten eines Gebäudes ist seit der Zeit des römischen Rechts unstreitig als nützliche Verwendung anerkannt.¹⁴⁴ Dagegen meint der BGH, eine Bebauung sei eine grundlegende Veränderung des Grundstücks, jedenfalls wenn es dadurch einem neuen Zweck dienstbar gemacht werde; also liege in diesen Fällen keine Verwendung vor.¹⁴⁵ Das zerstört nicht nur – sicherlich unbewusst – grundlos die historische Kontinuität, sondern widerspricht auch dem Zweck des Gesetzes, welches eine Bereicherung des Eigentümers auf Kosten des Besitzers durch Aufwendungen auf die Sache verhindern will; das Bebauen ist dabei nichts anderes als eine mögliche Art der Bereicherung. Die §§ 994 ff. sind daher auch auf das Bebauen von Grundstücken anwendbar,¹⁴⁶ das Bebauen ist ein Verbessern des Grundstücks.¹⁴⁷

c) *Notwendige Verwendung*: Das Gesetz unterscheidet notwendige, nützliche und sonstige Verwendungen. Es definiert diese Begriffe nicht, sondern schließt sich den Bestimmungen des Pandektenrechts an. Notwendige Verwendungen sind solche, die zur Erhaltung der Sache objektiv notwendig sind, bei deren Unterlassen die Sache verschlechtert werden oder untergehen würde; die Maßnahmen müssen objektiv geeignet sein, die Sache zu erhalten. Dazu gehört etwa die Reparatur eines Hausdachs, der Einbau funktionswichtiger ausgefallener Teile bei einem Pkw, Arztkosten für Tiere. Gleichgültig ist es, ob die Maßnahme den Eintritt eines Schadens verhindern soll oder ob sie einen bereits eingetretenen Schaden wieder beheben soll. Eine notwendige Verwendung ist daher die Reparatur eines Hausdachs, durch welche weitere Schäden verhindert werden sollen, aber auch der Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes.¹⁴⁸

57

Zu den notwendigen Verwendungen gehören auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten i. S. v. § 994 I 2, d. h. die regelmäßig wiederkehrenden, laufenden Kosten zur Erhaltung der Sache, die der Besitzer im Voraus einkalkulieren muss.¹⁴⁹ Bei einem Pkw gehören dazu die Kosten der Inspektionen und des Ersatzes regelmäßig zu erneuernder Teile, z. B. der Bremsbeläge, des Öls, der Reifen. Ein Hausbesitzer muss laufende kleinere Reparaturen einkalkulieren, ein Waldbesitzer muss geschlagene Bäume ersetzen usw. Zu den notwendigen

¹⁴⁴ Vgl. Johow, 924; Motive II, 394; Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 681 f.

¹⁴⁵ „Enger Verwendungsbegriff“, vgl. BGHZ 10, 177; 41, 345 f.; ihm folgend u. a. RGRK/Pikart § 994 Rn. 28; Canaris, JZ 1996, 344, 348. Obwohl der BGH eine Verwendung verneint, hat er – wenig konsequent – in BGHZ 41, 162 f. das Bereicherungsrecht als durch die §§ 994 ff. ausgeschlossen angesehen und sich schließlich genötigt gesehen, auf § 242 zurückzugreifen! Das spricht kaum für die Lösung des BGH. In jüngster Zeit lässt der BGH offen, ob er an seiner Rechtsprechung festhält, vgl. BGH NJW-RR 2013, 1318 Rn. 21; NJW 2015, 229 Rn. 16.

¹⁴⁶ Sog. „weiter Verwendungsbegriff“ der h. L., vgl. etwa Prütting Rn. 555; Baur/Stürner § 11 Rn. 55; Soergel/Stadler § 994 Rn. 2; Staudinger/Thole, 2019, Vor §§ 994 ff. Rn. 44.

¹⁴⁷ Eine übermäßige Belastung des Eigentümers kann durch eine Eingrenzung der „aufgedrängten Bereicherung“ verhindert werden; vgl. dazu § 11 Rn. 29 sowie § 12 Rn. 62.

¹⁴⁸ Ebenso BGH WarnRspr 1967 Nr. 184; Erman/Ebbing § 994 Rn. 11; Palandt/Herrler § 994 Rn. 5. – Zu Verwendungen auf einen Betrieb Wieling § 12 V 3 e aa.

¹⁴⁹ Dazu Raff, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten, 2017.

Verwendungen gehören ferner Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten, die mit der Sache verbunden sind, § 995, etwa Grundsteuern.¹⁵⁰

- 58 d) *Nützliche Verwendung*: Sie ist zu bejahen, wenn die Verwendung zwar nicht zur Erhaltung der Sache dient, aber deren Wert steigert. Dazu gehört etwa der Neubau auf einem Grundstück, das Modernisieren eines Gebäudes, das Bearbeiten von Rohstoffen usw. Zu den nützlichen Verwendungen gehören auch die Kosten einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung i. S. v. § 998.
- 59 e) *Luxusverwendung*: Darunter versteht man solche, die weder wertsteigernd sind noch zur Erhaltung erforderlich. Um eine Luxusverwendung handelt es sich etwa, wenn ein Hausbesitzer die Fassade seines Hauses aus ästhetischen Gründen lila streichen lässt, obwohl der alte Anstrich noch gut war.

3. Ansprüche des gutgläubigen und unverklagten Besitzers, §§ 994 Abs. 1, 996

- 60 a) *Notwendige Verwendungen*: Erfolgt sie durch einen gutgläubigen und unverklagten Besitzer, muss sie der Eigentümer gemäß § 994 I ersetzen. Ob der Besitzer nach der Vornahme der Verwendungen bösgläubig oder verklagt wurde, spielt keine Rolle. Nicht erforderlich ist es, dass die Verwendung dem Eigentümer tatsächlich zugute kommt, dass sie die Sache tatsächlich erhalten hat, wenn sie nur objektiv zur Erhaltung geeignet war. Hat der Besitzer eines Rennpferdes wegen einer Verletzung den Tierarzt bemüht, ist das Pferd aber dennoch erlahmt, so liegt eine notwendige Verwendung vor. Ebenso ist es, wenn der Erfolg der Verwendung nachträglich entfällt, wenn etwa der Besitzer eines Hauses das Dach reparieren lässt, das Haus aber später abbrennt. Auch für solche notwendigen Verwendungen, die ihm keinen Nutzen bringen, muss der Eigentümer im Rahmen der §§ 1000–1003 Ersatz leisten, das Erfolgsrisiko liegt also bei ihm, nicht beim verwendenden Besitzer.¹⁵¹

Notwendige Verwendungen muss der Eigentümer nach §§ 994 I 2, 995 nicht ersetzen, soweit es sich um gewöhnliche Erhaltungskosten oder gewöhnliche Lasten handelt, falls der Besitzer die Nutzungen der Sache behalten darf (Rn. 57). Werden Erhaltungskosten nur in größeren Zeitabständen fällig, wie etwa bei Bremsbelägen und Ersatzreifen, und gibt der Besitzer, der die Aufwendungen gemacht hat, in der Zwischenzeit die Sache (Pkw) an den Eigentümer heraus, so erhält er gemäß § 994 I 2 nur insoweit keinen Verwendungsersatz, als er den Pkw selbst genutzt hat oder nutzen konnte.

- 61 b) *Nützliche Verwendungen*: Sie muss der Eigentümer gemäß § 996 nur insoweit ersetzen, als der Wert der Sache dadurch zu der Zeit erhöht ist, in welcher er sie zurückerlangt. Die zu ersetzende Wertsteigerung muss durch die Verwendung entstanden sein, sonstige Wertsteigerungen, etwa Preissteigerungen bei Grundstücken,

¹⁵⁰ Zu den außerordentlichen Lasten nach § 995, 2 Wieling § 12 V 3 e bb.

¹⁵¹ Zur gesetzgeberischen *ratio* Wieling § 12 V 4 a.

kommen dem Eigentümer zugute. Obergrenze des Wertersatzes sind die vom Besitzer gemachten Aufwendungen; ist die dadurch hervorgerufene Wertsteigerung der Sache höher, so kann doch nur der vom Besitzer aufgewendete Wert ersetzt werden.¹⁵²

aa) Aufgedrängte Bereicherung: Problematisch ist der Fall, dass die durch die Verwendung eingetretene objektive Wertsteigerung nach den persönlichen Verhältnissen und Dispositionen des Eigentümers wertlos ist. Wenn der Besitzer eines Blindenhundes diesen zum Jagdhund ausbilden lässt, so liegt eine objektive Wertsteigerung vor; der blinde Eigentümer aber kann davon keinen Gebrauch machen. Muss er dennoch die objektive Wertsteigerung (aufgedrängte Bereicherung) ersetzen? Die Bereicherung wird anerkanntermaßen nach den Verhältnissen des Bereicherten bemessen, es besteht kein Grund, hier von der Regelung abzugehen, die bei § 812 oder § 951 anerkannt ist.¹⁵³ Eine aufgedrängte Bereicherung darf also nicht zu Lasten des Eigentümers gehen, seine Haftung gemäß § 996 ist nach seinen persönlichen Verhältnissen zu bemessen.¹⁵⁴ 62

bb) Schutz des Besitzers: Wenn man also die Wertsteigerung durch nützliche Verwendungen nach den Verhältnissen des Eigentümers berechnen muss,¹⁵⁵ so darf man umgekehrt den Besitzer nicht der Willkür oder gar Schikane des Eigentümers ausliefern. Die Interessen beider Parteien sind gegeneinander abzuwägen, wobei die Höhe der drohenden Schäden eine Rolle spielen muss. In den Grenzen des Zumutbaren muss der Eigentümer die geschaffene Wertsteigerung verwerten; eine solche Verwertung kann auch durch den Verkauf der Sache geschehen, wozu der Eigentümer aber keineswegs generell verpflichtet ist. 63

c) Luxusverwendungen: Andere als notwendige und wertsteigernde (nützliche) Verwendungen muss der Eigentümer dem Besitzer nicht ersetzen, §§ 994, 996. Für Luxusverwendungen erhält der Besitzer keinen Ersatz.¹⁵⁶ 64

4. Ansprüche des bösgläubigen oder verklagten Besitzers, § 994 Abs. 2

Bösgläubige oder verklagte Besitzer erhalten für andere als notwendige Verwendungen keinen Ersatz; allenfalls steht ihnen deswegen das Wegnahmerecht des § 997 zu. Für notwendige Verwendungen erhalten sie gemäß § 994 II Ersatz im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag; ein Fremdgeschäftsführungswille des 65

¹⁵² Vgl. etwa RGZ 106, 149; MünchKomm/Raff § 996 Rn. 10; RGRK/Pikart § 996 Rn. 4; Palandt/Herrler § 996 Rn. 2.

¹⁵³ Zur Frage der aufgedrängten Bereicherung vgl. § 11 Rn. 29.

¹⁵⁴ Erman/Ebbing § 996 Rn. 6; Palandt/Herrler § 951 Rn. 21.

¹⁵⁵ Ausf. Wieling § 12 V 4 b bb; anders Staudinger/Thole, 2019, § 996 Rn. 13 f.; Neuner, Sachenrecht, Rn. 169: objektive Wertsteigerung.

¹⁵⁶ Anders der Scheinerbe nach § 2022.

Verwendenden ist nicht erforderlich (partielle Rechtsgrundverweisung).¹⁵⁷ Voraussetzung für den Anspruch aus §§ 683, 670 ist, dass die Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers entspricht. Das wird selten der Fall sein, denn regelmäßig wird der Eigentümer den Willen haben, dass der Besitzer ihm die Sache zurückgibt, nicht dass er Verwendungen darauf macht.¹⁵⁸ Liegen die Voraussetzungen der §§ 683; 684, 2; 679 nicht vor, so hat der Besitzer gemäß §§ 684, 1; 812 lediglich einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung. §§ 994 I 2, 995 sind analog anzuwenden.

5. Konkurrenzen

- 66** Die §§ 994 ff. regeln die Frage des Verwendungsersatzes abschließend und lassen eine Anwendung des Bereicherungsrechts (§§ 812, 951) nicht zu.¹⁵⁹ Die Formulierung des Gesetzes in § 996 „... kann der Besitzer Ersatz nur insoweit erlangen ...“ ist eindeutig, ebenso der Wille des Gesetzgebers. Die Ansicht der ersten BGB-Kommission, wonach jede Verwendung nach Bereicherungsrecht auszugleichen war, ist abgelehnt worden.¹⁶⁰ Dennoch wird auch heute die Ansicht vertreten, dass neben den §§ 994, 996 auch Bereicherungsrecht wegen der Verwendungen anwendbar sei, dass z. B. ein bösgläubiger Besitzer, der Ersatz für wertsteigernde Verwendungen nicht nach § 996 verlangen könne, einen Bereicherungsanspruch nach § 812 habe.¹⁶¹ Das ist ein unbestreitbarer Verstoß gegen das Gesetz, dessen Entscheidung auch keineswegs zu untragbaren Härten führt. Dass ein bösgläubiger oder verklagter Besitzer für wertsteigernde Verwendungen keinen Ersatz bekommt, erscheint auch nicht unangemessen.¹⁶² Untauglich ist namentlich das Argument, der Besitzer müsse deshalb Verwendungsersatz erhalten, weil er nicht schlechter stehen dürfe als ein Nichtbesitzer: Nur der bösgläubige Besitzer hat keinen Anspruch wegen der Bereicherung, und einen bösgläubigen Nichtbesitzer, mit dem man ihn vergleichen könnte, gibt es nicht.

¹⁵⁷ H. M., vgl. Staudinger/Thole, 2019, § 994 Rn. 44; differenzierend Pantelidou, FS Canaris I, 2007, 963, 970 f.

¹⁵⁸ Vgl. Wieling § 12 V 5 a.

¹⁵⁹ Vgl. etwa RGZ 163, 352; BGHZ 41, 157 ff.; BGH JZ 1996, 366; Baur/Stürner § 11 Rn. 55; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 207; Westermann/Gursky § 32 Rn. 37; Prütting Rn. 567; Neuner, Sachenrecht, Rn. 173; Finkenauer, Jura 2001, 606, 609.

¹⁶⁰ Vgl. Protokolle der zweiten Kommission 3986 ff., in: Mugdan III, 680 f.

¹⁶¹ Vgl. etwa Jakobs, AcP 167 (1967), 350, 370; Reeb, JuS 1973, 627 f.; Canaris, JZ 1996, 344 ff.; Verse, Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 1999; Medicus/Petersen Rn. 897; Pantelidou, FS Canaris I, 2007, 963, 979.

¹⁶² Wie hier etwa MünchKomm/Raff § 996 Rn. 13 ff.

6. Gläubiger und Schuldner des Anspruchs

a) *Wechsel des Besitzers*: Die Rechte wegen vorgenommener Verwendungen stehen dem verwendenden Besitzer zu; sie gehen auch auf seinen Rechtsnachfolger über, § 999 I. Unter Rechtsnachfolge ist sowohl eine Universalsukzession zu verstehen wie eine Einzelrechtsnachfolge im Wege der Veräußerung der Sache. Die Veräußerung muss gegenüber dem Eigentümer unwirksam sein.¹⁶³ Der Rechtsübergang tritt kraft Gesetzes mit der Vollendung des Veräußerungsgeschäfts (§§ 873, 929) ein, die Art oder Wirksamkeit des Grundgeschäfts (Kauf, Schenkung usw.) ist unerheblich. Keine Rechtsnachfolge i. S. v. § 999 I liegt vor, wenn es bei der Singularsukzession an einem Veräußerungsgeschäft fehlt. Die Übertragung allein der tatsächlichen Gewalt reicht nicht aus, ebenso wenig das Überlassen der Sache an einen Besitzmittler. § 999 I ist dispositiver Natur,¹⁶⁴ die Parteien können bei der Veräußerung seine Anwendung ausschließen, so dass der Vorbesitzer berechtigt bleibt, die Verwendungen geltend zu machen. § 999 I ist auch bei mehrfacher Veräußerung der Sache anwendbar.

Nach einer Auffassung ist § 999 I dahin einzuschränken, dass der Besitzer die Verwendungen seiner Vorbesitzer nur in der Höhe geltend machen darf, die sein Erfüllungsinteresse gegenüber seinem Veräußerer nicht überschreitet.¹⁶⁵ Für eine solche Einengung des Gesetzes besteht jedoch keinerlei Grund.¹⁶⁶ Der verwendende Vorbesitzer hat sich durch die Veräußerung der Sache aller Vorteile aus ihr begeben. Ist der Wert der ersetzbaren Verwendungen höher als der jetzige Sachwert, so mag der Besitzer sehen, wie der Eigentümer sich verhält. Kann er ihn dazu bewegen, die Verwendungen zu ersetzen, so hat er ein gutes Geschäft gemacht, dessen Gewinn ihm zu gönnen ist. Eher aber wird der Eigentümer auf die Auslösung der Sache verzichten.

b) *Wechsel des Eigentümers*: Das Recht, Ersatz wegen Verwendungen zu verlangen, richtet sich nicht nur gegen den Eigentümer zur Zeit der Verwendungen; es haftet vielmehr der jeweilige Eigentümer, § 999 II, damit der Besitzer bei einer Eigentumsübertragung seine reale Sicherheit nicht verliert. Die Entscheidung des Gesetzes ist jedoch problematisch; durch § 999 II ist zwar gesichert, dass der Besitzer durch eine Veräußerung der Sache seine reale Sicherheit nicht verliert. Das Recht auf Verwendungsersatz lastet aber wie ein dingliches Recht unerkennbar auf der Sache. Der Gesetzgeber selbst hat auf die Bedenken hingewiesen, die gegen die

¹⁶³ Andernfalls wird der neue Besitzer, d. h. Gläubiger des Verwendungsersatzanspruchs, gleichzeitig Eigentümer und Schuldner des Anspruchs, § 999 II. Das Recht erlischt durch Konfusion. Entschädigt der Veräußerer den Eigentümer, so steht ihm der Anspruch wegen der Verwendungen zu, vgl. Wieling/Finkenauer, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, Fall 12 vor Fn. 3.

¹⁶⁴ Vgl. Motive III, 416.

¹⁶⁵ Diese Ansicht geht zurück auf die Entscheidung OLG Freiburg JZ 1953, 404 f.; ihr folgen z. B. Wolff/Raiser § 86 III Fn. 14; RGRK/Pikart § 999 Rn. 5.

¹⁶⁶ H. M., vgl. Gursky, AcP 171 (1971), 82 ff.; Wellenhofer § 23 Rn. 17; Soergel/Stadler § 999 Rn. 4; Staudinger/Thole, 2019, § 999 Rn. 13; MünchKomm/Raff § 999 Rn. 6 ff.

Regelung bestehen.¹⁶⁷ Zudem ist zu beachten, dass der Übergang zwar dem Interesse des Besitzers entspricht, nicht aber der Interessenverteilung zwischen Veräußerer und Erwerber. Dem Erwerber kommen die Verwendungen nicht zugute, da sie bereits im Kaufpreis einkalkuliert sind; es wird daher regelmäßig zu einer Rechtsmängelhaftung des Veräußerers kommen. Alles spricht dafür, § 999 II eng auszulegen, so dass er nur insoweit eingreift, um dem Besitzer seine Sicherheit zu erhalten. § 999 II ist daher dann bei einem Eigentumsverlust nicht anwendbar, wenn der Besitzer vorher auf seine Verwendungsersatzansprüche verzichtet hatte¹⁶⁸ oder wenn die Sache vorher an den Eigentümer gelangt war.¹⁶⁹ Auch wenn der Eigentümer die Sache veräußert und so deren Wert erlangt, sollte dies dem Wiedererlangen der Sache gemäß § 1001, 1 gleichgestellt werden, so dass für die Anwendung von § 999 II kein Raum bleibt.¹⁷⁰

7. Durchsetzung des Verwendungsersatzanspruchs

- 69 Das Gesetz gibt dem Besitzer zunächst keinen Zahlungsanspruch, sondern lediglich ein Zurückbehaltungsrecht, § 1000. Der Zahlungsanspruch ist dagegen bedingt,¹⁷¹ entweder dadurch, dass der Eigentümer die Verwendung genehmigt oder dass er die Sache zurückerlangt, § 1001. Denn erst wenn der Eigentümer die Sache wieder erlangt hat, kommen ihm die Verwendungen zugute.
- 70 a) *Zurückbehaltungsrecht*: Anders als § 273 II setzt § 1000 keinen fälligen Anspruch voraus. Auf das Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 sind die §§ 273 III (Sicherheitsleistung) und 274 (Zug-um-Zug-Verurteilung) anwendbar. Es ist gemäß § 1000, 2 ausgeschlossen, wenn der aktuelle Besitzer die Sache durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt hat. Das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen steht auch dem mittelbaren Besitzer zu, der Besitzmittler macht das Zurückbehaltungsrecht des mittelbaren Besitzers analog § 986 I geltend.¹⁷²
- 71 b) *Kein Besitzrecht; Absonderungsrecht*: Das Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 gibt dem Besitzer kein Recht zum Besitz.¹⁷³ Andernfalls würde mit jeder ersatzfähigen Verwendung das Vindikationsverhältnis enden; ein bösgläubiger Besitzer aber kann nicht dadurch zum rechtmäßigen werden, dass er eine notwendige Verwen-

¹⁶⁷ Vgl. etwa Motive III, 416; Protokolle der zweiten Kommission, in: Mugdan III, 685 f.

¹⁶⁸ H. M., vgl. etwa MünchKomm/Raff § 999 Rn. 11; Palandt/Herrler § 999 Rn. 5.

¹⁶⁹ Planck/Brodmann § 999 Erl. 2 b; RGRK/Pikart § 999 Rn. 11; Staudinger/Thole, 2019, § 999 Rn. 28.

¹⁷⁰ Vgl. Rn. 73. Gurskys Kritik an dieser Ansicht in JZ 1997, 1161 verkennt die Bedenken, welche schon der Gesetzgeber gegen die Regelung des § 999 II hegte, sowie den Ausnahmecharakter dieser Norm und lässt die Interessen der Beteiligten unberücksichtigt.

¹⁷¹ Es handelt sich um eine Rechtsbedingung.

¹⁷² So auch im Erg. Staudinger/Thole, 2019, § 999 Rn. 7.

¹⁷³ Vgl. dazu Rn. 11; Westermann/Gursky § 32 Rn. 23; Erman/Ebbing § 1000 Rn. 4; Staudinger/Thole, 2019, § 986 Rn. 56.

dung vornimmt. Das Zurückbehaltungsrecht vernichtet daher den Anspruch aus § 985 nicht, sondern gibt nur eine Einrede mit der Folge der Verurteilung Zug um Zug, § 274.

Im Insolvenzverfahren ist der zurückbehaltungsberechtigte Besitzer einer beweglichen Sache zur Absonderung berechtigt, § 51 Nr. 2 InsO, aber nur in Höhe des aus der Verwendung noch vorhandenen Vorteils, selbst wenn sein Verwendungserstattungsanspruch höher ist, etwa nach § 994 I 1. Er ist nicht verpflichtet, die Sache zur Verwertung gemäß § 166 I InsO an den Insolvenzverwalter herauszugeben; vielmehr kann er selbst gemäß § 173 I InsO, § 1003 die Verwertung der Sache betreiben.¹⁷⁴ Da das Zurückbehaltungsrecht kein dingliches Recht ist, hat es keinen Rang; es geht allen dinglichen Rechten vor, da der Besitzer gegenüber allen die Herausgabe verweigern kann.¹⁷⁵

Auch an Grundstücken steht dem Besitzer wegen seiner Verwendungen ein Absonderungsrecht zu, vgl. § 49 InsO. Es wirkt aber nur gegen den Eigentümer, nicht gegen den Ersteigerer in der Zwangsvollstreckung, § 93 II ZVG, und nicht gegen Realgläubiger, vgl. § 10 ZVG, wo das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen nicht genannt ist.

c) Ersatzanspruch: Mit der Vornahme der ersatzfähigen Verwendung entsteht ein bedingter Ersatzanspruch, der vererblich und übertragbar ist. Die Verjährung kann aber erst mit dem Eintritt der Rechtsbedingung beginnen. 72

aa) Wiedererlangen der Sache: Der Anspruch des Verwendenden wird gemäß § 1001, 1 unbedingt existent, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt. Darunter ist regelmäßig der Erwerb des unmittelbaren Besitzes zu verstehen.¹⁷⁶ Da mit dem Erwerb der Verwendungsanspruch entsteht, muss der Eigentümer die Sache selbst erlangen, um ihren Wert und den der Verwendungen sehen und entscheiden zu können, ob er die Sache erwerben und sich dem Anspruch aussetzen will oder ob er lieber auf die Sache verzichten will. Eine Herausgabe an einen Besitzmittler oder Besitztziener reicht daher nur dann aus, wenn er für den Eigentümer eine Entscheidung treffen darf.¹⁷⁷ Der Besitzerwerb i. S. v. § 1001, 1 ist kein Rechtsgeschäft und fordert keine Geschäftsfähigkeit.¹⁷⁸ 73

Wenn der Eigentümer zwar nicht die Sache erlangt, ihr Substanzwert ihm aber zugute kommt, muss sinngemäß das gleiche gelten,¹⁷⁹ etwa wenn er die Sache verkauft.

¹⁷⁴ Palandt/Herrler § 1000 Rn. 2.

¹⁷⁵ Jaeger/Lent, Konkursordnung I, 8. Aufl. 1958, § 49 Rn. 50.

¹⁷⁶ Ein „Wiedererlangen“ ist auch gegeben, wenn der Eigentümer zuvor nie Besitz hatte.

¹⁷⁷ Palandt/Herrler § 1001 Rn. 2.

¹⁷⁸ Vgl. § 4 Rn. 5.

¹⁷⁹ Vgl. Rn. 68 a. E.; wie hier Rümker, Das Tatbestandsmerkmal „ohne rechtlichen Grund“ im Bereich der Eingriffskondiktion, 1972, 85; Wieling/Finkenauer, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, Fall 12 Fn. 2; Wieling, LM § 812 BGB Nr. 247; Canaris, JZ 1996, 344, 345. Dagegen wendet sich zu Unrecht Staudinger/Gursky, 2013, § 1001 Rn. 5. Gursky meint, wenn der Verwendende die Sache veräußere, so könne er gegen die Ansprüche des Eigentümers seine Verwendungen als Bereicherung oder Vorteilsausgleich geltend machen. Ob aber die Verwendungen überhaupt geltend gemacht werden können, ist zunächst zu begründen, und zwar damit, dass dem Eigentümer der Substanzwert zufließt, wenn der Verwendende ihm Schadensersatz leistet.

Wird die Sache des Eigentümers in dessen Insolvenz oder in der Zwangsvollstreckung eines Gläubigers gegen den Eigentümer verwertet, so fließt der Wert der Sache in das Vermögen des Eigentümers, er haftet entsprechend § 1001, 1 auf Verwendungsersatz.¹⁸⁰ Das gleiche gilt, wenn ein Dritter wirksam die Sache an einen Gutgläubigen veräußert hat und der Eigentümer gemäß § 816 I 1 den Erlös erlangt.

- 74 *bb) Reurecht:* Das Wahlrecht des Eigentümers, die Sache zurückzunehmen und die Verwendungen zu zahlen oder auf die Sache zu verzichten, steht ihm auch dann noch zu, wenn er den Besitz der Sache wiedererlangt hat, er hat ein „Reurecht“: Der Eigentümer kann gemäß § 1001, 2 die Sache an den Verwendenden zurückgeben. Die Ausübung des Reurechts ist nur möglich, wenn der Eigentümer die Verwendungen nicht genehmigt hat und wenn diese auch nicht gemäß § 1001, 3 als genehmigt gelten, weil der Eigentümer die unter Vorbehalt angebotene Sache angenommen hat. Die Rückgabe kann auch dann noch erfolgen, wenn der Besitzer den Verwendungsanspruch bereits eingeklagt hat. Mit der Rückgabe wird der alte Zustand wiederhergestellt, der Besitzer hat das Zurückbehaltungsrecht des § 1000.¹⁸¹

Nimmt der Besitzer die Sache nicht zurück, so tritt eine Befreiung des Eigentümers erst ein, wenn er sich von der Sache trennt, d. h. wenn er sie unter Verzicht auf das Rücknahmerecht hinterlegt, § 378, oder wenn er sie versteigern lässt, §§ 383 ff.

- 75 *cc) Verjährung; Ausschlussfrist:* Der Anspruch aus § 1001, 1 verjährt gemäß §§ 195, 199 in drei Jahren. Hat aber der Eigentümer die Sache nicht irgendwie zurückrerlangt, sondern ist sie ihm vom Besitzer herausgegeben worden,¹⁸² so läuft die Ausschlussfrist (nicht Verjährung!) des § 1002: ein Monat bzw. sechs Monate bei Grundstücken. Der Ausschluss nach § 1002 greift aber nicht ein, wenn der Eigentümer vorher die Verwendung genehmigt oder wenn die Rückgabe unter dem Vorbehalt des Verwendungsersatzanspruchs (§ 1001, 3) erfolgte. Der Eigentümer, der aufgrund der vorbehaltlosen Übergabe von seiner Pflicht zum Verwendungsersatz möglicherweise nichts weiß, soll von dieser Pflicht bald befreit werden.

- 76 *dd) Genehmigung:* Gemäß § 1001, 1 lässt auch eine Genehmigung einen unbedingten Verwendungsersatzanspruch entstehen. Genehmigung bedeutet Einverständniserklärung mit einer Verwendung; es ist möglich, dass der Eigentümer bestimmte Verwendungen genehmigt, andere nicht. Voraussetzung für eine Genehmigung ist, dass der Eigentümer von der Verwendung weiß; nicht erforderlich ist es, dass der Besitzer ihm einen bestimmten Betrag genannt hat. Denn genehmigt wird gemäß § 1001, 1 die Verwendung, nicht ein bestimmter Betrag des Verwendungsersatzanspruchs.¹⁸³

¹⁸⁰Vgl. Planck/Brodmann § 1001 Erl. 1 a; Palandt/Herrler § 1001 Rn. 2.

¹⁸¹Zur Rückgabe einer beschädigten Sache und zum Untergang der Sache ausf. Wieling § 12 V 8 d bb.

¹⁸²Gleichgestellt ist der Fall, dass der Eigentümer die Sache im Wege der Zwangsvollstreckung nach einem Vindikationsprozess vom Besitzer wiedererlangt, ohne dass dieser seine Verwendungen geltend gemacht hätte, s. BGH NJW 2016, 495 Rn. 21.

¹⁸³Gibt der Besitzer einen Betrag an, so ist ein höherer Ersatzanspruch nur in der genannten Höhe genehmigt; ist der Ersatzanspruch dagegen niedriger, gilt dessen Höhe.

Die Genehmigung nach § 1001, 1 ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die auch konkludent abgegeben werden kann.

ee) Vermutete Genehmigung: Wenn sich der Besitzer bei der Übergabe seine Rechte auf Verwendungsersatz vorbehält und der Eigentümer die Sache annimmt, gelten die vom Besitzer angezeigten Verwendungen gemäß § 1001, 3 als genehmigt,¹⁸⁴ d. h. der Besitzer hat einen unbedingten Verwendungsersatzanspruch, von welchem der Eigentümer sich nicht mehr durch Rückgabe befreien kann. Der Vorbehalt bedeutet nicht, dass der Besitzer eine bestimmte Summe genau angeben muss. Da der Eigentümer aber eine Grundlage für seine Entscheidung haben muss, ob er die Sache annehmen will, muss der Besitzer ihm die vorgenommenen Verwendungen nennen. Die Annahme der unter Vorbehalt angebotenen Sache gilt als Genehmigung der angezeigten Verwendungen.¹⁸⁵ Es handelt sich um ein konkludentes rechtsgeschäftliches Verhalten, dessen Bedeutung unwiderleglich vermutet wird. 77

ff) Verwertungsrecht: Das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 schließt gemäß § 1003 ein Verwertungsrecht ein; es entsteht, wenn der Besitzer keinen endgültigen Zahlungsanspruch erlangt, weil der Eigentümer die Verwendung nicht genehmigt und auch die Genehmigungsvermutung des § 1001, 3 nicht eingreift. 78

Damit das Verwertungsrecht zur Entstehung gelangt, muss der Besitzer dem Eigentümer den geforderten Betrag mitteilen und ihn auffordern, sich innerhalb einer angemessenen Frist zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige, § 1003 I 1. Genehmigt der Eigentümer in der gesetzten Frist die Verwendungen, so erhält der Besitzer einen endgültigen Verwendungsanspruch, § 1001, 1; ein Verwertungsrecht entsteht nicht, § 1003 II (2), ein bestehendes Zurückbehaltungsrecht bleibt erhalten. Bestreitet der Eigentümer den Verwendungsanspruch dem Grund oder der Höhe nach, sei es von vornherein oder vor Ablauf der Frist, so muss der Besitzer auf Feststellung des Anspruchs klagen, wenn er das Verfahren weiterbetreiben will, § 1003 II. Ist das Feststellungsurteil rechtskräftig, muss der Besitzer dem Eigentümer erneut eine angemessene Frist zur Erklärung setzen, ob er die Verwendungen genehmige.

Ist die Frist des § 1003 I 1 ohne Genehmigung oder Bestreiten verstrichen, so gilt der Verwendungsanspruch als festgestellt; der Besitzer hat ein Verwertungsrecht. Das Verwertungsrecht ist mit dem Zurückbehaltungsrecht weder identisch noch ist es ein Teil des Zurückbehaltungsrechts. Das Verwertungsrecht steht auch einem Besitzer zu, der kein Zurückbehaltungsrecht hat. Das Verwertungsrecht ist kein dingliches Recht,¹⁸⁶ es gibt dem Inhaber keinen Herausgabeanspruch und steht – wenn die Voraussetzungen des § 1003 vorliegen – dem jeweiligen Inhaber des bedingten Verwendungsanspruchs zu.

¹⁸⁴ Es handelt sich um eine unwiderlegliche Vermutung, keine Fiktion (a. A. Staudinger/Thole, 2019, § 1001 Rn. 37); ausf. Wieling § 12 V 8 d dd.

¹⁸⁵ Andere, nicht geltend gemachte Verwendungen gelten nicht als genehmigt, vgl. Planck/Brodmann § 1001 Erl. 3 a.

¹⁸⁶ RGZ 71, 426 ff.; MünchKomm/Raff § 1003 Rn. 16; Soergel/Stadler § 1003 Rn. 1; RGRK/Pikart § 1003 Rn. 4.

Die Verwertung geschieht bei Mobilien gemäß § 1003 I 2 nach den Regeln über den Pfandverkauf, also nach den §§ 1233–1247.¹⁸⁷ Da das Verwertungsrecht kein dingliches Recht ist, hat es keinen Rang; alle dinglichen Rechte – auch später entstandene – gehen ihm vor.¹⁸⁸ Im Insolvenzverfahren gibt das Verwertungsrecht kein Absonderungsrecht, § 51 Nr. 2 InsO behandelt nur das Zurückbehaltungsrecht. Bei Grundstücken erfolgt die Verwertung durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Erforderlich ist ein vollstreckbarer Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung, § 16 I ZVG. Das Verwertungsrecht ist kein Recht i. S. v. § 9 ZVG, es fällt unter § 10 I Nr. 5 ZVG und geht daher allen dinglichen Rechten nach, auch wenn sie später entstanden sind.¹⁸⁹

8. Wegnahme- und Aneignungsrecht

- 79** Fügt der unrechtmäßige Besitzer einer fremden Sache dieser eine eigene derart zu, dass sie wesentlicher Bestandteil wird, so verliert er sein Eigentum;¹⁹⁰ es geht im Eigentum an der Gesamtsache auf, an deren wesentlichen Bestandteilen keine besonderen Rechte bestehen können, §§ 93, 946, 947. Ob der Besitzer dafür eine Geldentschädigung im Wege des Verwendungsersatzes bekommt, richtet sich nach den §§ 994, 996; auf jeden Fall hat er ein Wegnahme- und Aneignungsrecht nach § 997 I.¹⁹¹
- 80** a) *Voraussetzungen:* § 997 setzt zunächst voraus, dass der Besitzer der Hauptsache kein Recht zum Besitz hat. Ist er zum Besitz berechtigt, so kommt nicht § 997 in Betracht, eventuell aber ein besonderes Wegnahmerecht aus dem Rechtsverhältnis zum Eigentümer (z. B. §§ 539 II, 601 II 2). Voraussetzung ist ferner, dass die §§ 994 ff. anwendbar sind. Das Wegnahme- und Aneignungsrecht des § 997 hat der Besitzer aber nur dann, wenn er mit der Hauptsache eine eigene, ihm gehörende Sache verbunden hat. Das Aneignungsrecht entsteht anstelle des verlorenen Eigentums, es gewährt dem früheren Eigentümer die Möglichkeit, sich das verlorene Recht wieder zu verschaffen. War der Besitzer nicht Eigentümer der zugefügten Sache, so erwirbt er weder ein Aneignungs- noch ein Wegnahmerecht.¹⁹² Vielmehr steht dem wirklichen Eigentümer ein Wegnahme- und Aneignungsrecht nach § 951 II 2 zu. Das Recht aus § 997 steht dem bösgläubigen wie dem gutgläubigen Besitzer zu.
- 81** b) *Inhalt und Rechtsnatur:* Das Wegnahmerecht ist ein Bestandteil des Aneignungsrechts, es folgt aus diesem. Das Wegnahmerecht gibt dem Besitzer das Recht,

¹⁸⁷ Vgl. § 15 Rn. 36 ff.

¹⁸⁸ Erman/Ebbing § 1003 Rn. 11.

¹⁸⁹ RGZ 71, 426 ff.

¹⁹⁰ Wurde sie nur unwesentlicher Bestandteil, so bleibt der Besitzer Eigentümer der zugefügten Sache und kann sie jederzeit abtrennen und an sich nehmen; er hat den Anspruch aus § 985. Für eine analoge Anwendung des § 997 I i. V. m. § 258 dagegen Wittig, Die Wegnahmrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2012, 123.

¹⁹¹ Einen Überblick geben Beil/Wüstenberg, JuS 2019, 205 ff.

¹⁹² Vgl. Wieling, JZ 1985, 511, 518 Fn. 88, 90.

den zugefügten Bestandteil abzutrennen, ohne dass darin eine Verletzung des fremden Eigentums läge. Ist der Berechtigte nicht mehr im Besitz der Sache, so gibt ihm das Wegnahmerecht einen Anspruch gegen den Besitzer und gegen den Eigentümer (sowie sonstige Berechtigte), die Abtrennung zu dulden. Gemäß §§ 997 I 2, 258, 1 muss er die Sache auf eigene Kosten in den vorigen Stand versetzen, der Eigentümer kann gemäß § 258, 2 die Gestattung der Wegnahme verweigern, bis der Berechtigte für eventuelle Beschädigungen Sicherheit geleistet hat. Das Aneignungsrecht bewirkt, dass der Berechtigte mit Besitzerwerb das Eigentum an der Sache erlangt. Die Aneignung ist kein Rechtsgeschäft, sie fordert keine Geschäftsfähigkeit.

Das Aneignungsrecht ist ein dingliches Recht,¹⁹³ es ist nach den §§ 929 ff. übertragbar. Durch gutgläubig lastenfreien Erwerb nach §§ 936, 892 kann es erlöschen. Geschützt ist das Aneignungsrecht in gleicher Weise wie das Eigentum; nur solange die Verbindung besteht, ist § 985 ausgeschlossen, der durch das Wegnahmerecht ersetzt wird.

c) Ausschluss: Wegnahme und Aneignung sind gemäß § 997 II ausgeschlossen, 82 wenn ein gutgläubiger und unverklagter Besitzer Verbindungen vorgenommen hat, die gewöhnliche Erhaltungskosten sind (Rn. 60). Er kann dafür nach § 994 I 2 keinen Ersatz verlangen und die Sachen auch nicht wegnehmen; er kann stattdessen die Nutzungen behalten. Die Wegnahme ist weiter ausgeschlossen, wenn sie für den Besitzer keinen Nutzen hat; ferner wenn der Eigentümer oder ein sonst dinglich Berechtigter dem Besitzer den Wert ersetzt, den der abgetrennte Bestandteil für ihn haben würde.

VI. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch; Verfolgungsanspruch

§ 1004 gibt dem Eigentümer einer beweglichen Sache einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegen den Störer, wenn das Eigentum anders als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird. Bei Entziehung und Vorenthaltung ist der Eigentümer bereits nach § 985 geschützt. Weil das Hauptanwendungsgebiet des Anspruchs im Grundstücksrecht liegt, soll er dort dargestellt werden (§ 23 Rn. 72 ff.). 83

§ 1005 gibt dem Eigentümer einer Sache, die sich auf einem fremden Grundstück befindet, gegen dessen Besitzer einen Anspruch auf Gestattung des Aufsuchens und Wegschaffens, indem er auf § 867 verweist. Die Anspruchsvoraussetzungen sind also aus § 867 zu entnehmen, nur steht der Anspruch nicht als possessorischer dem Besitzer der Sache zu, sondern als petitorischer deren Eigentümer. Er steht ferner jedem zu, der ein sonstiges dingliches Recht zum Besitz an der Sache hat. Im Übrigen ist auf § 867 zu verweisen.¹⁹⁴

¹⁹³ Vgl. dazu § 11 Rn. 34; ferner Wieling, JZ 1985, 511, 515 ff.

¹⁹⁴ Vgl. § 5 Rn. 23 f.; anwendbar ist nicht nur § 867, 1, sondern die Vorschrift insgesamt.

VII. Deliktischer Eigentumsschutz

- 84** Das Eigentum ist als absolutes Recht – wie alle dinglichen Rechte – nach § 823 I gegen deliktische Eingriffe geschützt. Ein Eingriff in das Eigentum kann erfolgen durch eine Beeinträchtigung des Rechts selbst oder durch eine Beeinträchtigung der Sache. Das Eigentum selbst etwa wird beeinträchtigt durch eine unberechtigte Verfügung über eine fremde Sache, durch die schuldhaft rechtswidrige Pfändung einer Sache¹⁹⁵ oder durch das schuldhafte Erwirken eines Widerspruchs gegen ein in Wirklichkeit bestehendes Grundstücksrecht.¹⁹⁶

Eine Beeinträchtigung der Sache setzt eine Einwirkung auf diese selbst voraus, es genügt keineswegs allgemein eine Handlung, wodurch der Eigentümer gehindert wird, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren. Eine Eigentumsverletzung liegt etwa vor, wenn jemand die Sache beschädigt oder zerstört, aber auch, wenn er die Sache unbefugt dem Eigentümer vorenthält, etwa indem er sie in Besitz nimmt oder einschließt.¹⁹⁷ Die Dauer der Vorenthaltung spielt keine Rolle, auch eine kurzfristige Entziehung ist rechtswidrig.

Dagegen stellt es keine Eigentumsverletzung dar, wenn jemand den Eigentümer auf andere Art als durch eine Einwirkung auf die Sache selbst hindert, damit nach Belieben zu verfahren, etwa indem er den Eigentümer verletzt oder einschließt.¹⁹⁸ Liefert der Händler dem Fabrikanten nicht verabredungsgemäß das bestellte Öl, so dass dessen Maschinen stillstehen müssen, so liegt darin eine Vertragsverletzung, aber keineswegs eine Eigentumsverletzung.¹⁹⁹

VIII. Eigentumsvermutung

- 85** Eine Vermutung äußert ihre Wirkung u. a. im Zivilprozess, indem sie die Beweislast abweichend von der allgemeinen Regelung verteilt. Gemäß § 1006 wird vermutet, dass der Besitzer Eigentümer sei; die Vermutung ist widerlegbar, § 292 ZPO, der Beweis des Gegenteils ist zulässig. Es handelt sich dabei nicht um eine Bestimmung des materiellen Rechts, sondern um eine prozessuale Vorschrift, die besagt, wer im Prozess das Eigentum beweisen muss und wer den Nachteil tragen muss, wenn der Beweis nicht zu erbringen ist.

¹⁹⁵ BGHZ 67, 378 ff.; BGH WM 1965, 863 ff.

¹⁹⁶ BGH VersR 1977, 136.

¹⁹⁷ BGHZ 55, 153; 63, 206.

¹⁹⁸ BGHZ 63, 206.

¹⁹⁹ Ausf. Wieling/Finkenauer, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, Fall 18 III 3 a aa; ebd. auch zur Gegenmeinung, die eine Verletzung des Forderungsrechts für § 823 I genügen lässt.

Die Vermutung besteht nur zugunsten des Besitzers, kann sich also nicht gegen ihn kehren; allerdings gilt sie auch dann, wenn jemand sich auf das Eigentum des-jenigen beruft, von dem er Rechte ableitet.²⁰⁰

1. Vermutung

Nach § 1006 wird der Besitzer als Eigenbesitzer vermutet; das gilt natürlich nur, wenn er sich auf sein Eigentum beruft. Beruft er sich auf ein anderes dingliches Recht, was ihm gleichfalls möglich ist (Rn. 92), so begründet der Besitz die Vermutung für dieses Recht.²⁰¹ Wie die Behandlung abhanden gekommener Sachen sowie des Geldes und der Inhaberpapiere in § 1006 I 2 zeigt, folgt § 1006 der Regelung der §§ 929 ff., es wird Eigentumserwerb beim Besitzerwerb vermutet. § 1006 bezieht sich also nur auf Sachen, die nach den §§ 929 ff. übereignet werden können. 86

Über den Wortlaut hinaus ist § 1006 auch auf nicht gebuchte Grundstücke anwendbar und auf solche, für welche kein Eigentümer eingetragen ist.²⁰² Hier ist § 891 nicht anwendbar, dass der Besitzerwerb für das Eigentum nicht ohne Bedeutung ist, zeigen die §§ 900, 927.

a) *Gegenwärtiger Besitzer*: Zugunsten des aktuellen Besitzers wird gemäß § 1006 I 1 vermutet, dass er mit dem Besitzerwerb Eigentümer geworden sei.²⁰³ Das setzt selbstverständlich voraus, dass der Besitzer Eigenbesitzer ist. Behauptet der Besitzer Eigenbesitz, so muss der Bestreitende das Gegenteil beweisen.²⁰⁴ Zugunsten des Besitzers wird ja gerade vermutet, dass er das behauptete dingliche Recht hat, also auch aufgrund dessen besitzt. Die Vermutung geht nicht allgemein dahin, dass der Besitzer jetzt Eigentümer sei, wann immer er das Eigentum erworben habe. § 1006 I 1 ließe sich vom Wortlaut her freilich so verstehen. Die Abstimmung der Vorschrift mit den §§ 929 ff. zeigt jedoch, dass es entscheidend auf den Zeitpunkt des Besitzerwerbs ankommt: Es wird vermutet, dass der Besitzer beim Besitzerwerb Eigentum²⁰⁵ erworben habe.²⁰⁶ Eine Vermutung, dass der Besitzer irgendwann Eigentum erworben habe, könnte vom anderen Teil nicht widerlegt werden, eine solche Vermutung stünde auch in Konflikt mit der 87

²⁰⁰ BGH NJW-RR 2017, 1097 Rn. 9 ff. (Vermieterpfandrecht).

²⁰¹ Dann werden das entsprechende Recht und Fremdbesitz aufgrund dieses Rechts vermutet; Westermann/Gursky § 33 Rn. 9.

²⁰² So Wolff/Raiser § 22 I Nr. 3; Finkenauer, Eigentum (§ 11 Fn. 19), 181 f. mit Verweis auf die Gesetzgebungsgeschichte; abl. Staudinger/Thole, 2019, § 1006 Rn. 4.

²⁰³ Die Tatsache des Besitzes muss beweisen, wer sich darauf beruft.

²⁰⁴ Gleichgültig ist, aus welchem Rechtsgrund der Erwerb stattgefunden haben soll; auch eine behauptete Schenkung begründet die Eigentumsvermutung aus § 1006; insoweit richtig BGH NJW 2015, 1678 Rn. 12; s. aber noch Rn. 91.

²⁰⁵ Oder das entsprechende dingliche Recht.

²⁰⁶ So etwa Baur/Stürner § 10 Rn. 6; Soergel/Stadler § 1006 Rn. 4 und 10; Staudinger/Thole, 2019, § 1006 Rn. 20; MünchKomm/Raff § 1006 Rn. 44; BGHZ 64, 396; BGH NJW 1984, 1456.

Fortdauervermutung des Eigentums für den bisherigen Eigentümer. Behauptet also der Besitzer, nicht beim Besitzerwerb Eigentum erworben zu haben, oder wird ihm das bewiesen, so entfällt die Vermutung des § 1006 I 1.

Besteht gemäß § 1006 I 1 die Vermutung, dass der Besitzer Eigentum erworben habe, so wird der Fortbestand des Eigentums aufgrund der allgemeinen Fortdauervermutung angenommen,²⁰⁷ und zwar auch dann, wenn der Besitzer den Besitz verloren hat. Sie tritt jedoch gegenüber der Eigentumsvermutung zugunsten des aktuellen Besitzers zurück.

- 88 *b) Ausschluss bei Abhandenkommen:* Die Vermutung zugunsten des aktuellen Besitzers gilt nicht, wenn die Sache einem früheren Besitzer abhanden gekommen ist, jedoch gilt diese Ausnahme nur gegenüber dem, dem die Sache abhanden gekommen ist, § 1006 I 2. Der Besitzer kann sich also allen gegenüber auf § 1006 I 1 berufen, nur nicht gegenüber dem früheren Besitzer, dem die Sache abhanden gekommen ist. Hier zeigt sich die Abstimmung mit § 935: Es genügt nicht, dass die Sache überhaupt abhanden gekommen ist, sie muss dem Berechtigten abhanden gekommen sein; ist das der Fall, so kann nur er sich darauf berufen. Sie zeigt sich auch darin, dass auf Geld und Inhaberpapiere § 1006 I 2 nicht anwendbar ist.
- 89 *c) Früherer Besitzer:* Zugunsten eines früheren Eigenbesitzers wird vermutet, dass auch er mit dem Besitz Eigentum erworben habe, § 1006 II. Die Formulierung „während der Dauer seines Besitzes“ schließt keineswegs die Fortdauervermutung aus (Rn. 87), die auch dann besteht, wenn der Besitzer den Besitz verloren hat. Das Gesetz will mit dieser Formulierung nur sagen, dass die Vermutung für den Besitzerwerb des aktuellen Besitzers die Fortdauervermutung zugunsten des früheren Besitzers ausschließt. Ist aber die Vermutung zugunsten des aktuellen Besitzers widerlegt, so greift die Vermutung zugunsten des früheren Besitzers ein.²⁰⁸
- 90 *d) Mittelbarer Besitzer:* Die Vermutung des § 1006 I, II spricht für jeden Eigenbesitzer, auch wenn es sich um einen mittelbaren Besitzer handelt, § 1006 III. Auch im Verhältnis zum Besitzmittler spricht die Vermutung für den mittelbaren Besitzer, denn nur er kann Eigenbesitzer sein. Bei mehrstufigem mittelbarem Besitz kann nur der höchststufige Besitzer Eigenbesitzer sein.
- 91 *e) Mitbesitz:* Besteht Eigenbesitz mehrerer Mitbesitzer, so wird für jeden ein Miteigentumsanteil vermutet; über die Höhe der Quoten besagt der Mitbesitz nichts.²⁰⁹ Ist die Quotenhöhe nicht nachweisbar, so ist gemäß § 742 von gleichen Quoten auszugehen;²¹⁰ beweist ein Mitbesitzer, dass die anderen nicht Eigentümer sind, so spricht die Vermutung für sein Alleineigentum.²¹¹
- 92 *f) Dingliche Rechte:* Der Besitz streitet nicht nur für das Eigentum, sondern für jedes dingliche Recht, das der Besitzer für sich in Anspruch nimmt, z. B. für ein

²⁰⁷ Vgl. etwa Hedemann, Die Lehre von der Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches, 1903, 156 ff.

²⁰⁸ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 520; BGH NJW 2019, 3147 Rn. 24.

²⁰⁹ Palandt/Herrler § 1006 Rn. 1; RGRK/Pikart § 1006 Rn. 10; Staudinger/Thole, 2019, § 1006 Rn. 37; MünchKomm/Raff § 1006 Rn. 39.

²¹⁰ Nach BGH NJW 1997, 1434 ist die Vermutung in § 742 aber nur „schwach ausgeprägt“.

²¹¹ Wolff/Raiser § 22 I; RGRK/Pikart § 1006 Rn. 10.

Anwartschaftsrecht; für das Pfandrecht und den Nießbrauch ergibt sich das aus §§ 1065, 1227.²¹² Zu den verdinglichten Rechten vgl. § 13 Rn. 25.

g) *Ehegatten*: Dem § 1006 geht § 1362 vor, der dem Gläubiger i. V. m. § 739 ZPO die Vollstreckung gegen einen Ehegatten erleichtern soll. 93

h) *Kausalgeschäft*: § 1006 vermutet nur das Eigentum des Besitzers, nicht aber das Bestehen eines Kausalgeschäfts. Beruft sich der Besitzer auf das Bestehen einer *causa*, so muss er sie beweisen. Beruft sich aber ein Kondizierender auf das Fehlen einer *causa*, muss er wegen § 812 I 1 die rechtsgrundlose Leistung beweisen; denn das Bestehen der *causa* wird hier vermutet. Davon gilt eine Ausnahme bei der Schenkung; nach alter Tradition wird nämlich das Bestehen einer Schenkung gerade nicht vermutet, weil Schenkungen eher ungewöhnliche Geschäfte sind.²¹³ Sonst würde jeder, der eine Sache aus der Hand gibt, ohne beweisen zu können, dass er sie *nicht* verschenkt hat, sie schon verloren haben! 94

2. Widerlegung

In § 1006 wird keine Tatsache vermutet, sondern ein Recht, das Eigentum. Um sie zu widerlegen, reicht es nicht, wenn der Bestand einer Tatsache widerlegt wird, vielmehr muss die Nichtexistenz des Rechts bewiesen werden. Das bedeutet, dass der Gegner nachweisen muss, dass der Besitzer beim Besitzerwerb auf keine nur denkbare Art das Eigentum erworben hat. Ein solcher Nachweis ist schwierig, man darf ihn nicht zur Unmöglichkeit werden lassen, indem man eine Behauptungslast des Besitzers verneint.²¹⁴ In diesem Fall müsste der andere alle nur denkbaren Erwerbsgründe widerlegen, was aussichtslos wäre.²¹⁵ Richtig ist es daher, dem Besitzer die Behauptungslast für seinen Eigentumserwerb aufzuerlegen, andernfalls die Vermutung des § 1006 nicht eingreift.²¹⁶ Der Besitzer muss also darlegen, wie er das Eigentum beim Besitzerwerb erworben hat, er kann auch mehrere, selbst sich widersprechende Gründe angeben. 95

Da § 1006 die Beweislast dem Gegner des Besitzenden auferlegt, genügt es nicht, wenn dieser Tatsachen beweist, die den Eigentumserwerb des Besitzers unwahrscheinlich erscheinen lassen; er muss Tatsachen beweisen, die den Erwerb

²¹² Zugunsten des Pfandbesitzers wird das Bestehen des Pfandrechts, also auch das Bestehen der gesicherten Forderung vermutet, anders zu Unrecht Wolff/Raiser § 22 Fn. 2; Staudinger/Thole, 2019, § 1006 Rn. 65. Auf diese Vermutung kann sich der Besitzer natürlich nur berufen, wenn er das Pfandrecht geltend macht, nicht wenn er die Forderung geltend macht.

²¹³ Ausf. Wieling § 12 IX 2 e bb; zu weit ginge es jedoch, § 1006 auf den Beschenkten anzuwenden, so aber Wacke, AcP 191 (1991), 1, 14 ff.; anders BGH JZ 2000, 568, der die Ausnahme nicht anerkennt (krit. Schiemann, ebd.); s. auch BGH NJW 2015, 1678 Rn. 12 (Altzahngold) mit Wilhelm Rn. 1178 in Fn. 1984.

²¹⁴ So aber etwa Palandt/Herrler § 1006 Rn. 1; RGRK/Pikart § 1006 Rn. 17; BGH NJW 1960, 1518.

²¹⁵ Vgl. Baumgärtel/Wittmann, JR 1978, 21.

²¹⁶ So zu Recht OLG Koblenz NJW 2016, 331; AlternKomm/Kohl § 1006 Rn. 13; Staudinger/Gursky, 2013, § 1006 Rn. 42 ff.

ausschließen.²¹⁷ Ob dieser Beweis des Gegenteils geführt ist, hat das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO zu entscheiden.

IX. Schutz des Ersitzungsbesitzes

- 96 In früheren Auflagen war die Darstellung des Schutzes des Ersitzungsbesitzes in § 1007 bewusst im Zusammenhang mit dem Eigentumsschutz dargestellt, aus historischen und systematischen Gründen völlig zu Recht; § 1007 findet sich am Ende des Titels „Ansprüche aus dem Eigentum“. Gleichwohl ist es tunlich, die Darstellung nach § 13 zu verschieben, um § 1007 im Zusammenhang zu erläutern.

X. Annex: Kulturgüterschutz

1. Ausschluss der Vindikation durch das Restitutionsrecht

- 97 a) *Alliiertes Rückerstattungsrecht*: Das alliierte Restitutionsrecht²¹⁸ regelte die Rückerstattung von feststellbaren Vermögensgegenständen, die in der Zeit vom 30.1.1933 bis zum 8.5.1945 aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, der politischen Auffassung oder der politischen Gegnerschaft gegen den Nationalsozialismus entzogen worden waren.²¹⁹ Erfasst waren Verluste durch private Rechtsgeschäfte und durch Staats- oder Verwaltungsakte, sofern das Rechtsgeschäft oder die sonstige Handlung eine Verfolgungsmaßnahme darstellte oder sich aus einer solchen ergab. Primär war Naturalrestitution vorgesehen, zudem Schadensersatz für den Fall des Verlusts, der Unmöglichkeit einer effektiven Rückerstattung oder der Wertminderung. Dazu gehörte auch die Unmöglichkeit einer Naturalrestitution, wenn der Gegenstand in die sowjetisch besetzte Zone verbracht worden war, wenn nur der Vermögenswert seine Belegenheit im Zeitpunkt der Schädigung in einer der jeweiligen Zonen hatte.

Ein verfolgungsbedingter Vermögensverlust wurde bei einer entgeltlichen Veräußerung durch einen Verfolgten vermutet. Für den Gegenbeweis musste nachgewiesen werden, dass der Veräußerer einen angemessenen Kaufpreis erhalten hatte und frei über ihn verfügen konnte. Für Veräußerungen nach dem 15.9.1935 war

²¹⁷ BGH NJW 1961, 779; Westermann/Gursky § 33 Rn. 1.

²¹⁸ Gesetz Nr. 59 der US-Militärregierung Deutschland vom 10.11.1947 (USREG); Verordnung Nr. 120 des französischen Oberkommandos in Deutschland vom selben Tag (FREG); Gesetz Nr. 59 der britischen Militärregierung Deutschland vom 12.5.1949 (BrREG); Anordnung BK-O (49) 180 der Alliierten Kommandantur Berlin vom 26.7.1949 (REAO); die Gesetze sind seit 2007 außer Kraft; zu alldem Schneider, ZOV 2015, 170.

²¹⁹ Zu den Hintergründen kriegsbedingt verlagerten Kulturguts im Gefolge des Zweiten Weltkrieges Wieling § 12 X 1.

zudem der Beweis erforderlich, dass das Rechtsgeschäft seinem wesentlichen Inhalt nach auch ohne die Herrschaft des Nationalsozialismus abgeschlossen worden wäre oder der Erwerber in besonderer Weise und mit wesentlichem Erfolg den Schutz der Vermögensinteressen des Berechtigten wahrgenommen hat. Gutgläubiger Erwerb der entzogenen Sache war ausgeschlossen.

Die Rückerstattungsgesetze enthielten Verfahrensregelungen mit einem eigenen Rechtsweg. Rückerstattungsansprüche waren in sehr kurzen Fristen (nach der REAO für Berlin bis zum 30.6.1950) anzumelden. Ansprüche, die unter das Rückerstattungsrecht fielen, konnten nur in dem in ihm vorgesehenen Verfahren und unter Einhaltung seiner Fristen geltend gemacht werden.²²⁰

b) *Bundesrückerstattungsgesetz*: Das BundesrückerstattungsG von 1957 regelt die Rückgewähr von Vermögensgegenständen, ist aber auf Ansprüche gegen Herrschaftsträger oder NS-Organisationen und Gliederungen aufgrund der Anmaßung oder des Entzugs von Eigentum oder Besitz beschränkt und hat daher nur Relevanz, wenn um Gegenstände aus dem Besitz öffentlicher Einrichtungen gestritten wird. Es eröffnet namentlich die bereits abgelaufenen Fristen des alliierten Rückerstattungsrechts zur Anmeldung von Ansprüchen nochmals neu bis zum 1.4.1959, sieht aber keine Naturalrestitution, sondern nur noch Geldentschädigungen und Schadensersatz vor (§ 2 BRüG). 98

c) *Vermögensgesetz*: Nach seinem § 1 VI 1 gilt das VermG von 1990 für vermögensrechtliche Ansprüche von Bürgern und Vereinigungen entsprechend, die in der Zeit vom 30.1.1933 bis zum 8.5.1945 aus rassistischen, politischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen verfolgt wurden und deshalb ihr Vermögen infolge von Zwangsverkäufen, Enteignungen oder auf andere Weise verloren haben. Nach S. 2 wird ein verfolgungsbedingter Vermögensverlust nach den Beweislastregelungen der REAO vermutet. § 1 VI VermG bezieht sich nur auf Vermögenswerte in den neuen Ländern,²²¹ weil die Vorschrift die Wiedergutmachungslücke schließen soll, die sich aus dem Fehlen von vergleichbaren Wiedergutmachungsvorschriften in der sowjetischen Besatzungszone und der DDR ergab. Restitutionsanträge mussten bei beweglichen Sachen bis zum 30.6.1993 gestellt werden. Nach Fristablauf des öffentlichrechtlichen Rückübertragungsanspruchs gemäß § 3 I VermG ist der Berechtigte mit sämtlichen, auch zivilrechtlichen Ansprüchen ausgeschlossen.²²² Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist im Rahmen des VermG ein Anscheinsbeweis nicht zulässig, vielmehr sind die Voraussetzungen eines angemessenen, frei verfügbaren Kaufpreises und der fehlenden (Mit-)Ursächlichkeit der NS-Herrschaft für den Verkauf voll zu beweisen.²²³ 99

d) *Vindikationsverlust*: Wurde ein Rückerstattungsanspruch nicht angemeldet, bewirkten die Ausschlussanordnungen der Rückerstattungsgesetze einen Verlust des Anspruchs aus § 985. Will man eine völlig unbefriedigende *nuda proprietas*, 100

²²⁰ Art. 51 REAO; Art. 49 Abs. 1 BrREG; Art. 57 USREG.

²²¹ Vgl. BVerwGE 135, 272 Rn. 33.

²²² BVerwGE 101, 39 Rn. 11 ff.; BT-Drucks. 12/2944, 43; Ernst, JZ 2013, 359, 360; Wasmuth, NJW 2014, 747, 751; a. A. Welge, VIZ 1993, 420 f.; v. Trott zu Solz, ZOV 1998, 163, 167.

²²³ BVerwGE 119, 232 Rn. 52; VG Berlin ZOV 2011, 176 Rn. 24 (Sammlung Steindorff).

eine leere Eigentumshülse, verhindern, muss man dem Verpflichteten darüber hinaus das Eigentum zusprechen.²²⁴

- 101** e) *Rechtsprechungsänderung*: Der BGH nahm in ständiger Rechtsprechung an, dass die Restitutionsgesetze den Zivilrechtsweg und damit auch § 985 ausschlossen.²²⁵ Seit 2012 soll das zur Vermeidung einer Perpetuierung des nationalsozialistischen Unrechts wenigstens dann nicht mehr gelten, wenn es sich um eine bis zum Ablauf der Anmeldefrist „verschollene“ Sache gehandelt hat, zu deren Rückforderung sich der Berechtigte innerhalb des maßgeblichen Anmeldezeitraums außerstande gesehen hat, weil er von Existenz und Verbleib des Gegenstands nichts gewusst hat.²²⁶ Die Entscheidung eröffnet nach über 50 Jahren Herausgabeansprüche, die allgemein als erloschen angesehen wurden. Die alliierten Restitutionsgesetze ordneten (wie auch § 1 VI VermG) jedoch gesetzlich eine Anspruchsvernichtung an; die recht kurzen Ausschlussfristen wurden u. a. durch erhebliche Beweiserleichterungen kompensiert. Insofern wurde der zivilrechtliche Herausgabeanspruch entsprechend modifiziert.²²⁷ Auf diese Weise sollte nicht nur das Interesse des Berechtigten geschützt werden, sondern auch dasjenige der Allgemeinheit, in absehbarer Zeit geordnete Verhältnisse als Basis für den Wiederaufbau zu erreichen. Darauf, dass nur Gegenstände erfasst seien, deren Besitzlage bekannt gewesen sei, ist seit dem Erlass der Restitutionsgesetze niemand gekommen. Diese Auslegung ist nicht nur angesichts der Nachkriegswirren unplausibel, gegen sie sprechen namentlich die in den Rückerstattungsgesetzen normierten Schadensersatzansprüche bei Verlust oder sonstiger Unmöglichkeit einer Herausgabe. Verzichtet die öffentliche Hand auf die Einrede der Vindikationsverjährung (Rn. 102) und wurde aufgrund der Restitutionsgesetze (wie hier) bereits erheblicher Ersatz geleistet, kommt durch das Urteil es zu einer durch nichts zu rechtfertigenden Doppelkompensation des Geschädigten bzw. seiner Erben.²²⁸

2. Vindikationsverjährung

- 102** a) *Bösgläubigkeit des Besitzers*: Die Vindikation verjährt nach § 197 I Nr. 2 in 30 Jahren (Rn. 16). Der Besitzer kann sich die Besitzzeiten seiner Besitzvorgänger gemäß § 198 anrechnen, solange die Besitznachfolgen auf freiwilliger Übertragung

²²⁴ Dazu § 11 Rn. 12; wie hier Wasmuth, NJW 2014, 747, 749; ders., ZOV 2015, 98, 102; Schneider, ZOV 2015, 170, 176.

²²⁵ BGHZ 9, 34, 45; 10, 340, 343; 16, 350, 358 f.; zuletzt 153, 258, 261, 264 f.

²²⁶ BGH NJW 2012, 1796 Rn. 18. Kritisch zu diesem Urteil Ernst, JZ 2013, 359, 360 f.; Wasmuth, NJW 2014, 747, 750; Finkenaue, JZ 2014, 479, 480; Schneider, ZOV 2015, 170, 172 f.; BeckOGK/Thole, 2019, § 985 Rn. 65; zust. dagegen die Richterin des entscheidenden Senats Stresemann, FS W. Krüger, 2017, 341.

²²⁷ S. zu dieser Wirkung der in Fn. 220 genannten Vorschriften Ernst, JZ 2013, 359, 360 f.; Schneider, ZOV 2015, 170 f.

²²⁸ Vgl. das Bereicherungsverbot im Schadensrecht, § 255.

beruhen (dazu Rn. 18). Die Versuche des Londoner High Court, den für eine Unterbrechung der Anrechnung relevanten Diebstahl mit der dafür irrelevanten Unterschlagung gleichzusetzen,²²⁹ können angesichts des deutschen Besitzrechts und des § 935 nicht überzeugen.²³⁰ Die Auffassung, ein Bösgläubiger könne sich nicht auf Verjährung berufen, ist dem deutschen Verjährungsrecht gleichfalls fremd.²³¹ Dieses nimmt nämlich den Schutz des bösgläubigen Besitzers bewusst in Kauf, um einen effektiven Schutz des gutgläubigen zu erreichen;²³² denn muss dieser erst seine Gutgläubigkeit nach entsprechendem substantiierten Vortrag des Klägers darlegen, wird er dies nach 30 Jahren kaum mehr können. Nach 30 Jahren soll der Besitzer die Möglichkeit haben, sich auf voraussichtlich unbegründete Ansprüche ohne Eingehen auf die Sache verteidigen zu können.

b) *Öffentliche Einrichtungen*: Nach der von der sog. Washingtoner Erklärung von 1998 motivierten „Gemeinsamen Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände“ von 1999 sollen die Erklärenden in den verantwortlichen Gremien der Träger öffentlicher Einrichtungen darauf hinwirken, dass NS-verfolgungsbedingt entzogene Kulturgüter nach individueller Prüfung,²³³ die auch den Abgleich mit bereits erfolgten materiellen Wiedergutmachungsleistungen einschließt, den Eigentümern oder ihren Erben zurückgegeben werden. Die öffentlichen Einrichtungen haben sich (mit guten Gründen) darauf verständigt, die Einrede der Verjährung des Anspruchs aus § 985 künftig nicht geltend zu machen, obwohl keine der beiden Erklärungen zu dieser Frage Stellung nimmt. 103

c) *Doppelkompensation*: Um eine auch von der genannten „Gemeinsamen Erklärung“ abgelehnte und weder ethisch noch rechtlich (vgl. etwa § 255) zu rechtfertigende Doppelkompensation zu vermeiden, ist der Verzicht auf die Verjährungseinrede davon abhängig zu machen, dass die gezahlte Wiedergutmachungssumme an Deutschland zurückgezahlt wird.²³⁴ 104

d) *Lex ferenda*: Die die Verjährung rechtfertigende „verdunkelnde Macht der Zeit“ ist im Hinblick auf den Erwerb von Kulturgut schwächer, weil Beweisurkunden für diesen Erwerb meist aufgehoben werden. Daher spricht einiges *de lege ferenda* für eine Verlängerung der Vindikationsfrist für (bedeutsames) Kulturgut, etwa auf 75 Jahre.²³⁵ Die rückwirkende Aufhebung einer bereits eingetretenen Verjährung 105

²²⁹ Dazu ausf. Carl/Güttler/Siehr, Kunstdiebstahl vor Gericht, 2001 (Wtewael-Fall).

²³⁰ Finkenauer, JZ 2000, 241, 245 f.; wie hier MünchKomm/Grothe § 198 Rn. 3; Palandt/Ellenberger § 198 Rn. 1; Erman/Schmidt-Räntsch § 198 Rn. 5; anders Staudinger/Peters/Jacobi, 2019, § 198 Rn. 6.

²³¹ Staudinger/Thole, 2019, § 985 Rn. 209.

²³² Hierzu Finkenauer, JZ 2014, 479, 481 ff.

²³³ Bei Streitigkeiten kann eine unverbindliche Mediation anhand der Washingtoner Prinzipien durch die „Beratende Kommission“ beim Deutschen Zentrum Kulturgutverluste erfolgen.

²³⁴ Finkenauer, JZ 2014, 479, 481; Schneider, ZOV 2015, 170, 177.

²³⁵ Finkenauer, JZ 2014, 479, 488. Wieling §§ 1 I 3, 12 XI 3 spricht sich für Unverjährbarkeit, jedenfalls aber für eine Einschränkung der 30-jährigen Verjährung aus.

oder – damit gleichbedeutend – ein gesetzlicher Ausschluss der Erhebung der Verjährungseinrede ist dagegen verfassungswidrig.²³⁶

- 106 e) *Treuwidrigkeit*: Zu prüfen ist stets, ob dem Schuldner die Berufung auf die Verjährung nach § 242 BGB zu versagen ist. Wegen der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers, die Verjährung auch gegenüber einem bösgläubigen Besitzer eintreten zu lassen (Rn. 102), genügt die Bösgläubigkeit des Besitzers allein nicht, um eine Verwirkung zu begründen.²³⁷ Vielmehr müssen besondere Umstände hinzukommen, etwa dass er die Sache lange Zeit eingelagert, versteckt oder bewusst hin- und hergeschoben hat, um sich anschließend auf Verjährung zu berufen.²³⁸

3. Gutgläubiger Erwerb

- 107 a) *Verschärfung des Maßstabs*: Gutgläubiger Erwerb von Kulturgut nach §§ 932–935 sowie die Ersitzung gemäß § 937 sollten möglichst eingeschränkt werden.²³⁹ Hierbei ist zwar auch an bedeutende Kunstgegenstände, vor allem aber an archäologisch bedeutsame Artefakte zu denken. Entscheidend ist, welche Sorgfaltspflichten man für den Erwerber von Kulturgut aufstellt. Die allgemeine Regel, dass Nachforschungen vom Erwerber nur verlangt werden können, wenn sich ihm Verdachtsmomente aufdrängen (§ 10 Rn. 9), ist hier aufgrund des Geschäftsobjekts zu verschärfen.²⁴⁰ Der Erwerber von Kulturgut hat deshalb von vornherein gewisse Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen; zu ihrer Bestimmung kann z. B. der Katalog des § 66 III KGSG herangezogen werden: Unsorgfältig handelt, wenn sich einer „vernünftigen Person“ ein Abhandenkommen des Guts, eine unrechtmäßige Einfuhr oder eine rechtswidrige Ausgrabung aufdrängen würde, wofür namentlich ein außergewöhnlich niedriger Preis oder eine Barzahlung bei einem Preis von mehr als 5000 Euro spricht (vgl. § 41 II KGSG). Einschlägige, mit zumutbarem Aufwand zu beschaffende Informationen sind heranzuziehen. Für gewerbliche Veräußerer gelten nach § 42 KGSG *zusätzliche* Pflichten, nämlich Name und Anschrift des Veräußerers (Einlieferers) und des Erwerbers festzustellen, eine Beschreibung und Abbildung zu fertigen, die Provenienz, Ein- bzw. Ausfuhrdokumente, Ein- oder Ausfuhrverbote oder -beschränkungen, die Eintragung in Verzeichnissen und Datenbanken²⁴¹ zu prüfen sowie eine Erklärung

²³⁶ So aber ein Gesetzentwurf von 2014 (BR-Drucks. 2/14), den Bayern wegen der Entrüstung um die 2012 entdeckte Kunstsammlung des Cornelius Gurlitt vorlegte; zu alldem Finkenauer, JZ 2014, 479, 485 ff.; zust. Bergmann, Verfall (§ 11 Fn. 23), 89.

²³⁷ Anders Heuer, NJW 1999, 2558 (2563 f.).

²³⁸ BGH NJW 1988, 265 Rn. 16; OLG Frankfurt NJW-RR 2018, 857 Rn. 46; Wieling § 12 XI 3; Finkenauer, JZ 2014, 479, 484.

²³⁹ S. auch Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2556; Armbrüster, NJW 2001, 3581, 3585.

²⁴⁰ Für Laien, denen sich keine Verdachtsmomente aufdrängen, ist BGH NJW 2019, 3147 Rn. 47 allerdings nachsichtig.

²⁴¹ Zu verweisen ist z. B. auf das Art Loss Register sowie die Lost-Art-Datenbank des Deutschen Zentrums Kulturgutverluste (DZK), einer Stiftung bürgerlichen Rechts. Die Eintragung eines Werks als NS-Raubkunst beim DZK führt faktisch zu seiner Unveräußerlichkeit; es besteht ein Anspruch aus § 1004 seines Eigentümers auf Beseitigung, vgl. Hellwig, F.A.Z. v. 2.1.2020, S. 7.

über die Verfügungsbefugnis des Veräußerers einzuholen. Diese Pflichten sollen zudem bei Kulturgut, das aufgrund der Verfolgung durch den Nationalsozialismus entzogen worden ist oder das aus einem Staat stammt, für den der Internationale Museumsrat eine Rote Liste gefährdeter Kulturgüter veröffentlicht hat, uneingeschränkt gelten, also ohne die Möglichkeit, wirtschaftliche Zumutbarkeitserwägungen anzustellen (§ 44 KGSG).²⁴²

Die Sorgfaltspflichten des Erwerbers können durch individuelle Fähigkeiten, besondere Kenntnisse, die über das in seinem Verkehrskreis Erwartbare hinausgehen, gesteigert werden. Was für Laien noch keinen Verdacht erregen muss, kann dies für einen Sammler ohne weiteres.²⁴³

b) *Abhandenkommen*: Bei Raubgrabungen ist ein Abhandenkommen mangels früheren Besitzes nicht denkbar; da das Ziel des § 935 der Schutz des Eigentümers ist, ist ein Abhandenkommen dennoch zu bejahen, wenn ausgegrabenes Kulturgut zuvor zum Eigentum des Ursprungslandes erklärt war. Ohne Ausfuhrgenehmigung entgegen § 40 III KGSG vom Eigentümer ausgeführtes Kulturgut kann indessen nicht als abhanden gekommen angesehen werden. 108

4. Rechtswidrige Ein- und Ausfuhr; öffentlichrechtlicher Herausgabeanspruch

Das KGSG von 2016 soll Kulturgut (§ 6 KGSG), das als national wertvolles in ein Verzeichnis eingetragen ist, in „öffentlichem Eigentum“²⁴⁴ steht oder Teil einer Kunstsammlung des Bundes oder der Länder ist, vor Abwanderung aus Deutschland und ausländisches Kulturgut vor unrechtmäßiger Verbringung nach Deutschland schützen.²⁴⁵ Es macht die Ein- und Ausfuhr abhängig vom Vorliegen einer staatlichen Genehmigung und gibt einem Mitgliedstaat der EU einen öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruch gegen den inländischen unmittelbaren Besitzer, wenn die Sache vor der Verbringung nach Deutschland als nationales Kulturgut eingestuft war und die Verbringung nach dem 31.12.1992 geschah (§§ 49 II, 50 KGSG). Gleiches gilt für einen Vertragsstaat der UNESCO-Konvention von 1970,²⁴⁶ 109

²⁴² Das hält Elmenhorst, in: Elmenhorst/Wiese, Kulturgutschutzgesetz Kommentar, 2018, § 44 Rn. 24, wohl mit Recht für verfassungswidrig.

²⁴³ S. auch BGH NJW 2005, 1365, 1366; anders BeckOGK/Klinck § 932 Rn. 38.

²⁴⁴ Dazu § 2 Rn. 18.

²⁴⁵ § 40 verbietet Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, mit denen abhanden gekommenes, rechtswidrig ausgegrabenes oder unrechtmäßig eingeführtes Kulturgut in Verkehr gebracht wird oder Kulturgut rechtswidrig ausgeführt wird (§ 21). Zum in § 40 II enthaltenen Verfügungsverbot § 1 Rn. 31. Das Verbot gilt ohne Rückwirkung seit Inkrafttreten des KGSG am 6.8.2016 (BGH NJW 2019, 3147 Rn. 36). Es hindert jedoch mangels rechtsgeschäftlichen Erwerbs eine Ersitzung nicht, vgl. OLG Nürnberg MDR 2017, 1443; Elmenhorst/Strobl, KUR 2017, 158 f.

²⁴⁶ Der Text des Übereinkommens ist in BT-Drs. 16/1372, 7 ff. abgedruckt.

wenn aus dessen Hoheitsgebiet bedeutsames Kulturgut nach dem 26.4.2007 verbracht wurde (§ 52 KGSG). Nur wenn der Besitzer bei seinem Erwerb sorgfältig gehandelt hat,²⁴⁷ kann er dem Herausgabeverlangen einen Entschädigungsanspruch in Höhe seiner Aufwendungen entgegensetzen (§ 66 KGSG). Der öffentlichrechtliche Herausgabeanspruch besteht unabhängig davon, ob der inländische Besitzer ein dingliches Recht (das Eigentum, ein Pfandrecht) an dem betreffenden Kulturgut erworben hat, § 54 II KGSG.

²⁴⁷ Zu den Sorgfaltspflichten soeben Rn. 107.

Teil 5: Beschränkte dingliche Rechte an beweglichen Sachen

§ 13. Schutz des Ersitzungsbesitzes und verdinglichte Rechte, § 1007



I. Historische Grundlagen des § 1007

§ 1007 gilt als schwer verständliche Vorschrift, zu Recht. Ohne Kenntnis ihrer historischen Grundlagen ist sie auch nicht zu begreifen. 1

a) *Schutz des Ersitzungsbesitzes*: Das Eigentum war im frühen römischen Recht ein relatives Recht, das nicht nur den Fall einschloss, dass der Eigentümer sich (absolut) gegenüber jedermann durchsetzen konnte, sondern auch nur (relativ) gegenüber einem Schlechterberechtigten.¹ Es konnte also mehreren Personen zustehen. Relativer Eigentümer war z. B. der gutgläubige Käufer, der von einem Nichtberechtigten erwarb;² der Berechtigte als absoluter Eigentümer verlor durch diesen Erwerb sein Recht nicht, aber auch der Käufer wurde aufgrund seines relativen Eigentums gegen jedermann geschützt, nur nicht gegenüber dem besserberechtigten absoluten Eigentümer. Durch Ersitzung erstarkte das relative zum absoluten Eigentum, relatives Eigentum war also immer Ersitzungsbesitz. Verlor etwa der relative Eigentümer die Sache oder wurde sie ihm entwendet, so hatte er gegen den Besitzer die Eigentumsklage (*rei vindicatio*). Mit der Einführung des *ausschließlichen* absoluten Eigentums im 2. Jh. v. Chr. in Rom verloren die bisherigen relativen Eigentümer (also Ersitzungsbesitzer) ihren Eigentumsschutz, weil die *rei vindicatio* wie heute nur noch dem absoluten Eigentümer zustand. Als Ersatz gewährte der Prätor Publicius im 1. Jh. v. Chr. den Ersitzungsbesitzern eine neue Klage, die nach ihm benannte *actio Publiciana*, die der *rei vindicatio* nachgebildet war und bei welcher der Ablauf der Ersitzungsfrist und damit der Eigentumserwerb des Klägers fingiert wurden. Die neue Klage konnte gegen jeden Besitzer geltend gemacht werden, nur nicht gegen den Eigentümer; dieser konnte sich mit der Einrede seines rechtmäßigen Eigentums (*exceptio iusti domini*) schützen. Die Ähnlichkeit von Eigentum und Ersitzungsbesitz betonte schon der römische Jurist Ulpian im 3. Jahrhundert: „Die 2

¹ Kaser, Das römische Privatrecht I, 1971, 124.

² Das römische Recht kannte keinen sofortigen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten.

publizianische Klage folgt dem Vorbild des Eigentums, nicht dem des Besitzes“.³ Und sie folgt nicht nur dem Vorbild der *rei vindicatio*, sie ist auch in ganz ähnlicher Weise geregelt: „Für die Publizianische Klage gelten alle Regeln in der Weise, wie wir dies auch für die Vindikation ausgeführt haben“.⁴

Die *actio Publiciana* war im gemeinen Recht anerkannt, die erste BGB-Kommission übernahm sie in § 945 des 1. BGB-Entwurfs. Auch die zweite BGB-Kommission übernahm die *actio Publiciana*, erweiterte die Klage jedoch und gab sie so nach dem Vorbild des preußischen Rechts auch den Fremdbesitzern.⁵

- 3 *b) Schutz des Fremdbesitzers:* Im römischen und gemeinen Recht gab es an Mobilien neben dem Eigentum nur zwei dingliche Rechte: Pfandrecht und Nießbrauch. Pfandgläubiger und Nießbraucher sind Fremdbesitzer; anderen Fremdbesitzern wie Mietern oder Pächtern wurde kein dingliches Recht zuerkannt. Völlig verschieden davon war das germanisch-deutsche Rechtssystem: Es verdinglichte die Position eines jeden Besitzers einer beweglichen Sache, der ein *Recht zum Besitz* hat.⁶ Das preußische ALR übernahm weitgehend diese germanischen Prinzipien:⁷ Jeder, der ein persönliches Recht zum Besitz hatte und aufgrund dessen den Besitz erlangte, erwarb aufgrund der *titulus-modus*-Lehre⁸ ein dingliches Recht an der Sache.⁹ Wer z. B. eine Sache gekauft hatte (*titulus*) und den Besitz vom Verkäufer erwarb (*modus*), wurde Eigentümer; wer eine Sache mietete (*titulus*) und den Besitz vom Vermieter erhielt (*modus*), wurde Inhaber eines dinglichen Mietrechts. Ein solcher Fremdbesitzer (vom ALR „unvollständiger Besitzer“ genannt) war gegenüber jedermann zum Besitz berechtigt und hatte daher den gleichen Rechtsschutz wie ein Eigentümer.¹⁰ Vorausgesetzt wurde nur, dass der Fremdbesitzer sein Besitzrecht wirksam vom Berechtigten oder gutgläubig vom Nichtberechtigten erworben hatte. Es handelte sich um ein dingliches Recht mit dinglichem Klagschutz.¹¹ Man verstand die Klage als eine Erweiterung der *actio Publiciana* (Rn. 2), aber auf dem germanisch-deutschen Recht beruhend.

Johows Vorentwurf eines Sachenrechts und der erste Entwurf des BGB stellten sich noch ganz auf den römischen Standpunkt. Sie erkannten daher dem

³D. 6,2,7,6.

⁴D. 6,2,7,8.

⁵S. unten in Fn. 14.

⁶Dazu, namentlich zur Gewere, Wieling § 13 I 1 b.

⁷Vgl. Förster/Eccius, Preußisches Recht I, 6. Aufl. 1892, § 23.

⁸Dazu § 1 Rn. 26.

⁹Vgl. ALR I 2 § 135: „Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache“.

¹⁰ALR I 7 § 169: „Der unvollständige Besitzer ist, solange sein Besitzrecht dauert, keinem anderen, selbst nicht dem vollständigen Besitzer [= redlichen Eigenbesitzer] oder dem Eigenthümer, zu weichen schuldig“. § 170: „In eben der Maaße ist er auch auf Wiederherstellung seines Besitzes gegen jeden anzutragen berechtigt“.

¹¹Ausf. Wieling § 13 I 2; ders., FS Hattenhauer, 2003, 557 ff.

Fremdbesitzer kein dingliches Recht und keinen Schutz gegen Dritte zu,¹² obwohl sie das Bedürfnis für einen solchen Schutz empfanden.¹³ Die zweite BGB-Kommission schließlich erkannte dieses Bedürfnis auch an, indem sie nämlich – neben der römischen *actio Publiciana* – die preußische Regelung übernahm.¹⁴ Sie gewährte in § 1007 also nicht nur dem Ersitzungsbesitzer, sondern auch dem Fremdbesitzer mit Besitzrecht einen Schutz gegen Dritte durch Zuerkennung eines dinglichen Rechts.¹⁵

Im Ergebnis wollte der BGB-Gesetzgeber in § 1007 also den römischen Ersitzungsbesitzer und den germanisch-deutschen Fremdbesitzer mit Besitzrecht dinglich schützen. Das damit anerkannte dingliche Recht des Mieters einer beweglichen Sache, des Verwahrers, des Entleihers etc., wenn ihm die Sache von seinem Vertragspartner übergeben wurde, mutet heute eigenartig an und verstößt gegen den angeblichen *numerus clausus* der Sachenrechte, der aus dem römischen Recht stammt. Aber gerade mit der Anerkennung des dinglichen Rechts des berechtigten Fremdbesitzers gemäß dem ALR wurde dieses Prinzip von der 2. BGB-Kommission aufgegeben (vgl. oben § 1 Rn. 18).

II. Struktur des § 1007

1. Voraussetzungen und Struktur

a) *Anspruchsgrundlage*: § 1007 enthält entgegen h. M. nicht zwei Anspruchsgrundlagen,¹⁶ § 1007 I gegen den bösgläubigen Besitzer und § 1007 II gegen den Besitzer einer abhanden gekommenen Sache, sondern eine einheitliche mit unterschiedlichen Voraussetzungen.¹⁷ Gutgläubigkeit und Abhandenkommen sind nur entscheidend für Erwerb und Verlust des dinglichen Rechts. Auch § 985 enthält nicht zwei Anspruchsgrundlagen, nämlich gegen den bösgläubigen Nichterwerber und gegen

¹²Vgl. Koch, § 1007. Neues Verständnis auf der Grundlage alten Rechts, 1986, 47 ff.

¹³Vgl. Johow, 972.

¹⁴Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 698 f.: „Der Beschluß beruhte auf folgenden Erwägungen: Für einen lediglich auf den Eigenbesitzer *beschränkten* [Hervorhebung nur hier] publicianischen Anspruch ... bestehe neben der im Vorstehenden behandelten Eigentumsvermutung kein Bedürfnis mehr ... Der Anspruch solle auch dem Miether, Finder usw. zustehen. Er schließe sich im Wesentlichen an das preuß. Recht an. Dieser verallgemeinerte Anspruch entspreche einem vorhandenen Bedürfnisse“. Vgl. auch Koch, § 1007 (Fn. 12), 51 ff.

¹⁵Dies wird von der h. M. verkannt, die den Schutz von Ersitzungs- und Fremdbesitz in § 1007 für systemsprengend hält, vgl. Staudinger/Gursky, 2013, § 1007 Rn. 3; ähnlich MünchKomm/Raff § 1007 Rn. 9; Sosnitza, Besitz und Besitzschutz, 2003, 281 ff. Angesichts der Entstehungsgeschichte lässt sich dem nur entgegen, dass nicht der Interpret, sondern die Kodifikation das System schafft. Richtig aber Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 68.

¹⁶So Westermann/Gursky § 34 Rn. 1; Staudinger/Thole, 2019, § 1007 Rn. 12; MünchKomm/Raff § 1007 Rn. 30.

¹⁷Richtig Wilhelm Rn. 1344: § 1007 I und II seien „ein und derselbe Anspruch“; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 68.

den, der eine abhanden gekommene Sache besitzt; nur die ungewohnte Fassung des § 1007 (Rn. 6) ist an diesem Missverständnis der h. M. schuld. Konsequenz spricht übrigens § 1007 III 1 auch nur davon, dass „der“ Anspruch ausgeschlossen ist.

Es besteht also ein Herausgabeanspruch nach § 1007, der § 985 entspricht.¹⁸ Nach § 1007 III 2 sind die Regeln über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auf diesen Anspruch analog anzuwenden; darüber hinaus muss auch § 1004 als negatorischer Anspruch auf § 1007 angewandt werden (Rn. 17, 24).

- 5 *b) Voraussetzungen des Schutzes:* § 1007 setzt stets voraus, dass der *Anspruchsteller* früher unmittelbarer oder mittelbarer (Eigen- oder Fremd-)Besitzer war. Diesen Besitz muss der Anspruchsteller gutgläubig erworben haben, § 1007 III 1 (1),¹⁹ und er darf ihn nicht freiwillig aufgegeben haben, § 1007 III 1 (2).²⁰ War der *Anspruchsgegner* bei seinem Besitzerwerb *bösgläubig*, bleibt der Anspruch auf Herausgabe bestehen, § 1007 I. Der Anspruch ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Anspruchsgegner dem Anspruchsteller gegenüber zum Besitz mittlerweile berechtigt wäre, §§ 1007 III 2, 986, also etwa wenn der Anspruchsteller dem Anspruchsgegner die Sache vermietet hätte. War jedoch der Anspruchsgegner bei seinem Besitzerwerb *gutgläubig*, scheitert der Anspruch, es sei denn, die Sache wäre dem Anspruchsteller abhanden gekommen, § 1007 II 1. In letztgenannten Fall ist der Anspruch dennoch zu verneinen, wenn der Anspruchsgegner der Eigentümer der Sache ist²¹ oder wenn dem Anspruchsgegner der Besitz *vor* der Besitzzeit des Anspruchstellers abhanden gekommen war, § 1007 II 1 a. E.
- 6 *c) Anerkennung des geschützten Rechts:* Die von der zweiten BGB-Kommission ohne lange Abwägungen aufgenommene Vorschrift ist sicherlich keine redaktionelle Meisterleistung; sie ist aber andererseits keineswegs unverständlich.²² Sie weicht jedoch in der Form völlig von den §§ 929 ff., 985 ff. ab, obwohl sie materiell mit diesen übereinstimmt: Für das Eigentum ist in den §§ 929 ff. der *Erwerb* geregelt, in den §§ 985 ff. der *Schutz*. Dagegen geht das Gesetz in § 1007 vom Rechtsschutz aus: *Indem* es einen Schutz des Rechts gewährt oder versagt, regelt es mittelbar den Erwerb und Verlust dieses Rechts. Diese Regelungstechnik ist sonst aus dem BGB nicht bekannt, wohl aber aus anderen Kodifikationen.²³ Aus ihr folgt aber

¹⁸ Es ist für die *Verjährung* des Anspruchs daher § 197 I Nr. 2 entsprechend und nicht §§ 195, 199 anzuwenden; denn gerade weil § 1007 dingliche Rechte schützt, besteht eine hinreichende Analogiebasis; so schon Finkenauer, in: Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, 289, 300 f.; Staudinger/Peters/Jacoby, 2019, § 197 Rn. 9; a. A. Staudinger/Thole, 2019, § 1007 Rn. 75.

¹⁹ Dazu Rn. 10, 20.

²⁰ Dazu Rn. 13, 23.

²¹ Dazu Rn. 16, 20.

²² Sie ist deshalb so kompliziert geraten, weil man bei jedem Merkmal die Darlegungs- und Beweislast gleich mitformuliert hat.

²³ So ist in Art. 933 des Schweizer ZGB angeordnet, dass der Eigentümer gegen den gutgläubigen Erwerber einer anvertrauten Sache nicht vorgehen kann, in Art. 934, dass dies bei abhanden gekommenen Sachen aber möglich sei, in Art. 935, dass der Eigentümer gegen den gutgläubigen Erwerber von Geld und Inhaberpapieren auch dann nicht vorgehen kann, wenn sie abhanden gekommen sind, in Art. 936, dass der Eigentümer gegen einen bösgläubigen Erwerber immer vorgehen kann.

auch, dass es ein Missverständnis wäre, wenn man die beiden fraglichen Rechte – Ersitzungsbesitz und verdinglichtes Recht des Fremdbesitzers – *gesondert* als Voraussetzung des Anspruchs prüfen wollte. Denn ihr Schutz ergibt sich ja bereits aus der Bejahung der Voraussetzungen des § 1007 selbst (Rn. 3): Sind die dort genannten Voraussetzungen erfüllt, besteht das entsprechende Recht.²⁴

aa) Ersitzungsbesitz: § 1007 schützt zunächst den Ersitzungsbesitz,²⁵ der ein dem Eigentum ähnliches Recht ist: Das Eigentum ist das absolute, gegen alle wirk- 7
same Recht, der Ersitzungsbesitz ist das entsprechende relative Recht, das gegen alle wirkt, nur gegen den Eigentümer nicht (Rn. 2). Dass der Ersitzungsbesitz ein dingliches Recht darstellt, ist seit dem Mittelalter anerkannt. Das dingliche Recht zeichnet sich aus durch seinen umfassenden Schutz gegen Störungen, z. B. gegen die Vorenthaltung des Besitzes: Der Anspruch aus dem dinglichen Recht richtet sich gegen jeden, der störend in dieses Recht eingreift.²⁶ Einen solchen Schutz gibt § 1007 dem dinglichen Recht „Ersitzungsbesitz“.

In § 1007 geht der Gesetzgeber davon aus, dass der frühere Besitzer (Anspruchsteller) beim Erwerb der Sache wenn schon kein Eigentum, so doch zumindest den Ersitzungsbesitz erworben hat; sein guter Glaube wird wie in § 932²⁷ aufgrund der Fassung des § 1007 III 1 (1) vermutet. Gelangt die Sache an einen Dritten und wird sie von diesem veräußert, so kann der Erwerber Eigentum erwerben, wenn er gutgläubig war und die Sache nicht abhanden gekommen war, §§ 929, 932. Damit endet das Recht (Eigentum, Ersitzungsbesitz) des früheren Berechtigten, ein Herausgabeanspruch aus § 985 oder aus § 1007 kann ihm nicht mehr zustehen. War der Erwerber jedoch beim Erwerb der Sache von dem Dritten bösgläubig, so kann er kein Recht an der Sache erwerben; der frühere Berechtigte kann von ihm die Herausgabe gemäß § 985 bzw. § 1007 I verlangen. Dasselbe gilt im Ergebnis, wenn die Sache abhanden gekommen war: Der Erwerber kann auch in diesem Fall kein Eigentum erwerben; der früher Berechtigte hat gegen ihn den Herausgabeanspruch aus § 985 bzw. § 1007 II 1.²⁸

bb) Verdinglichte Rechte: Durch Besitzeinräumung werden die obligatorischen 8
Besitzrechte der Fremdbesitzer, etwa Mieter, Pächter, Verwahrer etc., verdinglicht.²⁹ Verdinglichung bedeutet, dass die genannten obligatorischen Besitzrechte gegen andere wirken.³⁰ Der Mieter hat also etwa ein dingliches Mietrecht, der Pächter ein

²⁴Treffend Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 68. Gegen den Vorwurf, es sei überflüssig, die hinter § 1007 stehenden „Mutterrechte“ zu benennen, Wieling § 12 X Fn. 23; anders Staudinger/Thole, 2019, § 1007 Rn. 8.

²⁵Das erkennt auch Wilhelm Rn. 1347.

²⁶Vgl. oben § 1 Rn. 6 ff.

²⁷§ 10 Rn. 14.

²⁸Wie § 985 gibt also auch § 1007 beim Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs wegen Bösgläubigkeit oder Abhandenkommens nicht etwa zwei verschiedene Ansprüche, sondern nur einen, d. h. der Anspruch aus § 1007 I ist identisch mit dem aus § 1007 II.

²⁹So auch Wilhelm Rn. 530 f., 1343 ff.

³⁰Zum Begriff des verdinglichten Rechts Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951; Canaris, FS Flume I (1978), 371. Verdinglichte Rechte können entweder absolute verdinglichte Rechte sein, wenn sie auch gegen den Eigentümer wirken, oder relative verdinglichte

dingliches Pachtrecht etc.; auch der Vorbehaltskäufer bleibt Fremdbesitzer und erhält mit der Besitzüberlassung an ihn ein verdinglichtes Recht, die Anwartschaft.³¹ Vorausgesetzt ist für die Verdinglichung neben dem Anspruch auf die Besitzüberlassung stets eine Besitzeinräumung; der bloße Mietvertrag z. B. schafft noch kein verdinglichtes Recht.

§ 1007 III 1 (1) geht davon aus, dass der frühere Besitzer (Anspruchsteller) ein verdinglichtes Recht erworben hatte, sei es vom Berechtigten, sei es gutgläubig vom Nichtberechtigten: Wer bösgläubig ist, kann kein Recht an der Sache erwerben und also auch keinen Anspruch haben, § 1007 III 1 (1). § 1007 I und II regeln die Frage, ob der frühere Besitzer sein verdinglichtes Recht durch gutgläubigen Erwerb des jetzigen Besitzers verloren hat, die Regelung entspricht der in den §§ 932, 935. Auch hier – wie beim Ersitzungsbesitz – ist die Regelung aus den §§ 929 ff., 985 ff. zu ergänzen.

2. Dogmatische Einordnung

- 9 Entgegen verbreiteter Auffassung gibt § 1007 keinen Anspruch aus (bloßem) früherem Besitz,³² denn er begründet keineswegs einen possessorischen Anspruch aus der Verletzung bloßen Besitzes.³³ Manche meinen auch, § 1007 schütze ein Recht zum Besitz aus Besitz;³⁴ dass aber der bloße Besitz kein Recht zum Besitz gibt, ist evident. Er gibt auch keinen Anspruch, der zwischen einem possessorischen und einem petitorischen Anspruch aus einer Rechtsverletzung läge;³⁵ zwischen beidem liegt nichts. Wer andererseits zwar richtig erkennt, dass es um einen Anspruch des Besser- gegen den Schlechterberechtigten geht, diesen Anspruch aber gleichwohl nur auf den früheren Besitz stützt,³⁶ widerspricht sich selbst; denn der bloße Besitz kann niemals eine Rangfolge aufstellen, das kann allein das Recht zum Besitz.

§ 1007 schützt vielmehr das dingliche Recht des Ersitzungsbesitzers (Rn. 7, 10 ff.) bzw. das verdinglichte Recht des Fremdbesitzers mit Besitzrecht (Rn. 8,

Rechte, wenn sie nur gegen Schlechterberechtigte wirken. Ein absolut verdinglichtes Recht hat z. B. der Mieter, der sein Mietrecht vom Eigentümer oder einem sonstigen Berechtigten (Nießbraucher) ableitet oder der sein Mietrecht gutgläubig erworben hat (Rn. 20). Zu den relativen verdinglichten Rechten Wieling § 13 III. Sie entstehen bei einem gutgläubigen Erwerb, der aus irgendeinem Grunde dem Berechtigten gegenüber unwirksam ist (Unwirksamkeit der dinglichen Einigung oder Abhandenkommen). Im Folgenden ist nur von den absoluten verdinglichten Rechten die Rede.

³¹ S. § 17 Rn. 9 f.

³² So aber Wolff/Raiser § 23 pr.; Eichler II/1, 236; Heck § 34, 2; Prütting Rn. 587; Soergel/Münch § 1007 Rn. 2; Müller/Gruber Rn. 387; BeckOGK/Spohnheimer § 1007 Rn. 4.

³³ Vgl. zum possessorischen Besitzschutz in §§ 854 ff. oben § 5.

³⁴ S. z. B. Wolff/Raiser § 23 pr.

³⁵ So etwa Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 6. Aufl. 1900, § 46, 1; Westermann/Gursky § 34 Rn. 2.

³⁶ Westermann/Gursky § 34 Rn. 2.

19 ff.). Der Besitz spielt nur insofern eine Rolle, als der Erwerb des Ersitzungsbesitzes und des verdinglichten Rechts einen Besitzerwerb *voraussetzen*. Es handelt sich also um einen petitorischen, d. h. auf ein Recht gestützten Besitzschutz, gerade nicht um einen possessorischen.³⁷ Sonst wäre die Stellung des § 1007 im Titel über den Eigentumsschutz nicht erklärlich; sonst wäre aber auch nicht erklärlich, warum § 1007 III 3 i. V. m. §§ 989 ff. dem Anspruchsteller Schadensersatz und i. V. m. §§ 987 ff. Nutzungsersatz gewährt: Offenbar ist die Sache seinem Vermögen zugewiesen, was aber der Besitz allein nicht leisten kann, sondern nur ein Recht an der Sache.³⁸

III. Ersitzungsbesitz

1. Erwerb und Übertragung

a) *Erwerb*: Die Entstehensvoraussetzung des Rechts des Ersitzungsbesitzes regelt § 1007 III 1 (1), allerdings indirekt: Der Ersitzungsbesitz als relatives Eigentum an beweglichen Sachen wird immer dann erworben, wenn jemand mittelbaren oder unmittelbaren Eigenbesitz an einer beweglichen Sache ergreift, vorausgesetzt er ist beim Erwerb seines Eigenbesitzes gutgläubig. Beispiel: Der Eigentümer E vermietet seine Sache an den geschäftsunfähigen M, der diese an den gutgläubigen K veräußert. K kann nicht Eigentümer werden, wohl aber hat er gutgläubigen Eigen- und damit Ersitzungsbesitz erworben. Dieser wirkt gegenüber jedem, also etwa gegenüber einem Dieb, der ihm die Sache stiehlt, nur nicht gegenüber E, der die Sache von ihm nach § 985 herausverlangen kann. 10

Der gute Glaube des Erwerbers wird vermutet (Rn. 7). Der Umfang des guten Glaubens richtet sich nach § 932 II, er muss wie in § 937 II³⁹ auf das erworbene eigene Eigentum gerichtet sein. Wie bei § 932 schadet eine nachträgliche Bösgläubigkeit nicht mehr, nachdem das Recht gutgläubig erworben ist; denn es entscheidet der Zeitpunkt des Besitzerwerbs.

Aufgrund welchen Erwerbstatbestands der Eigenbesitzer Eigentum zu erwerben glaubte, spielt keine Rolle. Denkbare ist z. B. die Aneignung (§ 958) einer Sache, die der Erwerber irrig für herrenlos hielt; häufiger wird ein Erwerb entsprechend den §§ 929 ff. vorliegen. Der Grund, aus welchem der Erwerb des Eigentums scheiterte, spielt keine Rolle, wenn der Erwerber nur gutgläubig ist. Möglich ist etwa, dass es sich um eine abhanden gekommene Sache handelt oder dass die dingliche Einigung unwirksam war, etwa weil der Veräußerer, wie im Beispiel, geschäftsunfähig war (§ 11 Rn. 1).

³⁷ Richtig Wilhelm Rn. 1343, 1346.

³⁸ Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 68.

³⁹ Vgl. § 11 Rn. 11.

- 11 *b) Übertragung:* Das einmal entstandene Recht des Ersitzungsbesitzes ist entsprechend den §§ 929 ff. übertragbar. Ob eine Übertragung des Eigentums in eine Übertragung des Ersitzungsbesitzes umgedeutet werden kann, ist durch Auslegung des hypothetischen Willens der Parteien zu ermitteln, § 140.
- 12 *c) Grundstücke:* § 1007 ist nur auf bewegliche Sachen anzuwenden, weil die Rechte an ihnen durch Erlangung des Besitzes begründet werden. Besitzerwerb und -verlust sowie Abhandenkommen sind die Voraussetzungen, an welche § 1007 anknüpft. Dagegen werden dingliche Rechte an Grundstücken durch die Eintragung ins Grundbuch begründet, der Besitzerwerb spielt keine Rolle. Wenn aber ausnahmsweise der Besitz für den Rechtserwerb eine Rolle spielt und keine andere Schutznorm vorhanden ist, wie beim Ersitzungsbesitz nach §§ 900, 927, ist § 1007 entsprechend auf Grundstücke anwendbar.⁴⁰

2. Verlust des Ersitzungsbesitzes

- 13 Das dingliche Recht des Ersitzungsbesitzes erlischt, wenn der Eigentümer in den Eigenbesitz der Sache gelangt. Das Recht geht gemäß § 1007 III 1 (2) ferner dann unter, wenn der Ersitzungsbesitzer den Besitz aufgibt. Darunter ist eine Besitzaufgabe unter gleichzeitiger Aufgabe des Rechts zu verstehen,⁴¹ sei es dass der Berechtigte die Sache veräußert oder dass er sie derelinquiert. Dagegen bleibt der Ersitzungsbesitz bestehen, wenn der Inhaber nachträglich bösgläubig wird (Rn. 10); eine Ersitzung ist dann freilich wegen § 937 II nicht mehr möglich. Man kann sich die rechtliche Situation in diesem Fall so vorstellen, als habe der Erwerber das Recht „Ersitzungsbesitz“ gutgläubig erworben, eine spätere Bösgläubigkeit ändert daran nichts mehr, wie etwa auch beim gutgläubigen Erwerb des Eigentums eine spätere Bösgläubigkeit den Eigentumserwerb nicht erlöschen lässt.
- 14 Der Ersitzungsbesitz geht ferner unter durch gutgläubig lastenfreien Erwerb des Eigentums, analog §§ 936, 945. Beispiel: Der Ersitzungsbesitzer EB hat eine dem E gehörige Sache von diesem gutgläubig aufgrund einer unwirksamen Übereignung erworben. EB verleiht die Sache an L, der sie an den gutgläubigen K veräußert. K hat gutgläubig Eigentum erworben, § 932, und zwar lastenfrei, § 936; das Recht des EB ist erloschen.

Ein solch gutgläubig lastenfreier Erwerb ist aber ausgeschlossen, wenn der Erwerber bösgläubig ist i. S. v. §§ 932, 936, vgl. § 1007 I; er ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer oder dem Ersitzungsbesitzer abhanden gekommen ist, § 1007 II 1.

⁴⁰ Finkenauer, Eigentum (Fn. 18), 181 f.; s. auch unten Rn. 21; zur h. M. dagegen Staudinger/Thole, 2019, § 1007 Rn. 13.

⁴¹ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 699; Planck/Brodmann § 1007 Erl. 3 b α; Koch, § 1007 (Fn. 12), 153.

3. Rechtsstellung des Ersitzungsbesitzers

Der Ersitzungsbesitzer hat ein relatives Eigentum, d. h. Dritten gegenüber ist er 15
Eigentümer. Daraus folgt, dass er vollen Schadensersatz verlangen kann, wenn ein
Dritter die Sache beschädigt oder vernichtet, § 823. An gezogenen Früchten erwirbt
er Eigentum, wenn er gutgläubig ist, § 955 (§ 11 Rn. 37 ff.). Nachträgliche Bösgläubigkeit verhindert zwar wegen § 937 II die Ersitzung, lässt jedoch das einmal entstandene Recht des Ersitzungsbesitzes nicht erlöschen.

4. Schutz des Ersitzungsbesitzes

a) *Herausgabeanspruch*: Dem Ersitzungsbesitzer steht der Herausgabeanspruch 16
aus § 1007 zu,⁴² wenn die Sache an einen anderen gelangt. Der Anspruch richtet
sich gegen den jeweiligen mittelbaren oder unmittelbaren Besitzer. Der Anspruch
ist – wie der aus § 985 – gemäß §§ 1007 III 2, 986 ausgeschlossen, wenn der Be-
sitzer gegenüber dem Ersitzungsbesitzer ein Recht zum Besitz hat, wenn dieser ihm
die Sache etwa vermietet hat. Der relative Ersitzungsbesitz wirkt auch nicht gegen
Besserberechtigte. Besser berechtigt gegenüber dem Ersitzungsbesitzer ist immer
der Eigentümer, wie § 1007 II 1 zeigt („es sei denn, dass dieser Eigentümer ...
ist“).⁴³ Besser berechtigt ist ferner jeder Inhaber eines absoluten dinglichen Rechts.
Beispiel: E hat seine Sache an B verpfändet, B verliert sie, X findet sie und veräu-
ßert sie an den gutgläubigen K. B kann die Sache von K herausverlangen, § 1007 II,
der Ersitzungsbesitz des K erlischt.

Haben mehrere Personen Ersitzungsbesitz, so ist festzustellen, wessen Recht
stärker ist. Hat etwa D₁ dem Eigentümer die Sache gestohlen und an den gutgläubi-
gen EB₁ veräußert und stiehlt D₂ diesem nun die Sache und veräußert sie an den
gutgläubigen EB₂, so haben EB₁ und EB₂ Ersitzungsbesitz. Der Ersitzungsbesitz
von EB₁ ist aber stärker als derjenige von EB₂, EB₁ kann von EB₂ Herausgabe ver-
langen, § 1007 II. Denn es ist nach § 1007 I, II immer das früher entstandene Recht
stärker, es sei denn, dass es infolge gutgläubigen Erwerbs seinen Vorrang verliert.
Die Tatsache, dass dem EB₁ die Sache abhanden gekommen war, verhindert einen
gutgläubigen Erwerb des Vorrangs durch EB₂.⁴⁴

b) *Ersitzungsbesitzer-Besitzer-Verhältnis*: Der Anspruch des Ersitzungsbesitzers 17
geht auf Herausgabe der Sache. In § 1007 III 2 werden die §§ 987–1003 für ent-
sprechend anwendbar erklärt, zwischen Ersitzungsbesitzer und unberechtigtem Be-
sitzer entsteht daher ein gesetzliches Schuldverhältnis wie zwischen Eigentümer
und unberechtigtem Besitzer. Nach Maßgabe der §§ 987–993 kann also der Ersit-
zungsbesitzer vom unberechtigten Besitzer Herausgabe der Nutzungen verlangen.

⁴² Zur Anspruchsgrundlage Rn. 4.

⁴³ Das ist die *exceptio iusti dominii* des römischen Rechts (Rn. 2).

⁴⁴ Ausf. Wieling § 12 X 6 a.

Ob der Ersitzungsbesitzer die Nutzungen im Verhältnis zu einem Besserberechtigten behalten darf, entscheidet sich nach den §§ 987 ff. (§ 12 Rn. 41 ff.). Hat der Besitzer die Sache beschädigt oder zerstört, so haftet er dem Ersitzungsbesitzer nach den §§ 989–993 (§ 12 Rn. 25 ff.); zu ersetzen ist der volle Wert, da der Ersitzungsbesitzer gegenüber dem Besitzer die Rechtsstellung eines Eigentümers hat. Durch die Leistung an den Ersitzungsbesitzer wird der Besitzer auch gegenüber dem Eigentümer frei, § 851. Hat der Besitzer Verwendungen auf die Sache gemacht, so haftet der Ersitzungsbesitzer nach den §§ 994–1003; weiß der Besitzer, dass der Ersitzungsbesitzer nicht Eigentümer ist, so kann er das Recht aus § 1003 nur dem Eigentümer gegenüber geltend machen, die Fristen sind ihm zu setzen (§ 12 Rn. 51 ff., 78).

Dem Ersitzungsbesitzer steht nicht nur der Herausgabeanspruch aus § 1007 zu, sein dingliches Recht ist vielmehr ebenso zu schützen wie das Eigentum, wovon auch der Gesetzgeber ausging.⁴⁵ Auf den Ersitzungsbesitz ist daher § 823 I anwendbar,⁴⁶ aber auch die §§ 1004–1006.⁴⁷ Ihre Nichterwähnung in § 1007 III 2 muss als Redaktionsversehen aufgefasst werden.

5. Konkurrenzen

- 18 Eine Konkurrenz des § 1007 ist insbesondere mit § 861 denkbar, wenn dem Ersitzungsbesitzer die Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde (Anspruchskonkurrenz). Mit § 985 besteht Anspruchsnormenkonkurrenz; es handelt sich um eine einheitliche Herausgabeklage, die man mit § 985 oder § 1007 begründen kann.⁴⁸ Besteht zwischen Ersitzungsbesitzer und Besitzer ein besonderes Schuldverhältnis (Miete, Verwahrung), schließen dessen Regeln die allgemeinere Regelung des § 1007 aus.

IV. Verdinglichte Rechte

1. Erwerb und Verlust

- 19 a) *Erwerb vom Berechtigten*: Das verdinglichte Recht wird erworben durch Einigung und Übergabe, entsprechend §§ 929 ff.;⁴⁹ statt der Übergabe reichen auch die Übergabesurrogate. Zur Bestellung ist der Eigentümer berechtigt und wem sonst ein

⁴⁵ Motive III, 432.

⁴⁶ Der Vorrang der §§ 1007 III 2, 989 ff. ist freilich zu beachten.

⁴⁷ Schon die erste BGB-Kommission bejaht die Anwendung des § 1004 auf den Ersitzungsbesitzer, vgl. Protokolle 4269, in: Jakobs/Schubert, Sachenrecht I, 858; ferner Motive III, 432.

⁴⁸ Vgl. Staudinger/Thole, 2019, § 1007 Rn. 81.

⁴⁹ Vgl. Koch, § 1007 (Fn. 12), 92 ff.; Canaris, FS Flume I, 1978, 371, 401.

entsprechendes Recht an der Sache zusteht mitsamt der Berechtigung, die Sache an Dritte zu überlassen (z. B. ein Nießbraucher). Zu beachten ist das Trennungs- und Abstraktionsprinzip: Wie der Kauf von der Übereignung zu scheiden ist, so auch der Mietvertrag von seiner dinglichen Erfüllung.

Beispiel: Der Vermieter und Eigentümer eines Pkw leiht sich diesen vom Mieter noch für einen Tag aus. Schuldrechtlich besteht ein Mietvertrag; sachenrechtlich tritt hier neben die (regelmäßig konkludente) Einigung über die Bestellung des verdinglichten Rechts das Übergabesurrogat des § 930.

b) Erwerb vom Nichtberechtigten: Auch vom Nichtberechtigten kann ein verdinglichtes Recht gutgläubig erworben werden, Voraussetzung sind eine wirksame dingliche Einigung und Übergabe oder ein Übergabesurrogat, §§ 932–934.⁵⁰ Gutgläubiger Erwerb setzt zudem guten Glauben des Erwerbers voraus; er muss sich auf die Berechtigung des Bestellers richten, das in Frage stehende (Miet-, Pacht-, etc.) Recht zu bestellen. Schließlich setzt er voraus, dass die Sache dem Berechtigten nicht abhanden gekommen ist. 20

Beispiel: Der Eigentümer E veräußert eine bewegliche Sache unwirksam an X, und dieser vermietet sie an den gutgläubigen M. M hat ein auch gegen E wirksames Besitzrecht erworben, er kann der Vindikation des E dieses Recht gemäß § 986 I entgegenhalten. Käme dem M die Sache abhanden und gelange sie zu E, so könnte M sie gemäß § 1007 II 1 herausverlangen. Der Ausschluss des Anspruchs gegen den Eigentümer in § 1007 II 1 („es sei denn, dass dieser Eigentümer ... ist“) bezieht sich nur auf das Recht des Ersitzungsbesitzers. Denn das Recht des Ersitzungsbesitzers ist relativ dinglich, d. h. es richtet sich gegen alle, nur nicht gegen den Eigentümer (Rn. 16); dagegen richten sich die hier behandelten verdinglichten Rechte gegen alle, *auch* gegen den Eigentümer. Die Fassung des § 1007 II 1 ist insoweit ein Redaktionsversehen.⁵¹

c) Grundstücke: Auf Grundstücksmieter ist § 1007 entgegen seinem Wortlaut anwendbar.⁵² Die 2. BGB-Kommission hielt den Schutz dinglicher Grundstücksrechte durch § 891 für ausreichend, was aber für die nicht eintragungsfähigen Miet- oder Pachtverhältnisse nicht gilt. Man vergaß dabei, dass man den § 1007 gerade auf solchen Fremdbesitz erstrecken wollte (Rn. 2). Die Schutzlücke ist durch entsprechende Anwendung zu schließen. 21

d) Erlöschen: Das verdinglichte Recht geht unter, wenn der Inhaber des Rechts den Besitz aufgibt, § 1007 III 1 (2). Darunter ist auch hier die Aufgabe des Rechts zu verstehen (Rn. 13), die regelmäßig durch Besitzaufgabe erfolgt. Eine Rechtsaufgabe liegt insbesondere vor, wenn der Inhaber die Sache an den Besteller des Rechts 22

⁵⁰ Vgl. Koch, § 1007 (Fn. 12), 127 ff.

⁵¹ Die in § 1007 II 1 erwähnte Verteidigung mit dem Eigentum bezieht sich nur auf den Ersitzungsbesitz, dem der Eigentümer sein Eigentum entgegenhalten kann. Die Ungenauigkeit des Gesetzes geht auf die 2. BGB-Kommission zurück, welche die ursprüngliche *actio Publiciana* um den Schutz der Fremdbesitzer erweitert hat, ohne für eine sorgfältige Formulierung zu sorgen (Rn. 3).

⁵² BGHZ 7, 208 (aufgegeben in BeckRS 2009, 78); Wieling, GS Sonnenschein, 2003, 201, 218 f.; Canaris, FS Flume I, 1978, 371, 401; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 69; anders die h. M., s. nur Staudinger/Thole, 2019, § 1007 Rn. 13.

zurückgibt, um das Rechtsverhältnis zu beenden, also etwa der Mieter dem Vermieter die gemietete Sache zurückgibt.⁵³ Das verdinglichte Recht kann ferner untergehen durch gutgläubig lastenfreien Eigentumserwerb, §§ 932, 936, 945 (Rn. 14). Beispiel: Hat etwa E seine Sache an M vermietet und leiht E sich sodann die Sache von M aus und veräußert er sie an den gutgläubigen K, so erwirbt dieser lastenfreies Eigentum, wenn er bezüglich des Mietrechts des M gutgläubig war; das verdinglichte Mietrecht des M ist erloschen.

2. Inhalt und Schutz

- 23 a) *Zugrundeliegendes Schuldverhältnis*: Der Inhalt des verdinglichten Rechts richtet sich nach dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis, dieses tritt an die Stelle des gesetzlichen Schuldverhältnisses, wie es sich beim Nießbrauch und Pfandrecht findet. Ist das Schuldverhältnis unwirksam, das verdinglichte Recht aber wirksam bestellt, so bestimmt sich sein Inhalt nach dem beabsichtigten Schuldverhältnis.
- 24 b) *Herausgabeanspruch*: Hatte der frühere Besitzer ein verdinglichtes Recht an der Sache erworben und hat er dieses Recht nicht wieder verloren, so hat er den Anspruch aus § 1007 (Rn. 9). Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der aktuelle Besitzer gegenüber dem Kläger ein Recht zum Besitz hat, §§ 1007 III 2, 986, wenn der Mieter etwa die Sache an ihn untervermietet hat.⁵⁴
- 25 c) *Rechtsinhaber-Besitzer-Verhältnis*: Zwischen dem Inhaber des verdinglichten Rechts und dem Besitzer entsteht gemäß § 1007 III 2 ein gesetzliches Schuldverhältnis nach Maßgabe der §§ 987–1003. Nutzungen kann der Berechtigte im Rahmen der §§ 987–993 herausverlangen, aber nur, wenn und soweit ihm selbst ein Nutzungsrecht zusteht; so kann etwa ein Pächter gezogene Früchte herausverlangen, ein Mieter nicht. Wird die Sache beschädigt oder zerstört, so kann der Berechtigte gemäß §§ 989–993 Schadensersatz verlangen.⁵⁵ Zu ersetzen ist das Interesse, das der Berechtigte aufgrund seines verdinglichten Rechts an der Sache hat. Wegen Verwendungen hat der Besitzer die Rechte aus §§ 994–1002, das Recht aus § 1003 kann nur dem Eigentümer gegenüber geltend gemacht werden.
- Der Inhaber des verdinglichten Rechts ist nicht nur nach § 1007 geschützt, es gelten vielmehr auch die §§ 1004–1006 (Rn. 17). So wie etwa zugunsten des Besitzers vermutet wird, dass er ein Pfandrecht habe, wenn er sich darauf beruft (§§ 1227, 1006), so wird ebenso zugunsten des Besitzers ein verdinglichtes Mietrecht vermutet, wenn er sich darauf beruft.
- 26 d) *Insolvenz*: Im Insolvenzverfahren hat der Inhaber des verdinglichten Rechts ein Aussonderungsrecht, in der Zwangsvollstreckung die Klage aus § 771 ZPO.

⁵³ Das Erlöschen des Schuldverhältnisses, etwa des Mietvertrags, beendet das verdinglichte Recht dagegen aufgrund des Abstraktionsprinzips nicht.

⁵⁴ Ausf. Wieling § 13 II 6 a.

⁵⁵ Als Inhaber eines verdinglichten Rechts ist der Besitzer auch nach § 823 I geschützt, natürlich unter Beachtung des Vorrangs der §§ 1007 III 2, 989 ff.

§ 14. Nießbrauch



I. Nießbrauch an beweglichen Sachen¹

1. Begriff des Nießbrauchs

a) *Inhalt*: Der Nießbrauch ist das dingliche Recht, die Nutzungen der Sache zu ziehen, § 1030 I, also die Sache zu gebrauchen und Früchte zu ziehen, § 100. Der Nießbrauch umfasst grundsätzlich alle Nutzungen, er kann nicht auf bestimmte Nutzungsarten eingeschränkt werden; wohl aber ist es möglich, bestimmte Nutzungen vom Nießbrauchsrecht mit dinglicher Wirkung auszunehmen, § 1030 II. Der Nießbraucher ist berechtigt, sämtliche Früchte zu ziehen; an den unmittelbaren Rechtsfrüchten (natürlichen Früchten) erwirbt der Nießbraucher mit der Trennung Eigentum, § 954, selbst wenn er nicht im Besitz der Hauptsache ist.² 1

Der Nießbrauch ist praktisch vor allem als *Versorgungsnießbrauch* relevant, etwa wenn zum Zwecke einer vorweggenommenen Erbfolge der Gegenstand schon zu Lebzeiten an den Erben übertragen wird, welcher daran im Gegenzug dem Übergebenden einen Nießbrauch bestellt (*Vorbehaltsnießbrauch*). Auch eine Erbeinsetzung (z. B. von Kindern) mit dem Vermächtnis einer Nießbrauchsbestellung zugunsten eines Dritten, etwa des überlebenden Ehegatten, ist denkbar (*Vermächtnisnießbrauch*). Diese Konstruktion ähnelt wirtschaftlich einer Vor- und Nacherbenschaft, hat ihr gegenüber aber erhebliche steuerliche Vorteile.

b) *Schutz*: Der Nießbrauch ist in gleicher Weise geschützt wie das Eigentum, § 1065. Es gelten also die §§ 985–1007; wird der Nießbrauch in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung der Sache gestört, so hat der Nießbraucher den Anspruch aus § 1004. Für einen behaupteten Nießbrauch des Besitzers spricht die Vermutung des § 1006. Wer trotz gutem Glauben den Nießbrauch von einem 2

¹ S. ergänzend zum Nießbrauch an Grundstücken § 25 Rn. 24 ff.

² Vgl. § 11 Rn. 36.

Nichtberechtigten nicht erwerben konnte, ist gemäß §§ 1065, 1007 geschützt. Den Besitz des Nießbrauchers schützen die §§ 859 ff.

Damit der Nießbraucher sein Recht ausüben kann, muss er die Sache haben, er hat ein Recht zum Besitz, § 1036 I. Er kann daher vom Eigentümer Besitzeinräumung verlangen.³ Der Besteller des Nießbrauchs wird mittelbarer Besitzer. Ist ein Dritter (Mieter, Pächter) im Besitz der Sache, so kann der Nießbraucher von diesem nicht Herausgabe verlangen, solange dessen Recht zum Besitz besteht, §§ 1065, 986.

- 3 *c) Uneigentlicher Nießbrauch:* An verbrauchbaren Sachen ist ein regulärer Nießbrauch nicht möglich. Da die Nutzung einer verbrauchbaren Sache im Verbrauch liegt, § 92, ist ein Gebrauch bei gleichzeitiger Erhaltung der Substanz, wie es der Nießbrauch fordert, ausgeschlossen. Hier kommt nur der uneigentliche Nießbrauch in Betracht, vgl. § 1067: Der Nießbraucher wird Eigentümer der Sachen, kann sie also verbrauchen; nach Ende des Nießbrauchs hat er den Wert zu ersetzen. Der Eigentumserwerb tritt sofort mit der Bestellung des Nießbrauchs ein. Der Eigentumserwerb ist unabhängig vom Willen der Parteien, doch ist § 1067 dispositiver Natur. Die §§ 932 ff., 937 ff. sind zugunsten des gutgläubigen Nießbrauchers entsprechend anzuwenden.⁴

- 4 *d) Gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher:* Zwischen dem jeweiligen Eigentümer der Sache und dem Nießbraucher entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, das in den §§ 1034–1066 geregelt ist. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis entsteht auch dann, wenn der Nießbrauch gutgläubig von einem Nichtberechtigten erworben wurde. Eigentümer und Nießbraucher sind berechtigt, den Zustand der Sache auf eigene Kosten durch Sachverständige feststellen zu lassen, § 1034. Beide sind zudem zur Mitwirkung an der Aufnahme eines Verzeichnisses der Sachen verpflichtet, wenn der Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen besteht, § 1035. Der Nießbraucher muss mit der Sache nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft verfahren; er muss die wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechterhalten und darf die Sache weder umgestalten noch wesentlich verändern, §§ 1036 II, 1037 I. Nach § 1039 I 2 trifft den Nießbraucher eine Ersatzpflicht bei Beendigung des Nießbrauchs, wenn er (entgegen seiner Pflicht aus § 1036 II) Übermaßfrüchte gezogen hat. Der Nießbraucher ist – im Gegensatz zum Pächter – gehalten, für die Erhaltung der Sache zu sorgen und die Kosten von Ausbesserungen und Erneuerungen zu tragen, soweit sie gewöhnliche Unterhaltungskosten sind, § 1041. Wird die Sache beschädigt oder werden außergewöhnliche Ausbesserungen oder Erneuerungen erforderlich, hat der Nießbraucher dies dem Eigentümer anzuzeigen, ebenso wenn ein Dritter sich ein Recht an der Sache anmaßt, § 1042. Generell ist eine Anzeigepflicht anzunehmen, wenn die Sache oder das Recht des Eigentümers bedroht sind. Eine Ersatzpflicht trifft den Nießbraucher in den genannten Fällen aber nicht,⁵ ebenso wenig bei Verschlechterungen und

³Das Verständnis des § 1036 als Anspruchsgrundlage (so die h. M., Staudinger/Heinze, 2017, § 1036 Rn. 2) ist streitig; andere stützen sich für den Herausgabeanspruch auf §§ 1065, 985, vgl. MünchKomm/Pohlmann § 1036 Rn. 3.

⁴Vgl. Motive III, 534 f.

⁵Er muss aber dem Eigentümer gestatten, die Ausbesserungen und Erneuerungen vorzunehmen, § 1044, falls dieser das will; dazu verpflichtet ist der Eigentümer nicht.

Veränderungen der Sache durch ordnungsgemäße Nutzung, § 1050. Um dem Eigentümer den Wert der Sache zu erhalten, muss der Nießbraucher die Sache zu dessen Gunsten versichern, soweit dies einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entspricht, § 1045. An der Versicherungsforderung des Eigentümers hat der Nießbraucher einen Nießbrauch, § 1046 I. Im Schadensfall muss die Versicherungssumme an den Eigentümer und Nießbraucher gemeinschaftlich ausgezahlt werden, §§ 1076 f., beide können verlangen, dass das Geld zur Wiederherstellung oder Ersatzbeschaffung verwendet wird, § 1046 II.

Den Nießbraucher trifft gegenüber dem Eigentümer die Pflicht, die gewöhnlichen öffentlichen Lasten der Sache (Abgaben, Steuern), die normalerweise aus den Erträgen der Sache bestritten werden, zu tragen, § 1047. Ist aufgrund des Verhaltens des Nießbrauchers eine erhebliche Verletzung der Eigentümerrechte zu besorgen, so muss der Nießbraucher Sicherheit leisten, § 1051. Macht der Nießbraucher einen unbefugten Gebrauch von der Sache, so steht dem Eigentümer nach einer Abmahnung ein Anspruch auf Unterlassung zu, § 1053. Gerichtliche Verwaltung nach § 1052 kann angeordnet werden, wenn der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers erheblich verletzt und sein Verhalten trotz Abmahnung fortsetzt, § 1054. Der Nießbraucher haftet bei allen schuldhaften Pflichtverletzungen dem Eigentümer auf Schadensersatz gemäß §§ 241 II, 280; der Anspruch verjährt in sechs Monaten nach Rückgabe der Sache, §§ 1057, 548 I 2. 5

Umgekehrt kann der Nießbraucher für Verwendungen, zu welchen er nicht verpflichtet war, nach § 1049 I (gemäß den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag) Ersatz verlangen, auch vor Beendigung des Nießbrauchs;⁶ danach hat er wegen solcher Forderungen auch ein Zurückbehaltungsrecht, der Anspruch verjährt in sechs Monaten, § 1057. Wegen zugefügter Einrichtungen hat der Nießbraucher ein Wegnahmerecht, § 1049 II.

Der Inhalt des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Nießbraucher und Eigentümer kann durch Vertrag mit dinglicher Wirkung abgeändert werden; es wird dadurch das dingliche Recht selbst modifiziert. Das bedeutet z. B., dass die Vereinbarung zwischen dem nichtberechtigten Besteller und dem gutgläubigen Nießbraucher für und gegen den Eigentümer wirkt. Die wesentlichen Merkmale des Nießbrauchs können aber nicht verändert werden, es kann z. B. dem Nießbraucher nicht gestattet werden, über die Sache zu verfügen.⁷ Vom gesetzlichen Schuldverhältnis 6

⁶ Schuldner ist der Eigentümer z.Z. der Vornahme der Verwendungen.

⁷ Ein „Dispositionsnießbrauch“, bei dem der Nießbraucher zusätzlich die Verfügungsbefugnis erhält, ist nach h. M. unzulässig (a. A. Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 293 f.), auch wenn er wünschenswert wäre, wenn etwa jemand sein Vermögen aus steuerrechtlichen Gründen in vorweggenommener Erbfolge auf seine Kinder überträgt und sich den Nießbrauch vorbehält. Natürlich kann der Nießbraucher sich vom Eigentümer eine unwiderrufliche Vollmacht oder Verfügungsermächtigung erteilen lassen, der Eigentümer kann sich nach § 137, 2 verpflichten, nicht über die Gegenstände des Vermögens zu verfügen. Dadurch ändert sich aber der Inhalt des dinglichen Rechts nicht. Solche Abreden sind daher auch nicht im Grundbuch eintragbar, anders zu Unrecht Friedrich, NJW 1996, 32 f. Würde man den Nießbraucher rechtlich wieder zum Eigentümer machen, dann müsste er auch steuerrechtlich so behandelt werden.

zwischen Eigentümer und Nießbraucher ist das zwischen ihnen vereinbarte obligatorische Schuldverhältnis zu unterscheiden.

- 7 e) *Rechtsverhältnis zwischen Besteller und Nießbraucher*: Vom gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher (Rn. 4) ist das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller zu unterscheiden, das die *causa* für die Nießbrauchsbestellung ist. Besteller und Eigentümer können deshalb verschieden sein, weil entweder der Eigentümer nach Nießbrauchsbestellung das Grundstück veräußert hat, weil ein Nichtberechtigter mit Verfügungsermächtigung nach § 185 den Nießbrauch bestellt hat oder weil der Besteller ein Nichtberechtigter ist, von dem der Nießbraucher sein Recht gutgläubig erworben hat. Ergeben sich jenseits der Gegenleistung aus dem Kausalvertrag Pflichten des Nießbrauchers (z. B. auf Rückgabe oder Wertersatz), so kann der Besteller, der als Nichtberechtigter verfügt hat, nur Leistung an den Eigentümer verlangen.⁸ Im Übrigen gilt zum Schutz des Nießbrauchers der Besteller als Eigentümer, solange der Nießbraucher keine positive Kenntnis davon hat, dass der Besteller nicht der Eigentümer ist, § 1058. Der Nießbraucher wird also aufgrund dieser Fiktion frei, wenn er das Grundstück dem Besteller zurückgibt; der Eigentümer kann sich also nur an den Besteller halten. Für Verwendungsersatzansprüche des Nießbrauchers sind wegen § 1058 nur das Interesse und der Wille des Bestellers maßgeblich.⁹

2. Entstehung, Übertragung und Erlöschen des Nießbrauchs

- 8 a) *Entstehung*: Nießbrauch entsteht an beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe entsprechend den §§ 1032, 929–936; es handelt sich wie bei der Übertragung um ein abstraktes dingliches Rechtsgeschäft. Die Bestellung kann auch befristet oder bedingt werden,¹⁰ nicht aber über den Tod des Berechtigten hinaus, § 1061. Zulässig ist auch ein Sukzessivnießbrauch, der mehrere Nießbräuche mittels auflösender Bedingung (bezüglich des früheren Berechtigten) und aufschiebender Bedingung (bezüglich des später Berechtigten) hintereinanderschaltet.¹¹ Gutgläubiger Erwerb des Nießbrauchs ist möglich, §§ 1032, 2 (1), 932–935; gemäß §§ 1032, 2 (2), 936 kann der gutgläubige Erwerber einen Nießbrauch mit Vorrang vor einem bereits bestehenden dinglichen Recht erwerben. Der Nießbrauch kann nach §§ 1033, 937 ff. in zehn Jahren ersessen werden, ebenso der Vorrang vor bestehenden Rechten, § 945.

⁸ Westermann/Gursky § 120 Rn. 10.

⁹ Westermann/Gursky § 120 Rn. 10.

¹⁰ Zu möglichen Bedingungen MünchKomm/Pohlmann § 1030 Rn. 143. Ein Beispiel für eine auflösende Bedingung ist die Erfüllung einer Forderung des Nießbrauchers (sog. Sicherungsnießbrauch).

¹¹ MünchKomm/Pohlmann § 1030 Rn. 143.

b) *Übertragung*: Der Nießbrauch ist nicht übertragbar,¹² § 1059, 1; es kann aber formlos¹³ die Ausübung des Nießbrauchs einem Dritten überlassen werden, § 1059, 2. Anders als § 1092 I 2 gewährt § 1059, 2 dem Nießbraucher gegenüber dem Eigentümer ein Überlassungsrecht. Die Ausübungsberechtigung erlischt mit dem Nießbrauch. Gemäß § 857 III ZPO ist das übertragbare Recht zur Ausübung des Nießbrauchs pfändbar. Steht der Nießbrauch dagegen einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft zu, so ist er nach Maßgabe der §§ 1059a–e übertragbar.

Eine Vermietung oder Verpachtung durch den Nießbraucher ist nach h. M. keine Ausübungsüberlassung gemäß § 1059, 2, sondern eine typische Eigennutzung des Nießbrauchers zum Zwecke der Erzielung mittelbarer Sachfrüchte nach § 99 III.¹⁴ Diese Sicht entspricht nicht derjenigen des historischen Gesetzgebers, der gerade in der Vermietung oder Verpachtung typische Ausübungsüberlassungen sah,¹⁵ was ja auch zu § 1092 I 2 ganz h. M. ist. Sie führt auch zu wenig überzeugenden Abgrenzungsversuchen.¹⁶

c) *Erlöschen*: Der Nießbrauch endet mit dem Untergang der Sache, mit Fristablauf oder Bedingungseintritt, ferner wenn der Berechtigte stirbt bzw. die berechtigte juristische Person erlischt, § 1061. Durch Konsolidation erlischt das Recht, wenn Eigentum und Nießbrauch in einer Hand zusammenfallen, § 1063 I; der Nießbrauch gilt jedoch als nicht erloschen, wenn der Eigentümer ein rechtliches Interesse an seinem Fortbestand hat, § 1063 II. Der Nießbrauch erlischt weiter durch einseitige Aufgabeerklärung des Berechtigten, und zwar wahlweise gegenüber dem Eigentümer oder dem Besteller, § 1064.

Nach Beendigung des Nießbrauchs ist der frühere Nießbraucher aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis verpflichtet, die Sache an den Eigentümer herauszugeben, § 1055 I. Der Nießbraucher wird auch dann frei, wenn er die Sache dem Besteller des Nießbrauchs herausgibt, ohne zu wissen, dass dieser nicht der Eigentümer ist, § 1058.

II. Nießbrauch am gesamten Vermögen

a) *Bestellung*: Der Nießbrauch an einem Vermögen dient regelmäßig der Versorgung von Familienmitgliedern. Einen eigentlichen Nießbrauch an einem Vermögen gibt es wegen des Spezialitätsprinzips nicht;¹⁷ es handelt sich vielmehr um einen

¹² Nicht übertragbar ist auch der Anspruch auf Bestellung eines Nießbrauchs, § 399. Der einem 70-Jährigen zustehende Anspruch auf den lebenslangen Nießbrauch kann nicht an einen 20-Jährigen abgetreten werden.

¹³ S. aber §§ 550, 578 I.

¹⁴ BGHZ 109, 111, 115 f.; Staudinger/Heinze, 2017, § 1059 Rn. 10; Baur/Stürmer § 32 Rn. 17; Westermann/Gursky § 120 Rn. 18.

¹⁵ Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 763; Schubert, JR 1990, 419 f.

¹⁶ S. auch Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 226.

¹⁷ Vgl. § 1 Rn. 14.

Nießbrauch an den einzelnen Gegenständen eines Vermögens, vgl. § 1085, 1; er wird dadurch bestellt, dass der Nießbrauch an den einzelnen Sachen bestellt wird. Der Nießbrauch erfasst daher nicht das Vermögen als solches in seinem wechselnden Bestand, der Nießbraucher hat auch kein Verwaltungsrecht am Vermögen. Er ist z. B. keineswegs befugt, Sachen zu veräußern und dafür andere zu erwerben.

- 12 *b) Schulden:* Wird ein Nießbrauch am ganzen Vermögen bestellt, so müssen die Schulden des Vermögensinhabers berücksichtigt werden.¹⁸ Der Nießbrauch kann nur an den Aktiva bestellt werden; dadurch wird aber den Gläubigern des Bestellers die Haftungsgrundlage entzogen, da der Nießbraucher kraft seines dinglichen Rechts jede Vollstreckung in das Vermögen vereiteln kann. Die §§ 1086–1088 wollen dem entgegenwirken und die Gläubiger schützen:
- 13 *aa) Nießbrauch nur am Reinvermögen:* Die Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs am ganzen Vermögen wird regelmäßig dahin zu verstehen sein, dass der Nießbrauch am Reinvermögen zu bestellen ist, nachdem die Schulden aus dem Vermögen getilgt sind. Der Besteller ist daher berechtigt, aus dem Vermögen zunächst seine Verpflichtungen zu begleichen. Hat er dies versäumt oder wird die Schuld erst später fällig, so hat er nach § 1087 I gegen den Nießbraucher einen Anspruch auf Rückgabe solcher Sachen, die er zur Befriedigung seiner Gläubiger benötigt. Der Besteller ist dem Nießbraucher verpflichtet, den Gläubiger aus den zurückgegebenen Gegenständen zu befriedigen.
- 14 *bb) Kein Schuldübergang:* Durch die Nießbrauchbestellung ändert sich nichts an der Tatsache, dass der Besteller der Schuldner seiner Gläubiger ist; die Schuld geht nicht auf den Nießbraucher über; der Nießbraucher hat gegenüber dem Besteller kein Recht, dessen Gläubiger aus dem Vermögen zu befriedigen, ausgenommen im Fall des § 1087 II.
- 15 *cc) Stellung der Gläubiger:* Die Gläubiger des Bestellers können ungeachtet des Nießbrauchs Befriedigung aus dem dem Nießbrauch unterliegenden Vermögen verlangen; sie haben gemäß § 1086, 1 gegen den Nießbraucher einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Zur Vollstreckung in das mit dem Nießbrauch belastete Vermögen bedarf der Gläubiger also eines Leistungstitels gegen den Besteller und eines Duldungstitels aus § 1086 gegen den Nießbraucher, § 737 ZPO. Der Duldungstitel schließt es aus, dass der Nießbraucher im Vollstreckungsverfahren sein dingliches Recht und gegebenenfalls seinen Besitz geltend macht.
- 16 *c) Zinsen:* Während der Nießbraucher nach § 1086 nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung, nicht aber selbst zur Leistung verpflichtet ist, begründet § 1088 für Zinsen und wiederkehrende Leistungen eine selbständige Leistungspflicht des Nießbrauchers. Vorausgesetzt ist, dass die verzinsbare Forderung bzw. das Recht auf wiederkehrende Leistungen schon vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist; ferner, dass die wiederkehrenden Leistungen bei einer ordnungsgemäßen Wirtschaft aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden.

¹⁸ Ausf. dazu Wieling § 14 II 2.

III. Nießbrauch am Unternehmen¹⁹

Ein Unternehmen (Handelsgeschäft, Erwerbsgeschäft) ist eine Rechtsgesamtheit; 17 dass daran ein Nießbrauch möglich ist, ist in § 22 II HGB vorausgesetzt. Der Nießbrauch kann nur an den einzelnen Gegenständen des Unternehmens bestellt werden, die §§ 1085 ff. sind nicht anwendbar, es sei denn, dass das Unternehmen im Wesentlichen das gesamte Vermögen des Inhabers darstellt.

Mit der Bestellung des Nießbrauchs wird der Nießbraucher gemäß § 1067 Eigentümer am Umlaufvermögen,²⁰ etwa am Warenlager, vgl. § 92 II. Am Anlagevermögen erhält er einen Nießbrauch, in analoger Anwendung des § 1048 kann er im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft über Inventarstücke verfügen,²¹ doch hat er gemäß §§ 1036 II, 1037 I, 1041, 1 die wirtschaftliche Bestimmung und den Bestand des Unternehmens zu erhalten.²² Auch über Forderungen des Unternehmens kann er im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft verfügen.²³

¹⁹ Vgl. hierzu Janßen/Nickel, Unternehmensnießbrauch, 1998; Bökelmann, Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, 1971; Grunsky, BB 1972, 585 ff.

²⁰ Vgl. Johow, 1357.

²¹ BGH WM 1974, 1219 ff.

²² Er darf daher den Betrieb weder einstellen noch wesentlich ändern und muss ihn im Rahmen der wirtschaftlichen Entwicklung konkurrenzfähig erhalten, vgl. Grunsky, BB 1972, 587; MünchKomm/Pohlmann § 1085 Rn. 25.

²³ Das wird sich regelmäßig aus dem Kausalgeschäft ergeben, vgl. MünchKomm/Pohlmann § 1085 Rn. 24; Soergel/Stürner § 1085 Rn. 8.

§ 15. Pfandrecht



I. Arten des Pfandrechts

a) *Besitz- und besitzloses Pfandrecht*: Das BGB kennt als vertragliches Pfandrecht nur das Besitzpfand, die Mobiliarhypothek¹ (besitzloses Pfand) ist grundsätzlich abgeschafft. Dennoch hat der Gesetzgeber in einigen Fällen besitzlose Pfandrechte zugelassen, um besonderen Bedürfnissen abzuweichen; so kann etwa der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks das ihm gehörende Inventar (= Zubehör) ohne Besitzübertragung verpfänden, vgl. §§ 1 ff. Pachtkreditgesetz.² Auch von Gesetzes wegen können besitzlose Pfandrechte entstehen, wie etwa das Vermieterpfandrecht, vgl. Rn. 56.

b) *Gesetzliches und vertragliches Pfandrecht*: Neben dem vertraglich bestellten Pfandrecht gibt es das gesetzliche Pfandrecht, das ohne Rechtsgeschäft von Gesetzes wegen entsteht. Es kann Besitzpfandrecht sein, wie das Pfandrecht des Werkunternehmers, § 647, oder aber besitzloses Pfand, wie das des Vermieters oder Verpächters, §§ 562, 581 II, 592.

c) *Nutzpfand*: Ein Pfandrecht kann so bestellt werden, dass der Pfandgläubiger die Nutzungen des Pfandes ziehen darf, § 1213 I (Antichresis). Wird eine von Natur fruchtragende Sache verpfändet, so gilt im Zweifel ein Nutzpfand als vereinbart, § 1213 II.

d) *Flaschenpfand*: Seine rechtliche Qualifikation ist umstritten.³ Hierbei kommt es auf die Interessenlage an und auf das, was infolgedessen im Einzelfall gewollt ist. Hat der Lieferant überhaupt kein oder kein kostendeckendes Pfand für das Leergut erhalten, so hat er ein Interesse an der Rückgabe. Kommt es ihm darauf an, gerade das gelieferte Leergut zurückzuerhalten, etwa weil sein Name darauf angebracht ist,

¹Mit „Hypothek“ bezeichnete man im römischen und gemeinen Recht besitzlose Pfandrechte.

²Vgl. Palandt/Wicke Vor § 1204 Rn. 2 ff.

³Vgl. dazu Oertmann, LZ 1918, 479 ff.; Dürkes, BB 1956, 25 ff.; Schäfer/Schäfer, ZIP 1983, 656 ff.; Schmitz, JA 1993, 1973 ff. m. w. N.

so wird man einen Leihvertrag annehmen.⁴ Kommt es dem Lieferanten nur wie bei den üblichen Einheitsflaschen auf die Rückgabe von Leergut gleicher Art an, so ist von einem Darlehen auszugehen; der Lieferant übereignet das Leergut an den Kunden, und dieser ist verpflichtet, Leergut gleicher Art zurückzugeben und zu übereignen. Ist ein „Pfand“ gegeben, so hat der Kunde gegen den Lieferanten in beiden Fällen einen Anspruch auf Rücknahme Zug um Zug gegen Rückzahlung des „Pfandes“.

Bei den heute gängigen Flaschen, für welche ein kostendeckendes „Pfand“ verlangt wird, kommt ein Rückforderungsanspruch des Lieferanten nicht in Betracht. Der Kunde kauft die Flasche für den Preis des „Pfandes“ und wird deren endgültiger Eigentümer; er darf sie behalten, wegwerfen, zerstören, ohne dadurch ein Recht des Lieferanten zu verletzen. Er hat allerdings das Recht, die Flaschen Zug um Zug gegen Rückzahlung des „Pfandes“ zurückzugeben.⁵ Es handelt sich also um einen Verkauf der Flaschen mit der Abrede, dass der Käufer Rückkauf verlangen kann,⁶ indem er diese Flaschen oder gleichwertige zurückgibt.

II. Forderung

- 5 *a) Akzessorietät:* Das Pfandrecht setzt eine zu sichernde Forderung voraus, andernfalls kann es nicht entstehen: Das Pfandrecht ist akzessorisch.⁷ Die Forderung kann beliebigen Inhalt haben, muss also nicht auf eine Geldleistung gehen, vgl. § 1204: „zur Sicherung einer Forderung“. Es muss sich aber um eine Forderung handeln, welche in eine Geldleistung übergehen kann, da andernfalls die Pfandverwertung nicht erfolgen kann, § 1228 II 2. Der Übergang kann z. B. nach §§ 249 II 1, 250, 251, 280 I, III i. V. m. 281, 282, 283 oder § 280 I, II i. V. m. § 286 erfolgen.
- 6 *b) Bereicherungsrechtlicher Anspruch:* Wegen der Akzessorietät kann für eine nicht zur Entstehung gelangte Forderung kein Pfandrecht bestellt werden. Ist etwa ein Darlehensvertrag nichtig, so bleibt zu prüfen, ob die Bestellung des Pfandrechts für die Vertragsforderung umgedeutet werden kann in eine Sicherung des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812). Nach § 140 ist dafür ein entsprechender hypothetischer Wille der Parteien erforderlich.⁸
- 7 *c) Bedingte und künftige Forderungen:* Für eine aufschiebend bedingte oder befristete sowie für eine zukünftige Forderung kann gemäß § 1204 II ein Pfand mit der

⁴BGHZ 173, 159 Rn. 19.

⁵BGH NJW 2007, 2912 Rn. 9: Jeder beliebige Besitzer der Flasche darf diese gegen Erstattung des „Pfands“ zurückbringen.

⁶Vgl. MünchKomm/Damrau § 1204 Rn. 8; Martinek, JuS 1987, 514 ff. und JuS 1989, 268 ff.; Soergel/Habersack § 1204 Rn. 33.

⁷Ausf. zur Zulässigkeit der Sicherung einer Naturalobligation (z. B. aus Spiel oder Wette) mit einem Pfandrecht Wieling § 15 IV b; anders die h. M., vgl. Soergel/Habersack § 1204 Rn. 20.

⁸Im Zweifel darf man davon ausgehen, dass die Parteien alle aus dem Geschäft entstehenden Verbindlichkeiten sichern wollten.

Wirkung bestellt werden, dass das Pfandrecht sofort mit der Bestellung entsteht.⁹ Die künftige Forderung muss nicht bestimmt sein, sie muss aber bestimmbar sein.¹⁰ Der Pfandgläubiger hat deshalb sofort ein Recht zum Besitz, er ist nach §§ 1219, 1227 geschützt; der Rang des Rechts richtet sich nach dem Zeitpunkt der Bestellung, § 1209. Verwertet werden kann das Pfandrecht jedoch erst nach Entstehen der Forderung. Das Akzessorietätsdogma wird hier durchbrochen.

III. Begründung des Pfandrechts

Verpfänder¹¹ kann sowohl der Schuldner selbst sein als auch ein beliebiger Dritter. 8
Zwischen dem Schuldner und dem dritten Verpfänder wird meist ein Auftragsverhältnis bestehen. Der Verpfänder hat ein Ablösungsrecht gemäß §§ 1223 II, 1249; befriedigt er den Gläubiger, so geht die Forderung gegen den Schuldner auf ihn über, §§ 1225, 1249. Darüber hinaus hat er einen Regressanspruch nach § 670 (Aufwendungsersatz des Beauftragten).

1. Erwerb vom Berechtigten

Das Pfandrecht wird begründet durch einen abstrakten dinglichen Vertrag (Einigung) und Übergabe, § 1205 I 1. Die Einigung muss die zu verpfändende Sache sowie die zu sichernde Forderung umfassen. 9

a) *Übergabe*: Sie entspricht der Übergabe nach § 929, 1, doch bleibt der Verpfänder – anders als der Veräußerer – mittelbarer Besitzer. Der Verpfänder muss den unmittelbaren Besitz aufgeben, der Gläubiger mittelbaren oder unmittelbaren Fremdbesitz erwerben. Im einfachsten Fall übergibt der Verpfänder die Sache dem Gläubiger. Die Sache kann aber auch von einem Besitzmittler oder Besitzdiener des Verpfänders übergeben und unter Wechsel des Gewahrsams von einem Besitzmittler oder Besitzdiener des Pfandgläubigers entgegengenommen werden.¹² Ist der Gläubiger bereits im Besitz der Sache, so geschieht die Verpfändung im Wege der *brevi manu traditio* durch bloße Einigung, § 1205 I 2. 10

b) *Übergabesurrogate*: Da das Pfandrecht vom Gesetz als Faustpfand (Besitzpfand) gewollt ist, kann es einen Ersatz der Übergabe durch Besitzkonstitut (§ 930) nicht geben.¹³ Hat der Eigentümer weder mittelbaren noch unmittelbaren Besitz an 11

⁹Die Parteien können natürlich auch Entstehung des Pfandrechts ab Forderungsentstehung vereinbaren.

¹⁰BGH NJW 1983, 1125; Soergel/Habersack § 1204 Rn. 26.

¹¹Die rechtsgeschäftliche Verpfändung ist von der Pfändung als Akt der Zwangsvollstreckung zu unterscheiden.

¹²Zu weiteren Fällen Wieling § 15 V 1 a.

¹³Ausf. Wieling § 15 V 1 c. Für ein besitzloses (stilles) Pfandrecht nach §§ 1205 I 1, 930 analog *de*

der Sache, so kann er sie nicht verpfänden. Ist er mittelbarer Besitzer, so ist eine Verpfändung derart möglich, dass er den mittelbaren Besitz auf den Gläubiger überträgt (§ 870) und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt, § 1205 II.¹⁴ Der Verpfänder verliert durch die Zession seinen mittelbaren Besitz, da aber der Gläubiger nun als Fremdbesitzer für ihn besitzt, gewinnt er einen mittelbaren Besitz höherer Stufe (§ 871) zurück.

Die Anzeige ist die Mitteilung einer Tatsache, keine Willenserklärung,¹⁵ sondern vielmehr eine geschäftsähnliche Handlung; sie entspricht der Anzeige in § 409. Die Anzeige ist daher nicht anfechtbar, sie kann allerdings zurückgenommen werden, jedoch entsprechend § 409 II nur mit Zustimmung des Gläubigers.¹⁶

- 12 c) *Mitbesitz*: Anders als bei der Eigentumsübertragung¹⁷ reicht bei der Verpfändung die Einräumung von Mitbesitz aus. Es genügt allerdings nicht ein einfacher Mitbesitz des Verpfänders und des Gläubigers, erforderlich ist vielmehr, dass die Sache sich im Mitverschluss beider befindet, § 1206 (1), so dass sie nur gemeinsam auf sie zugreifen können.¹⁸ Nach § 1206 (2) reicht es für eine Verpfändung auch aus, wenn der Verpfänder dem Gläubiger mittelbaren Mitbesitz einräumt, so dass beide mittelbare Mitbesitzer werden. Voraussetzung ist aber weiter, dass der Besitzmittler (Pfandhalter) die Pfandsache nur an beide gemeinsam mit befreiender Wirkung herausgeben kann, damit so auch hier eine alleinige Verfügungsmöglichkeit des Verpfänders ausgeschlossen bleibt.

2. Erwerb vom Nichtberechtigten

- 13 a) *Abhandenkommen*: Ist der Verpfänder nicht Eigentümer der Sache, so kann der Gläubiger gutgläubig ein Pfandrecht erwerben, entsprechend den Regeln des gutgläubigen Eigentumserwerbs, auf welche in § 1207 verwiesen wird. Der gutgläubige Erwerb ist ausgeschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen ist, § 935 I.¹⁹ Nur bei Geld und Inhaberpapieren ist auch in diesem Fall gutgläubiger Pfandrechtserwerb möglich, § 935 II.

lege lata aber Schwintowski, Das besitzlose Pfandrecht, 2012, 194, 206; in Wahrheit handelt es sich hier um die Mobiliarhypothek (Sicherungsübereignung, dazu § 18). Die Umdeutung einer Pfandrechtsbestellung in eine Sicherungsübereignung ist möglich, § 140; vgl. Wieling § 15 V 1 e.

¹⁴ Ausf. Wieling § 15 V 1 d.

¹⁵ So zutreffend gegen die h. M. Schmidt, AcP 134 (1931), 129, 131 ff.; Wolf § 8 B III b; für die h. M. MünchKomm/Damrau § 1205 Rn. 21.

¹⁶ Vgl. auch Staudinger/Wiegand, 2019, § 1205 Rn. 27 f., der die Anzeige allerdings für eine Willenserklärung hält.

¹⁷ Vgl. § 9 Rn. 8.

¹⁸ Zur Möglichkeit, dass sich Verpfänder und Pfandgläubiger eines gemeinsamen Besitzdieners bedienen, Wieling § 15 V 1 e.

¹⁹ Vgl. § 10 Rn. 32 ff.

b) *Gutgläubigkeit*: Bei Pfanderwerb aufgrund AGB gelten die gleichen Regeln zur Bestimmung des guten oder bösen Glaubens wie bei Individualverträgen. Es geht nicht an, einen gutgläubigen Pfanderwerb aufgrund AGB grundsätzlich auszuschließen.²⁰ Dient die Vereinbarung aber allein dem Zweck, einen Erwerb vom Nichtberechtigten zu ermöglichen, so kann man den Verwender der AGB nicht als gutgläubig ansehen. Dies ist der Fall bei den Bedingungen der Kfz-Reparaturunternehmer. Gibt der Eigentümer sein Fahrzeug in Reparatur, erwerben sie ein gesetzliches Pfandrecht nach § 647. Gibt ein Nichteigentümer, etwa ein Mieter oder Vorbestellkäufer, die Sache in Reparatur, so kann der Unternehmer nach der Rechtsprechung²¹ gutgläubig kein Unternehmerpfandrecht erwerben, weil es sich dabei um ein gesetzliches Pfand handle. Diese Fälle, dass nämlich ein Nichteigentümer die Sache reparieren lässt, soll die vertragliche Pfandvereinbarung in den AGB erfassen. Da der Unternehmer weiß, dass die Klausel überhaupt nur bei Nichtberechtigten von Bedeutung ist, kann man ihn nicht für gutgläubig halten;²² gutgläubiger Erwerb ist ausgeschlossen.

IV. Rang der Rechte

a) *Prioritätsprinzip*: Dass der Rang aller beschränkten dinglichen Rechte an einer Sache sich nach der Zeitfolge der Bestellung (nicht Entstehung) richtet, ist so selbstverständlich, dass das Gesetz es nicht bestimmt, sondern in § 1209 voraussetzt: *prior tempore, potior iure*;²³ gleichzeitig bestellte Rechte sind gleichrangig. Den letzten Rang hat immer das Eigentum, es wird bei der Nutzung oder Verwertung der Sache an letzter Stelle berücksichtigt.

b) *Prinzip der gleitenden Rangordnung*: Es gilt für die Rechte an beweglichen Sachen: Erlischt ein Recht, so rücken die anderen auf. Ein Eigentümerrecht, das ein Aufrücken verhindert, entsteht nur ausnahmsweise im Fall des § 1256 II bei der Konsolidation.²⁴

c) *Begründung eines nachrangigen Pfandrechts*: Sie ist z. B. dadurch möglich, dass nach Bestellung des erstrangigen Pfandrechts gemäß § 1205 I durch Überlassung des unmittelbaren Besitzes der Verpfänder ein weiteres Pfandrecht begründet, indem er nach § 1205 II seinen mittelbaren Besitz auf den zweiten Pfandgläubiger überträgt und dem ersten Anzeige macht.

²⁰ So aber Soergel/Mühl, 12. Aufl. (1990), § 1207 Rn. 15; dagegen zutreffend MünchKomm/Damrau § 1207 Rn. 8; Soergel/Habersack § 1207 Rn. 3.

²¹ Vgl. dazu Rn. 58 f.

²² Die Frage ist streitig, vgl. einerseits (wie hier) Staudinger/Wiegand, 2019, § 1207 Rn. 9; Picker, NJW 1978, 1417; BGHZ 17, 1, 5; andererseits etwa BGHZ 87, 274; vgl. die Nachweise bei Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb, 1985, 77 Fn. 26.

²³ § 1 Rn. 16.

²⁴ Vgl. Rn. 52.

- 18 *d) Erwerb des Vorrangs; Rangprivilegien:* Der Rang eines bestehenden Pfandrechts kann beeinträchtigt werden infolge gutgläubigen Erwerbs des Vorrangs durch einen späteren Pfandgläubiger oder Erwerber eines sonstigen dinglichen Rechts, § 1208.²⁵ Die Möglichkeit eines solchen Erwerbs ist unabhängig davon, ob der Verpfänder Berechtigter ist oder nicht. Die Vorschrift entspricht dem § 936 beim Eigentumserwerb. Während aber dort das den Gutgläubigen beeinträchtigende Recht erlischt, reicht es hier aus, wenn der Gutgläubige den Vorrang erwirbt; das Recht bleibt bestehen, wird aber nachrangig.

Der Rang eines Rechts kann ferner beeinträchtigt werden durch Rangprivilegien eines später entstehenden Rechts; solche Privilegien finden sich etwa im HGB für den Kommissionär (§ 397), Frachtführer (§ 440), Spediteur (§ 464), Lagerhalter (§ 475b) und Verfrachter (§ 495). Rangprivilegien können zu relativen Rangverhältnissen führen: Ein Kaufmann lagert Waren beim Lagerhalter A ein, verpfändet dann die Ware an B und lässt sie schließlich vom Frachtführer C transportieren. A geht dem B vor, B dem C, aber C geht gemäß § 442 I HGB dem A vor.²⁶

V. Inhalt des Pfandrechts

1. Schutz des Pfandrechts

- 19 *a) Herausgabeansprüche:* Das Pfandrecht wird als dingliches Recht ebenso geschützt wie das Eigentum, die §§ 985 ff. finden entsprechende Anwendung, vgl. § 1227. Wird dem Pfandgläubiger die Sache vorenthalten, so steht ihm ein Herausgabeanspruch zu, §§ 1227, 985. Der Anspruch richtet sich gegen jeden Besitzer, auch gegen den Eigentümer oder Verpfänder. Der Besitzer hat die Einwendung aus § 986 I, bei einer Verpfändung nach § 1205 II auch die aus § 986 II. Entsprechend den §§ 987 ff. entsteht ein Pfandgläubiger-Besitzer-Verhältnis.

Dem Gläubiger steht ein Anspruch aus § 1007 zu, wenn er z. B. gutgläubig eine abhanden gekommene Sache als Pfand erworben hat und diese sich nun im Besitz eines Dritten befindet.

- 20 *b) Beseitigungsanspruch:* Wird der Pfandgläubiger in seinem Recht anders als durch Besitzentziehung beeinträchtigt, so hat er die Ansprüche entsprechend §§ 1004, 1005; er kann sich für sein Recht auf die Vermutung des § 1006 berufen.

²⁵ Der gutgläubige Erwerb des Vorrangs kann zu relativen Rangverhältnissen führen: E hat eine Sache an A, dann an B verpfändet. Er verpfändet sie nun an C, der das Recht des B kennt, von dem Recht des A aber ohne grobe Fahrlässigkeit nichts weiß. A geht vor B, B geht vor C, aber C geht vor A. Zur Lösung s. unten § 21 Rn. 15.

²⁶ Zum relativen Rang vgl. § 21 Rn. 15.

2. Schuldrechtlicher Verpfändungsvertrag

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Verpfänder – welcher nicht der Eigentümer der Sache sein muss – regelt sich nach dem schuldrechtlichen Vertrag, durch welchen sich der Verpfänder zur Bestellung des Pfandrechts verpflichtet; hierfür stellt das Gesetz in den §§ 1215 ff. dispositive Vorschriften auf. Sie gelten auch dann, wenn der Gläubiger kein Pfandrecht erworben hat. Die Rechte zwischen dem Eigentümer, der nicht Verpfänder ist, und dem Pfandgläubiger regeln sich nach dem gesetzlichen Schuldverhältnis der §§ 985 ff., allerdings nur dann, wenn der Pfandgläubiger kein Pfandrecht erworben hat; hat er ein Pfandrecht erworben, so sind die §§ 1215 ff. entsprechend anzuwenden.²⁷ **21**

a) *Verwahrungspflicht*: Der Gläubiger ist gemäß § 1215 verpflichtet, die Sache für den Verpfänder zu verwahren; die §§ 688 ff. sind aber nur mit erheblichen Modifikationen anwendbar. Sie ergeben sich daraus, dass der Pfandgläubiger die Sache im eigenen Interesse besitzt und nicht in einem besonderen Vertrauensverhältnis zum Verpfänder steht, wie dies bei einem normalen Verwahrer vorauszusetzen ist. Anwendbar sind §§ 688, 694; § 693 wird durch § 1216 ersetzt, im Hinblick auf die Rückgabepflicht § 695 durch § 1223 I. Die übrigen Vorschriften passen nicht auf das Pfandverhältnis. Gemäß § 1216, 1 kann der Pfandgläubiger wegen Verwendungen auf die Sache Ersatz verlangen nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 684). **22**

b) *Hinterlegung; Verderb*: Verletzt der Pfandgläubiger in erheblichem Maß die Rechte des Verpfänders und fährt er trotz Abmahnung darin fort, so kann der Verpfänder Hinterlegung der Pfandsache (§§ 372 ff.) auf Kosten des Gläubigers verlangen, § 1217. Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Wertminderung zu besorgen, so regeln sich die Rechte des Verpfänders und des Gläubigers nach den §§ 1218–1221. **23**

c) *Herausgabeanspruch*: Ist das Pfandrecht erloschen, so kann der Verpfänder Herausgabe des Pfandes verlangen, § 1223 I; das gleiche gilt, wenn dem Pfandrecht eine dauernde Einrede entgegensteht, § 1254. Ob der Verpfänder ein Recht zum Besitz hat, ist unerheblich, der Anspruch ergibt sich aus dem Verpfändungsvertrag. Ein Herausgabeanspruch steht nach dem Erlöschen des Pfandrechts auch dem – mit dem Verpfänder nicht identischen – Eigentümer der Sache zu; der Gläubiger kann sich durch Leistung an den Verpfänder oder an den Eigentümer befreien. **24**

aa) *Einlösungsrecht des Verpfänders*: Gemäß §§ 1223 II, 1224 steht dem Verpfänder das Recht zu, das Pfand auszulösen, sobald auch der Schuldner zur Leistung berechtigt wäre. Er kann Herausgabe des Pfandes Zug um Zug gegen Zahlung verlangen. Mit der Befriedigung des Gläubigers geht durch *cessio legis* gemäß § 1225 die Forderung auf den Verpfänder über, wenn dieser nicht zugleich Schuldner **25**

²⁷ Ausf. Wieling § 15 VII 2; so auch Heck § 105 I; Westermann/Gursky § 128 Rn. 3; AlternKomm/Reich § 1215 Rn. 2. Die h. M. lehnt dies ab, muss aber – um zu befriedigenden Ergebnissen zu kommen – in Einzelfällen immer wieder die §§ 1215 ff. analog anwenden.

der gesicherten Forderung ist.²⁸ Ist der Verpfänder zugleich Eigentümer, so erlischt das Pfandrecht, § 1256 I.

- 26 *bb) Ablösungsrecht des Eigentümers:* Das Einlösungsrecht aus § 1223 II steht nur dem Verpfänder zu; der Eigentümer, der nicht Verpfänder ist, hat das Ablösungsrecht aus § 1249.
- 27 *d) Verjährung der Ersatzansprüche:* Die Ansprüche des Verpfänders und Eigentümers wegen Veränderung oder Verschlechterung der Sache verjähren gemäß § 1226 in sechs Monaten. Das gleiche gilt vom Anspruch des Gläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung.
- 28 *e) Eigentumsfiktion:* Zugunsten des Gläubigers gilt gemäß § 1248 der Verpfänder als Eigentümer, soweit es um den Verkauf der Pfandsache geht, solange der Pfandgläubiger nicht weiß, dass der Verpfänder nicht Eigentümer ist. Es handelt sich – entgegen der gesetzlichen Überschrift – um eine Fiktion;²⁹ sie ist nicht widerlegbar. Eine Verkaufsandrohung gegenüber dem Verpfänder wirkt daher z. B. gegen den Eigentümer, § 1234 I; ferner ist § 1248 anwendbar auf §§ 1237, 2, 1241, 1245 sowie bei Aushändigung des Überschusses aus der Verwertung an den Verpfänder.

3. Voraussetzungen der Pfandverwertung

- 29 *a) Pfandreife:* Die Pfandverwertung wird zulässig mit der Pfandreife: Wenn die gesicherte Forderung fällig ist, ist die Pfandsache „reif“ für die Verwertung durch Verkauf, § 1228 II 1.³⁰ Die Pfandreife setzt weiter voraus, dass die gesicherte Forderung, falls sie nicht auf Geld geht, in eine Geldforderung übergegangen ist,³¹ § 1228 II 2.
- 30 *aa) Beneficium excussionis realis:* Der Gläubiger ist zur Verwertung des Pfandes berechtigt, er ist aber nicht dazu verpflichtet; er kann auch die gesicherte Forderung geltend machen. Ist der Schuldner zugleich Verpfänder der Sache, so steht ihm das *beneficium excussionis realis* zu, d. h. das Recht, den Gläubiger zuerst auf das Pfand zu verweisen; das Recht steht ihm aber erst in der Zwangsvollstreckung zu: Vollstreckt der Gläubiger in sein restliches Vermögen, so kann der Schuldner ihn im Wege der Erinnerung darauf verweisen, sich zunächst aus dem Pfand zu befriedigen, § 777 ZPO. Gegen die Zahlungsklage dagegen hat er insoweit keine Verteidigungsmöglichkeit. Dagegen ist das gemeinrechtliche *beneficium excussionis*

²⁸ Befriedigt der Schuldner den Gläubiger, so erlöschen Forderung und Pfandrecht.

²⁹ MünchKomm/Damrau § 1248 Rn. 2; a. A. (Vermutung) Soergel/Habersack § 1248 Rn. 1.

³⁰ Da die Pfandhaftung aber gegenüber der persönlichen Haftung des Schuldners subsidiär ist, wird die Verwertung des Pfandes meist erst mit Verzug des persönlichen Schuldners zulässig sein, vgl. Bülow, ZIP 1999, 985 ff. Entscheidend für den Eintritt des Sicherungsfalles sind die Vereinbarungen der Parteien.

³¹ Vgl. Rn. 5.

personalis nicht übernommen worden: Der Verpfänder kann nicht verlangen, dass der Gläubiger zuerst beim Schuldner Befriedigung suche.³²

bb) Verfallsklausel: Gemäß § 1229 ist eine *vor* der Pfandreife vereinbarte Verfallsklausel (*lex commissoria*) unwirksam. Ungültig ist daher sowohl die vorweggenommene dingliche Übereignung der Sache für den Fall, dass der Gläubiger nicht rechtzeitig befriedigt wird, als auch die obligatorische Verpflichtung zur Übereignung für diesen Fall. *Nach* der Pfandreife kann eine Verfallsklausel vereinbart werden, doch bleibt zu prüfen, ob sie gegen die guten Sitten (§ 138 I) oder das Wucherverbot (§ 138 II) verstößt. 31

§ 1259, 1 macht von § 1229 eine Ausnahme, wenn es sich um ein gewerbliches Pfand handelt, dieses also einen Börsen- oder Marktpreis hat, und Eigentümer und Pfandgläubiger Unternehmer oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind: Sie können den Verfall des Eigentums schon bei der Verpfändung vereinbaren.

b) Herausgabeanspruch: Nach der Pfandreife kann der Gläubiger die Sache ohne Mitwirkung des Verpfänders verwerten. Das ist aber nicht möglich, falls der Verpfänder im Mitbesitz der Sache ist. Daher gibt § 1231 dem Gläubiger nach der Pfandreife den Anspruch auf den Alleinbesitz. 32

c) Umfang der Haftung: Gemäß § 1210 haftet das Pfand zunächst für die Hauptforderung in ihrem jeweiligen Bestand, § 1210 I 1, also auch für Erweiterungen der Schuld aufgrund Verzugs oder sonstiger vom Schuldner zu vertretender Schäden. Weiter haftet das Pfand auch für Nebenforderungen. Dazu gehören z. B. gesetzliche oder vertragliche Zinsen, eine Vertragsstrafe, Ansprüche aus Verwendungsersatz, die Kosten der Kündigung, der Rechtsverfolgung sowie des Pfandverkaufs. § 1210 enthält dispositives Recht. 33

d) Pfandrecht an mehreren Sachen: Sind für eine Forderung mehrere Sachen zum Pfand gegeben worden, so haftet jede für die ganze Forderung, § 1222. Das gilt unabhängig davon, ob die Pfänder gleichzeitig oder nacheinander bestellt wurden, von einem oder von mehreren Verpfändern: Die Pfandhaftung ist ungeteilt. Daher kann keiner der Verpfänder die Rückgabe einer Pfandsache verlangen, solange auch nur noch ein kleiner Teil der gesicherten Forderung besteht.³³ Der Pfandgläubiger kann unter den mehreren Pfändern frei diejenigen auswählen, die er verwerten will, § 1230, 1. Dagegen darf der Gläubiger keinesfalls mehr Pfänder verwerten, als zu seiner Befriedigung nötig sind, § 1230, 2; ein Verstoß dagegen macht den Pfandverkauf unrechtmäßig, § 1243 I. § 1230, 2 ist dispositiv und kann vertraglich abbedungen werden. 34

e) Einreden: Der akzessorischen Natur des Pfandrechts entspricht es, dass der Verpfänder/Eigentümer³⁴ sich der Einreden bedienen kann, die dem Schuldner bezüglich der Forderung gegen den Gläubiger zustehen, § 1211.³⁵ So kann der 35

³² Der Bürge kann verlangen, dass der Gläubiger seine Befriedigung zunächst aus einer Pfandsache des Schuldners suche, § 772 II.

³³ Nur ausnahmsweise kann sich aus § 242 etwas anderes ergeben, vgl. BGH BB 1966, 179.

³⁴ Das ist unstreitig, obwohl § 1211 den Eigentümer nicht nennt; s. MünchKomm/Damrau § 1211 Rn. 6.

³⁵ Das gleiche Recht hat der Bürge, § 768, sowie der Grundeigentümer gegen den Hypothekar, § 1137 (vgl. § 27 Rn. 37 ff.).

Verpfänder/Eigentümer etwa dem Gläubiger entgegenhalten, dieser habe dem Schuldner die Forderung gestundet oder er habe die Forderung durch Betrug erlangt (§ 853) oder ohne rechtlichen Grund (§ 821). Der Verpfänder/Eigentümer kann ferner die Einreden geltend machen, die auch einem Bürgen nach § 770 zustehen, § 1211 I 1; er muss also die Verwertung des Pfandes nicht dulden, wenn der Schuldner das Verpflichtungsgeschäft anfechten kann oder wenn der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann. Der Verpfänder/Eigentümer kann dagegen die Einrede der Verjährung, § 216 I, und die Einrede der beschränkten Erbenhaftung, § 1211 I 2, nicht geltend machen. Gemäß § 1211 II verliert der Verpfänder/Eigentümer eine Einrede nicht deshalb, weil der Schuldner darauf verzichtet.

4. Privater Pfandverkauf

- 36 Die regelmäßige Art der Pfandverwertung ist der private Verkauf, § 1228,³⁶ ohne Mitwirkung eines Gerichts; der Gläubiger benötigt weder ein Zahlungsurteil gegen den Schuldner noch ein Duldungsurteil gegen den Verpfänder. Der Verkauf geschieht durch öffentliche Versteigerung, wobei der Gläubiger im eigenen Namen als Verkäufer (§ 433) und Veräußerer (§§ 929–931) auftritt, vertreten durch den Versteigerer, § 383 III. Der Gläubiger verfügt durch die Veräußerung über ein fremdes Recht, das Eigentum des Verpfänders; sein Pfandrecht ermächtigt ihn zu dieser Verfügung, § 1242 I.

Das Gesetz stellt zum Schutz des Eigentümers der Pfandsache Regeln auf, welche beim Pfandverkauf zu beachten sind, § 1233 I. Dabei handelt es sich z. T. um Vorschriften, von deren Einhaltung das Veräußerungsrecht des Gläubigers abhängt; ihre Verletzung führt nicht nur zu einer Schadensersatzpflicht, sondern macht die Pfandveräußerung auch unwirksam (Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, vgl. § 1243 I). Daneben gibt es Ordnungsvorschriften, deren Verletzung zum Schadensersatz verpflichtet, § 1243 II, von deren Einhaltung die Wirksamkeit der Veräußerung jedoch nicht abhängt.

- 37 a) *Rechtmäßigkeitsvorschriften:* Die Rechtmäßigkeit der Pfandveräußerung erfordert folgende Voraussetzungen:
- 1.) Ein Pfandrecht des Gläubigers an der Sache, § 1244.
 - 2.) Pfandreife; eine Geldforderung muss zumindest teilweise fällig geworden sein, §§ 1243 I, 1228 II.
 - 3.) Es dürfen nicht mehr Sachen verkauft werden, als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich sind, §§ 1243 I, 1230, 2.
 - 4.) Der Pfandverkauf muss im Wege der öffentlichen Versteigerung geschehen, §§ 1243 I, 1235 I, und zwar gemäß § 383 III durch einen Gerichtsvollzieher oder eine sonst zur Versteigerung amtlich bestellte Person. Mit dem Zuschlag kommt ein

³⁶ Für Pfandsachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, gilt die Sonderregelung der §§ 1235 II, 1221.

Kaufvertrag zwischen dem Pfandgläubiger und dem Ersteher zustande,³⁷ § 156, wobei der Versteigerer als Vertreter des Gläubigers auftritt. Die anschließende Über-eignung geschieht nach den §§ 929–931. Mitbieten kann auch der die Versteigerung betreibende Pfandgläubiger, 1239 I 1, ferner auch der Schuldner sowie der Eigentümer der Pfandsache, § 1239 I 1, II. Ausnahmsweise ist auch der freihändige Verkauf zulässig, wenn es sich um ein gewerbliches Pfand handelt, § 1259, I (Rn. 31).

5.) Ort und Zeit des Verkaufs müssen öffentlich bekanntgemacht werden, § 1237, 1.

6.) Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Metallwert zugeschlagen werden, § 1240 I.

Wird eine dieser Voraussetzungen nicht eingehalten, so ist die Veräußerung des Pfandes unrechtmäßig, § 1243 I. Der Eigentümer kann allerdings auf die Einhaltung dieser Bestimmungen verzichten,³⁸ § 1245, z. T. aber erst *nach* Pfandreife, § 1245 II. Die Unrechtmäßigkeit kann durch den guten Glauben des Erwerbers geheilt werden, so dass er doch Eigentümer wird, § 1244. Hatte der Gläubiger etwa kein Pfandrecht an der Sache und weiß der Erwerber das nicht, so erwirbt er Eigentum nach §§ 1244, 932; das gilt selbst dann, wenn die Sache abhanden gekommen war, § 935 ist gemäß § 1244 nicht anwendbar. Nicht durch guten Glauben geheilt werden kann gemäß § 1244 das Fehlen folgender Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen: wenn die Sache entgegen § 1235 I nicht öffentlich versteigert wurde, wenn eine Sache mit Börsen- oder Marktwert entgegen § 1235 II nicht von einer hierzu ermächtigten Person oder unter dem laufenden Preis veräußert wurde, wenn Gold- oder Silbersachen entgegen § 1240 II ohne vorherigen Versteigerungsversuch oder von einer nicht zur öffentlichen Versteigerung befugten Person oder unter dem Metallwert freihändig veräußert wurden.

Der gute Glaube muss sich auf das Vorhandensein der genannten Voraussetzungen beziehen, er wird gemäß § 932 II vermutet und muss zur Zeit des Eigentumserwerbs vorliegen, also regelmäßig bei der Übergabe der Sache.

War die Veräußerung unrechtmäßig und wurde der Makel auch nicht durch guten Glauben des Erwerbers geheilt, geht das Eigentum nicht auf diesen über.

b) Ordnungsvorschriften: Neben den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen hat das Gesetz folgende Ordnungsvorschriften aufgestellt: 38

1.) Der Gläubiger soll dem Eigentümer³⁹ nach Eintritt der Pfandreife den Verkauf androhen, § 1234.

2.) Der Pfandverkauf darf erst einen Monat nach der Androhung erfolgen.

3.) Die Versteigerung soll an dem Ort erfolgen, an welchem das Pfand aufbewahrt wird, § 1236.

4.) Der Gläubiger soll dem Eigentümer und jedem Inhaber eines Rechts an der Pfandsache Zeit und Ort der Versteigerung mitteilen, § 1237, 2.

³⁷ Eine Sachmängelhaftung des Pfandgläubigers ist gemäß § 445 eingeschränkt.

³⁸ Vgl. dazu Rn. 43. Eine nachträgliche Genehmigung des Eigentümers heilt die Verstöße gegen § 1243 I und II, so auch BGH NJW 1995, 1350.

³⁹ S. aber auch oben Rn. 28.

5.) Der Pfandverkauf darf nur mit der Abrede erfolgen, dass der Käufer den Preis sofort⁴⁰ bar zu entrichten hat, andernfalls er seiner Rechte verlustig geht, § 1238 I.

6.) Der Pfandgläubiger hat schließlich den Eigentümer unverzüglich vom Verkauf des Pfandes und dessen Ergebnis zu benachrichtigen, § 1241.

Verletzt der Gläubiger schuldhaft die vorstehend aufgezählten Ordnungsvorschriften und entsteht dem Eigentümer dadurch ein Schaden, so muss der Gläubiger ihm diesen Schaden ersetzen, § 1243 II. Die Wirksamkeit der Pfandveräußerung wird aber nicht dadurch berührt.

39 c) *Wirkungen*: Der rechtmäßige Pfandverkauf bewirkt, dass der Käufer Eigentümer wird, § 1242 I; alle vor- und nachrangigen Pfandrechte an der Sache erlöschen,⁴¹ und zwar selbst dann, wenn der Erwerber sie kennt, § 1242 II. Nur ein Nießbrauch, der allen Pfandrechten vorangeht, bleibt gemäß § 1242 II bestehen, doch kann der Erwerber auch insoweit gemäß § 936 lastenfrei erwerben, wenn er gutgläubig ist. Die gleichen Wirkungen treten bei einem unrechtmäßigen Pfandverkauf ein, falls der Mangel durch guten Glauben des Erwerbers ersetzt wird, § 1244.

40 d) *Erlös*: Soweit der Kaufpreis dem Gläubiger gebührt, gilt die gesicherte Forderung als vom Eigentümer getilgt, § 1247, 1. Ist der Eigentümer nicht gleichzeitig der Schuldner, so geht die Forderung auf ihn über, entsprechend §§ 1249, 268 III.⁴²

41 e) *Surrogation*: Soweit der Kaufpreis dem Gläubiger nicht gebührt, gilt („im Übrigen“) die dingliche Surrogation des § 1247, 2; d. h. die Rechte an der Pfandsache setzen sich am Erlös fort.⁴³ Dem Gläubiger gebührt der Erlös erstens nicht, wenn der Erlös den Betrag der gesicherten Forderung übersteigt.⁴⁴ Ist etwa eine Sache für eine Forderung von 100 € verpfändet und werden beim Pfandverkauf 200 € Erlös, so sind der Gläubiger und der frühere Eigentümer der Pfandsache Mit-eigentümer des Geldes je zur Hälfte. Der Gläubiger ist berechtigt, ohne Mitwirkung des früheren Eigentümers die Auseinandersetzung vorzunehmen: Er eignet sich 100 € zu Alleineigentum an, der Rest fällt in das Alleineigentum des früheren Sacheigentümers.

Zweitens gebührt dem Gläubiger der Erlös insoweit nicht, als ihm Rechte vorgehen. Drittens gebührt ihm der Erlös nicht, wenn er kein Pfandrecht an der Sache hatte; der gutgläubige Erwerber kann gemäß § 1244 Eigentum erwerben, § 1247, 2 ist anwendbar; der frühere Sacheigentümer wird Alleineigentümer des Erlöses. Das gilt auch, wenn noch keine Pfandreife bestand, jedoch steht dem Pfandgläubiger hier ein Pfandrecht am Erlös zu, aufgrund dessen er den Erlös zurückbehalten kann, bis Pfandreife eintritt; dann darf er sich aus dem Erlös befriedigen.

⁴⁰ D. h. Zug um Zug gegen Aushändigung der Sache.

⁴¹ Auch wenn sie dem Recht des betreibenden Gläubigers vorgehen.

⁴² Daneben kommen vertragliche Regressansprüche des Eigentümers gegen den Schuldner in Betracht, etwa aus Auftrag, § 670.

⁴³ Zu Problemen des Verwendungsersatzes bei dinglicher Surrogation vgl. die Klausur Henne/Kiehnle, Jura 2006, 862.

⁴⁴ Übersteigt der Erlös den Betrag der gesicherten Forderung nicht, so wird der Gläubiger mit der Auszahlung des Geldes Eigentümer.

Ob viertens dem Gläubiger der Erlös auch dann nicht gebührt, wenn gegen andere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen verstoßen wurde, ist streitig.⁴⁵ Verneint man das, fällt der Erlös ins Eigentum des früheren Pfand Eigentümers, der Gläubiger erhält aber ein Pfandrecht daran. Bejaht man die Frage, wird der Gläubiger Eigentümer des Erlöses. Beide Ansichten führen zum gleichen Ergebnis, da der Pfandgläubiger sich dadurch befriedigt, dass er sich das Geld in Höhe seiner Forderung aneignet.

5. Sonstige Pfandverwertung

a) *Vorschriften über den Verkauf einer gepfändeten Sache:* Der Gläubiger kann das Pfand wie eine gepfändete Sache nach den §§ 814–825 ZPO verwerten, doch bedarf es dazu eines Duldungstitels (vollstreckbares Urteil, Prozessvergleich, vollstreckbare Urkunde) gegen den Eigentümer,⁴⁶ § 1233 II. Das hat für den Gläubiger den Vorteil, dass ein Gerichtsurteil sein Verwertungsrecht außer Frage stellt, so dass es später nicht vom Eigentümer in Zweifel gezogen werden kann.

b) *Abweichende Vereinbarungen:* Statt der gesetzlich vorgesehenen Verwertungsarten können der Pfandgläubiger und der Eigentümer gemäß § 1245 I 1 auch andere Arten des Pfandverkaufs vereinbaren.⁴⁷ Sie können dabei nicht nur eine gänzlich andere Art der Verwertung vorsehen, z. B. freihändigen Verkauf statt Versteigerung, sondern auch einzelne Vorschriften der gesetzlichen Verwertung abbedingen, z. B. die vorherige Bekanntmachung des Verkaufs gemäß § 1237, 1. Auf bestimmte Voraussetzungen der Verwertung können die Parteien allerdings wirksam erst nach Eintritt der Pfandreife verzichten, vgl. § 1245 II; dazu gehört die Versteigerung, bei Sachen mit Markt- oder Börsenpreis der Verkauf durch eine hierzu bestellte Person zum Tagespreis, § 1235; die Bekanntmachung der Verwertung, § 1237, 1; die Regeln über den Verkauf von Gold und Silber gemäß § 1240. Auch § 1228 II kann nicht abbedungen werden, vor der Fälligkeit der Forderung ist keine Pfandverwertung möglich.

c) *Abweichung aus Billigkeit:* Hat ein Beteiligter nach *billigem Ermessen* ein berechtigtes Interesse an einer von den §§ 1235–1240 abweichenden Art des Pfandverkaufs, so kann er von den anderen verlangen, dass die Veräußerung auf diese Art erfolgt, § 1246 I. Das gilt etwa, wenn im Wege des freihändigen Verkaufs ein höherer Preis zu erzielen ist.⁴⁸

Einigen sich die Parteien, so liegt ein Fall des § 1245 vor; andernfalls kann der Berechtigte seinen Anspruch auf Modifizierung der Veräußerungsbedingungen

⁴⁵ S. einerseits verneinend MünchKomm/Damrau § 1247 Rn. 3, bejahend dagegen Staudinger/Wiegand § 1247 Rn. 17.

⁴⁶ Ein Zahlungstitel gegen den Schuldner ist nicht erforderlich.

⁴⁷ Eine Vereinbarung mit dem Verpfänder steht dem gleich, wenn die Voraussetzungen des § 1248 vorliegen.

⁴⁸ BGHZ 189, 299 Rn. 32.

gerichtlich geltend machen, § 1246 II. Die Entscheidung ergeht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zuständig ist gemäß § 410 Nr. 4 FamFG das Amtsgericht des Ortes, an welchem das Pfand verwahrt wird.

VI. Übertragung, Belastung und Untergang des Pfandrechts

1. *Übertragung und Belastung des Pfandrechts*

- 45 Nach römischem und gemeinem Recht ging das Pfandrecht als Akzessorium bei der Forderungsabtretung mit auf den Erwerber über. Infolge der Verfeinerung des Rechtssystems kam gegen Mitte des vorigen Jahrhunderts der Gedanke auf, dass das Pfandrecht als dingliches Recht auch nach den Regeln des Sachenrechts übertragen werden müsse.⁴⁹ Im Anschluss an diese Erkenntnis stellte der Redaktor des Sachenrechts der 1. BGB-Kommission Johow in § 446 seines Teilentwurfs die Regel auf, dass zum Übergang des Pfandrechts neben der Abtretung der Forderung die Übergabe der Sache erforderlich sei. Demgegenüber bringt die erste BGB-Kommission einen Rückschritt in überholte Vorstellungen, welche die gegebenen systematischen Zusammenhänge missachten.⁵⁰ Nach ihrer Ansicht soll bei der Abtretung der Forderung das Pfandrecht wieder als Akzessorium übergehen; der Erwerb des dinglichen Rechts „Pfandrecht“ richtet sich also ganz nach schuldrechtlichen Normen.⁵¹ Dies ist in § 1250 Gesetz geworden.
- 46 a) *Gesetzlicher Pfandrechtsübergang*: Gemäß § 1250 I 1 geht mit der Übertragung der Forderung (§§ 398, 412) auch das Pfandrecht auf den Erwerber über, und zwar auch dann, wenn ihm die Pfandsache nicht übergeben wird. Das Pfandrecht kann nicht allein, ohne die Forderung, übertragen werden, § 1250 I 2. Es handelt sich bei § 1250 I 1 um eine Auslegungsregel,⁵² der Übergang des Pfandrechts beruht auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien; sie können ihn ausschließen, § 1250 II, in diesem Fall erlischt das Pfandrecht. Der Sache nach begründet § 1250 I nur die Vermutung, dass die Parteien mit der Forderung auch das Pfandrecht übertragen wollen.
- 47 b) *Gutgläubiger Zweiterwerb des Pfandrechts*: Er ist nach h. M. bei der Pfandrechtsübertragung nicht möglich, weil das Pfandrecht von Gesetzes wegen übergeht.⁵³ Damit wird aber die gesetzliche Konstruktion überbewertet und vernachlässigt, dass es sich der Sache nach um eine regelmäßige im Willen der Parteien liegende,

⁴⁹ Vgl. Johow, 1840 f.

⁵⁰ Der gleiche Mangel liegt vor, wenn nach h. M. die im Grundbuch eingetragene Vormerkung durch bloße Zession der gesicherten Forderung abgetreten werden soll, vgl. § 22 Rn. 16.

⁵¹ Vgl. Protokolle der 1. Kommission 5574 ff., in: Jakobs/Schubert, Sachenrecht II, 971; Motive III, 836 f.

⁵² Vgl. Johow, 1839 f.

⁵³ Zum Ersterwerb oben Rn. 13. Für die h. M.: Protokolle der 1. Kommission 5581, in: Jakobs/Schubert, Sachenrecht II, 974; Motive III, 837; Wolff/Raiser § 170 II 1; Staudinger/Wiegand, 2019, § 1250 Rn. 4; Westermann/Gursky § 131 Rn. 3; Brehm/Berger § 34 Rn. 16.

rechtsgeschäftliche Übertragung des Pfandrechts handelt, die nur deswegen in das Gesetz aufgenommen wurde, weil sie regelmäßig gewollt ist.⁵⁴ Die h. M. vernachlässigt ferner das Grundprinzip des Sachenrechts, wonach ein gutgläubiger Erwerb an beweglichen Sachen möglich ist, sobald ein Rechtsschein (Besitz) beim Veräußerer vorhanden ist und die Sache nicht abhanden gekommen ist. Zutreffend ist also ein gutgläubiger Erwerb entsprechend den §§ 932–936, 1207 f. zuzulassen, wobei eine Übergabe der Sache erforderlich ist.⁵⁵

c) *Wirkungen des Übergangs*: Der Übergang des Pfandrechts hat zur Folge, dass der Erwerber die Pfandsache von jedermann, auch vom Zedenten, nach §§ 1227, 985 herausverlangen kann; § 1251 I hat insoweit nur klarstellende Funktion. Der Erwerber tritt anstelle des alten Pfandgläubigers in die Pflichten aus dem Pfandverhältnis ein, § 1251 II 1.⁵⁶ 48

d) *Belastung*: Sie geschieht nach den gleichen Regeln wie die Übertragung des Pfandrechts, vgl. §§ 1069, 1274. Es gilt das hierzu Ausgeführte entsprechend. 49

2. Untergang des Pfandrechts

Das Pfandrecht erlischt u. a., wenn die Pfandsache untergeht, eine auflösende Bedingung eintritt, wenn sie lastenfrei erworben (§ 936) und wenn das Pfand verwertet wird (§ 1242 II 1); sie erlischt überdies, wenn die Forderung ohne Pfandrecht übertragen wird, § 1250 II, oder wenn eine Schuldübernahme ohne Zustimmung des Pfandeigentümers vereinbart wird, § 418 I 1, 3. Das Pfandrecht erlischt ferner, wenn die gesicherte Forderung aus irgendeinem Grunde erlischt, § 1252, und wenn der Gläubiger auf das Pfandrecht verzichtet, § 1255. 50

a) *Erlöschen durch Rückgabe*: Gemäß § 1253 I 1 erlischt das Pfandrecht, wenn der Gläubiger das Pfand dem Verpfänder oder Eigentümer zurückgibt.⁵⁷ Ein Verzichtswille des Pfandgläubigers ist nicht erforderlich. Ausreichend ist auch eine nur vorübergehende Rückgabe; das Pfandrecht erlischt z. B., wenn der Gläubiger die Sache dem Verpfänder oder Eigentümer kurzfristig ausleiht, zur Reparatur gibt usw. Eine Rückgabe liegt aber nicht vor, wenn der Verpfänder oder Eigentümer nur Besitzdiener des Gläubigers wird. 51

Ist der Verpfänder oder Eigentümer im Besitz der Sache, so wird gemäß § 1253 II 1 widerleglich vermutet, dass der Gläubiger sie ihm zurückgegeben habe. Das gleiche gilt gemäß § 1253 II 2, wenn ein Dritter im Besitz der Sache ist, dem der Verpfänder oder Eigentümer sie nach der Verpfändung gegeben hat.

⁵⁴ Vgl. die entsprechende Diskussion bei den gesetzlichen Pfandrechten (§ 15 Rn. 59), bei der Vormerkung (§ 22 Rn. 17) und der Hypothek (§ 27 Rn. 22, 44).

⁵⁵ So Heck § 105 V; Westermann § 132 I 1 b; Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 311 ff.; NK/Bülow § 1250 Rn. 5.

⁵⁶ Das gilt nicht bei gesetzlichem Übergang, § 1251 II 3.

⁵⁷ Natürliche Willensfähigkeit genügt, weil es sich nicht um einen rechtsgeschäftlichen Verzicht handelt.

- 52 *b) Konsolidation:* Gemäß § 1256 I 1 erlischt das Pfandrecht, wenn es mit dem Eigentum in einer Person zusammentrifft, also durch Konsolidation. Ein Eigentümerpfandrecht – entsprechend der Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld – lässt das Gesetz grundsätzlich nicht zu. Die Konsolidation kann dadurch geschehen, dass der Eigentümer die Forderung und damit auch das Pfandrecht erwirbt, etwa durch Zession, § 1250, oder durch *cessio legis*, etwa nach §§ 1225, 1249, 268 III. Die Konsolidation kann auch dadurch eintreten, dass der Gläubiger das Eigentum an der Pfandsache erwirbt.

Die Konsolidation tritt nicht ein, solange die gesicherte Forderung – und damit auch das Pfandrecht – mit dem Recht eines Dritten belastet ist, § 1256 I 2.⁵⁸ Das Pfandrecht gilt zugunsten des Eigentümers weiter gemäß § 1256 II dann nicht als durch Konsolidation erloschen, wenn der Pfandgläubiger auch nach dem Eigentumserwerb ein rechtliches Interesse am Weiterbestand des Pfandrechts hat. Ein solches Interesse kann der Pfandgläubiger/Eigentümer gegenüber Inhabern nachrangiger Rechte haben, um deren Vorrücken zu vermeiden.⁵⁹

VII. Mehrheit von Sicherungsrechten

- 53 *a) Mehrere Pfandrechte:* Bestehen an einer Sache mehrere Pfandrechte, so besteht auch für jedes Pfandrecht – auch für ein nachrangiges (Rn. 15 ff.) – ein Verwertungsrecht. Der vorrangige Pfandgläubiger hat aber gegenüber einem nachrangigen ein besseres Recht zum Besitz, er kann die Sache von allen nachrangigen Rechtsinhabern herausverlangen,⁶⁰ §§ 1227, 985. Eine Ausnahme gilt gemäß § 1232, 2 dann, wenn ein nachrangiger Pfandgläubiger das Pfand verwerten will. In diesem Fall kann der vorrangige Gläubiger die Sache nur zu dem Zweck herausverlangen, selbst alsbald die Verwertung zu betreiben.⁶¹

Ein nachrangiger Gläubiger kann das Pfand auch dann nicht vom vorrangigen herausverlangen, wenn er das Pfand verwerten will, weil seine Forderung fällig ist, die des vorrangigen aber nicht, § 1232, 1. Er muss warten, bis der vorrangige, besitzende Gläubiger die Verwertung betreibt, oder er muss den vorrangigen Gläubiger gemäß § 1249 ablösen.

⁵⁸ Die Konsolidation tritt nur im Verhältnis zum geschützten Dritten ein und nicht auch im Verhältnis zum Pfandgläubiger (str., vgl. Wieling § 15 VIII 2 d aa).

⁵⁹ Beispiel: G₁ hat eine Forderung von 8000 € gegen S, E bestellt dem G₁ dafür ein Pfandrecht an seiner goldenen Uhr im Werte von 8000 €. E bestellt dann auch dem G₂ ein Pfandrecht an der Uhr für dessen Forderung in Höhe von 8000 € gegen X. Dann beerbt G₁ den E. Würde das Pfandrecht des G₁ durch Konsolidation erlöschen, so würde das Pfandrecht des G₂ erstrangig, G₁ liefe Gefahr, die Uhr ersatzlos zu verlieren, weder sein Pfandrecht noch die Erbschaft hätten ihm etwas genützt. § 1256 II bestimmt daher, dass das Pfandrecht des G₁ bestehen bleibt; wenn G₂ die Uhr versteigern lässt, erhält G₁ 8000 € von dem Erlös.

⁶⁰ Und zwar nicht nur, wenn er die Sache verwerten will.

⁶¹ So muss man „kann nicht widersprechen“ in § 1232, 2 verstehen.

b) *Innenausgleich zwischen mehreren Sicherungsgebern*: Bestehen für eine Forderung mehrere Sicherheiten, so stellt sich die Frage nach dem Ausgleich, wenn ein Sicherungsgeber den Gläubiger befriedigt. Haben A, B und C für eine Forderung des G gegen S jeweils ein Pfand gegeben und zahlt A den G aus, so geht die Forderung gegen S auf ihn über, § 1225; damit gehen auch die Pfandrechte an den Sachen des B und C auf ihn über, §§ 401 I, 412. Diese Pfandrechte kann er geltend machen, gemäß §§ 1225, 774 II, 426 I 1 aber nur anteilmäßig nach Köpfen: Er hat je ein Pfandrecht in Höhe von 1/3 der getilgten Forderung an den Pfändern des B und des C. Mit diesem Innenausgleich zwischen den Pfandeigentümern wird ein Wettlauf unter ihnen verhindert.⁶²

In gleicher Weise sind die §§ 774 II, 426 I 1 anzuwenden, wenn ein Pfandrecht neben einer Hypothek besteht, um einen Ausgleich zwischen den Sicherungsgebern zu erzielen.⁶³

Umstritten ist die Ausgleichsfrage, wenn neben dem Pfandrecht eine Bürgschaft besteht. Nach h. M. wird der Bürge bevorzugt: Zahlt er, soll er die Forderung nebst Pfandrecht in voller Höhe erwerben, §§ 774, 412, 401; zahlt dagegen der Verpfänder, soll der Anspruch gegen den Bürgen nicht auf ihn übergehen, er bleibt auf den Anspruch gegen den Schuldner beschränkt.⁶⁴ Der hierfür angeführte § 776 besagt für das Verhältnis zwischen Bürgen und Verpfänder nichts, sondern regelt das Verhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger. Interessengerecht ist es, das Risiko zwischen Bürgen und Verpfänder nach Köpfen gemäß §§ 774 II, 426 zu teilen: Zahlt der Bürge, erwirbt er nach § 774 I die Forderung gegen den Schuldner und das Pfandrecht in halber Höhe; zahlt der Verpfänder, erwirbt er die Forderung sowie den Anspruch gegen den Bürgen in halber Höhe.⁶⁵

c) *Vermieterpfandrecht und Sicherungseigentum*: Umstritten ist die Frage, welchem Recht die Rangpriorität gebührt, wenn ein gesetzliches Pfandrecht, etwa ein Vermieterpfandrecht, im gleichen Augenblick entsteht, in welchem auch ein Sicherungseigentum bestellt oder ein Anwartschaftsrecht übertragen wird.⁶⁶ Hat etwa ein Kaufmann, der sein Geschäft in gemieteten Räumen betreibt, im Voraus sein Warenlager an eine Bank zur Sicherheit übereignet und wird ihm nun Ware in sein gemietetes Lager geliefert, so wird er mit der Einordnung in das Lager entweder

⁶² H. M., vgl. z. B. Westermann/Gursky § 128 Rn. 19; Soergel/Habersack § 1225 Rn. 10; Brede-meyer, Jura 2012, 612 ff. Streitig ist einzig, wie der Ausgleich vorzunehmen ist. Einen Ausgleichsanspruch kann der zahlende Pfandeigentümer in keinem Fall erlangen, weil die anderen Pfandeigentümer nichts schulden, sondern nur mit dem Pfand haften; vgl. Staudinger/Wiegand, 2019, § 1225 Rn. 24.

⁶³ Vgl. Staudinger/Wiegand, 2019, § 1225 Rn. 25 m. w. N. Zahlt der Grundstückseigentümer, der die Hypothek bestellt hat, so erwirbt er in gleicher Weise gemäß § 1143 die gesicherte Forderung mit den Pfandrechten anteilmäßig.

⁶⁴ Baur/Stürner § 55 Rn. 23.

⁶⁵ Soergel/Habersack § 1225 Rn. 12; Staudinger/Wiegand, 2019, § 1225 Rn. 28. Zur Gleichbehandlung von Bürgschaft und Grundschuld vgl. BGHZ 108, 179 ff.

⁶⁶ Ein nach Entstehung des Vermieterpfandrechts vereinbartes Sicherungseigentum ist jedenfalls nachrangig; das gilt auch für das Pfandrecht des Erwerbers, wenn die Mietsache veräußert wird, arg. ex § 566 I, vgl. BGHZ 202, 354 Rn. 21 f.

Eigentümer der Ware oder doch Inhaber eines Anwartschaftsrechts; im gleichen Augenblick entsteht das Vermieterpfandrecht, §§ 562, 578, 581 II, 592 und wird die Sicherungsübertragung an die Bank wirksam. Der BGH will einseitig das Vermieterpfandrecht bevorzugen,⁶⁷ er lehnt das Entstehen eines unbelasteten Sicherungseigentums oder den Übergang eines unbelasteten Anwartschaftsrechts ab mit der Begründung, andernfalls werde das Vermieterpfandrecht ausgehöhlt. Dass dies das Sicherungseigentum „aushöhlt“, stört den BGH offenbar nicht. Der Gesetzgeber hat in § 562 zwar gezeigt, dass er den Vermieter durch ein Pfandrecht sichern will; über das Verhältnis zu anderen Sicherungsgebern ergibt sich daraus aber nichts.⁶⁸ Nach anderer Ansicht liegt die Lösung der Kollision darin, dass der Mieter für eine juristische oder logische Sekunde Eigentum erwerbe, während dieser greife die Haftung des § 562 ein; das Vermieterpfandrecht gehe der Sicherungsübereignung daher vor.⁶⁹ Jedoch entstehen Sicherungseigentum und Vermieterpfandrecht gleichzeitig, dass eines der beiden Rechte „schneller“ wäre als das andere, lässt sich nicht feststellen. Zudem erscheint es nicht angemessen, von Bildern wie dem „Durchgangserwerb“ oder dem „Direkterwerb“ rechtliche Entscheidungen abhängig zu machen.⁷⁰ Schließlich wird noch aus der Gleichzeitigkeit der Entstehung der Rechte eine Gleichrangigkeit analog § 879 I 2 (2) geschlossen, der Versteigerungserlös sei nach der Höhe der jeweiligen Forderung verhältnismäßig zu teilen.⁷¹ Diese Lösung vermeidet eine wertende Entscheidung; sie ist auch nur salomonisch, wenn die gesicherten Forderungen annähernd gleich hoch sind. In solchen Fällen gleichzeitig entstehender Rechte ist es schwierig, ein zufriedenstellendes Kriterium für die Festlegung der Rangordnung zu finden. Am ehesten kann auch hier eine Lösung nach dem gesetzlich vorgegebenen, objektiv wertenden Prioritätsprinzip überzeugen. Da aber die kollidierenden Rechte – Vermieterpfandrecht und Sicherungsübereignung – gleichzeitig entstehen, so ist für das Prioritätsprinzip der Zeitpunkt entscheidend, in dem die rechtsgeschäftliche Grundlage für die jeweilige Verfügung gelegt wurde.⁷² Für das Vermieterpfandrecht liegt die rechtsgeschäftliche Grundlage im Abschluss des Mietvertrags; er ist die rechtsgeschäftliche Voraussetzung für die Entstehung des Rechts. Wurde also die Sicherungsübereignung erst nach Abschluss des Mietvertrags vereinbart, genießt das Vermieterpfandrecht Priorität; denn der Vermieter durfte darauf vertrauen, dass die eingebrachten Sachen des Vermieters ihm hafteten. Wurde dagegen der Mietvertrag erst nach Bestellung des Sicherungseigentums geschlossen, so geht dieses jenem im Rang vor.

⁶⁷ BGH NJW 1992, 1156 ff.

⁶⁸ Anders Nicolai, JZ 1996, 219, 223, deren Begründung, § 562 gewähre ein vorrangiges Verwertrungsrecht, eine reine *petitio principii* darstellt.

⁶⁹ Vgl. etwa Serick II § 20 II 5; Prütting Rn. 418.

⁷⁰ Vgl. Wieling § 9 VII 4 b cc.

⁷¹ Müller/Gruber Rn. 1599; Vortmann, ZIP 1988, 626, 628; Weber/Rauscher, NJW 1988, 1571, 1572; Fischer, JuS 1993, 542, 544.

⁷² Vgl. Wieling § 9 VII 4 b cc, für den Fall einer hypothekarischen Haftung gemäß § 1120; ebenso BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 185; MünchKomm/Artz § 562 Rn. 18; Krüger, JuS 1994, 905, 909.

VIII. Gesetzliche Pfandrechte

a) Beispiele: Gesetzliche Pfandrechte gibt es u. a. im BGB – das Vermieterpfandrecht des § 562, das Werkunternehmerpfandrecht (§ 647) oder das Gastwirtpfandrecht (§ 704) – oder im HGB für den Kommissionär (§ 397), Frachtführer (§ 440), Spediteur (§ 464), Lagerhalter (§ 475b) und Verfrachter (§ 495). Sie können Besitzpfandrechte (§ 647) sein oder aber besitzlose Pfänder (§ 562). 56

b) Anwendbare Vorschriften: Gemäß § 1257 sind auf gesetzlich entstandene Pfandrechte⁷³ die Vorschriften über rechtsgeschäftliche entsprechend anwendbar. 57
Anwendbar ist z. B. § 1209 bezüglich des Rangs des gesetzlichen Pfandrechts, es entscheidet der Zeitpunkt des Entstehens des Rechts. Die Verwertung des Pfandrechts geschieht nach §§ 1228 ff., soweit keine Sonderregeln bestehen. Für besitzlose Pfandrechte können die Vorschriften nicht gelten, die Besitz des Gläubigers an der Pfandsache voraussetzen, also etwa §§ 1217–1221, 1223 II, 1253.

c) Gutgläubiger Erwerb: Fraglich ist, ob die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (§§ 1207, 1208) auch auf gesetzliche Pfandrechte anwendbar sind. Für besitzlose Pfandrechte wird die Frage zutreffend allgemein verneint, für Besitzpfandrechte ist sie streitig. Ein Teil der Lehre spricht sich zu Recht für die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs aus,⁷⁴ der BGH dagegen.⁷⁵ Der erstgenannten Auffassung ist zuzustimmen, sie hat die besseren Argumente: 58

aa) Werkunternehmerpfandrecht: Die Diskussion hat sich entzündet am Werkunternehmerpfand nach § 647: Der Vorbehaltskäufer eines Pkw oder ein anderer besitzberechtigter Nichteigentümer gibt diesen zur Reparatur. Einig ist man sich darin, dass der Unternehmer geschützt werden muss, dass er den Pkw nicht an den Eigentümer herausgeben muss, ohne den Werklohn empfangen zu haben. Die Rechtsprechung verneint die Möglichkeit eines gutgläubigen Pfandrechtserwerbs und gibt stattdessen dem Unternehmer das Zurückbehaltungsrecht nach § 1000. 59

Die wohl h. L. bejaht die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs des Unternehmerpfands. Ihr ist schon deshalb zuzustimmen, weil es keine brauchbare Alternative gibt. § 1000 auf einen berechtigten Besitzer anzuwenden, ist ein schwerer dogmatischer Missgriff, der zwangsläufig zu immer neuen Schwierigkeiten führen muss.⁷⁶ Zudem können die Gründe gegen die Anwendung des § 1207 nicht überzeugen. Entgegen

⁷³ Eine Aufzählung gesetzlicher Pfandrechte findet sich z. B. bei MünchKomm/Damrau § 1257 Rn. 1.

⁷⁴ Vgl. etwa Soergel/Habersack § 1257 Rn. 6; Baur/Stürner § 55 Rn. 40; MünchKomm/Damrau § 1257 Rn. 3; Staudinger/Wiegand, 2019, § 1257 Rn. 14 m. w. N. in Rn. 11; K. Schmidt, NJW 2014, 1.

⁷⁵ Vgl. etwa BGHZ 34, 134 ff.; 34, 153 ff.; Palandt/Wicke § 1257 Rn. 2; Westermann/Gursky § 132 Rn. 1 ff.; AlternKomm/Reich § 1257 Rn. 7; Neuner, Sachenrecht, Rn. 195; weitere Nachweise bei Staudinger/Wiegand, 2019, § 1257 Rn. 10.

⁷⁶ Vgl. § 12 Rn. 52. Die Rechtsprechung hat dazu geführt, dass die Unternehmer in AGB ein Pfandrecht vereinbaren, das als rechtsgeschäftliches Pfandrecht nach § 1207 auch gutgläubig erworben werden kann. Hier stellt sich das Problem des guten Glaubens des Unternehmers, vgl. Rn. 14.

dem BGH⁷⁷ fordert die Interessenlage zum Schutz des Unternehmers sehr wohl die Zulassung eines gutgläubigen Erwerbs, wenn man nicht den Irrweg des § 1000 gehen will. Wenig überzeugend ist auch das aus dem Wortlaut des § 1257 gezogene Argument, wonach nur auf kraft Gesetzes bereits entstandene Pfandrechte die Vorschriften über das vertraglich bestellte Pfand, zu denen auch § 1207 gehört, entsprechend anzuwenden sind. Man könnte zwar meinen, dies spreche gegen die Anwendbarkeit der Regeln über den gutgläubigen Erwerb auf den gesetzlichen Pfandrechtserwerb. Mit Recht wird jedoch auf § 366 III HGB verwiesen.⁷⁸ Die Vorschrift zeigt, dass unserem Rechtssystem die Anwendung von Gutglaubensvorschriften auf den gesetzlichen Erwerb keineswegs fremd ist. Diese ist immer dann zu bejahen, wenn der vom Gesetz angeordnete Erwerb nichts anderes ist als das, was die Parteien ohnehin regelmäßig vereinbaren,⁷⁹ so dass in Wirklichkeit ein rechtsgeschäftlicher Erwerb vorliegt. Das gesetzliche Pfandrecht ist in diesen Fällen nichts anderes als ein vertyptes rechtsgeschäftliches. Die Zulassung des gutgläubigen Erwerbs hat hier nichts Erstaunliches, wie auch die Möglichkeit des gesetzlichen gutgläubigen Erwerbs einer Hypothek nach §§ 1153 I, 892 zeigt.⁸⁰

- 60 *bb) Zustimmung des Eigentümers:* Unabhängig vom gutgläubigen Erwerb kann das Unternehmerpfandrecht auch dadurch entstehen, dass der Eigentümer der Begründung des Pfandrechts zustimmt, § 185 I analog. Eine Zustimmung muss man auch annehmen, wenn der Eigentümer den Besitzer zur Vornahme von Reparaturen ermächtigt oder gar verpflichtet. Eine gleichzeitige Erklärung, für die Kosten nicht aufkommen zu wollen, wäre eine unwirksame *protestatio facto contraria*.⁸¹

IX. Pfändungspfandrecht

- 61 *a) Entstehung:* Neben dem vertraglichen und dem gesetzlichen gibt es als drittes das Pfändungspfandrecht. Es entsteht durch Staatsakt, mit der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher, §§ 803 ff. ZPO. Durch die Pfändung wird die Sache verstrickt, was ein Verfügungsverbot i. S. v. §§ 135 f. BGB bewirkt.⁸² Neben der Verstrickung entsteht durch die Pfändung ein Pfändungspfandrecht, § 804 ZPO, wenn die Voraussetzungen eines Pfandrechts gegeben sind: Die Pfändung muss erstens wirksam sein. Es muss zweitens eine zu sichernde Forderung des Gläubigers bestehen; die Forderung kann freilich vom Schuldner nicht mehr bestritten werden, wenn sie rechtskräftig oder rechtskraftfähig festgestellt ist. Die gepfändete Sache muss drittens dem Schuldner gehören, einen gutgläubigen Erwerb des Pfändungspfandrechts

⁷⁷ BGHZ 34, 126 f.

⁷⁸ Dazu K. Schmidt, NJW 2014, 1 ff.; Wilhelm, DB 2014, 406 ff.; Schilken, FS W.-H. Roth, 2015, 511 ff.; s. auch Kohler, JuS 2008, 481, 482.

⁷⁹ Vgl. Rn. 47.

⁸⁰ Vgl. § 27 Rn. 23.

⁸¹ „Der im Widerspruch zum Handeln stehende Protest gilt nicht.“

⁸² Der Verstrickungsbruch ist strafbar, vgl. § 136 StGB.

gibt es nicht. Für die Verwertung stellt die ZPO z. T. eigene Regeln auf, vgl. §§ 806, 813 ff. ZPO; im Übrigen sind die Vorschriften des BGB anwendbar, § 804 II ZPO. Die Versteigerung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher, § 814 ZPO, der die Sache als Vertreter des Gläubigers an den Erwerber gemäß §§ 929 ff. übereignet. Fehlt es z. B. an einer Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts, so dass dieses nicht existiert, so kann ein gutgläubiger Erwerber bei der Verwertung nach § 1244 doch Eigentum erwerben; der Erlös fällt in das Eigentum des früheren Sacheigentümers.

b) *Pfändung einer schuldnerfremden Sache*: Das Pfändungspfandrecht gemäß § 804 ZPO ist Gegenstand einer Kontroverse. Streitig ist vor allem, was die Rechtsfolgen der Pfändung einer schuldnerfremden Sache sind und wem der Erlös aus einer Verwertung gebührt. 62

Die unter Rn. 61 geschilderte gesetzliche Regelung – die „*privatrechtliche Theorie*“ – war früher h. M.⁸³ und ist zu Recht wieder im Vordringen begriffen.⁸⁴ Von der heute h. M. wird sie abgelehnt wegen unhaltbarer Schlüsse aus der an sich richtigen Tatsache, dass die Pfändung und Verwertung der Pfandsache „hoheitliche Akte“ sind.⁸⁵ Aus der „Hoheitlichkeit“ des Verwertungsaktes leitet man die Folgerung ab, dass dessen Wirkungen viel weiter gehen müssten als eine privatrechtliche Versteigerung; so soll bei der Pfändung und Verwertung einer schuldnerfremden Sache der Ersteher auch dann Eigentum erwerben, wenn er bösgläubig war. Richtig ist, dass der Staat einem Bürger sein Eigentum entziehen kann, etwa durch Enteignung. Festzustellen aber bleibt, ob er einem unbeteiligten Dritten sein Eigentum auch entziehen will, welche Interessen er an einem solchen unrechtmäßigen Vorgehen haben könnte. Die h. M. übersieht, dass die Interessen des Staates und seiner „Hoheit“ bei der Pfändung und Pfandverwertung überhaupt nicht betroffen sind. Betroffen sind allein die Interessen des Gläubigers, des Schuldners und dritter Eigentümer, auf deren Rücken der Streit um die Wirkung „hoheitlichen“ Handelns ausgetragen wird. Die h. M. erliegt dem offenbar überschätzten Charisma der „Staatshoheit“, welches sie an einer sachgerechten Interessenabwägung hindert.⁸⁶ Auch ein Profilierungsbedürfnis des Prozessrechts gegenüber dem Zivilrecht ist kein hinreichender Grund, die Interessen der Beteiligten hintanzusetzen.⁸⁷

Die h. M. tritt in der Form der „*öffentlichrechtlichen Theorie*“⁸⁸ und – mehrheitlich – der „*gemischten (privatöffentlichrechtlichen) Theorie*“⁸⁹ auf, die sich in den

⁸³ Vgl. etwa Biermann Vor § 1204 Erl. 1; Planck/Brodmann § 1257 Erl. 4 a α, β; Säcker, JZ 1971, 157 Fn. 3, 4.

⁸⁴ S. Fn. 95.

⁸⁵ Dazu Säcker, JZ 1971, 156 ff.

⁸⁶ Was man von dieser „Hoheit“ zu halten hat, zeigt eindringlich Pesch, JR 1993, 358 ff., das grundlegende Urteil RGZ 156, 395, 397 f. erging 1938; Pesch weist auch überzeugend nach, dass die „öffentlichrechtliche Theorie“ gegen Art. 14 GG verstößt.

⁸⁷ Vgl. Säcker, JZ 1971, 160.

⁸⁸ Stein/Jonas/Würdinger, ZPO, 23. Aufl. 2017, § 804 Rn. 1 ff.

⁸⁹ OLG Stuttgart BeckRS 2017, 151149 Rn. 72; Baur/Stürner/Bruns, Zivilprozessrecht, 12. Aufl. 2006, § 27 Rn. 10; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 2018, Rn. 393.

Ergebnissen nicht unterscheiden.⁹⁰ Die „öffentlichrechtliche Theorie“⁹¹ baut völlig auf der sekundären Verstrickung (Rn. 61) auf, auf ihr beruhe auch das Verwertungsrecht. Dass sie daneben noch ein „öffentlichrechtliches Pfandrecht“ fingiert, ist eigentlich überflüssig. Wird eine schuldnerfremde Sache veräußert, so wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn er bösgläubig ist. Inkonsequent ist es aber, wenn man dem Eigentümer der verwerteten Sache in diesem Fall einen Ausgleichsanspruch (§ 812) gegen den Gläubiger gibt. Ein Pfandrecht, auch ein öffentlichrechtliches, wird sinnlos, wenn es dem Gläubiger nicht das Recht gibt, die Sache zu verwerten und den Erlös zu seiner Befriedigung zu behalten.⁹²

Kaum weniger inkonsequent und in den Ergebnissen gleich ist die gemischte „privatöffentlichrechtliche“ Theorie.⁹³ Auch sie entzieht einem unbeteiligten Dritten sein Eigentum zugunsten eines bösgläubigen Erwerbers. Würde die „Staatshoheit“ darunter leiden, wenn man durch Anwendung der zivilrechtlichen Regeln zum interessengemäßen Ergebnis käme? Die gleiche Frage stellt sich, wenn es zwar um eine Sache des Schuldners geht, die Forderung aber nicht besteht. Natürlich kann der Schuldner die Schuld nicht mehr bestreiten, wenn sie rechtskräftig festgestellt ist. Hat er sie aber danach beglichen, so erlischt das Pfandrecht. Weiß der Ersteher das, so soll er entgegen § 1244 doch Eigentümer werden. Was zwingt dazu, einen Bösgläubigen zu begünstigen?

Die „gemischte Theorie“ begründet das Verwertungsrecht allein auf der Verstrickung, es kennt daneben aber noch ein davon unabhängiges Pfandrecht, das nur entsteht, wenn die zivilrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind: Bestehen einer Forderung, Eigentum des Schuldners an der Pfandsache. Von diesem Pfandrecht ist zwar nicht das Verwertungsrecht des Gläubigers abhängig, wohl aber die Frage, ob der Erlös ihm gebührt: Fehlt es am Pfandrecht, so haftet der Gläubiger dem früheren Eigentümer der Pfandsache gemäß § 812 auf Herausgabe des Erlöses. Hier tritt eine andere, aber ähnliche Inkonsequenz zu Tage wie bei der „öffentlichrechtlichen Theorie“: Das Vollstreckungsverfahren soll den Gläubiger befriedigen; ein Recht zur Verwertung einer Sache ist aber völlig sinnlos, wenn der Gläubiger den Erlös nicht behalten kann.

Nicht interessengerecht ist es umgekehrt, wenn die h. M. die Möglichkeit des Eigentumserwerbs durch den Ersteher grundsätzlich verneint, wenn keine wirksame Pfändung (Verstrickung) vorliegt. Zutreffend weist Lindacher⁹⁴ darauf hin,

⁹⁰ Innerhalb der jeweiligen Theorien gibt es allerdings erhebliche Differenzierungen. Zu den einzelnen Theorien vgl. Werner, JR 1971, 278 ff.

⁹¹ Vgl. die Lit. bei Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl. 2010, § 16 Rn. 13.

⁹² Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckung (Fn. 91), § 16 Rn. 19. Diejenige Variante der öffentlichrechtlichen Theorie, die dem Gläubiger den Erlös aus einer schuldnerfremden Sache endgültig belässt, ist zwar konsequent, tritt die Interessen der Beteiligten aber noch stärker mit Füßen, vgl. Jauernig/Berger a. a. O.

⁹³ Vgl. die Lit. bei Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckung (Fn. 91), § 16 Rn. 11.

⁹⁴ Lindacher, JZ 1970, 360, 362; Bruns/Peters, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. 1976, § 22 IV c.

dass die Interessenlage den Schutz des gutgläubigen Erstehers fordere; damit ist § 1244 zur Geltung gebracht.

Aus diesen Gründen ist der „privatrechtlichen Theorie“ und damit der Anwendung der §§ 1228 ff. auf die Verwertung des Pfändungspfandes der Vorzug zu geben, die abgewogene gesetzliche Regelung wird den Interessen der Beteiligten gerecht⁹⁵. Das Argument, das ein privatrechtliches Pfandrecht nicht die Grundlage staatlicher Zwangsverwertung sein könne, leuchtet nicht ein angesichts der Tatsache, dass das gesamte Vollstreckungsverfahren auf dem zivilrechtlichen Anspruch des Gläubigers basiert.

⁹⁵ Wie hier Wolff/Raiser § 167 Fn. 7; Säcker, JZ 1971, 156 m. w. N. in Fn. 2, 3; Wolf § 8 J II c; Pinger, JR 1973, 94 ff.; Marotzke, NJW 1978, 133 ff.; Bruns/Peters, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. 1976, § 22 IV 4 a, b; Pesch, JR 1993, 358, 360; Stamm, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, 2007, 367 f., 371 ff., 380 f., 405 f., 427 ff.; Schuschke u. a./Walker/Loyal, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2020, § 804 ZPO Rn. 65, § 817 Rn. 6, 10a.

§ 16. Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten



„Dingliche Rechte“ an Rechten sind strenggenommen ein Fremdkörper im Sachenrecht, doch werden sie schon seit dem römischen Recht kraft Sachzusammenhangs bei den dinglichen Rechten an Sachen behandelt.¹ 1

I. Nießbrauch an Rechten

Ein Nießbrauch an einzelnen Rechten kommt nicht gerade häufig vor, am ehesten an Wertpapieren (Aktien, Schuldverschreibungen), Immaterialgüterrechten und an Hypotheken, so dass dem Inhaber des Nießbrauchs die Erträge und Zinsen des Rechts zukommen. Häufiger entsteht ein Nießbrauch an Rechten, wenn ein Nießbrauch an einem ganzen Vermögen bestellt wird (vgl. auch § 311b III). 2

1. Entstehung des Nießbrauchs an Rechten

a) *Erwerb vom Berechtigten*: Mit einem Nießbrauch belastbar sind alle Rechte, soweit sie übertragbar sind, § 1069 II. Das können Rechte an beweglichen Sachen und an Grundstücken sein. An einem Nießbrauch kann ein Nießbrauch bestellt werden, wenn das Ausübungsrecht übertragbar ist (§ 14 Rn. 9). Ein Pfandrecht kann dagegen an einem Nießbrauch nicht bestellt werden, da es nicht selbständig übertragbar ist, vgl. § 1250 I 2; jedoch kann der Nießbrauch an der gesicherten Forderung bestellt werden (Rn. 9), womit er auch das Pfandrecht erfasst. Zulässig ist auch der Nießbrauch an einem Miterbenanteil (§ 2033 II).² 3

¹ Zu den Rechten an Rechten vgl. auch § 1 Rn. 12.

² Dazu Wieling § 15 I 6.

Die Bestellung des Nießbrauchs erfolgt in der Form, die auch für die Übertragung des Rechts erforderlich ist, § 1069 I, denn die Belastung des Rechts mit einem Nießbrauch (oder Pfandrecht) ist im Ergebnis nichts anderes als eine Teilabtretung des Rechts.

- 4 *b) Erwerb vom Nichtberechtigten:* Ein Nießbrauch an Rechten kann grundsätzlich nur vom Berechtigten erworben werden, gutgläubig vom Nichtberechtigten nur dann, wenn besondere Vorschriften dies zulassen, insbesondere bei Sachenrechten. So kann unter den Voraussetzungen des § 405 ein Nießbrauch an einer nicht bestehenden Forderung erworben werden.³ Ein Scheinerbe kann gemäß § 2366 einem Gutgläubigen einen Nießbrauch an einem Nachlassgegenstand verschaffen. Auch nach §§ 932, 892, 1138 ist gutgläubiger Erwerb eines Nießbrauchs möglich. War das Recht bereits belastet, z. B. mit einem Pfandrecht, so kann gutgläubig der Vorrang erworben werden, z. B. nach § 892.

2. Inhalt des Nießbrauchs an Rechten

- 5 *a) Anwendung der Vorschriften über den Sachnießbrauch:* Auf den Nießbrauch an Rechten finden die Vorschriften entsprechende Anwendung, die für den Sachnießbrauch gelten, vgl. § 1068 II. Der Nießbraucher darf also die Nutzungen des belasteten Rechts ziehen, § 1030: Wer den Nießbrauch an einer Aktie hat, ist zum Bezug der Dividende berechtigt. Besteht der Nießbrauch an einem Recht, welches zur Ziehung natürlicher Früchte berechtigt, so wird der Nießbraucher in gleicher Weise Eigentümer, als wenn er Inhaber des Rechts wäre. Im Übrigen entsteht zwischen dem Nießbraucher und dem Inhaber des belasteten Rechts ein gesetzliches Schuldverhältnis nach den §§ 1034–1066.⁴
- 6 *b) Schuldnerschutz:* Bei einem Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann (Forderungen, Reallasten, Grundschulden), darf die Stellung des Schuldners durch die Bestellung des Nießbrauchs nicht verschlechtert werden. Gemäß § 1070 I wird er in gleicher Weise geschützt wie bei der Übertragung des Rechts, die §§ 404–411 sind anwendbar, ferner die §§ 1107, 1156, 1158 f., 1192 II, 1200 I für Reallasten und Grundpfandrechte. Zahlt etwa der Schuldner die Zinsen an den Inhaber des Rechts, weil er von der Bestellung des Nießbrauchs nichts weiß, so wird er nach § 407 I frei.
- 7 *c) Aufhebung/Änderung des belasteten Rechts:* Das mit dem Nießbrauch belastete Recht kann rechtsgeschäftlich nur dann aufgehoben werden, wenn der Nießbraucher zustimmt; dasselbe gilt für eine Inhaltsänderung des Rechts, welche den Nießbrauch beeinträchtigt, § 1071. Eine Aufhebung oder Änderung ohne Einwilligung ist relativ unwirksam.⁵

³Der Schuldner wird zugunsten des Nießbrauchers so behandelt, als bestünde die Schuld.

⁴Vgl. § 14 Rn. 4.

⁵Vgl. Palandt/Herrler § 1071 Rn. 1; ausf. Wieling § 16 I 2 d; vgl. auch § 1276 und § 876 (§ 20 Rn. 29).

3. Erlöschen des Nießbrauchs an Rechten

Der Nießbrauch an Rechten erlischt aus den gleichen Gründen wie ein Nießbrauch an Sachen.⁶ Gemäß § 1072 sind auch die §§ 1063, 1064 anwendbar. Das bedeutet, dass der Nießbrauch an einem Recht erlischt, wenn er mit dem Recht selbst in einer Hand zusammentrifft, auch wenn das belastete Recht ein Recht an einem Grundstück ist; § 889 ist also nicht entsprechend anwendbar. 8

4. Nießbrauch an Forderungen

In den §§ 1074–1080 stellt das Gesetz spezielle Regeln für den Nießbrauch an Forderungen auf. Den Forderungen werden in § 1080 Grund- und Rentenschulden gleichgesetzt. Das Gesetz unterscheidet zwischen verzinslichen (§§ 1076–1079) und unverzinslichen Forderungen (§§ 1074–1075). 9

a) Unverzinsliche Forderungen: Bei ihnen kann der Nießbraucher aus der Forderung selbst keine Nutzungen ziehen. Nutzen kann er nur den Leistungsgegenstand, auf welchen die Forderung gerichtet ist. Der Nießbraucher ist daher berechtigt, die Forderung einzuziehen und – falls erforderlich – zu kündigen, § 1074, 1. Das Einziehungsrecht umfasst alle Rechtshandlungen, die zur Einziehung und Durchsetzung der Forderung erforderlich sind. Der Nießbraucher ist nicht nur berechtigt, die Forderung einzuziehen; gemäß § 1074, 2 ist er dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, für eine ordnungsgemäße Einziehung zu sorgen. 10

Der Schuldner wird frei, wenn er an den Nießbraucher leistet; eine Leistung an den Gläubiger befreit ihn im Rahmen der §§ 1070, 407 I. Mit der Leistung an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den Leistungsgegenstand zu Eigentum, § 1075 I, der Nießbraucher vertritt ihn von Gesetzes wegen;⁷ der Nießbraucher erwirbt den Nießbrauch am Leistungsgegenstand, § 1075 I. Ist der Schuldner nicht Eigentümer der zu übereignenden Sache, so kommt gutgläubiger Erwerb in Betracht, wobei auf den guten Glauben des Nießbrauchers abzustellen ist, entsprechend § 166.

b) Verzinsliche Forderungen: Für den Nießbrauch an ihnen gelten die §§ 1076–1079. Der Nießbraucher erwirbt mit der Bestellung des Nießbrauchs den Anspruch auf die Zinsen. Wird die Forderung fällig, so muss sie an den Gläubiger und an den Nießbraucher gemeinsam zurückgezahlt werden, § 1077 I 1; mit der Auszahlung an beide wird der Gläubiger Eigentümer des Geldes, der Nießbraucher erlangt den Nießbrauch daran. 11

Ist die Forderung nicht fällig, so kann die Kündigung nur gemeinschaftlich durch den Gläubiger und den Nießbraucher geschehen, der Schuldner kann nur beiden gegenüber kündigen, § 1077 II. Keiner von beiden ist aber zur Mitwirkung verpflichtet, wenn der andere das Kapital aufkündigen will. Eine Ausnahme gilt gemäß § 1078, 2, wenn die Einziehung der Forderung aus Sicherheitsgründen geboten ist.

⁶Vgl. § 14 Rn. 10.

⁷Beispiel: K hat von V eine Sache gekauft, dem N hat er an der Forderung aus § 433 I gegen V einen Nießbrauch bestellt. Liefert V die Sache an N, so wird K Eigentümer.

Da das eingezogene Kapital dem Nießbraucher keine Nutzungen mehr bringt, sind Nießbraucher und Gläubiger verpflichtet, gemäß § 1079, 1 bei der mündelsicheren verzinslichen Anlage⁸ des Kapitals mitzuwirken; der Gläubiger muss dem Nießbraucher den Nießbrauch an der aus der Anlage entstehenden Forderung bestellen.

5. Nießbrauch an Wertpapieren

- 12 An Inhaberpapieren und blankoindossierten Orderpapieren wird ein Nießbrauch nach § 1032 durch Einigung und Übergabe bestellt; der Inhalt des Nießbrauchs ist in den §§ 1081–1084 speziell geregelt. Für andere Wertpapiere gelten die allgemeinen Regeln. Ein Nießbrauch an Rektapapieren wird durch Nießbrauchbestellung an der Forderung bestellt, §§ 1069, 398. An Orderpapieren wird ein Nießbrauch durch Einigung, Übergabe und Indossament bestellt.

II. Pfandrecht an Rechten

1. Belastbare Rechte

- 13 a) *Übertragbare Rechte*: Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein, § 1273 I; Voraussetzung ist zunächst, dass das Recht übertragbar ist, § 1274 II; nicht übertragbare Rechte können nicht verpfändet werden.⁹ Da die Ausübung eines Nießbrauchs übertragbar ist (§ 1059, 2), kann die Ausübungsberechtigung verpfändet werden. Weil Hypotheken und Pfandrechte selbständig nicht übertragbar sind (§§ 1153 II, 1250 I 2), können sie nicht verpfändet werden, wohl aber die ihnen zugrundeliegende Forderung.

Da das Pfandrecht die Befriedigung der gesicherten Forderung garantieren soll, muss das belastete Recht ferner einen Vermögenswert haben und selbständig durch Zwangsvollstreckung (§ 1277) oder Einziehung (§ 1282) verwertbar sein.

- 14 b) *Bedingte und künftige Rechte*: Abgesehen von den in Rn. 13 genannten Ausnahmen können alle Rechte verpfändet werden. Das gilt auch für bedingte und betagte (noch nicht fällige) Rechte sowie für künftige Rechte, §§ 1204 II, 1273 II. Das Rechtsverhältnis, aus welchem das verpfändete Recht entstehen soll, muss zur Zeit der Verpfändung noch nicht bestehen.¹⁰ Das Pfandrecht entsteht erst dann, wenn das verpfändete Recht tatsächlich zur Entstehung gelangt; zu dieser Zeit muss die Verfügungsmacht des Zedenten noch bestehen.¹¹ Verpfändbar sind auch Naturalobligationen.¹²

⁸Vgl. §§ 1806 ff.

⁹Auch die Pfändung ist nach § 851 ZPO ausgeschlossen.

¹⁰Vgl. RGZ 55, 334 f.; 82, 229; Soergel/Habersack § 1273 Rn. 8; MünchKomm/Damrau § 1273 Rn. 4.

¹¹Vgl. BGHZ 70, 94; Medicus, JuS 1967, 385 ff.; Staudinger/Wiegand, 2019, § 1273 Rn. 16; MünchKomm/Damrau § 1273 Rn. 4.

¹²Planck/Flad § 1273 Erl. 1; Wolff/Raiser § 176 VI.

2. Entstehung des Pfandrechts

a) *Bestellung*: Die Verpfändung eines Rechts geschieht in gleicher Weise wie dessen Übertragung, § 1274 I 1, regelmäßig also durch bloße Einigung, vgl. §§ 398, 413. Ist für die Übertragung des Rechts eine Form einzuhalten, so gilt das auch für die Verpfändung, z. B. bei der Verpfändung einer Anweisung, § 792, oder eines Miterbenanteils, § 2033 I. Das Recht des Auflassungsempfängers ist in der Form des § 925 verpfändbar.¹³ 15

b) *Abtretungsanzeige*: Der Grundsatz des § 1274 I 1, wonach die Verpfändung wie die Übertragung erfolgt, gilt auch für Forderungen. Kann die Übertragung aber durch einen bloßen Abtretungsvertrag nach § 398 geschehen, so bedarf es bei der Verpfändung zusätzlich der Verpfändungsanzeige durch den Gläubiger an den Schuldner, § 1280. Diese Sonderregelung für Forderungen gilt also immer dann, wenn die Abtretung über die Einigung hinaus keine weiteren Voraussetzungen erfordern würde. 16

Die Anzeige nach § 1280 ist eine formfreie und empfangsbedürftige Willenserklärung. Der verpfändende Gläubiger der Forderung muss die Verpfändung dem Schuldner anzeigen, so dass der Schuldner erkennen kann, dass der Gläubiger die Verpfändung gegen sich gelten lassen will.¹⁴ Fehlt die Anzeige, so ist die Verpfändung unwirksam. Die Anzeige kann nachgeholt werden,¹⁵ solange dem Verpfänder die Verfügungsmacht über die verpfändete Forderung zusteht.

c) *Erwerb vom Nichtberechtigten*: Gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechts an Rechten von einem Nichtberechtigten ist nur ausnahmsweise möglich, vgl. §§ 405, 2366 f. Ausnahmen gelten für Wertpapiere; Inhaberpapiere können nach den §§ 932 ff. gutgläubig erworben werden, Orderpapiere nach § 365 HGB, Art. 16 II WG, Art. 21 ScheckG.¹⁶ Bei Pfandrechten an Grundstücksrechten sind die §§ 892 f., 1138 usw. anwendbar. 17

3. Inhalt, Übertragung und Erlöschen des Pfandrechts

a) *Anwendung der Vorschriften über das Sachpfand; Schuldnerschutz*: Für das Pfandrecht an Rechten gelten gemäß § 1273 II die Regeln über das Pfandrecht an Sachen entsprechend, wobei § 1208 und § 1213 II ausgeschlossen sind. Freilich wird man die Möglichkeit einer sinnvollen Anwendung der einzelnen Vorschriften jeweils prüfen müssen.¹⁷ 18

Besondere Regeln für das Pfandrecht an Rechten bringen die §§ 1275–1278. Ist ein Recht verpfändet, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann (Forderung, Reallast, Grundschuld), so wird der Verpflichtete in gleicher Weise

¹³ Vgl. § 20 Rn. 15.

¹⁴ Es genügt keineswegs, dass der Schuldner die Verpfändung auf anderem Wege erfährt, RGZ 89, 289 f.

¹⁵ Der Verpfänder ist dem Gläubiger aufgrund des Vertrags, in welchem er sich zur Bestellung des Pfandrechts verpflichtet, auch zur Vornahme der Anzeige verpflichtet.

¹⁶ Vgl. § 10 Rn. 27.

¹⁷ Vgl. insbesondere die Kataloge bei Palandt/Wicke § 1273 Rn. 2 ff.; Staudinger/Wiegand, 2019, § 1273 Rn. 19 ff.; MünchKomm/Damrau § 1273 Rn. 7 ff.

geschützt wie bei der Übertragung des Rechts, § 1275;¹⁸ es sind die §§ 404–411 anwendbar.¹⁹

- 19 *b) Verwertung:* Anders als das Sachpfand kann das verpfändete Recht nur aufgrund eines vollstreckbaren Titels nach den Regeln der Zwangsvollstreckung verwertet werden, § 1277, 1. Es muss sich um einen Titel gegen den Inhaber des verpfändeten Rechts handeln, gerichtet auf Duldung der Zwangsvollstreckung oder Befriedigung aus dem Recht.²⁰ Die Verwertung geschieht nach den §§ 828 ff. ZPO, sie kann erfolgen durch Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungen statt, §§ 835 ff., 857 I ZPO; durch Verkauf, sei es in öffentlicher Versteigerung oder freihändig, z. B. bei Wertpapieren (vgl. § 821 ZPO), oder aufgrund gerichtlicher Anordnung, §§ 844, 857 V ZPO; schließlich kann die Verwertung auf gerichtliche Anordnung auch auf andere Art erfolgen, §§ 844, 857 IV ZPO. Zur Durchführung des Vollstreckungsverfahrens muss das Recht nicht nochmals gepfändet werden.²¹

Die Parteien können eine andere Art der Verwertung vereinbaren, § 1277, 1.

- 20 *c) Übertragung; Belastung:* Das Pfandrecht an Rechten kann nur zusammen mit der gesicherten Forderung übertragen und belastet werden, gesicherte Forderung und Pfandrecht können nicht getrennt werden, es gilt § 1250.

- 21 *d) Erlöschen:* Das Pfandrecht am Recht erlischt, wenn das Recht lastenfrei erworben wird, z. B. nach § 892; wenn die Forderung ohne das Pfandrecht übertragen wird, § 1250 II; wenn die gesicherte Forderung erlischt, § 1252, wenn der Gläubiger auf das Pfandrecht verzichtet, § 1255, usw.; es gelten gemäß § 1273 II die Regeln für das Sachpfand entsprechend (§ 15 Rn. 50 ff.).

Das Pfandrecht am Recht erlischt auch, wenn das belastete Recht untergeht, doch kann gemäß § 1276 das verpfändete Recht rechtsgeschäftlich nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden.²² Diese Regelung stellt ein allgemeines Prinzip dar, vgl. §§ 876, 1071. Ebenso wie die Aufhebung des verpfändeten Rechts kann auch seine Abänderung rechtsgeschäftlich nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers erfolgen, sofern die Abänderung das Pfandrecht beeinträchtigt.

Durch das Zusammenfallen von Berechtigung und Verpflichtung bei einer verpfändeten Forderung erlischt zwar die Forderung, nicht aber das Pfandrecht daran; im Hinblick auf das Pfandrecht besteht die Forderung weiter.²³ Der erste BGB-Entwurf hatte dies in § 1223 ausdrücklich vorgeschrieben, die zweite BGB-Kommission strich es als selbstverständlich.²⁴ Fallen dagegen Schuldner und Gläubiger der gesicherten Forderung zusammen, so erlischt diese durch Konfusion und das Pfandrecht geht nach § 1252 unter.

¹⁸ § 1275 entspricht dem § 1070 beim Nießbrauch, vgl. Rn. 6.

¹⁹ Ist eine hypothekarisch gesicherte Forderung verpfändet, so gelten die §§ 1275, 404 ff. nur für die Forderung, vgl. § 1256.

²⁰ In Ausnahmefällen ist ein Titel nicht erforderlich, vgl. §§ 1282, 1291, 1293, 1295.

²¹ Anders die h. M., vgl. etwa Palandt/Wicke § 1277 Rn. 2; wie hier Prütting Rn. 834.

²² Vgl. hierzu die Regelung beim Nießbrauch (oben Rn. 7) und bei den Grundstücksrechten (vgl. § 20 Rn. 29).

²³ Zur entsprechenden Regelung beim Nießbrauch vgl. Rn. 7.

²⁴ Mugdan III, 957.

4. Pfandrecht an Forderungen

Für das Pfandrecht an Forderungen hat das Gesetz in den §§ 1280–1290 besondere 22
Regeln aufgestellt, welche die §§ 1273–1278 ergänzen, vgl. § 1279. Für die Verpfändung ist gemäß § 1280 die Anzeige an den Schuldner erforderlich, wenn die Forderung durch bloßen Abtretungsvertrag übertragen werden kann, vgl. dazu Rn. 16. Die meist unerwünschte Anzeige hat in der Praxis dazu geführt, dass das Pfandrecht an einer Forderung durch die Sicherungszession verdrängt wurde.

Die Terminologie des Gesetzes ist folgende: Der Inhaber der *gesicherten* Forderung und des Pfandrechts ist der „Pfandgläubiger“, der Inhaber der *verpfändeten* Forderung der „Gläubiger“, deren Schuldner der „Schuldner“;²⁵ PG hat also die gesicherte Forderung gegen G, G die verpfändete Forderung gegen S. Das Gesetz unterscheidet danach, ob die gesicherte Forderung schon fällig ist (Rn. 24) oder nicht (Rn. 23).

a) *Vor Fälligkeit der gesicherten Forderung*: Ist die Pfandreife noch nicht ein- 23
getreten, die gesicherte Forderung also noch nicht fällig, § 1228 II, so bestimmen sich die Rechte des Pfandgläubigers nach §§ 1281, 1283–1286. Natürlich kann die verpfändete Forderung erst dann eingezogen werden, wenn sie ihrerseits fällig ist. Ein eventuell bestehendes Kündigungsrecht kann nur der Gläubiger ausüben, nicht der Pfandgläubiger; eine Kündigung des Schuldners dagegen muss gegenüber dem Gläubiger und dem Pfandgläubiger erfolgen, § 1283 II. Ist die verpfändete Forderung fällig, steht das Recht zur Einziehung nur dem Gläubiger und Pfandgläubiger gemeinschaftlich zu, § 1281. Bewegliche Sachen muss der Schuldner dem Pfandgläubiger und Gläubiger zu einfachem, unmittelbarem Mitbesitz übertragen und sie dem Gläubiger übereignen. Bei einem Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks kann der Pfandgläubiger nicht verlangen, Mitbesitz zu erhalten. Eine Auflassung muss gegenüber dem Gläubiger und Pfandgläubiger erfolgen oder gegenüber dem Gläubiger mit Zustimmung des Pfandgläubigers; immer geht die Einigung auf Eigentumserwerb nur des Gläubigers, der auch allein als Eigentümer eingetragen wird. Leistet der Schuldner in Unkenntnis der Verpfändung nur an den Gläubiger, so wird er nach §§ 1275, 407 frei.

Hat der Schuldner gemäß § 1281 geleistet, so greift bezüglich des geleisteten Gegenstands das Surrogationsprinzip ein, § 1287. Bei beweglichen Sachen wird der Gläubiger aufgrund der Übereignung Eigentümer,²⁶ der Pfandgläubiger erwirbt gemäß § 1287, 1 ein Pfandrecht daran; entsprechendes gilt für geleistete Rechte. War ein Auflassungsanspruch verpfändet, so erwirbt der Pfandgläubiger an dem Grundstück eine Sicherungshypothek, sobald der Gläubiger das Eigentum erworben hat, § 1287, 2.

²⁵ Dagegen ist nach der ZPO der Inhaber der eingeklagten Forderung und des Pfändungspfandrechts der „Gläubiger“; deren Schuldner, der zugleich Gläubiger der gepfändeten Forderung ist, der „Schuldner“; der Schuldner der gepfändeten Forderung der „Drittschuldner“.

²⁶ Eventuell gutgläubig, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer ist; entscheidend ist der gute Glaube des Gläubigers. Erwirbt der Gläubiger kein Eigentum, tritt die Surrogation nicht ein.

- 24 *b) Nach Fälligkeit der gesicherten Forderung:* Nach Pfandreife wegen Fälligkeit der gesicherten Forderung verstärken sich die Rechte des Pfandgläubigers: Ist die verpfändete Forderung ihrerseits noch nicht fällig, kann ein eventuell bestehendes Kündigungsrecht nun sowohl vom Gläubiger als auch vom Pfandgläubiger ausgeübt werden, § 1283 III. Ist dagegen die verpfändete Forderung gleichfalls fällig, kann sich der Pfandgläubiger aus der verpfändeten Forderung befriedigen. Die Verwertung kann zwar im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, wie sie allgemein für Rechte vorgesehen ist, § 1277;²⁷ das Gesetz gibt dem Pfandgläubiger aber bei Forderungen eine einfachere Art der Verwertung, § 1282 I: Der Pfandgläubiger kann die verpfändete Forderung außergerichtlich einziehen; er allein ist insoweit verfügungsberechtigt. Geldforderungen darf er nur in Höhe seiner eigenen, gesicherten Forderung einziehen, § 1282 I 2. Ist die verpfändete Geldforderung durch ein Pfandrecht oder eine Hypothek gesichert, so kann der Pfandgläubiger auch diese Nebenrechte geltend machen, das Pfandrecht erstreckt sich auch hierauf.

Der Pfandgläubiger ist zur Einziehung der verpfändeten Forderung nicht nur berechtigt, er ist im Interesse des Gläubigers zur ordnungsgemäßen Einziehung verpflichtet, § 1285 II 1.

Hat der Pfandgläubiger die Forderung eingezogen, so greift dingliche Surrogation gemäß § 1287 ein (vgl. Rn. 23). Sie greift nur ein, wenn gemäß § 1282 an den Pfandgläubiger geleistet wird. Hat der Pfandgläubiger eine Geldforderung eingezogen, so gilt seine Forderung als berichtet, soweit ihm der eingezogene Betrag gebührt, § 1288 II. Insoweit erwirbt er das Eigentum am eingezogenen Geld.²⁸ Die verpfändete Forderung erlischt durch Erfüllung, eventuell bestehende weitere Pfandrechte daran erlöschen ebenfalls.

Ist die verpfändete Forderung verzinsbar, so kann der Pfandgläubiger die laufenden Zinsen einziehen und behalten, falls ihm ein Nutzungspfand (§ 1213) bestellt wurde. Andernfalls ergreift das Pfandrecht auch die Zinsforderung, § 1289, 1.

5. Pfandrecht an Wertpapieren

- 25 Für *Rektapapiere* bleibt es bei dem Grundsatz des § 1274 I 1, dass die Verpfändung in gleicher Weise erfolgt wie die Übertragung des Rechts. Diese Regel gilt auch für *Orderpapiere*; *Inhaberpapiere* werden gemäß § 1293 wie bewegliche Sachen nach den §§ 1204 ff. verpfändet.

Die Verwertung geschieht nach den allgemeinen Regeln der §§ 1277, 1282, bei Inhaberpapieren nach § 1233. Die Einziehung der Forderung gemäß § 1282 kann bei Order- und Inhaberpapieren nach § 1294 auch dann allein durch den Pfandgläubiger erfolgen, wenn die gesicherte Forderung noch nicht fällig ist; der Schuldner kann sich nur durch Leistung an den Pfandgläubiger befreien. Orderpapiere, die einen Börsen- oder Marktwert haben, können gemäß § 1295 freihändig nach den

²⁷ Vgl. Rn. 19.

²⁸ Vgl. § 1247, 1 sowie § 15 Rn. 39 f.

Regeln des § 1221 verkauft werden. Das Pfandrecht an einem Wertpapier erstreckt sich gemäß § 1296 nicht ohne weiteres auf Nebenpapiere wie Zins-, Renten-, Gewinnanteilsscheine; diese Nebenpapiere müssen selbständig verpfändet und dem Pfandgläubiger übergeben werden.

§ 17. Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers



Anwartschaften sind Erwerbsaussichten, also die begründete Erwartung, ein Recht zu erwerben. „Anwartschaft“ ist keineswegs ein fester juristischer Begriff, es gibt Anwartschaften der verschiedensten Art, mit mehr oder weniger sicherer Erwerbsaussicht, und jede dieser „Anwartschaften“ folgt ihren eigenen Regeln.¹ Das Anwartschaftsrecht (oder einfach „Anwartschaft“) des Vorbehaltskäufers ist ein dingliches Erwerbsrecht, welches das Eigentum belastet.² Nur von diesem Anwartschaftsrecht ist im Folgenden die Rede. 1

I. Entstehung des Anwartschaftsrechts

Um alle Konstruktionszweifel aus dem Weg zu räumen, hat das Gesetz in § 449 I eine Vermutung aufgestellt: Hat sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten, so ist darin im Zweifel eine Übereignung unter der aufschiebenden Bedingung zu sehen, dass der Kaufpreis vollständig gezahlt werde.³ Durch die Vereinbarung über den Eigentumsvorbehalt werden sowohl der Kaufvertrag als auch die Übereignung modifiziert; die Vereinbarung kann auch konkludent getroffen werden.⁴ 2

Der Vorbehaltskauf umfasst somit drei verschiedene Rechtsgeschäfte: 1. einen Kaufvertrag nach §§ 433 ff.; 2. eine Übereignung nach § 929, 1; 3. eine Vorbehaltsabrede, nach welcher die ersten beiden Teile für den Zweck eines Ratenkaufes modifiziert werden: Im Kaufvertrag wird die Pflicht des Käufers zur sofortigen Zahlung

¹ Vgl. etwa § 20 Rn. 12 ff. zur Auflassungsanwartschaft.

² Überblick bei Kindl, ZJS 2008, 477; Kritik an der h. M. unter Darlegung alternativer dogmatischer Konstruktionen bei Armgardt, JuS 2010, 486 ff.

³ Natürlich kann auch eine auflösende Bedingung vereinbart werden, so dass bei Nichtzahlung das Eigentum an den Vorbehaltsverkäufer zurückfällt.

⁴ Vgl. etwa OLG Köln WM 1996, 214; Nachfolgende Bestellungen nach vorangegangenen Lieferungen mit schriftlichem Eigentumsvorbehalt.

des Kaufpreises in eine künftige Verpflichtung zur Zahlung von Raten umgewandelt. Die Pflicht des Verkäufers zur sofortigen Übereignung wird darüber hinaus umgewandelt in die Pflicht, die Sache zwar sofort zu übereignen, der Erfolg soll aber erst bei vollständiger Zahlung des Kaufpreises eintreten. Durch die bedingte Übereignung erwirbt der Käufer ein dingliches Anwartschaftsrecht, das ihm den Erwerb des Eigentums sichert. Wie immer im deutschen Recht ist die dingliche Verfügung, welche das Eigentum des Verkäufers mit dem Anwartschaftsrecht des Käufers belastet, gemäß dem Abstraktionsprinzip unabhängig vom Bestehen des Kaufvertrags (Rn. 6), was von der h. M. allerdings verkannt wird. Das Anwartschaftsrecht macht jedoch keine Ausnahme von diesem Grundprinzip des deutschen Zivilrechts.

1. Kaufvertrag

- 3 Durch den Vorbehaltskauf wird die Pflicht der Parteien zu sofortiger Leistung (§§ 433, 320, 271 I) vertraglich abgeändert. Dem Käufer wird eine Zahlungsfrist gewährt, meist in der Form der Ratenzahlung. Der Verkäufer muss dem Käufer sofort den Besitz der Sache verschaffen, der Käufer hat also gegen den Verkäufer ein vertragliches Recht zum Besitz und zur Nutzung der Sache. Die Verpflichtung zur sofortigen Übereignung der Sache wird aufgehoben und ersetzt durch die Verpflichtung, die Sache sofort, aber unter der aufschiebenden Bedingung zu übereignen, dass der Kaufpreis vollständig gezahlt werde.

Kommt der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug, so kann der Verkäufer nicht ohne weiteres vom Kaufvertrag zurücktreten. Er muss vielmehr die Voraussetzungen der §§ 323 f. beachten, insbesondere eine Nachfrist setzen. Bei einem Teilzahlungsgeschäft ist § 508 zu beachten: Der Rücktritt ist nur unter den Voraussetzungen des § 498 möglich.

2. Übereignung

- 4 Der Eigentumsvorbehalt dient einmal der Sicherung des Verkäufers. Um sie zu erreichen, hätte es ausgereicht, die Übergabe sofort, die Übereignung erst nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises vorzunehmen. Eine solche Regelung wäre aber für den Käufer, insbesondere bei Ratenzahlung, unbefriedigend. Er wäre ungesichert und den Verfügungen des Verkäufers über die Sache sowie dem Zugriff von dessen Gläubiger darauf ausgesetzt. Aus diesem Grund sieht das Gesetz in § 449 I im Eigentumsvorbehalt eine sofortige, aber aufschiebend bedingte Übereignung der Sache; Bedingung ist die Zahlung des Kaufpreises. Auf diese Weise soll dem Käufer eine dingliche Rechtsposition eingeräumt werden, welche ihn gegen die genannten Gefahren schützt: das Anwartschaftsrecht.
- 5 a) *Entstehung*: Das Anwartschaftsrecht entsteht durch die aufschiebend bedingte Einigung über die Eigentumsübertragung und die Übergabe bzw. ein Übergabesur-

rogat entsprechend den §§ 929 ff. War der Verkäufer nicht Eigentümer, so kann der Käufer das Anwartschaftsrecht entsprechend den §§ 932–935 erwerben (*gutgläubiger Ersterwerb*⁵).

b) *Kausalität des Anwartschaftsrechts?* Problematisch ist die Frage nach dem Zusammenhang zwischen dem Entstehen und Fortbestehen des Anwartschaftsrechts und dem schuldrechtlichen Grundgeschäft. Nach h. M. besteht ein Abhängigkeitsverhältnis, so dass ohne wirksamen Kauf kein Anwartschaftsrecht bestehen kann (Kausalität).⁶ Die Übereignung sei durch die vollständige Zahlung des wirksam vereinbarten Kaufpreises bedingt, die Bedingung könne also nicht eintreten, wenn der Kaufpreisanspruch infolge Unwirksamkeit des Kaufvertrags nicht entstanden sei oder wegen Anfechtung, Rücktritt oder Aufhebung des Kaufvertrags erlösche. Der Schluss ist aber weder logisch zwingend noch praktisch befriedigend: Wenn die Bedingung nicht mehr eintreten kann, so kann aus dem Anwartschaftsrecht kein Eigentum mehr werden. Wieso folgt aber daraus, dass das Anwartschaftsrecht sich nicht mehr in Eigentum verwandeln kann, dass es auch nicht bestehen kann? Auch der Ersitzungsbesitz soll sich in Eigentum verwandeln; kann er das nicht mehr, weil der Besitzer bösgläubig geworden ist, so bleibt das einmal erworbene dingliche Recht „Ersitzungsbesitz“ dennoch bestehen.⁷ Es ist aber bereits fraglich, ob der Eintritt der Bedingung überhaupt einen wirksamen Kaufvertrag voraussetzt. Die Bedingung wird bei der dinglichen Einigung in der Vorbehaltsabrede vereinbart, sie besteht in der Zahlung bestimmter Geldsummen an den Verkäufer, so dass man auf die Wirksamkeit des Kaufvertrags durchaus verzichten kann, wenn die Interessenlage dies erfordert.⁸ Im Kaufvertrag modifiziert die Bedingung nur die Leistungspflichten, dessen Wirksamkeit ist für die bedingte Einigung irrelevant. Zwar kann infolge der Vertragsfreiheit auch die Wirksamkeit der Ratenvereinbarung zur Bedingung der Übereignung gemacht werden, davon ist aber keineswegs allgemein auszugehen.⁹

Die Annahme der Kausalität des Anwartschaftsrechts widerspricht dem im deutschen Recht generell herrschenden Abstraktionsprinzip. Die h. M. ist abzulehnen, ein dingliches Recht kann nicht durch eine schuldrechtliche Einwirkung auf den Kaufvertrag verlorengehen. Auch nach dem Sinn und Zweck des Eigentumsvorbehalts gibt es keinen Grund, von den anerkannten Grundsätzen des Sachenrechts abzugehen und die Bedingung an die Wirksamkeit eines Kaufvertrags anzuknüpfen. Auch die h. M. kann ihre systemwidrige kausale Verknüpfung von Kauf

⁵Dazu und zum gutgläubigen Zweiterwerb Rn. 17 ff.

⁶Vgl. etwa BGHZ 75, 225; Westermann/Gursky § 45 Rn. 9; Baur/Stürner § 59 Rn. 17; Medicus/Petersen Rn. 479; MünchKomm/Westermann § 449 Rn. 7; Wilhelm Rn. 2350 (anders aber Rn. 2336 Fn. 3554); Jauernig, JuS 1994, 721, 723; Hoffmann, JuS 2016, 289, 293. Gursky, AcP 199 (1999), 373 bezeichnet freilich die Kausalabhängigkeit der Anwartschaft als einen „die Konsistenz des Sachenrechts störenden Faktor“.

⁷Vgl. § 13 Rn. 13.

⁸Insoweit zutreffend Flume II § 42, 2; Wilhelm Rn. 2336 Fn. 3554 (gezahlt wird auf den vereinbarten Kaufpreis, nicht auf eine Kaufpreisforderung), 2355 f.

⁹Vgl. § 1 Rn. 28.

und Verfügung (Begründung des Anwartschaftsrechts) keineswegs durchhalten.¹⁰ Das Anwartschaftsrecht wird aus diesen Gründen entgegen der h. M. – wie alle anderen dinglichen Rechte auch – aufgrund eines abstrakten Vertrags begründet und übertragen.¹¹ Fehlt der Kaufvertrag, dann kann der Verkäufer seine Leistung kondizieren, also Rückgabe verlangen und Verzicht auf das Anwartschaftsrecht bzw. Rückübereignung der Sache. Der Käufer kann seine Zahlungen kondizieren.¹²

- 7 c) *Unbedingter Kaufvertrag*: Ist der Kaufvertrag ohne Eigentumsvorbehalt abgeschlossen, die dingliche Einigung aber unter der Bedingung der Zahlung des Kaufpreises, so wird darin regelmäßig eine entsprechende Abänderung des Kaufvertrags zu sehen sein. Ist der Eigentumsvorbehalt nicht im Kaufvertrag vereinbart, wird er aber eigenmächtig vom Verkäufer bei der Übereignung erklärt,¹³ so verletzt der Verkäufer damit den Kaufvertrag. Dennoch geht das Eigentum nicht über, da keine unbedingte Einigung i. S. v. § 929 vorliegt. Ist der Käufer mit der Bedingung einverstanden, so erwirbt er ein Anwartschaftsrecht, andernfalls kommt eine dingliche Einigung überhaupt nicht zustande.¹⁴ Der Käufer kann unbedingte Übereignung verlangen, der Verkäufer hat die Einrede des nichterfüllten Vertrags, § 320.

II. Inhalt des Anwartschaftsrechts

- 8 Nach h. M. ist das Anwartschaftsrecht ein dem Eigentum „wesensgleiches Minus“;¹⁵ der Gebrauch solcher Formeln ist ungefährlich, solange man daraus keine Folgerungen zieht oder meint, etwas über das Recht ausgesagt zu haben. Das Anwartschaftsrecht ist ein verdinglichtes Recht i. S. v. § 1007.¹⁶ Der dingliche Charakter des Anwartschaftsrechts wird von der h. M. anerkannt;¹⁷ auch die Rechtsprechung behandelt

¹⁰ Überträgt der Käufer sein Anwartschaftsrecht auf einen Dritten und vereinbart er nun mit dem Verkäufer die Aufhebung des Kaufvertrags, so bleibt dem Dritten sein Anwartschaftsrecht erhalten; es wandelt sich durch Zahlung an den Verkäufer in Eigentum um, vgl. Rn. 24 Fn. 67.

¹¹ Vgl. Stoll, ZHR 128, 241; Flume II § 42, 2; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 162; Bülow Rn. 774, 784 und DB 2002, 2090; Wilhelm Rn. 2336 Fn. 3554; HKK/Finkenauer §§ 158–163 Rn. 29 ff.; Rinke, Die Kausalabhängigkeit des Anwartschaftsrechts aus Eigentumsvorbehalt, 1998, 113 ff.; Minthe, Die Übertragung des Anwartschaftsrechts durch einen Nichtberechtigten, 1997, 39 ff.

¹² Ebenso wenig ist das Anwartschaftsrecht akzessorisch, insbesondere hängt es nicht vom Bestand der Kaufpreisforderung ab. Das Anwartschaftsrecht des Käufers kann nicht die Kaufpreisforderung des Verkäufers sichern, wie könnte auch ein Recht des Schuldners die Forderung eines Gläubigers sichern!

¹³ Die Bedingung muss spätestens bei der dinglichen Einigung erklärt werden.

¹⁴ Vgl. BGHZ 64, 397.

¹⁵ Vgl. z. B. BGHZ 28, 21; 35, 89. Die Formulierung stammt von Schwister, JW 1933, 1764.

¹⁶ Vgl. dazu § 13.

¹⁷ Bülow Rn. 773; Jauernig/Berger § 929 Rn. 43; Baur/Stürner § 59 Rn. 32 ff.; Westermann/Westermann § 43 Rn. 14; Prütting Rn. 392; Müller-Laube, JuS 1993, 529 f.; NK/Meller-Hannich § 929 Rn. 81; Wilhelm Rn. 2337; zu abweichenden Theorien unten Fn. 20 sowie BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 160.1; HKK-Finkenauer §§ 158–163 Rn. 21 ff.

das Anwartschaftsrecht als dingliches Recht.¹⁸ Die Leugnung der Dinglichkeit des Anwartschaftsrechts bringt keine Vorteile, wohl aber dogmatische Schwierigkeiten.¹⁹ In Anbetracht der aus § 1007 sich ergebenden Verdinglichung der Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers lässt sich in der Tat die Dinglichkeit des Anwartschaftsrechts schlecht leugnen.²⁰ Mit dem Eintritt der Bedingung erstarkt das Anwartschaftsrecht zum Eigentum. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt der Verkäufer Eigentümer, wenn auch – wirtschaftlich gesehen – dieses Eigentum die Funktion eines Pfandrechts hat, indem es die Ansprüche des Verkäufers gegen den Käufer sichert.²¹

1. Stellung des Verkäufers

Da der Verkäufer auch nach Übertragung der Sache auf den Käufer Eigentümer bleibt, bleibt er zur Verfügung befugt; seine Verfügung ist jedoch insoweit unwirksam, als sie den Eigentumserwerb des Vorbehaltskäufers beeinträchtigen würde, § 161 I, III (s. auch Rn. 12 f.).

Zudem bleibt der Vorbehaltsverkäufer Eigenbesitzer. Der Käufer wird Fremdbesitzer und vermittelt dem Verkäufer den Besitz; dieser ist mittelbarer Eigenbesitzer, der Käufer unmittelbarer Fremdbesitzer. Der Käufer genießt also den possessoriischen Besitzschutz nach §§ 861 ff., der Verkäufer hat die Rechte aus § 869. Als Eigentümer genießt der Verkäufer weiter den Eigentumsschutz nach den §§ 985 ff.,²² 823, 812 usw. Pfändet ein Gläubiger des Käufers die Sache, so steht dem Eigentümer die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO zu.²³ Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Käufers kann der Verkäufer, ohne Nachfrist zu setzen, gemäß § 323 I, II Nr. 1 vom Kaufvertrag zurücktreten und die Sache nach § 47 InsO aussondern, wenn der Insolvenzverwalter nach § 103 II InsO die Erfüllung ablehnt. Wählt er dagegen gemäß § 103 I InsO Erfüllung, sind die ausstehenden Raten in voller Höhe aus der Masse zu zahlen (§ 55 I Nr. 2 InsO), ansonsten der Vorbehaltsverkäufer zurücktreten und aussondern kann.²⁴

¹⁸ Vgl. etwa RGZ 140, 23; BGHZ 34, 124, wonach die Anwartschaft zwar kein dingliches Recht ist, diesem aber doch nahe kommt; anders noch BGHZ 10, 69 ff.

¹⁹ Vgl. etwa Lux, Jura 2004, 145 ff.

²⁰ Es wird die Ansicht vertreten, die Anwartschaft sei als Pfandrecht zu verstehen, vgl. Harke, JuS 2006, 385. Indessen ist das Pfandrecht kein Erwerbsrecht wie das Anwartschaftsrecht, sondern ein Verwertungsrecht. Wie das Pfandrecht bewirken könnte, bei der Zahlung der letzten Kaufpreiskrate zum Eigentum zu werden, ist unklar. Das Pfandrecht gibt auch kein Recht zur Nutzung der Sache, das doch dem Anwartschaftsberechtigten zusteht.

²¹ Wolff/Raiser § 2 Fn. 13.

²² Er kann von jedem Drittbesitzer Herausgabe an den Vorbehaltskäufer verlangen, § 986 I 2.

²³ BGH NJW 1971, 799, 800.

²⁴ BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 202. – Überträgt der Verkäufer sein Vorbehaltseigentum allerdings auf einen Geldkreditgeber, soll sich dieses funktional in Sicherungseigentum verwandeln, das nur zu *abgesonderter* Befriedigung berechtigt (dazu § 18 Rn. 11); vgl. BGHZ 176, 86 Rn. 23 ff., 29,

Kommt der Käufer mit der Zahlung der vereinbarten Raten in Verzug, so kann der Verkäufer unter den Voraussetzungen der §§ 323 f. vom Vertrag zurücktreten.²⁵ Durch den Rücktritt wird der Kaufvertrag in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt, das Anwartschaftsrecht wird jedoch – entgegen der h. M. (Rn. 6) – in seinem Bestand davon nicht betroffen.²⁶ Neben dem Rücktrittsrecht steht dem Verkäufer gemäß § 449 II nicht das Recht zu, wahlweise den Eigentumsvorbehalt geltend machen und seine Sache gemäß § 985 vom Käufer herauszuverlangen.

2. Stellung des Käufers

- 10 a) *Schutz des Anwartschaftsrechts*: Der Käufer hat als Inhaber eines dinglichen Anwartschaftsrechts ein Recht zum Besitz gegenüber jedermann;²⁷ er kann die Sache nach § 1007 von jedem Besitzer herausverlangen,²⁸ es sei denn, dieser habe die Sache gemäß § 936 frei von dem Anwartschaftsrecht erworben.

Der Käufer als Inhaber des dinglichen Anwartschaftsrechts ist aber nicht nur durch den Herausgabeanspruch aus § 1007 geschützt, sondern auch gegen andere Störungen entsprechend den §§ 1004–1006.²⁹ Gegen Zerstörung oder Beschädigungen ist er nach § 823 I geschützt³⁰ bzw. nach den §§ 1007 III 2, 989 ff., wenn der Schädiger die Sache im Besitz hatte. Der Vorbehaltskäufer macht sein Anwartschaftsinteresse geltend.³¹

- 11 b) *Verfügungen des Verkäufers*: Obwohl der Verkäufer bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung noch verfügen kann (Rn. 9), ist die Erwerbsaussicht des Käufers im Anwartschaftsrecht vollständig abgesichert, sie kann ihm nicht entzogen werden, solange er die Sache in seinem unmittelbaren Besitz behält. Der Verkäufer kann den Bedingungseintritt und den Eigentumserwerb des Käufers nicht verhindern:

36; anders für die Übertragung an einen Factor im Rahmen eines echten Factorings BGH NJW 2014, 2358 Rn. 16 f.; krit. zur ersten Entscheidung Kieninger, FS Canaris, 2017, 648 f.

²⁵ Vgl. dazu Bülow Rn. 723.

²⁶ Bülow Rn. 783 f.; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 173.1.

²⁷ Anders noch BGH NJW 1953, 1099. Heute ist das dingliche Besitzrecht weitgehend anerkannt, s. nur BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 175, 188.1; Soergel/Henssler § 929 Anh. Rn. 62, 79; anders MünchKomm/Baldus § 986 Rn. 18; offengelassen von BGH NJW 2006, 3488 Rn. 21. Wer ein dingliches Besitzrecht des Käufers leugnet, kann ihm nur ein Besitzrecht aus dem Kaufvertrag zugestehen, das aber nicht gegen Dritte und gegen den Eigentümer wirkt, wenn dieser nicht der Verkäufer ist; so Zeranski, AcP 203 (2003), 693 ff.

²⁸ So auch Bülow Rn. 773; MünchKomm/Baldus § 985 Rn. 7; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 188; Rinke, Kausalabhängigkeit (Fn. 11), 73 ff. Die h. M. gewährt den Anspruch analog § 985, vgl. Soergel/Henssler § 929 Anh. Rn. 82; Wilhelm Rn. 2366.

²⁹ Vgl. § 13 Rn. 25.

³⁰ BGH JR 1957, 419, 420.

³¹ Zur Aufteilung des Ersatzes zwischen Vorbehaltskäufer und Vorbehaltsverkäufer (Rn. 8) vgl. BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 189.

aa) Veräußerung des Eigentums an einen Dritten: Während der Schwebezeit kann der Verkäufer nach §§ 929, 930 über die Sache verfügen, indem er ein Besitzmittlungsverhältnis zugunsten des dritten Erwerbers begründet, ihn zum mittelbaren Besitzer zweiter Stufe macht; oder er veräußert sie nach §§ 929, 931, indem er seinen Herausgabeanspruch gegen den Käufer an den Erwerber abtritt. Die Verfügung ist zunächst wirksam, der Dritte wird Eigentümer. Der Käufer kann aber dem Erwerber sein Besitzrecht aus dem Kaufvertrag entgegenhalten, § 986 II;³² darüber hinaus gibt ihm das Anwartschaftsrecht als dingliches Recht ein Besitzrecht gegenüber jedermann, § 986 I 1. Zahlt der Käufer den Kaufpreis vollständig an den Verkäufer, so tritt die Bedingung ein, der Inhaber des Anwartschaftsrechts wird Eigentümer: Mit Eintritt der Bedingung wird die zweite Verfügung unwirksam, § 161 I 1, das Eigentum fällt an den Verkäufer zurück und geht auf den Käufer über. 12

bb) Gutgläubig lastenfreier Erwerb? Wie steht es mit dem Vertrauensschutz des dritten Erwerbers, dessen guter Glaube nach § 161 III zu berücksichtigen ist? Der Erwerber erwirbt vom Verkäufer als Berechtigtem; er erlangt aber Eigentum, das mit dem Anwartschaftsrecht des Käufers belastet ist. Es käme also ein gutgläubig lastenfreier Erwerb nach §§ 936 I, 934 in Betracht, da der Verkäufer als Veräußerer mittelbaren Besitz hatte. Aufgrund des Prinzips aber, dass gutgläubiger Erwerb gegen den unmittelbaren Besitzer nicht möglich ist, schließt § 936 III einen solchen Erwerb aus. 13

c) Insolvenz des Verkäufers: Wird der Verkäufer insolvent, so ist der Käufer durch sein Anwartschaftsrecht gesichert. Dieses kann der Insolvenzverwalter auch nicht dadurch zu Fall bringen, dass er gemäß § 103 InsO die Erfüllung ablehnt; denn gemäß § 107 I 1 InsO kann der Käufer Erfüllung des Vertrags verlangen, so dass er aus der Masse Eigentum erwirbt, wenn er den Kaufpreis tilgt.³³ Das Anwartschaftsrecht ist also insolvenzfest.³⁴ 14

d) Kausalität: Eine Schwäche des Anwartschaftsrechts ergibt sich dann, wenn man mit der h. M. annimmt, es sei in Entstehung und Bestand von der Wirksamkeit des Kaufvertrags abhängig; diese Auffassung ist abzulehnen, das Anwartschaftsrecht ist als dingliches Recht wie jedes andere abstrakt (Rn. 6). 15

e) Bedingungseintritt: Mit Eintritt der Bedingung erwirbt der Inhaber des Anwartschaftsrechts unmittelbar Eigentum. Verhindert der Vorbehaltsverkäufer treuwidrig den Bedingungseintritt, indem er die Restzahlung nicht annimmt, gilt § 162.³⁵ 16

³² Das gilt nach h. M. entgegen dem Wortlaut auch für den Fall der Veräußerung nach § 930 (s. § 12 Rn. 12).

³³ Einer Erfüllungswahl bedarf es entgegen dem Wortlaut des § 107 InsO nicht, beide Seiten bleiben verpflichtet; vgl. BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 191.

³⁴ Vgl. zum Anwartschaftsrecht in der Zwangsvollstreckung und in der Insolvenz Haas/Beiner, JA 1998, 23 ff.

³⁵ Palandt/Ellenberger § 162 Rn. 4.

III. Verfügungen über das Anwartschaftsrecht; Pfändung

- 17 Über das Anwartschaftsrecht kann in gleicher Weise verfügt werden wie über das Eigentum an der Sache;³⁶ hierin liegt die wirtschaftliche Bedeutung des Anwartschaftsrechts, das auf diese Weise finanziell genutzt werden kann.

1. Übertragung des Anwartschaftsrechts

- 18 a) *Erwerb vom Berechtigten*: Der Vorbehaltskäufer kann sein Anwartschaftsrecht entsprechend §§ 929–931 übertragen.³⁷ Der Vorbehaltsverkäufer muss dabei nicht mitwirken.³⁸ Veräußert der Vorbehaltskäufer nicht sein Anwartschaftsrecht, sondern die Sache selbst, d. h. überträgt er deren Eigentum, so handelt er als Nichtberechtigter. Der Erwerber kann das Eigentum gutgläubig erwerben. Geschieht das nicht, so ist zu prüfen, ob die Übereignung nach dem hypothetischen Willen der Parteien in eine Übertragung des Anwartschaftsrechts umgedeutet werden kann, § 140; das wird in der Regel zu bejahen sein.³⁹

Hat der Vorbehaltskäufer das Anwartschaftsrecht entsprechend §§ 929, 930 auf einen Dritten übertragen, z. B. zur Sicherung einer Forderung, so entsteht Nebenbesitz:⁴⁰ Der Käufer als unmittelbarer Fremdbesitzer vermittelt dem Verkäufer mittelbaren Eigenbesitz, dem Erwerber des Anwartschaftsrechts mittelbaren Fremdbesitz.

- 19 b) *Gutgläubiger Ersterwerb des Anwartschaftsrechts*: Der Käufer kann das Anwartschaftsrecht auch gutgläubig gemäß §§ 1007 III 1 (1), 932–935 erwerben, wenn der Verkäufer sich als Eigentümer ausgibt.⁴¹ Natürlich darf die Sache dem Berechtigten nicht abhanden gekommen sein, andernfalls ist ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich und der Berechtigte behält seinen Anspruch auf Herausgabe der Sache, § 1007 II. Der gutgläubige Ersterwerb ist allgemein anerkannt (Rn. 5). Guter Glaube

³⁶ BGH NJW 1958, 1133, 1134.

³⁷ Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob er gemäß dem Vertrag mit dem Verkäufer verpflichtet ist, nur mit Zustimmung des Verkäufers über die Anwartschaft zu verfügen. Das kann im Interesse des Verkäufers liegen, weil dieser ohne Schwierigkeit auf die Sache nur zugreifen kann, wenn sie sich noch beim Käufer befindet. Ob eine solche Verpflichtung des Käufers gegeben ist, ist durch Auslegung der Vereinbarungen mit dem Verkäufer zu ermitteln. Nur wenn sich Anhaltspunkte dafür finden, ist von einem Verfügungsverbot nach § 137, 1 auszugehen, das aber lediglich eine schuldrechtliche Bindung des Käufers bewirkt; vgl. dazu Bülow Rn. 780; Rinke, Kausalabhängigkeit (Fn. 11), 96.

³⁸ Regelmäßig verletzt der Vorbehaltskäufer jedoch seine Pflichten aus dem Kaufvertrag, wenn er den Besitz an der Sache nach § 929 auf den Erwerber überträgt, weil sie dem Verkäufer ja weiterhin als Sicherheit dient und dieser ein Interesse daran hat, auf sie beim Käufer zuzugreifen; anders liegt es bei einer Übertragung nach §§ 929, 930; vgl. BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 170.

³⁹ Vgl. BGHZ 35, 91; Serick I 257; Palandt/Herrler § 929 Rn. 45.

⁴⁰ Vgl. § 6 Rn. 14; a. A. z. B. BGHZ 28, 27.

⁴¹ Vgl. etwa Bülow Rn. 793; Rinke, Kausalabhängigkeit (Fn. 11), 195 f.

muss zur Zeit der Einigung und Übergabe bestehen, aber nicht mehr zur Zeit des Bedingungsseintritts.⁴²

c) *Gutgläubiger Zweiterwerb des Anwartschaftsrechts*: Umstritten ist dagegen die Frage, ob ein nichtbestehendes oder ein zwar bestehendes, aber nicht dem Verfügenden zustehendes Anwartschaftsrecht gutgläubig erworben werden kann. Hier geht die Absicht der Parteien nicht darauf, ein Anwartschaftsrecht erst zu begründen, sondern ein angeblich bestehendes Anwartschaftsrecht weiter zu übertragen. Dabei sind verschiedene Fallgestaltungen möglich: 20

aa) *Anwartschaftsrecht eines Dritten*: Denkbar ist es, dass jemand sich fälschlich als Inhaber eines einem anderen zustehenden Anwartschaftsrechts ausgibt: Der Vorbehaltskäufer K hat die Sache an M verliehen, M behauptet, er habe die Sache unter Eigentumsvorbehalt gekauft, und überträgt dem Erwerber D das Anwartschaftsrecht. Ob D gutgläubig ein Anwartschaftsrecht erwerben kann, ist streitig.

Nach einer Ansicht ist hier gutgläubiger Erwerb entsprechend §§ 932 ff. nicht möglich:⁴³ M habe den Rechtsschein aus seinem Besitz selbst zerstört, als er dem D mitgeteilt habe, dass er nicht Eigentümer, sondern nur Inhaber eines Anwartschaftsrechts sei. Das geht jedoch von der irrigen Prämisse aus, dass der Besitz als Rechtsschein immer nur für das Eigentum spreche. In Wirklichkeit spricht der Besitz für das dingliche Recht, das der Besitzer für sich in Anspruch nimmt.⁴⁴ Behauptet der Besitzer, ein Pfandrecht zu haben, so spricht der Besitz dafür, vgl. §§ 1227, 1006; nimmt der Besitzer ein dingliches Anwartschaftsrecht für sich in Anspruch, so ist der Besitz Rechtsschein für dieses. Auf diesen Rechtsschein hat der Erwerber vertraut, daher sind gemäß § 1007 III 1 (1) die §§ 932–936 anwendbar; gutgläubiger Erwerb wird daher von der h. M. zu Recht zugelassen.⁴⁵

bb) *Inexistentes Anwartschaftsrecht*: Die h. M.⁴⁶ schließt einen gutgläubigen Zweiterwerb jedoch dann aus, wenn kein wirksamer Vorbehaltskauf besteht. In einem solchen Fall entstehe kein Anwartschaftsrecht, und auch die Bedingung – vollständige Zahlung des Kaufpreises – könne nicht eintreten. Wenn M sich etwa vom Eigentümer eine Sache ausleiht und behauptet, er habe sie unter Eigentumsvorbehalt von E gekauft, und wenn er nun sein angebliches Anwartschaftsrecht an D veräußert, so soll gutgläubiger Erwerb nicht möglich sein. Diese Ansicht ist abzulehnen, sie beruht auf der irrigen Annahme der Kausalität des Anwartschaftsrechts (Rn. 6). Aber das Anwartschaftsrecht ist nicht abhängig vom Kaufvertrag, es entsteht mit der bedingten Übereignung, und die Bedingung, die Zahlung der in der dinglichen Einigung vereinbarten Raten, kann sehr wohl noch eintreten. 21

⁴² Vgl. § 10 Rn. 13.

⁴³ Etwa Medicus/Petersen Rn. 475; Flume II § 42, 4 c; MünchKomm/Westermann § 449 Rn. 59.

⁴⁴ Vgl. § 12 Rn. 92.

⁴⁵ So zutreffend z. B. Prütting Rn. 393; Baur/Stürner § 59 Rn. 39; Soergel/Henssler § 929 Anh. Rn. 86; Bülow Rn. 796 f.; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 178.

⁴⁶ Vgl. Medicus/Petersen Rn. 475; Baur/Stürner § 59 Rn. 40; Westermann/Gursky § 45 Rn. 9; Serick I 271 f.; Brox, JuS 1984, 662.

Baur nennt das Ergebnis der h. M. mit Recht verblüffend.⁴⁷ Hätte der Verfügende sich als Eigentümer ausgegeben, so hätte der Erwerber gutgläubig nach § 932 Eigentum erworben. Das zeigt, dass das Ergebnis der h. M. den Prinzipien der gesetzlichen Regelung widerspricht. Es entspricht unserer Rechtsordnung, dass dingliche Rechte vom Nichtberechtigten erworben werden können, wenn der Erwerber gutgläubig ist, die Sache nicht abhanden gekommen ist und ein Rechtsschein besteht. Rechtsschein ist der Besitz des Veräußerers, er spricht für das Recht, das der Veräußerer zu haben behauptet. Behauptet also der Besitzer, die Sache unter Eigentumsvorbehalt gekauft zu haben, also ein Anwartschaftsrecht zu haben, so kann der Erwerber gutgläubig ein Anwartschaftsrecht erwerben.⁴⁸ Eine Nachforschungspflicht obliegt dem Erwerber nur in dem Umfang, wie sie allgemein erforderlich ist, um eine grobe Fahrlässigkeit auszuschließen.⁴⁹

- 22 *cc) Geringeres Anwartschaftsrecht:* Schließlich soll nach h. M. dem Erwerber sein guter Glaube nicht helfen, wenn der Vorbehaltskäufer, der erst eine von zehn Raten gezahlt hat, bei der Übertragung seines Anwartschaftsrechts behauptet, er habe schon neun Raten gezahlt.⁵⁰ Auch hier muss aber ein gutgläubiger Zweiterwerb möglich sein. Der Käufer erwirbt ein Anwartschaftsrecht bestimmten Inhaltes, der Inhalt wird durch die in der Einigung enthaltene Bedingung bestimmt. Veräußert er das Anwartschaftsrecht mit der Behauptung eines anderen Inhalts an einen gutgläubigen Erwerber, so muss dieser nach den allgemeinen Regeln entsprechend seinem guten Glauben geschützt werden.

Behauptet also der Veräußerer, ein Anwartschaftsrecht des Inhalts zu haben, dass bereits neun von zehn Raten gezahlt seien, so kann ein gutgläubiger Erwerber ein Anwartschaftsrecht solchen Inhalts erwerben. § 1007 III 1 geht ganz allgemein von der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs verdinglichter Rechte aus:⁵¹ Die Vorschrift schließt den Erwerb solcher Rechte und deren Geltendmachung nur aus, wenn der Besteller des Rechts nichtberechtigt und der Erwerber bösgläubig war. Er kann durch die Zahlung der ausstehenden Raten an den Eigentümer Eigentum erwerben.⁵²

- 23 *d) Direkterwerb:* Das Anwartschaftsrecht bewirkt nach zutreffender h. M.,⁵³ dass ihr jeweiliger Inhaber mit Eintritt der Bedingung unmittelbar Eigentum erwirbt. Das Eigentum läuft also nicht durch das Vermögen der früheren Anwartschaftsinhaber bis zum jetzigen Inhaber (Durchgangserwerb), sondern geht unmittelbar vom Verkäufer auf den Anwartschaftsinhaber zur Zeit des Bedingungseintritts über. Die früheren Anwartschaftsinhaber werden nicht einmal eine juristische Sekunde lang

⁴⁷ Baur/Stürner § 59 Rn. 40.

⁴⁸ So zutreffend BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 180; Bülow Rn. 797; Minthe, Übertragung des Anwartschaftsrechts (Fn. 11), 130 ff.; s. auch Palandt/Herrler § 929 Rn. 46.

⁴⁹ Vgl. § 10 Rn. 9; Minthe, Übertragung des Anwartschaftsrechts (Fn. 11), 142 ff.

⁵⁰ BeckOK/Kindl § 929 Rn. 84; Erman/Bayer § 929 Rn. 36; Palandt/Herrler § 929 Rn. 46.

⁵¹ Vgl. dazu Wieling § 13 I 4 b.

⁵² BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 179; Rinke, Kausalabhängigkeit (Fn. 11), 199 f. m. w. N. in Fn. 293; Bülow Rn. 800.

⁵³ Vgl. z. B. BGHZ 20, 88 ff.; 35, 87; Prütting Rn. 394; Westermann/Westermann § 43 Rn. 33; Baur/Stürner § 59 Rn. 34; Bülow Rn. 788; BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 163.

Eigentümer, wie dies ohne Anwartschaftsrecht der Fall wäre. Dadurch wird verhindert, dass die Sache mit Rechten belastet wird, die bei einem früheren Inhaber des Anwartschaftsrechts nach dessen Veräußerung entstanden sind. Beispiele: K hat Sachen von V unter Eigentumsvorbehalt gekauft, sein Anwartschaftsrecht überträgt er zur Sicherung einer Schuld an seinen Gläubiger G. Nunmehr pfändet ein Gläubiger des K die Sachen oder ordnet K sie in einen Haftungsverband ein: Er bringt sie in eine gemietete Wohnung ein, weshalb an ihnen ein Vermieterpfandrecht nach § 562 entsteht, oder er macht sie zum Zubehör eines hypothekenbelasteten Grundstücks, § 1120 (Hypothekenhaftung). In beiden Fällen ergreift das Pfandrecht die Sachen nicht, weil sie dem Schuldner K nicht gehören.⁵⁴ Zahlt K die letzte Rate, so würde er bei einem Durchgangserwerb gemäß § 185 II 1 Eigentümer, das Pfandrecht ergreife die Sache und nach einer juristischen Sekunde⁵⁵ ginge das Eigentum belastet auf den Gläubiger G über. Der Erwerb des Anwartschaftsrechts wäre auf diese Weise ein unsicheres Geschäft; geht man dagegen vom Direkterwerb des G aus, so erwirbt dieser das Eigentum unmittelbar von V, also unbelastet. Erst der Direkterwerb gibt dem Anwartschaftsrecht die Sicherheit, welche seine wirtschaftliche Bedeutung begründet.

Bei Fällen der genannten Art ist aber zu beachten, dass das Anwartschaftsrecht ebenso wie das Eigentum mit Pfandrechten belastet sein kann. Eine solche Belastung des Anwartschaftsrechts tritt immer dann ein, wenn bei einem früheren Anwartschaftsinhaber die belastenden Rechte in der Zeit entstehen, in welcher er noch Inhaber des Anwartschaftsrechts ist, es noch nicht übertragen hat. Ist ein Anwartschaftsrecht mit Pfandrechten belastet, so setzen sich diese am Eigentum fort, wenn das Anwartschaftsrecht zum Eigentum erstarkt.⁵⁶ Hat also im obigen Beispiel K sein Anwartschaftsrecht erst dann an G abgetreten, nachdem die Sache gepfändet oder in den Haftungsverband eingeordnet war, so erwirbt G ein belastetes Anwartschaftsrecht,⁵⁷ es sei denn, es liege ein Fall gutgläubig lastenfreien Erwerbs nach § 936 vor. Mit dem Erstarken des Anwartschaftsrechts zu Eigentum setzen sich die Belastungen am Eigentum fort.

2. Verpfändung des Anwartschaftsrechts

Das Anwartschaftsrecht kann mit einem Pfandrecht belastet werden, entsprechend §§ 1205 ff. Will der Vorbehaltskäufer den unmittelbaren Besitz behalten, wird er eine Sicherungsübertragung des Anwartschaftsrechts entsprechend § 930 vorziehen. Tritt die Bedingung ein, setzt sich das Pfandrecht am Eigentum fort. Das

24

⁵⁴Das Pfandrecht kann auch nicht das Anwartschaftsrecht ergreifen, da dieses zuvor an G übertragen wurde.

⁵⁵Vgl. dazu § 9 Rn. 43 f.

⁵⁶Vgl. Westermann/Westermann § 43 Rn. 36.

⁵⁷Vgl. § 9 Rn. 44; ferner BGHZ 35, 86 ff.; BGH NJW 1965, 1475 f.; Flume II § 42, 4 h; Brox, JuS 1984, 663.

Pfandrecht kann der Pfandgläubiger verwerten, indem er den Restkaufpreis zahlt und so die Bedingung eintreten lässt. Er kann dann das Pfand nach §§ 1220 ff. verkaufen; zur sofortigen Zahlung ist er nach §§ 267, 271 II berechtigt.⁵⁸

3. Pfändung des Anwartschaftsrechts

- 25 Bei der Pfändung des Anwartschaftsrechts wird nicht die Sache selbst, sondern das Anwartschaftsrecht gepfändet. Das Eigentum des Verkäufers wird dadurch nicht betroffen. Die Pfändung erfolgt entweder nach den Regeln der Rechtspfändung, § 857 ZPO,⁵⁹ oder nach den Regeln der Sachpfändung, §§ 808 ff. ZPO.⁶⁰ Beide Ansichten führen zu ähnlichen Ergebnissen; der Mangel der Publizität bei der Rechtspfändung sowie die Art der Übertragung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts lassen eine Anwendung der §§ 808 ff. ZPO angemessener erscheinen.

Keinesfalls ist aber – entgegen der h. M.⁶¹ – eine Doppelpfändung gemäß § 857 und § 808 ZPO erforderlich. Eine solche Doppelpfändung ist nicht nur kompliziert und teuer, sondern auch überflüssig. Eine Pfändung des Anwartschaftsrechts reicht völlig aus, da sich das Pfandrecht an dem Anwartschaftsrecht automatisch am Eigentum fortsetzt. Die Pfändung der Sache ist allerdings ein rechtswidriger Eingriff in das Eigentum des Verkäufers, der dagegen mit der Klage aus § 771 ZPO vorgehen kann.

Die Verwertung ist am einfachsten dadurch möglich, dass der Gläubiger den Restkaufpreis begleicht und so ein Sachpfand erwirbt, das er durch Versteigerung verwertet, §§ 814 ff. ZPO.

IV. Erlöschen des Anwartschaftsrechts

- 26 a) *Erlöschensgünde*: Das Anwartschaftsrecht erlischt, wenn es zum Eigentum erstarkt, sei es durch Eintritt der Bedingung, sei es durch Verzicht des Verkäufers auf die Bedingung. Das Anwartschaftsrecht kann weiter etwa durch gutgläubig lastenfreien Erwerb erlöschen oder durch Verarbeitung seitens des Vorbehaltskäufers (§ 950).⁶² Das Anwartschaftsrecht geht unter durch Verzicht des Inhabers des Anwartschaftsrechts, entsprechend §§ 1064, 1255, ebenso durch eine entsprechende Vereinbarung zwischen Verkäufer und Inhaber des Anwartschaftsrechts. Hat der

⁵⁸ S. BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 181 f.

⁵⁹ So z. B. Baur/Stürner § 59 Rn. 41; Erman/Bayer § 929 Rn. 33.

⁶⁰ So v. Tuhr II/2, 308; Brox, JuS 1984, 665; Hübner, NJW 1980, 733; Bülow Rn. 820.

⁶¹ Vgl. z. B. BGH NJW 1954, 1325 ff.; Serick I 305; NK/Meller-Hannich § 929 Rn. 106; Soergel/Henssler § 929 Anh. Rn. 170 f.

⁶² Zur Frage der Wirksamkeit einer Verarbeitungsklausel oben § 11 Rn. 25 und BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 198.1.

Käufer das Anwartschaftsrecht übertragen, so steht die Verfügungsbefugnis über das Anwartschaftsrecht nur dem neuen Inhaber zu. Ist das Anwartschaftsrecht übertragen, verpfändet oder nach § 1120 in den Haftungsverband einer Hypothek gekommen, so ist zur Aufhebung des Anwartschaftsrechts die Zustimmung des Erwerbers, Pfandgläubigers oder Hypothekars erforderlich, entsprechend §§ 1071, 1276. Die Ansicht des BGH,⁶³ das von der Hypothekenhaftung ergriffene Anwartschaftsrecht könne durch Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer aufgehoben und so das Recht des Hypothekars zunichte gemacht werden, ist nicht haltbar.⁶⁴ Die vom BGH vorgebrachten Argumente können nicht überzeugen.⁶⁵ Ein dingliches Recht kann nicht ohne die Zustimmung des Inhabers durch Rechtsgeschäfte Dritter vernichtet oder beeinträchtigt werden.⁶⁶ Verträge zu Lasten Dritter gibt es weder im Schuld- noch im Sachenrecht.

b) *Aufhebung des Kaufvertrags?* Ebenso wenig kann eine Aufhebung des Kaufvertrags den Bestand des Anwartschaftsrechts beeinträchtigen, etwa wenn der Vorbehaltskäufer nach § 437 Nr. 2 zurücktritt oder den Kaufvertrag anfight. Die h. M., welche den Bestand des Anwartschaftsrechts kausal vom Kaufvertrag abhängen lässt (Rn. 6), schafft sich dadurch erhebliche Probleme, wenn nämlich der Inhaber des Anwartschaftsrechts dieses auf einen Dritten überträgt und nun durch Vereinbarung mit dem Verkäufer den Kaufvertrag aufhebt. Es sollte selbstverständlich sein, dass das von dem Dritten erworbene Anwartschaftsrecht nicht durch einen Vertrag zu Lasten Dritter, durch eine Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer vernichtet oder verschlechtert werden kann.⁶⁷ Die h. M., die eine Vertragsaufhebung auch gegen den Erwerber wirken lassen will,⁶⁸ vernachlässigt in untragbarer Weise dessen Interessen.

Die Unmöglichkeit, das bereits übertragene Anwartschaftsrecht nachträglich aufzuheben, kann aber nicht damit begründet werden, in der Aufhebung des Kaufvertrags liege eine Verfügung des Käufers über das Anwartschaftsrecht, zu welcher ihm die Verfügungsmacht fehle.⁶⁹ In der Aufhebung oder Modifizierung des Kaufvertrags liegt eine Verfügung über den Kaufvertrag, aber sicherlich keine Verfügung über das Anwartschaftsrecht. Die Aufhebung oder Abänderung des Kaufvertrags betrifft nicht das dingliche Recht des Anwartschaftsrechts, ebenso wenig wie die Aufhebung eines Kaufvertrags ein danach übertragenes Eigentum zurückfallen lässt.

⁶³ BGHZ 92, 280 ff.

⁶⁴ Dagegen zu Recht etwa BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 171.1, 187; Kollhosser, JZ 1985, 370 ff.; Marotzke, AcP 186 (1986), 490 ff.; Tiedtke, NJW 1988, 28; Rinke, Kausalabhängigkeit (Fn. 11), 224–245.

⁶⁵ Vgl. Wieling § 17 V Fn. 11, 12.

⁶⁶ Vgl. etwa Motive III, 541 zu § 1071.

⁶⁷ So zutreffend BGHZ 75, 221 ff., der nach der Übertragung der Anwartschaft auf einen Dritten dem Verkäufer und Käufer die Möglichkeit verwehrt, durch Vereinbarung die Sache für weitere Forderungen des Verkäufers haften zu lassen (s. auch oben Fn. 10). Vgl. auch BeckOGK/Klinck § 929 Rn. 162, 172; Bülow Rn. 785; Flume II § 42, 4 b; Baur/Stürner § 59 Rn. 36; Rinke, Kausalabhängigkeit (Fn. 11), 202–224; Kollhosser, JZ 1985, 370 ff.; vgl. auch § 16 Rn. 7.

⁶⁸ So etwa MünchKomm/Westermann § 449 Rn. 49; Serick I 253; Soergel/Henssler § 929 Anh. Rn. 95; Palandt/Herrler § 929 Rn. 50.

⁶⁹ So aber BGHZ 75, 221 ff.

V. Erweiterungen des Eigentumsvorbehalts

1. Verlängerter Eigentumsvorbehalt

- 28 a) *Verfügungsermächtigung*: Ist der Vorbehaltskäufer Händler, also auf die Veräußerung der erworbenen Sache angewiesen, so nützt ihm sein Anwartschaftsrecht wenig. Daher ermächtigt ihn in einem solchen Fall der Verkäufer regelmäßig, gemäß § 185 I über die Sache zu verfügen, so dass der Erwerber (Kunde) Eigentum erwerben kann.⁷⁰
- 29 b) *Vorausabtretung*: Mit der Veräußerung durch den Käufer verliert der Verkäufer seine Sicherheit. Als Ausgleich lässt er sich die Forderung gegen den Kunden aus dem Verkauf der Sache im Voraus abtreten. Damit die Vorausabtretung nicht aufgedeckt werden muss, erteilt der Verkäufer dem Käufer eine Einzugsermächtigung nach § 362 II, so dass der Kunde frei wird, wenn er an den Käufer zahlt. Die Ermächtigung ist widerruflich, § 183; der Verkäufer wird sie widerrufen, wenn der Käufer in Zahlungsschwierigkeiten gerät. Er zieht dann die Kundenforderungen selbst ein; ein Kunde, der gutgläubig an seinen Verkäufer zahlt, wird nach § 407 frei.
- 30 c) *Unabtretbarkeit der Forderung*: Hat der Kunde im Vertrag mit dem Vorbehaltskäufer die Übertragbarkeit der Kaufpreisforderung nach § 399 ausgeschlossen, so kann die Forderung nicht auf den Verkäufer übergehen.⁷¹ Der Käufer verletzt zwar durch eine solche Abrede den Vertrag gegenüber dem Verkäufer, doch ist die Vereinbarung wirksam. Allerdings wird die Verfügungsermächtigung regelmäßig unter der stillschweigenden Bedingung stehen, dass der Verkäufer die Kundenforderung erwirbt.⁷² Ist der Kaufvertrag ein beiderseitiges Handelsgeschäft, so ist die Vereinbarung, die Forderung solle nicht abtretbar sein, gemäß § 354a HGB unwirksam.
- 31 d) *Kollision von Eigentumsvorbehalt und Globalzession*: Zu Problemen kann das Zusammentreffen von verlängertem Eigentumsvorbehalt zugunsten eines Warenkreditgebers und einer Sicherungsglobalzession⁷³ zugunsten eines Geldkreditgebers führen;⁷⁴ dabei ist grundsätzlich vom Prioritätsprinzip auszugehen:⁷⁵ Wenn die Globalzession vor dem verlängerten Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, was wegen der üblicherweise langen Laufzeit von Geschäftskrediten regelmäßig der Fall sein wird, ist jene wirksam, während dieser ins Leere geht. Daher ist nach dem BGH die Globalzession zugunsten der Bank nach § 138 I unwirksam, wenn sie nach dem Willen der Parteien auch solche Forderungen umfasst, die der Schuldner auf-

⁷⁰ Literatur zum verlängerten Eigentumsvorbehalt: Bülow Vor Rn. 1456; RGRK/Pikart § 929 Rn. 81 ff.; Serick IV 257 ff.

⁷¹ Vgl. BGHZ 27, 307.

⁷² Vgl. BGHZ 27, 306 ff.; BGH BB 1986, 1673.

⁷³ D. h. die Vorausabtretung sämtlicher Forderungen aus Geschäftsbeziehungen des Kreditnehmers.

⁷⁴ Zu den verschiedenen Lösungsmöglichkeiten dieser Kollisionsproblematik ausführlich Bülow Rn. 1649 ff.

⁷⁵ BGHZ 30, 149, 151; dazu Medicus/Petersen Rn. 526 m. w. N.; zum Prioritätsprinzip siehe § 1 Rn. 16, § 21 Rn. 1, 7.

grund eines branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalts künftig abtreten muss.⁷⁶ Der Kreditnehmer würde nämlich dadurch gezwungen, dem Vorbehaltsverkäufer die bestehende Globalzession zu verschweigen, um von ihm den Warenkredit in Form eines verlängerten Eigentumsvorbehalts zu erhalten (Vertragsbruchtheorie). Durch Anwendung des § 138 I wird hier das Prioritätsprinzip durchbrochen. Bei der vorformulierten Vereinbarung einer Globalzession zugunsten einer Bank ergibt sich die Nichtigkeit darüber hinaus aus § 307 I 1: Eine unangemessene Benachteiligung des Kreditnehmers liegt darin, dass er die Forderungen aus dem Weiterverkauf nicht mehr als Sicherheit für einen Warenkredit verwenden kann, so dass ihm der Erwerb neuer Waren praktisch unmöglich gemacht wird.⁷⁷

Die Sittenwidrigkeit und die unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 I 1 können die Banken nur durch Vereinbarung einer dinglichen Teilverzichtsklausel vermeiden, durch welche die einem verlängerten Eigentumsvorbehalt unterliegenden Forderungen von der Globalzession ausgenommen werden, indem eine Abtretung an die Bank erst mit Erlöschen des verlängerten Eigentumsvorbehalts wirksam werden soll.⁷⁸

e) *Übersicherung*: Bei einer Vorausabtretung künftiger Forderungen kann, da sie sich auch auf die Verdienstspanne des Vorbehaltskäufers erstreckt, leicht eine Übersicherung des Verkäufers eintreten. Im Falle der Übersicherung ist die Vorausabtretung gemäß § 138 I bzw. § 307 I 1 (unangemessene Benachteiligung) nichtig. Eine Übersicherung wird anhand derselben Maßstäbe wie bei der Sicherungsübereignung festgestellt.⁷⁹ 32

2. Erweiterter Eigentumsvorbehalt

Während der normale Eigentumsvorbehalt nur die Kaufpreisforderung der veräußerten Sache sichert, sollen beim erweiterten Eigentumsvorbehalt noch weitere Forderungen abgesichert werden; die Bedingung und der Eigentumserwerb treten also erst ein, wenn alle gesicherten Forderungen getilgt sind. Das zurückbehaltene Eigentum des Verkäufers hat hier die gleiche Funktion wie bei der Sicherungsübereignung einer Sache, weswegen es zutreffend auch wie Sicherungseigentum behandelt wird.⁸⁰ Der Verkäufer kann mit dem Käufer z. B. vereinbaren, dass das vorbehaltene Eigentum alle jetzigen oder künftigen Forderungen des Verkäufers 33

⁷⁶ BGHZ 30, 149, 153; BGH ZIP 1991, 807, 811 m. w. N.

⁷⁷ Schmidt, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Klauseln S 198; Wolf, FS Fritz Baur, 1981, 147, 156.

⁷⁸ BGH NJW 1974, 942; ZIP 1991, 807, 811; eine schuldrechtliche Verzichtsklausel reicht nicht aus (BGH NJW 1968, 1516 f.).

⁷⁹ Vgl. ausf. § 18 Rn. 7 f.

⁸⁰ Vgl. BGH NJW 1971, 799; WM 1977, 1422; BB 1986, 1740; JZ 1988, 720.

gegen den Käufer decken soll: Kontokorrentvorbehalt.⁸¹ Nicht mehr möglich ist gemäß § 449 III der „Konzernvorbehalt“, d. h. ein Eigentumsvorbehalt zur Absicherung der Forderungen anderer Gläubiger, namentlich mit dem Verkäufer verbundener Unternehmen.

⁸¹ Einzelheiten vgl. bei Bülow Rn. 1501 ff.; Schlosser, Jura 1986, 88 f.

§ 18. Sicherungseigentum



Das Gesetz regelt das Sicherungseigentum nicht, und Wissenschaft und Rechtsprechung ist es seit 1900 nicht gelungen, ein kohärentes Rechtsinstitut zu entwickeln. Die Lehre vom Sicherungseigentum setzt sich zusammen aus einer Reihe sich widersprechender Lehrsätze, die auf Zufallsentscheidungen der Gerichte zurückgehen und kein System und keine leitenden Prinzipien erkennen lassen.¹

Der Ausgangspunkt der Lehre vom Sicherungseigentum (Treuhandeigentum) ist einfach: Der Sicherungsgeber (Treugeber) überträgt sein Eigentum ganz und vollständig auf den Sicherungsnehmer (Treuhänder); dieser wird alleiniger Eigentümer des Sicherungsguts, ist aber durch den Sicherungsvertrag (Rn. 6) schuldrechtlich gebunden, in bestimmter Weise mit der Sache zu verfahren. Durch Entscheidungen zu Einzelfragen wird aber diese klare Regelung so sehr verdunkelt, dass die herrschende Auffassung vom Sicherungseigentum als äußerst verworren und verwirrend bezeichnet werden muss.

Beispiele für die wenig kohärente h. M.: Obwohl doch der Sicherungsgeber sein Eigentum auf den Sicherungsnehmer übertragen hat, soll bei Insolvenz des Sicherungsnehmers dem Sicherungsgeber wie einem Eigentümer das Aussonderungsrecht des § 47 InsO zustehen;² entsprechend soll er wie ein Eigentümer die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO haben, wenn ein Gläubiger des Sicherungsnehmers das Sicherungsgut pfändet. Unklar ist auch, welche rechtliche Stellung der Sicherungsnehmer hat. Sein Eigentum entpuppt sich als ganz normales Eigentum, soweit es dem Sicherungsnehmer die Klage aus § 771 ZPO gibt, wenn Gläubiger des Sicherungsgebers das Sicherungsgut pfänden. Wird aber der Sicherungsgeber insolvent, so tritt das Sicherungseigentum als Pfandrecht auf und berechtigt den Sicherungsnehmer nur zur Absonderung nach §§ 49 ff. InsO.³ Andererseits reicht das Eigentum des Sicherungsnehmers aber nach h. M. aus, ihn zu allen Verfügungen über das Sicherungsgut

¹ Vgl. Schwintowski, Das besitzlose Pfandrecht, 2012, 69 ff.

² Vgl. Rn. 12.

³ Vgl. Rn. 11.

zu legitimieren.⁴ Auf irgendeine unklare Weise scheinen also sowohl der Sicherungsgeber als auch der Sicherungsnehmer dingliche Rechte verschiedener Art am Sicherungsgut zu haben.

I. Zulässigkeit

- 2 In Deutschland waren infolge der Rezeption des römischen Rechts zunächst besitzlose Pfandrechte (Mobiliarhypotheken)⁵ zulässig, so dass für das Sicherungseigentum kein Bedürfnis bestand.⁶ Eine Tendenz, besitzlose Pfandrechte zu unterdrücken, führte am Ende des 19. Jh. zu deren Abschaffung. Als Folge davon erwachte erneut das Interesse am Sicherungseigentum, doch war es lange heftig umstritten, ob es als Umgehung des Faustpfandprinzips oder als Simulation unwirksam war. Das BGB verwarf zwar die Mobiliarhypothek in §§ 1205 f., ließ aber die Sicherungsübereignung zu.⁷ Meinte die erste BGB-Kommission noch, die Sicherungsübereignung sei als Umgehung des Faustpfandprinzips zu verbieten, verneinte die 2. BGB-Kommission das Bedürfnis, eine Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut auszuschließen. Sie entspreche dem Kreditbedürfnis „kleiner Leute“, die ein Pfand oft nicht geben könnten, weil sie auf den Besitz ihrer Sachen nicht verzichten könnten. Damit zeigt sich, dass die Unterdrückung der Mobiliarhypothek des römischen Rechts ein Irrweg war.⁸ Das Sicherungseigentum ist nichts anderes als das besitzlose Pfandrecht, das sich unter anderem Namen wieder durchgesetzt hat. Die Wirtschaft kann auf besitzlose Mobiliarsicherheiten nicht verzichten.

II. Dogmatische Einordnung

- 3 Das Sicherungseigentum soll dem Sicherungsnehmer den exklusiven Zugriff auf die Sache nur im Sicherungsfall gewähren; bezüglich aller anderen Eigentumsfunktionen soll die Sache jedoch zunächst im Vermögen des Sicherungsgebers verbleiben. Das entspricht den Funktionen, die das akzessorische Pfandrecht hat; da aber dessen Bestellung nach §§ 1205 f. strikt an ein Übergabe- und Besitzerfordernis

⁴Vgl. dazu Rn. 10. Das Sicherungseigentum wird auch deliktsrechtlich als Volleigentum verstanden (BGH NJW 2017, 2352, 2353 Rn. 19); dem Sicherungsnehmer stehen daher auch Leistungen aus einer Versicherung des Sicherungsguts zu; bereicherungsrechtlich jedoch soll es kein volles Eigentum sein (BGH NJW 2007, 216, 217 Rn. 19).

⁵Mit „Hypothek“ bezeichnet man besitzlose Pfandrechte.

⁶Zur Geschichte der Sicherungsübereignung Wieling § 18 I 1 a, b, II 1.

⁷Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 626 f.; s. auch BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 58.

⁸Es wird oft behauptet, dass besitzlose Pfandrechte die Wirtschaft gefährdeten, doch hört man in dieser Richtung gerade von den Betroffenen, den Römern selbst, keine Klagen. Auch bei uns hat die Sicherungsübereignung noch nicht bewirkt, die Wirtschaft zu gefährden oder gar zu ruinieren; vgl. dazu auch Hromadka, JuS 1980, 89 ff.; BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 58.

geknüpft ist, das verhindert, dass der Sicherungsgeber die Sache künftig nutzen kann, weichen die Parteien auf das besitzlose Sicherungseigentum aus.⁹

Dass das Sicherungseigentum kein normales Eigentum sein kann, ist offenbar; denn dem Sicherungsgeber bleibt eine dingliche Position, die es ihm ermöglicht, den Zugriff von Gläubigern des Sicherungsnehmers unter bestimmten Umständen abzuwehren. Eine Aufteilung der dinglichen Zuordnung ist also unumgänglich.¹⁰ Ungeeignet ist jedoch der Versuch der h. M., die Rechtsposition des Sicherungsgebers als die eines „wirtschaftlichen“ Eigentümers, diejenige des Sicherungsnehmers als die eines „formellen“ Eigentümers zu beschreiben;¹¹ denn er beruht auf einer logischen Begriffsvertauschung: Setzt man das juristische Eigentum dem wirtschaftlichen gegenüber, so ist damit regelmäßig gemeint, dass es sich dabei eben nicht um juristisches Eigentum handelt, sondern um eine bloße wirtschaftliche Position. Gibt man dem „wirtschaftlichen“ Eigentümer jedoch ein Aussonderungsrecht, schiebt man dem „wirtschaftlichen“ Eigentum einen juristischen Sinn unter. Hier gewinnt der Ausdruck „wirtschaftliches Eigentum“ nun unter der Hand eine juristische Bedeutung.

Entsprechend dem Sicherungszweck ist die Position des Sicherungsnehmers zu reduzieren: Seine dingliche Position ist wie ein Pfandrecht zu behandeln,¹² dem Sicherungsgeber bleibt das Eigentum. Für eine weitergehende Berechtigung des Sicherungsnehmers fehlt jedes schutzwürdige Interesse. Das Gesetz zeigt in den §§ 1208 ff., wie es Sicherungsrechte behandelt wissen will; von dieser gesetzlichen Entscheidung abzuweichen, besteht weder ein Bedürfnis noch eine Berechtigung. Wäre das Sicherungseigentum wirklich normales Eigentum des Sicherungsnehmers, wie es die h. M. bei einigen Problemen annimmt – bei anderen wiederum nicht –, so wäre nicht zu erklären, wieso der Sicherungsgeber die Gläubiger des Sicherungsnehmers abwehren kann.

Auf das Sicherungseigentum sind also die Pfandrechtsregeln anzuwenden, soweit sie sich nicht auf die Bestellung des Rechts beziehen. Das hat den schätzenswerten Vorteil, dass damit ein ganzer Regelungskomplex mit Gesetzeskraft zur Verfügung steht, der willkürlich gefundene, sich widersprechende Entscheidungen überflüssig macht. Wollte man die Anwendung der Pfandrechtsregeln ablehnen, so müsste man Gründe vorbringen, warum man von der gesetzlichen Regelung für Sicherungsrechte an beweglichen Sachen abweichen will; solche Gründe gibt es nicht. Auch die h. M. wendet in vielen Fällen diese Regeln an, in allen wird eine solche Anwendung zumindest vertreten. Dem kann man nicht entgegenhalten, man habe die Sicherungsübereignung gerade deswegen gewählt, um die strengen Schutzvorschriften des Pfandrechts zugunsten des Schuldners zu meiden. Das Gesetz hat,

⁹ BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 60.

¹⁰ Ausf. zur dogmatischen Einordnung Wieling § 18 I 2, II 2.

¹¹ So etwa RGZ 91, 14, 16; 91, 277, 280; BGHZ 11, 41 Rn. 34.

¹² So auch RFH 19 (1926), 126 ff.; J. v. Gierke § 62 V 1 a e; Baumbach/Lauterbach u. a./Hunke, ZPO, 78. Aufl. 2020, § 771 Rn. 25 s.v. Treuhand, eigennützige; Simon, in: Quaestiones Iuris, FS J. G. Wolf, 2000, 221 ff.; Wieling § 18 II 2; BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 62; abl. MünchKomm/Oechsler Anh. §§ 929–936 Rn. 3, 40 f.

inkonsequent gegenüber dem selbst aufgestellten Faustpfandprinzip, die Bestellung von Sicherungseigentum durch Besitzkonstitut zugelassen (Rn. 2). Das bedeutet aber nicht, dass es damit auch die Umgehung weiterer Regeln des Mobiliarpfandrechts zugelassen hätte. Will man diese Regeln nicht anwenden, so stellt sich in der Tat die vom Gesetzgeber bereits diskutierte Frage der Nichtigkeit wegen Gesetzesumgehung, die er nur insoweit verneinte, als es die Zulässigkeit des Besitzkonstituts betrifft (Rn. 2).

III. Bestellung des Sicherungseigentums

- 4 *a) Analogie zu §§ 929 ff.:* Das Sicherungseigentum (Mobiliarhypothek) wird analog §§ 929 ff. bestellt. Anders als beim Faustpfandrecht ist auch ein Ersatz der Übergabe durch Besitzkonstitut möglich, so dass der Sicherungsgeber Besitzer bleiben kann; hierin liegt der eigentliche Vorteil des Sicherungseigentums. Ist der Sicherungsgeber nicht Eigentümer der Sache, hat er aber ein Anwartschaftsrecht daran, so kann er dieses zur Sicherheit übertragen. Ist statt des Anwartschaftsrechts Eigentum übertragen, so ist gemäß § 140 zu prüfen, ob darin eine Sicherungsabtretung des Anwartschaftsrechts liegt.¹³ Verfügt der Sicherungsgeber als Nichtberechtigter, so kann der Sicherungsnehmer das Sicherungseigentum gutgläubig nach den §§ 932 ff. erwerben; bei der üblichen Bestellung durch Besitzkonstitut wird gutgläubiger Erwerb allerdings regelmäßig mangels Übergabe ausgeschlossen sein, vgl. § 933. Auch Sachen, die nach § 811 ZPO unpfändbar sind, können zur Sicherung übereignet werden.¹⁴ Zur Übereignung von Warenlagern vgl. § 9 Rn. 19.
- 5 *b) Akzessorietät:* Wie für das Pfandrecht ist auch für das Sicherungseigentum eine zu sichernde Forderung erforderlich. Fehlt es an einer Forderung, so entsteht kein Sicherungseigentum; fällt sie später weg, so erlischt es. Die h. M., die entgegen der gesetzlichen Regelung in § 1204 die Akzessorietät des Sicherungseigentums verneint, gefährdet grundlos das Recht des Sicherungsgebers und gibt dem Sicherungsnehmer etwas, worauf er keinen Anspruch hat. Sie gelangt allerdings zu den gleichen Ergebnissen wie hier, soweit sie davon ausgeht, dass die Bestellung des Sicherungseigentums im Zweifel bedingt ist durch das Bestehen der Forderung.¹⁵ Die mittlerweile herrschende Gegenansicht,¹⁶ die von einer unbedingten Sicherungsübereignung ausgeht, kann für diese Vernachlässigung der Schuldnerinteressen

¹³ Vgl. § 17 Rn. 18.

¹⁴ Vgl. dazu Gerhardt, JuS 1972, 696 ff.

¹⁵ BGH NJW 1982, 275 ff.; NJW 1986, 977 f.; BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 66.1, 67.1; Thoma, NJW 1984, 1162 f.; Bähr, NJW 1983, 1474; Tiedtke, DB 1982, 1709 ff.; Heck § 107, 4; Wolff/Raiser § 179 III pr., § 180 II 2; Eichler II/1, 129; Serick § 37 I 3 d; Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, 1993, 343 ff.; HKK/Finkenauer §§ 158–163 Rn. 43.

¹⁶ Vgl. etwa BGH NJW 1984, 1184, 1185 f.; JZ 1991, 723 ff. (mit einer wertungsfreien, rein begriffsjuristischen Begründung); NJW-RR 2005, 280, 281; Jauernig/Berger § 930 Rn. 44; BeckOK/Kindl § 930 Rn. 24; Erman/Bayer §§ 929–931 Anh. Rn. 5; Baur/Stürmer § 57 Rn. 10; Prütting Rn. 411; Wilhelm Rn. 2400.

keine Gründe angeben. Der Gesetzgeber hat die Akzessorietät zwingend vorgeschrieben, um den Schuldner zu schützen. Wie recht er damit entschieden hat, zeigt die heutige Praxis der übermächtigen Geldgeber, die sich regelmäßig unbedingte Sicherheiten versprechen lassen und so mehr Rechte beanspruchen, als ihnen zustehen.¹⁷ Dies zuzulassen ist kein Fortschritt des Rechts.

Fehlt es an einer Forderung oder ist sie erloschen, so kann der Sicherungsgeber aus dem Grundgeschäft (Sicherungsvertrag, vgl. Rn. 6) Rückgabe verlangen, wenn sich die Sache beim Sicherungsnehmer befindet; § 812 kommt nicht in Betracht.

c) *Sicherungsvertrag*: Grundgeschäft (*causa*) der Sicherungsübereignung ist der (formlose) Sicherungsvertrag, in welchem der Sicherungsgeber die Bestellung der Sicherheit verspricht. Fehlt er oder ist er unwirksam, so ist aufgrund des Abstraktionsprinzips die Sicherungsübereignung wirksam, die Bestellung unterliegt aber der Kondiktion. Der Sicherungsvertrag regelt weiter den Sicherungszweck, also vor allem die Frage, welche Forderungen gesichert werden,¹⁸ sowie die Rechte und Pflichten der Parteien, z. B. die Behandlung des Sicherungsguts,¹⁹ das Besitzrecht usw. Die Nutzungen aus dem Sicherungsgut stehen im Zweifel dem Sicherungsgeber zu.²⁰ Als Nebenpflicht ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag, dass die Parteien verpflichtet sind, die Interessen der Gegenseite zu wahren und Nachteile nach Möglichkeit abzuwehren. Soweit Regelungen fehlen, greifen die ergänzende Vertragsauslegung sowie die dispositiven Vorschriften der §§ 1216 ff. ein, z. B. wegen Verwendungen.²¹ 6

Der Sicherungsvertrag kann wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein, § 138 I, wenn der Gläubiger sich über die schutzwürdigen Interessen des Schuldners oder anderer Gläubiger hinwegsetzt.²² Liegt Sittenwidrigkeit vor, so wird meist nicht nur der schuldrechtliche Sicherungsvertrag, sondern auch die dingliche Einigung von der Nichtigkeit betroffen sein,²³ da die Sittenwidrigkeit in der Zwecksetzung des Verhaltens liegt, welche auch beim dinglichen Geschäft gegeben ist.

Die Interessen des Schuldners können in sittenwidriger Weise beeinträchtigt werden durch *Knebelungsverträge*, welche seine wirtschaftliche Dispositionsfreiheit so sehr einengen, dass er weitgehend vom Sicherungsnehmer abhängig wird

¹⁷ Nach h. M. hält die ausdrücklich unbedingte Sicherungsübereignung auch einer AGB-Kontrolle stand, vgl. BGH NJW 1984, 1184, 1186; Westermann/Westermann § 44 Rn. 20; anders BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 68.

¹⁸ Zur Frage, ob bei Unwirksamkeit des Darlehensvertrags das Sicherungseigentum den bereicherungsrechtlichen Anspruch absichert, s. (zur Hypothek) § 27 Rn. 6.

¹⁹ Der Sicherungsgeber ist zur Erhaltung des Sicherungsguts verpflichtet, zu seiner sachgemäßen Aufbewahrung, Versicherung, evtl. auch Wartung und Reparatur, vgl. BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 125.

²⁰ BGH NJW 1980, 226. Da nach hier vertretener Auffassung der Sicherungsgeber Eigentümer bleibt, erwirbt er nach § 953; allerdings setzt sich das Pfandrecht des Sicherungsnehmers analog § 1212 an den Erzeugnissen fort.

²¹ Vgl. § 15 Rn. 22.

²² Vgl. dazu RGZ 136, 253 ff.; Bülow Rn. 1102 ff.; Koller, JZ 1985, 1013 ff.

²³ Vgl. etwa Wellenhofer § 15 Rn. 36; Serick III 24; Jauernig/Berger § 930 Rn. 57.

und ihm eine wirtschaftliche Weiterentwicklung genommen ist.²⁴ Die Interessen anderer Gläubiger können beeinträchtigt werden etwa durch Täuschung über die Kreditwürdigkeit des Schuldners,²⁵ was auch dann angenommen wird, wenn der Gläubiger aus grober Fahrlässigkeit nicht bemerkt, dass durch sein Verhalten ein anderer Gläubiger getäuscht und geschädigt werden kann.

Eine Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags aus §§ 138, 307 kann sich schließlich aus einer *Übersicherung* ergeben, wenn der Wert der Sicherheiten erheblich über den Sicherungszweck hinausgeht.²⁶ Sie kann nachträglich eintreten oder anfänglich bestehen:

- 7 *aa) Nachträgliche Übersicherung:* Vermindert sich nachträglich die Forderung oder erhöht sich der Sicherheitenbestand, kann Übersicherung eintreten. Um diese zu verhindern, können die Parteien in AGB oder individualrechtlich die Freigabe von Sicherheiten vereinbaren.²⁷ Für revolvingierende Globalsicherheiten²⁸ geht der Große Senat des BGH von folgenden Grundsätzen aus:²⁹ Weder eine ausdrückliche Freigabe-Regelung noch eine zahlenmäßig bestimmte Deckungsgrenze³⁰ noch eine Klausel für die Bewertung der Sicherungsgegenstände sind Wirksamkeitsvoraussetzung eines Globalsicherungsvertrags. Ein ermessensunabhängiger Freigabeanspruch ergibt sich vielmehr aus dem Sicherungsvertrag bzw. seiner ergänzenden Auslegung;³¹ er ist ihm also immanent, eine ausdrückliche Vereinbarung ist nicht erforderlich.³² Ist keine Vereinbarung getroffen, so ist der Gläubiger zur Freigabe von Sicherheiten verpflichtet, wenn der Marktwert der Sicherheiten die Deckungsgrenze von 110 % der gesicherten Forderungen überschreitet. Der in Anlehnung an § 171 I 2, II 1 InsO festgelegte pauschale Aufschlag von 10 % soll die Feststellungs-, Verwertungs- und Rechtsverfolgungskosten abdecken; eine den Sicherungsnehmer belastende Umsatzsteuer ist

²⁴ Vgl. RGZ 130, 145; BGH NJW 1962, 102 f.; Serick III 73 ff.

²⁵ Vgl. etwa BGHZ 10, 233; 20, 50 ff.; Serick III 50 ff., 63 ff.

²⁶ Vgl. zu diesem Fragenkreis eingehend Bülow Rn. 1106 ff.; Becker, Maßvolle Kreditsicherung, 1999.

²⁷ Ist nur ein einzelner Gegenstand zur Sicherheit übereignet, ist der Freigabeanspruch zu modifizieren: Er geht nicht auf uneingeschränkte Freigabe, sondern auf Freigabe Zug um Zug gegen Stellung einer Ersatzsicherheit; vgl. BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 146.

²⁸ *Revolvieren* = zurückrollen. Eine revolvingierende Globalsicherheit liegt vor, wenn eine Gesamtheit von Gegenständen übereignet wird, deren Umfang sich laufend verändert, z. B. ein Warenlager. Der Sicherungsgeber willigt hierbei in eine Weiterverfügung durch den Sicherungsnehmer im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs gemäß § 185 I ein.

²⁹ BGHZ 137, 212; Bruchner, WM 1998, 2185; Ganter, WM 1998, 2045, 2046 f.; Roth, JZ 1998, 462.

³⁰ Das ist der Betrag oder die Quote, bis zu denen die gesicherte Forderung durch den Wert der Sicherheiten gedeckt sein darf, ohne dass eine Übersicherung vorliegt.

³¹ BGH NJW 1998, 671, 672. Serick, BB 1998, 801 ff. spricht sich dagegen für eine gewohnheitsrechtlich begründete Rückgabepflicht bei Übersicherung aus; Stürner, LM Nr. 86 zu § 138 (Bb) BGB, begründet den „gesetzlichen Freigabeanspruch“ unter Heranziehung des Rechtsgedankens der §§ 604, 667, 695.

³² BGH NJW 1998, 671, 673; vgl. dazu im Einzelnen Schmidt in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Klauseln S 181 f.

gleichfalls zu berücksichtigen.³³ Da aber der realisierbare Wert der Sicherheiten meist ungewiss ist und oft unter dem Marktwert liegt, bestimmt der BGH den zulässigen Sicherungswert³⁴ in entsprechender Anwendung des § 237 mit insgesamt 150 % des Schätzwerts des Sicherungsgutes.³⁵ Der Sicherungswert ist regelmäßig der Marktwert des Sicherungsguts, in dessen Ermangelung der Einkaufspreis. Wird dieser Wert überschritten, wird Übersicherung (widerleglich) vermutet, und der Sicherungsgeber hat einen Anspruch auf Freigabe von Sicherheiten.³⁶ Liegt der Sicherungswert unterhalb von 150 %, hat daher der Sicherungsgeber zu beweisen, dass der Bewertungsabschlag von 1/3 (50 %) ausnahmsweise zu hoch ist. Liegt dagegen der Sicherungswert oberhalb von 150 %, muss der Sicherungsnehmer beweisen, dass ausnahmsweise ein höherer Abschlag als 50 % angemessen ist. Die Deckungsgrenze von 110 % hat nur in diesen Fällen Relevanz, so etwa, wenn der Sicherungsgeber beweist, dass ein Verwertungsrisiko bei der Verwertung des Sicherungsguts nicht besteht und daher der Bewertungsabschlag von 1/3 zu hoch ist.

Ist eine Klausel in AGB bezüglich der Freigabe von Sicherheiten unangemessen oder stellt sie sie ins Ermessen des Sicherungsgebers, so ist sie nach § 307 II Nr. 2 unwirksam,³⁷ lässt die Wirksamkeit der Sicherheitsbestellung aber unberührt. An die Stelle der nichtigen Klausel tritt nach § 306 II der jedem Sicherungsvertrag immanente Freigabeanspruch.³⁸

Schließt eine individualvertragliche Abrede den Freigabeanspruch aus oder schränkt ihn ein, so kann sich Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung aus § 138 I ergeben. Eine ergänzende Auslegung, die zu einem immanenten uneingeschränkten Freigabeanspruch führt, wird hier jedoch durch die ausdrückliche Abrede ausgeschlossen.³⁹

bb) Anfängliche Übersicherung: Liegt eine anfängliche Übersicherung vor, 8
kommt eine Nichtigkeit des gesamten Sicherungsgeschäfts, des Sicherungsvertrags

³³ BGH NJW 1998, 671, 675. – Die Deckungsgrenze liegt demnach bei 136 %; zur Berechnung BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 144.

³⁴ Das ist der Erlös, der bei einer Verwertung der Sicherheit erzielt werden kann.

³⁵ Ein Bewertungsabschlag in Höhe von 1/3 von diesen 150 % führt zu einer 100 %-Deckung. Dieser Abschlag deckt nach dem BGH zugleich auch die Feststellungs-, Verwertungs- und Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 10 %.

³⁶ BGHZ 137, 212 ff.; JZ 1998, 456 ff. mit Anm. von Roth 462 ff., vgl. auch Schwab, JuS 1999, 740 ff.; Bülou Rn. 1116 ff.

³⁷ Die vom BGH geforderte Ausgestaltung des Freigabeanspruchs ist ein gesetzliches Leitbild i. S. v. § 307 II Nr. 1 bzw. ein wesentliches Recht i. S. v. § 307 II Nr. 2, vgl. Baur/Stürmer § 57 Rn. 29 f.

³⁸ BGH NJW 1998, 671, 673; gegen den Einwand, die Ersetzung einer unangemessenen Klausel durch einen qualifizierten Freigabeanspruch verstoße gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (so Imping, MDR 1998, 550, 551 f.), spricht, dass durch die Berücksichtigung des vertragsimmanenten Freigabeanspruchs nicht ein Teil der unwirksamen Regelung aufrechterhalten wird, sondern lediglich ein Rechtszustand herbeigeführt wird, der ohne die unwirksame Freigabeklausel bestehen würde, s. Canaris, ZIP 1996, 1109, 1113 f. und 1117.

³⁹ BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 150; anders die Vorauf.

wie der Sicherungsübereignung, gemäß § 138 I in Betracht.⁴⁰ Vorauszusetzen ist neben der verwerflichen Gesinnung ein grobes Missverhältnis zwischen Sicherungswert und Höhe der gesicherten Forderung; das Überschreiten der Deckungsgrenze von 110 % kann jedenfalls für ein grobes Missverhältnis nicht ausreichen. Entscheidender Zeitpunkt für das Missverhältnis ist nach h. M. der hypothetische Verwertungsfall; es muss also schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv festgestanden haben, dass im Verwertungsfall eine Übersicherung bestehen würde.⁴¹

Ob man anstelle der Anwendung des § 138 I auf solche Fälle die Prinzipien des Großen Senats anwenden sollte, erscheint immerhin erwägenswert. Denn gegenüber der „Keule“ der Nichtigkeit ist das flexible Instrument der Auslegung nach § 157 vorzugswürdig.⁴²

IV. Rechtsstellung der Beteiligten

- 9 *a) Anwendung der Regeln über das Pfandrecht:* Der Sicherungsnehmer erlangt nach hier vertretener Auffassung (Rn. 3) durch die Sicherungsübereignung ein dem Pfandrecht vergleichbares akzessorisches Recht. Da er weiß, dass das Recht nur seiner Sicherheit dient, besitzt er als Fremdbesitzer; der Sicherungsgeber bleibt Eigenbesitzer.⁴³ Bleibt die Sache wie gewöhnlich im Besitz des Sicherungsgebers, so besitzt dieser aufgrund des Besitzmittlungsverhältnisses nach §§ 930, 868 für den Sicherungsnehmer, dieser wiederum besitzt als Fremdbesitzer und mittelbarer Besitzer ersten Grades für den Sicherungsgeber, der Eigenbesitzer als mittelbarer Besitzer zweiten Grades ist. Zur Ziehung von Nutzungen ist der Sicherungsnehmer nur berechtigt, wenn dies vereinbart ist (§ 1213).⁴⁴
- 10 *aa) Verfügungen des Sicherungsnehmers:* Der Sicherungsnehmer ist zur Verfügung über die Sache nicht berechtigt, da der Sicherungsgeber Eigentümer bleibt. Dagegen soll er nach h. M. als Berechtigter über die Sache verfügen können. Während der Sicherungsnehmer beim Zugriff seiner Gläubiger nicht als Eigentümer behandelt wird (Rn. 12), soll er es bei Verfügungen doch sein, worin ein offener Widerspruch liegt.⁴⁵ Veräußert der Sicherungsnehmer die Forderung, so geht nach §§ 401, 1250 I 1 infolge der Akzessorietät das Sicherungseigentum auf den Zessionar über.⁴⁶
- 11 *bb) Schutz des Sicherungsnehmers:* Als Inhaber eines dinglichen Rechts ist der Sicherungsnehmer nach §§ 812, 823, 1227 i. V. m. §§ 985 ff. usw. geschützt. Als

⁴⁰ BGH NJW 1998, 671, 674; Schmidt in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Klauseln S 181.

⁴¹ BGH NJW-RR 2003, 1490, 1492; 1998, 1057, 1058.

⁴² Abl. BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 151.1.

⁴³ So zutreffend BGH LM § 1006 Nr. 8; Wolff/Raiser § 8 Fn. 10; a. A. Palandt/Herrler § 930 Rn. 13.

⁴⁴ BGH NJW 2007, 216 Rn. 19.

⁴⁵ Vgl. auch Reinhardt/Erlinghagen, JuS 1962, 41, 46.

⁴⁶ Vgl. Lange, NJW 1950, 570 sowie oben Rn. 5.

Inhaber eines pfandähnlichen Rechts (Rn. 3) kann er im Falle einer *Insolvenz des Sicherungsgebers* die Sache absondern, § 51 Nr. 1 i. V. m. §§ 166 ff. InsO.⁴⁷ Mit dieser seit 1999 geltenden Regelung ist der h. M., der Sicherungsnehmer sei Eigentümer, der Boden entzogen. Was hier aber richtig ist, soll nicht mehr gelten, wenn Gläubiger des Sicherungsgebers in die Sache *vollstrecken*. Hier soll dem Sicherungsnehmer nicht (wie bei einem Pfandrecht) nur das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus § 805 ZPO zustehen, sondern wie einem Eigentümer die Drittwiderspruchsklage aus § 771 ZPO auf Freigabe der Sache. Die Begründung ist erstaunlich: Der Sicherungsnehmer könne sich auf § 771 ZPO berufen, weil er eben Eigentümer sei, weil er „volles zivilrechtliches Eigentum“ habe.⁴⁸ Je nachdem, ob es sich um Insolvenz oder Zwangsvollstreckung handelt, werden dem Leser Argumente dafür geboten, dass der Sicherungsnehmer wirklich voll und ganz Eigentümer sei oder dass er das eben doch nicht sei. Richtig und konsequent ist es, den Sicherungsnehmer auch bei der Zwangsvollstreckung wie einen Pfandgläubiger zu behandeln und ihm das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus § 805 ZPO zu geben, womit seine Interessen hinreichend geschützt sind.⁴⁹

b) *Schutz des Sicherungsgebers*: Wird der *Sicherungsnehmer insolvent*, so kann der Sicherungsgeber nach zutreffender h. M. das Sicherungsgut aussondern.⁵⁰ Die h. M. kann das freilich nicht begründen, da sie ja dem Sicherungsnehmer Eigentum zubilligt. Das Aussonderungsrecht besteht allerdings nur, wenn die gesicherte Forderung erfüllt und das Sicherungsrecht des Gemeinschuldners (= Sicherungsnehmers) somit erloschen ist.⁵¹ *Vollstreckt* ein Gläubiger des Sicherungsnehmers in das Sicherungsgut, so steht dem Sicherungsgeber die Erinnerung nach §§ 766, 809 ZPO zu, da sich die Sache regelmäßig in seinem Besitz befindet. Ist die Sache ausnahmsweise beim Sicherungsnehmer, so hat der Sicherungsgeber die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO.⁵²

Zur Kollision von Sicherungseigentum und Pfandrecht oben § 15 Rn. 55.

⁴⁷ Das *Aussonderungsrecht* nach §§ 47 ff. InsO ermöglicht es dem Berechtigten, z. B. dem Eigentümer, die Sache endgültig aus der Insolvenzmasse herauszuholen. Dagegen hat das *Absonderungsrecht* den Inhalt, dass der Berechtigte, etwa ein Pfandgläubiger, die Sache zum Zweck der Verwertung aus der Insolvenzmasse herausholen kann; bleibt ein Überschuss, so fließt er wieder in die Insolvenzmasse. Das bloße Absonderungsrecht des Sicherungsnehmers hat die h. M. zutreffend schon vor 1999 anerkannt, vgl. BGH NJW 1978, 632 f.; Wolff/Raiser § 180 IV 1; s. auch Westermann/Westermann § 44 Rn. 24; Baur/Stürner § 57 Rn. 31.

⁴⁸ H. M., vgl. etwa RGZ 91, 15 und 280; 118, 209; 124, 73; BGHZ 11, 37 ff.; 12, 234; BGH NJW 1992, 2014, 2015; s. auch BGH NJW 1980, 227: „Das Sicherungseigentum ist gerade kein volles, ungebundenes Eigentum“; Palandt/Herrler § 930 Rn. 35; Baur/Stürner § 57 Rn. 32.

⁴⁹ Vgl. etwa Baumbach/Lauterbach u. a./Hunke, ZPO, 78. Aufl. 2020, § 771 Rn. 25; BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 188; Westermann § 43 IV 1; Wolff/Raiser § 180 IV 1.

⁵⁰ Vgl. etwa RGZ 91, 14; 94, 305; Wolff/Raiser § 180 IV 2; Soergel/Henssler Anh. § 930 Rn. 142. Zum Begriff der Aussonderung oben Fn. 47.

⁵¹ BGH NJW 1978, 1859; Soergel/Henssler Anh. § 930 Rn. 131; BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 117, 196.

⁵² RGZ 79, 122; 91, 14; 153, 369; Wolff/Raiser § 180 IV 2; BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 197.

V. Verwertung des Sicherungsgutes

- 13 Mit der Pfandreife, d. h. mit der Fälligkeit der gesicherten Forderung,⁵³ wird die Verwertung des Sicherungsguts zulässig. Die Verwertung hat zum Schutz des Schuldners entgegen der h. M. nach den Regeln zu geschehen, welche der Gesetzgeber für die Pfandverwertung aufgestellt hat,⁵⁴ soweit sie zwingend sind, können sie im Sicherungsvertrag nicht abgeändert werden. Die Sicherungsübereignung ist nur deshalb als zulässig anerkannt worden, um das Faustpfandprinzip auszuschalten, keineswegs aber, damit die Gläubiger den vom Gesetz in den Pfandverwertungsvorschriften angeordneten Schuldnerschutz umgehen können.⁵⁵

Für die Verwertung des Sicherungsgutes sind also die §§ 1233 ff. anzuwenden.⁵⁶ Entgegen der h. M.⁵⁷ ist der Sicherungsnehmer nicht ohne weiteres zur freien Verwertung berechtigt, die Vermutung muss vielmehr im Wege der öffentlichen Versteigerung erfolgen. Eine freihändige Verwertung ist nur möglich, wenn sie *zuvor* unter den Voraussetzungen des § 1259, 1⁵⁸ oder *nach* Eintritt der Pfandreife vereinbart wurde, § 1245 II.⁵⁹

Besonders auffällig zeigt sich die Missachtung des Schuldnerschutzes in der Ansicht, dass beim Sicherungseigentum entgegen § 1229 eine Verfallsklausel vereinbart werden könne.⁶⁰ Danach könnte dem Sicherungsnehmer das Eigentum am Sicherungsgut zufallen bzw. von ihm beansprucht werden, wenn er nicht (rechtzeitig) befriedigt wird. Gegenüber einer solchen Gläubigerwillkür ist jedoch die gesetzliche Interessenregelung vorzugswürdig, nach der ein Verfall nicht *vor* Pfandreife vereinbart werden kann.⁶¹ Das gilt jedoch nicht, wenn Sicherungsgeber und -nehmer Unternehmer sind und die Voraussetzungen des § 1259, 1 vorliegen.

⁵³ Zum Begriff § 15 Rn. 29.

⁵⁴ Dies wird auf Umwegen auch von der h. M. anerkannt, welche das Verbot, zu viele Sachen zu verwerten (§ 1230, 2), das Gebot der Androhung der Verwertung (§ 1234) usw. auf eine vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme und damit auf den Sicherungsvertrag zurückführt. Auffällig ist der bisweilen anzutreffende Versuch, den Sinnzusammenhang zwischen Sicherungseigentum und Pfandrecht dadurch zu verschleiern, dass man statt der Pfandrechtsregeln die des Pfändungspfandrechts bemüht, z. B. statt des § 1210 II den § 788 ZPO, statt des § 1230, 2 den § 818 ZPO usw.

⁵⁵ So zutreffend OLG Dresden 35 (1917), 327; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958, § 79 IV 1; Planck/Strecker § 930 Erl. 5 a 2; v. Tuhr II/2, 193; Prütting Rn. 414; mit Einschränkungen BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 126.

⁵⁶ Vgl. § 15 Rn. 36–44.

⁵⁷ Vgl. etwa BGH NJW 1980, 226; Palandt/Herrler § 930 Rn. 31. Zu den Anforderungen der h. M. an die Verwertung BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 132.

⁵⁸ Dazu oben § 15 Rn. 31.

⁵⁹ So zutreffend Westermann/Westermann § 44 Rn. 29; Baur/Stürner § 57 Rn. 42.

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1980, 226 f.; Bülow Rn. 1228; Erman/Bayer §§ 929–931 Anh. Rn. 26; RGRK/Pikart § 930 Rn. 72.

⁶¹ Vgl. etwa Planck/Strecker § 930 Erl. 5 a 2; Heck § 107, 7; Gaul, AcP 168 (1968), 351 ff.; Jauernig/Berger § 930 Rn. 37.

VI. Verlängerte und erweiterte Sicherungsübereignung

a) *Verlängerte Sicherungsübereignung*: Ebenso wie der Eigentumsvorbehalt kann auch die Sicherungsübereignung „verlängert“ werden.⁶² Ist ein Warenlager zur Sicherheit übereignet, so können die Parteien vereinbaren, dass der Schuldner über die Sachen verfügen darf, § 185 I, und dass dafür dem Gläubiger im Voraus die Kaufpreisforderungen abgetreten sein sollen.⁶³ Der Gläubiger erwirbt die Forderungen nicht endgültig, sondern nur zu seiner Sicherheit; es handelt sich also um eine Sicherungszession. **14**

b) *Erweiterte Sicherungsübereignung*: Die Sicherungsübereignung kann – ebenso wie der Eigentumsvorbehalt – auch dahin erweitert werden, dass nicht nur eine Forderung gesichert wird, sondern z. B. alle, auch künftige Forderungen des Sicherungsnehmers gegen den Sicherungsgeber (Kontokorrentklausel). Dagegen ist die „Konzernklausel“, wonach das Sicherungseigentum auch die Forderungen anderer Gläubiger sichern soll, entsprechend § 449 III unwirksam.⁶⁴ **15**

⁶² Vgl. Jauernig/Berger § 930 Rn. 25.

⁶³ Vgl. § 17 Rn. 28 ff.

⁶⁴ Vgl. § 17 Rn. 33; Jauernig/Berger § 930 Rn. 28.

Teil 6: Allgemeiner Teil des Grundstücksrechts

§ 19. Formelles Grundbuchrecht



I. Grundbuch

Gemäß § 873 I bedarf grundsätzlich jede Verfügung über ein Grundstück oder über ein Grundstücksrecht der Einigung und Eintragung in das Grundbuch.¹ Die Grundbucheintragung ist daher unentbehrlicher Teil der Verfügung. Während das *Grundbuch* dazu dient, Rechte am Grundstück offen zu legen, werden im Liegenschaftskataster die tatsächlichen Verhältnisse eines Flurstücks (der Parzelle) erfasst.² Das *Kataster* gibt Auskunft insbesondere über die Lage des Flurstücks, seine Größe und Bewirtschaftungsart; es wird von den Katasterbehörden geführt.³ Landvermessung und Kartierung sind wesentliche Voraussetzungen eines verlässlichen Grundbuchs.

1. Grundbuchamt

Die Grundbücher werden von den Amtsgerichten geführt, § 1 I 1 GBO; und zwar nach Bezirken, § 2 I GBO. Die Grundbuchämter sind besondere Abteilungen bei den Amtsgerichten.⁴ Die Grundbuchämter sind für die in ihrem Bezirk liegenden Grundstücke örtlich zuständig, § 1 I 2 GBO. Das Grundbuchamt ist danach zuständig für alle Liegenschaften im Bezirk des Amtsgerichts. Allerdings kann dieser

¹ Literatur: Schmitz, Wegweiser durch das Grundbuchverfahren, JuS 1994, 962 ff., 1054 ff.

² § 3 II 2 LGVerm RP: „Flurstücke sind eindeutig begrenzte Teile der Erdoberfläche, die durch das amtliche Vermessungswesen geometrisch festgelegt und bezeichnet sind.“

³ In Baden-Württemberg ist das wichtigste Gesetz für das Liegenschaftskataster das Vermessungsgesetz. Das Liegenschaftskataster wird heute in Form eines Geobasisinformationssystems mit digitalen Inhalten von den unteren Vermessungsbehörden geführt.

⁴ In Baden-Württemberg gibt es, ähnlich wie in den anderen Ländern, seit dem 1.1.2018 13 grundbuchführende Amtsgerichte.

Amtsbezirk in mehrere „Grundbuchbezirke“ aufgeteilt sein. Bezirke sind die Gemeindebezirke, § 1 GBV.

Die Erledigung der Grundbuchsachen ist den Grundbuchbeamten zugewiesen. Grundbuchbeamter ist zunächst der *Grundbuchrichter*; er jedoch wird nur noch tätig, wenn der Rechtspfleger ihm eine Sache gemäß § 5 RpfLG vorlegt. Grundbuchbeamter ist weiter der *Rechtspfleger*, vgl. § 3 Nr. 1 Buchst. h RpfLG, ihm sind die Aufgaben des Grundbuchrichters im vollen Umfang übertragen; ferner der *Urundsbeamte der Geschäftsstelle*, der insbesondere die Eintragungsverfügungen ausführt und Abschriften erteilt, § 12c GBO. Grundbuchbeamter ist u. a. auch der *Präsentatsbeamte* nach § 13 III GBO, dem es obliegt, Eintragungsanträge entgegenzunehmen und den Zeitpunkt des Eingangs zu beurkunden.

2. Grundstück und Buchungsgegenstände

- 3 a) *Grundstück*: Das Grundstück als Sache im Sinne des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips⁵ muss bestimmt sein, d. h. seine Flächengrenzen müssen genau bestimmbar sein. Diese Bestimmung geschieht mit Hilfe des Katasters, in welchem die Grenzen exakt vermessen sind. Die Grenzen der Flurstücke werden durch die zeichnerische Darstellung in der zum Liegenschaftskataster gehörenden Flurkarte definiert. Auf das Flurstück (Parzelle) nimmt Spalte 3b des Bestandsverzeichnisses des Grundbuchs Bezug (Rn. 12). Grundstück im Sinne des Grundbuchs und Flurstück des Katasters müssen nicht identisch sein, ein Grundstück kann mehrere Flurstücke umfassen. Ein Grundstück ist, was als solches im Grundbuch geführt wird.
- 4 aa) *Buchungszwang*: Jedes Grundstück erhält im Grundbuch ein eigenes Grundbuchblatt, § 3 I 1 GBO, es besteht also „Buchungszwang“. Voraussetzung ist, dass das Grundstück zuvor vermessen und in das Kataster aufgenommen wurde, da das Grundbuch zur Kennzeichnung des Grundstücks hierauf Bezug nimmt, § 2 II GBO. *Nicht buchungspflichtig*, aber buchungsfähig sind die Grundstücke des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Kirchen, Klöster, Schulen, die Wasserläufe und öffentlichen Wege sowie die Grundstücke, die einem dem öffentlichen Verkehr dienenden Bahnunternehmen gewidmet sind, vgl. § 3 II GBO. Diese Grundstücke werden nur auf Antrag des Eigentümers gebucht.
- 5 bb) *Dienende Grundstücke*: Eine besondere Behandlung erfahren Grundstücke, die den wirtschaftlichen Zwecken mehrerer anderer Grundstücke zu dienen bestimmt sind, etwa gemeinschaftliche Zufahrtswege oder Hofräume. Bei solchen dienenden Grundstücken kann das Grundbuchamt von der Anlage eines eigenen Grundbuchblatts absehen, § 3 IV GBO, sofern daraus keine „Verwirrung oder eine wesentliche Erschwerung des Rechtsverkehrs oder der Grundbuchführung“ zu besorgen ist. In diesem Fall wird lediglich der Miteigentumsanteil gebucht, und zwar beim herrschenden Grundstück,⁶ § 3 V GBO.

⁵Vgl. § 1 Rn. 14.

⁶Vgl. das Beispiel im amtlichen Grundbuchmuster (dazu die Erläuterung im Anhang dieses Buchs

b) *Eintragungsfähigkeit*: Im Grundbuch können nicht beliebige Vermerke eingetragen werden. Eintragungsfähig sind etwa dingliche Grundstücksrechte und Rechte an solchen Rechten; Vormerkungen und Widersprüche, §§ 883 ff., 899; Verfügungsbeschränkungen, vgl. § 892 I 2. Generell sind eintragbar alle Vermerke, an deren Vorhandensein das Recht Rechtsfolgen knüpft.⁷ 6

aa) *Obligatorische Rechte*: Nicht eintragbar sind obligatorische Rechte, wie z. B. die Miete oder Pacht eines Grundstücks. Ebenso sind alle überflüssigen Vermerke im Interesse der Übersichtlichkeit des Grundbuchs nicht eintragbar. Ist eine unzulässige Eintragung vorgenommen worden, so äußert sie keinerlei Wirkung; das Grundbuchamt muss sie gemäß § 53 I 2 GBO von Amts wegen löschen. 7

bb) *Öffentliche Lasten*: Sie sind im Grundbuch nicht eintragbar, wenn ihre Eintragung gesetzlich nicht besonders zugelassen oder angeordnet ist, vgl. § 54 GBO. Es ist ohnehin bekannt, dass Grundstücke mit öffentlichen Abgaben belastet sind; hinzukommt, dass solche Belastungen durch einen gutgläubigen Erwerb nicht beeinträchtigt werden können. Öffentliche Lasten i. S. v. § 54 GBO sind öffentlich-rechtliche Verpflichtungen zur Zahlung einer Geldsumme, für welche nicht nur der Eigentümer des Grundstücks persönlich haftet, sondern auch das Grundstück selbst.⁸ In Betracht kommen z. B. Grundsteuern, Zahlungsverpflichtungen im Umlegungsverfahren, Erschließungsbeiträge, Schornsteinfegergebühren. 8

cc) *Öffentliche Belastungen anderer Art*: § 54 GBO bezieht sich auf öffentliche Lasten, nicht dagegen auf öffentliche Belastungen anderer Art.⁹ Dennoch können solche Belastungen – z. B. Vorkaufsrechte, Verfügungsbeschränkungen,¹⁰ öffentlich-rechtliche Baulasten¹¹ – nach h. M. grundsätzlich nicht im Grundbuch eingetragen werden.¹² Das Argument, das Grundbuch sei nur für privatrechtliche Eintragungen bestimmt, trifft jedoch nicht zu. Sogar der Gesetzgeber hat eine Reihe von öffentlich-rechtlichen Belastungen für eintragungsbedürftig oder eintragungsfähig erklärt.¹³ Zudem ist zu beachten, dass jede öffentliche Grundstücksbelastung den Inhalt des Grundeigentums ändert,¹⁴ und dies zu manifestieren ist die Aufgabe des Grundbuchs. Daher muss grundsätzlich jede öffentlich-rechtliche Grundstücksbelastung eintragbar sein¹⁵; darüber hinaus besteht nach hier vertretener Ansicht eine Eintragungspflicht. Zwar sind öffentliche Grundstücksbelastungen in ihrer Entstehung nicht von einer 9

Rn. 5 zu ⑦: 1/10 Miteigentum am Weg „Alte Neußer Landstraße“, welcher das dienende Grundstück ist). Der Anteil gehört zu dem unter ⑥ verbuchten (herrschenden) Grundstück.

⁷ Eintragbar ist z. B. die Einrede gegen eine Forderung, welche durch eine Hypothek gesichert ist, vgl. §§ 1137, 1138, vgl. § 27 Rn. 41.

⁸ Vgl. BGH Rpfleger 1981, 349; Demharter § 54 Rn. 2; Weirich/Ivo Rn. 458.

⁹ Ertl, Rpfleger 1980, 6.

¹⁰ Vgl. etwa Ertl, Rpfleger 1980, 6; Walter, JA 1981, 322 ff.

¹¹ Zu ihnen § 25 Rn. 4.

¹² RGZ 55, 273; Baur/Stürmer § 15 Rn. 40; Jauernig/Berger § 873 Rn. 4.

¹³ Vgl. etwa §§ 54, 143 II BauGB; weitere Beispiele bei Staudinger/Ertl, 12. Aufl. 1989, Vor §§ 873 ff. Rn. 62.

¹⁴ Vgl. VG Schl.-H. DNotZ 1986, 95.

¹⁵ KG DNotZ 1962, 559; Quack, Rpfleger 1979, 283; Walter, JA 1981, 322 ff.

Eintragung abhängig,¹⁶ jedoch ist eine Verpflichtung der zuständigen Behörde anzunehmen, unverzüglich um die Eintragung der Belastung beim Grundbuchamt zu ersuchen. Der Bürger darf erwarten, dass der Staat bei der Durchführung seiner Maßnahmen seine Interessen nach Möglichkeit schont und ihm keinen unnötigen Schaden zufügt. Dazu gehört auch die Kundbarmachung von Grundstücksbelastungen. Wird ihre Eintragung versäumt und so dem Bürger eine Lastenfreiheit vorgegaukelt, so greift die Amtshaftung nach Art. 34 GG, § 839 ein: Der Betroffene kann Schadensersatz verlangen.¹⁷ Eine Eintragung öffentlicher Grundstücksbelastungen im Baulastenverzeichnis ist kein vollwertiger Ersatz für die Grundbucheintragung, zumal sie nicht stets konstitutiv ist (dazu § 25 Rn. 4).¹⁸

3. Einrichtung des Grundbuchs¹⁹

- 10 Jedes Grundbuch besteht aus mehreren Bänden. Diese Bände mussten bis 1961 fest gebunden sein, seit 1961 kann das Grundbuch wahlweise auch aus Bänden oder Heften mit losen Einlegebögen bestehen, § 1 I 1 GBO. Es kann auch als „maschinell geführtes Grundbuch“ in Form einer Computerdatei geführt werden, vgl. §§ 126–134a GBO (Rn. 20).

Jedes Grundstück erhält ein *Grundbuchblatt*,²⁰ § 3 I 1 GBO, welches „das Grundbuch“ im Sinne des BGB ist, z. B. in § 873 I, vgl. § 3 I 2 GBO. Die Grundbuchblätter in den Bänden eines Bezirks erhalten fortlaufende Nummern, vgl. §§ 2, 3 I GBV. Jedes Grundbuchblatt besteht aus der Aufschrift, dem Bestandsverzeichnis und drei Abteilungen, § 4 GBV:

- 11 a) *Aufschrift*: Die erste Seite des Grundbuchblatts ist die Aufschrift, die das Amtsgericht, den Grundbuchbezirk, die Nummer des Bandes und die fortlaufende Nummer des Grundbuchblatts angeben muss.²¹
- 12 b) *Bestandsverzeichnis*: Auf die Aufschrift folgt das Bestandsverzeichnis, welches das verbuchte Grundstück bezeichnet und die damit verbundenen subjektiv-

¹⁶ Das öffentliche Recht befindet sich damit auf dem Stand, den das Zivilrecht im 18. Jh. einnahm.

¹⁷ Weitergehend wollen Eickmann/Böttcher, Grundbuchverfahrensrecht, 5. Aufl. 2019, Rn. 7 und Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. 1983, § 39 II 2 einen gutgläubig lastenfreien Erwerb zulassen, was den Vorteil eines konsequenten Verkehrsschutzes für sich hat.

¹⁸ Wie etwa gemäß § 72 LBO in Baden-Württemberg.

¹⁹ Die folgenden Erörterungen werden durch das Muster eines Grundbuchblatts im Anhang der Grundbuchverfügung (GBV) veranschaulicht; das Muster findet sich erläutert im Anhang dieses Buchs.

²⁰ Jedes „Grundbuchblatt“ besteht nach § 10 Ia GBGeschO normalerweise aus 10 Blättern = 20 Seiten. Bei geringerem Platzbedarf kann das „Grundbuchblatt“ aber auch nur aus sechs Blättern mit 12 Seiten bestehen, § 10 Ib GBGeschO, wie auch das amtliche Grundbuchmuster im Anhang dieses Buchs. – Die GBGeschO ist in einigen Ländern durch Landesrecht abgelöst worden.

²¹ Vgl. Anhang, unten S. 625.

dinglichen Rechte; es ist in acht Spalten aufgeteilt, in Spalte 3a und b erfolgt die Bezugnahme auf das Kataster (Flur und Flurstück, s. Rn. 3).²²

aa) *Real- und Personalfolium*: Die Grundbuchordnung kennt nur noch das *Realfolium*, vgl. § 3 I 1 GBO, geordnet nach Grundstücken, nicht mehr das *Personalfolium*, geordnet nach Personen. Das Personalfolium wurde nach den Grundstückseigentümern geführt, jeder Eigentümer erhielt ein Grundbuchblatt, auf welchem alle seine Grundstücke aufgeführt wurden. Im Realfolium ist auf einem Grundbuchblatt ein einzelnes Grundstück verzeichnet. Gemäß § 4 I GBO können auf einem Grundstücksblatt aber auch mehrere Grundstücke desselben Eigentümers verzeichnet werden, wenn davon keine Verwirrung zu besorgen ist. In diesem Fall spricht man vom *gemeinschaftlichen Grundbuchblatt*. Es handelt sich dabei nicht um ein Personalfolium, denn die Aufzeichnung erfolgt nach Grundstücken, nicht nach Personen. Zudem können in einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt mehrere Grundstücke desselben Eigentümers erfasst werden, keineswegs aber müssen alle erfasst werden, wie dies beim Personalfolium der Fall ist.²³ Es handelt sich bei einer Zusammenschreibung nach § 4 I GBO um einen rein grundbuchtechnischen Vorgang ohne jede materiellrechtliche Bedeutung.²⁴ 13

bb) *Aktivvermerk*: Im Bestandsverzeichnis werden auf Antrag auch die subjektivdinglichen Rechte vermerkt, die dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zustehen (§ 9 I GBO, § 7 I GBV), etwa Grunddienstbarkeiten (§ 1018) und Reallasten (§ 1105 II). Dieser sog. Aktivvermerk hat verfahrensrechtlich die Bedeutung, dass für die Aufhebung des Rechts die Bewilligung gemäß § 19 GBO der nach § 876, 2 dinglich am herrschenden Grundstück Berechtigten erforderlich ist, vgl. § 21 GBO. Der Vermerk hat jedoch keine materiellrechtliche Wirkung, für die Entstehung des Rechts genügt die Eintragung beim belasteten Grundstück (Rn. 16). Wird zudem ein bestehendes Recht nach § 21 GBO ohne die nach § 876, 2 erforderliche Zustimmung der dinglich Berechtigten gelöscht, besteht es weiter. 14

c) *Erste Abteilung*: Auf das Bestandsverzeichnis folgt die erste Abteilung des Grundbuchblatts,²⁵ in welcher der Eigentümer des jeweiligen Grundstücks vermerkt ist sowie die dingliche Grundlage seiner Eintragung, z. B. Auflassung, Erbschein, Testament usw., vgl. § 9 GBV; ferner ist der Tag der Eintragung zu vermerken. Bei einer Eigentümermehrheit ist gemäß § 47 I GBO zu vermerken, ob es sich um Miteigentum oder Gesamthandseigentum handelt; beim Miteigentum sind die Bruchteile des einzelnen Miteigentümers anzugeben, beim Gesamthandseigentum das konkrete Gesamthandsverhältnis („in Erbengemeinschaft“, „als Eheleute in Gütergemeinschaft“). Zur Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts § 20 Rn. 66. 15

²² Vgl. Anhang, unten S. 626 f.

²³ Auch das amtliche Grundbuchmuster ist ein solches gemeinschaftliches Grundbuchblatt mit drei Grundstücken; dazu der Anhang Rn. 2.

²⁴ Anders die „Vereinigung“ und die „Zuschreibung“, die materiellrechtliche Bedeutung haben; dazu unten § 20 Rn. 39 f.

²⁵ Vgl. das Grundbuchmuster im Anhang, unten S. 626 f.

- 16 d) *Zweite Abteilung*:²⁶ In ihr werden die Belastungen des Grundstücks²⁷ eingetragen, ausgenommen die Grundpfandrechte (Hypotheken, Grund- und Rentenschulden) und die sich auf diese beziehenden Vormerkungen und Widersprüche, § 10 Ia GBV; ferner werden hier Verfügungsbeschränkungen, Vormerkungen und Widersprüche eingetragen, die sich auf das Eigentum beziehen, § 10 Ib GBV.
- 17 e) *Dritte Abteilung*:²⁸ In ihr werden die Grundpfandrechte eingetragen sowie die sich auf diese beziehenden Vormerkungen und Widersprüche, § 11 I GBV.
- 18 f) *Grundakten*: Alle Urkunden, auf welche eine Grundbucheintragung sich gründet oder bezieht, werden vom Grundbuchamt aufbewahrt, § 10 I 1 GBO, und zwar in den zum betroffenen Grundstück gehörenden Grundakten, § 24 GBV.²⁹ Urkunden, auf welche sich die Eintragung gründet, sind etwa Eintragungsanträge und-bewilligungen (§§ 13, 19 GBO), Auflassungserklärungen (§ 20 GBO), Zustimmungserklärungen zu Berichtigungen und Löschungen (§§ 22, 27 GBO), Vollmachten, Testamente, Erbscheine, behördliche Bescheinigungen.
- 19 g) *Grundbuch im materiellen Sinne*: Grundbuch im Sinne des materiellen Rechts, etwa des § 873, ist das *gesamte* Grundbuchblatt eines Grundstücks. Nach dem formellen Recht der GBO und der GBV sollen die Buchungen in bestimmter Form und an bestimmter Stelle erfolgen, jedoch ist das für das materielle Recht ohne Bedeutung. Daher ist eine in der ersten Abteilung oder auf der Aufschrift eingetragene Hypothek materiell gleichwohl wirksam.
- 20 h) *Elektronische Grundbuchführung*: Sie ist durch das „Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz“ von 1993 ermöglicht worden. Die Einzelheiten finden sich in den §§ 126–134a GBO; vgl. auch die §§ 61–93 GBV. Gemäß § 126 GBO bestimmen die Länder, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen.³⁰ An die Stelle des bisherigen Grundbuchblatts tritt die in den Datenspeicher aufgenommene Information, § 128 GBO; die Eintragung ist vollendet, wenn sie im Speicher aufgezeichnet ist, § 129 GBO. An die Stelle von Abschriften treten Ausdrücke der gespeicherten Informationen, § 128 GBO. Die Einsicht erfolgt auf Bildschirmen, auch bei einem anderen als dem örtlich zuständigen Grundbuchamt, § 132 GBO, § 79 GBV.³¹ Der Sicherung der Daten gegen Missbrauch und Verlust dienen die §§ 62–66 GBV und die Anlage zu § 126 GBO.

Nach § 133 GBO besteht die Möglichkeit der Einrichtung eines automatisierten *Datenabrufverfahrens*; Einzelheiten dazu regeln die §§ 80 ff. GBV. Über das Inter-

²⁶ Vgl. das Grundbuchmuster im Anhang, unten S. 630 f.

²⁷ Etwa Erbbaurechte, Dienstbarkeiten, Reallasten, ein Nießbrauch.

²⁸ Vgl. das Grundbuchmuster im Anhang, unten S. 632 ff.

²⁹ In Baden-Württemberg arbeiten alle Grundbuchämter seit 2012 mit der elektronischen Grundakte, alle neuen Dokumente werden ausschließlich elektronisch übermittelt und bearbeitet. Die vorhandenen Papierakten bleiben erhalten, allerdings zentral im Grundbuchzentralarchiv Kornwestheim.

³⁰ So werden z. B. in der Grundbuchdatenzentrale Baden-Württemberg, die zum Amtsgericht Stuttgart gehört, die elektronischen Grundbücher der angeschlossenen Grundbuchämter des Landes vorgehalten.

³¹ In Baden-Württemberg halten die Städte und Gemeinden Grundbucheinsichtsstellen vor.

net kann nach Genehmigung der Landesjustizverwaltung einem eingeschränkten Personenkreis³² auf Antrag Einsicht in das Grundbuch gewährt werden. Der sachliche Bereich der Grundbucheinsicht (Rn. 22) wird dadurch nicht erweitert.

2009 ist das Gesetz zur Einführung des *elektronischen Rechtsverkehrs* und der elektronischen Akten im Grundbuchverfahren in Kraft getreten, vgl. §§ 135–141 GBO. Anträge und sonstige Erklärungen sowie Nachweise über andere Eintragungsvoraussetzungen können nunmehr elektronisch an das Grundbuchamt übermittelt werden, und auch die Grundakten können elektronisch geführt werden, § 135 GBO. In Papierform vorliegende Schriftstücke können in elektronische Dokumente übertragen und so in die Grundakten übernommen werden, § 138 I 1. Nach § 139 GBO tritt an die Stelle einer Abschrift aus den Grundakten ein Ausdruck und an die Stelle der beglaubigten Abschrift der amtliche Ausdruck.

i) *Grundeigentumsähnliche Rechte*: Grundbücher werden nicht nur für das Grundeigentum geführt, sondern auch für grundeigentumsähnliche Rechte: Es gibt Grundbücher für das Erbbaurecht, §§ 14–17 ErbbauRG, §§ 54 ff. GBV mit Anlage 9; für das Wohnungseigentum, § 7 WEG, Muster als Anlage zur WEGGBV;³³ für das selbständige Gebäudeeigentum in der ehemaligen DDR, Art. 233 § 2b II, § 2c EGBGB, § 144 I Ziffer 4 GBO.³⁴ Für das Bergwerkseigentum ist die Einrichtung und Führung der Berggrundbücher landesrechtlich geregelt, vgl. § 176 II BBergG. 21

4. Einsichtsrecht

Jeder, der ein berechtigtes Interesse daran hat, kann gemäß § 12 I GBO Einsicht in das Grundbuch und die Grundakten nehmen.³⁵ Dazu gehören zunächst alle, die ein Recht am Grundstück haben; sie haben ein rechtliches Interesse an der Einsicht; ferner die Vertreter dinglich Berechtigter oder die, denen ein Berechtigter die Einwilligung zur Einsicht erteilt hat, § 43 II GBV.³⁶ Zur Einsicht sind auch diejenigen berechtigt, zu deren Gunsten eine Vormerkung oder ein Widerspruch eingetragen ist. Behörden und Notare müssen kein berechtigtes Interesse an einer Einsichtnahme nachweisen, § 43 GBV. 22

Ausreichend zur Begründung des Einsichtsrechts sind auch *wirtschaftliche Interessen*, etwa das Interesse, ein Grundstück zu erwerben; auch einem Kaufinteressen-

³²Nach § 133 II GBO sind dies Gerichte, Behörden, Notare, öffentlich bestellte Vermessungsingenieure, dinglich Berechtigte und ihre Beauftragten sowie die Staatsbank; ansonsten kann ein Datenabruf nur genehmigt werden, wenn der Grundstückseigentümer zustimmt; davon können etwa Rechtsanwälte oder Kreditinstitute Gebrauch machen.

³³Verfügung über die grundbuchmäßige Behandlung von Wohnungseigentumssachen vom 1.8.1951.

³⁴§ 2 Fn. 81; § 24 Rn. 1; vgl. auch die Gebäudegrundbuchverordnung vom 15.7.1994, BGBl. I, 1606.

³⁵Vgl. auch § 46 I GBV.

³⁶Nach dem Erbfall kann auch ein Pflichtteilsberechtigter ein konkretes Interesse an einer Einsichtnahme haben, OLG München DNotZ 2019, 354 Rn. 15 ff.

ten, der erst aus dem Grundbuch den Namen des Eigentümers erfahren will, sollte Einsicht gewährt werden.³⁷ Das Interesse ist auch für denjenigen zu bejahen, der ein Grundstück mieten oder pachten will, auch für einen Pflichtteilsberechtigten, der sich über den Wert eines Grundstücks im Nachlass informieren will, um zu entscheiden, ob er seinen Anspruch geltend machen soll.³⁸ Dagegen wird man z. B. Auskunfteien und Maklern nicht generell ein berechtigtes Interesse an der Grundbucheinsicht zugestehen können, sondern nur zur Ermittlung ihres Provisionsanspruchs.³⁹ Auch ein *öffentliches Interesse* kann zur Einsicht berechtigen, etwa wenn ein Abgeordneter einer Volksvertretung Missstände oder Fehlverhalten der Exekutive aufklären will;⁴⁰ ebenso, wenn nur so die Presse ihre demokratische Kontrollfunktion erfüllen kann.⁴¹

Daneben sollten auch *wissenschaftliche und historische Interessen* zur Einsicht berechtigen, wenn jemand etwa Statistiken erstellen will oder eine Chronik von Gebäuden oder Grundstücken.⁴² Wissenschaftliche Interessen sollten gegenüber wirtschaftlichen nicht allzu sehr in den Hintergrund gestellt werden. Dagegen begründen *persönliche Motive* wie etwa die Aussicht auf ein gedeihliches Zusammenleben in der Familie oder gar reine Neugier kein Einsichtsrecht.⁴³

Das Einsichtsrecht kann auf die Abteilungen des Grundbuchs beschränkt werden, auf welche sich das Interesse bezieht. Soweit das Interesse reicht, kann der Berechtigte auch eine Abschrift aus dem Grundbuch verlangen, auf Verlangen auch in beglaubigter Form, § 12 II GBO. Über das Einsichtsrecht entscheidet der Urkundsbeamte, gegen dessen Entscheidungen der Grundbuchrichter angegangen werden kann, § 12c I Nr. 1, IV GBO. Der eingetragene Berechtigte ist an diesem Verfahren nicht beteiligt, es steht ihm auch kein Beschwerderecht gegen die Gewährung der Grundbucheinsicht zu.⁴⁴

II. Grundbuchverfahren

- 23** Das Grundbuchverfahren ist ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, subsidiär sind neben der GBO die Vorschriften des FamFG anzuwenden.

³⁷ Franz, NJW 1999, 406 f.; einschränkend MünchKomm/Kohler Vor § 873 Rn. 22: ernsthafte Kaufabsicht aufgrund bereits angebahnten Kontakts.

³⁸ Vgl. KG NJW-RR 2004, 1316 ff.

³⁹ OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, 1043; MünchKomm/Kohler Vor § 873 Rn. 22.

⁴⁰ BGH BeckRS 2020, 5571; nicht jedoch, wenn die Einsicht nur einem allgemeinen Informationsinteresse dient.

⁴¹ Vgl. BGH NJW-RR 2011, 1651 Rn. 6, 8 (*causa Wulff*); OLG Hamm NJW 1988, 2482.

⁴² So zutreffend Wolff/Raiser § 29 V 1; Lange § 19 II 2 b Fn. 8; a. A. die h. M., vgl. etwa Demharter § 12 Rn. 11. Zur Gestattung der Einsicht durch den Präsidenten des Land- oder Amtsgerichts § 35 GBGeshO.

⁴³ BayObLG NJW-RR 1998, 1241 f.

⁴⁴ BGH NJW 1983, 1563.

1. Antrag

a) *Antragsberechtigung*: Nach § 13 I 1 GBO erfolgt eine Eintragung im Grundbuch, wenn nichts anderes vorgeschrieben ist, nur auf Antrag. Antragsberechtigt ist gemäß § 13 I 2 GBO jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Dabei bezieht sich das Betroffen- bzw. Begünstigtsein auf die dingliche Rechtsstellung. Wirtschaftliche Gesichtspunkte spielen hier keine Rolle. Wer eine nachrangige und daher wertlose Hypothek erwirbt, ist Begünstigter, auch wenn er keinen wirtschaftlichen Vorteil davon hat. Betroffener ist etwa, wer ein Recht verliert oder sein Recht belastet, aber auch, wer bezüglich seines Rechts eine Vormerkung oder einen Widerspruch eintragen lässt; Begünstigter ist etwa, wer ein Recht erwirbt, wer von einer Belastung seines Rechts befreit wird, zu wessen Gunsten eine Vormerkung eingetragen wird, zu wessen Schutz ein Widerspruch eingetragen wird usw. Mehrere Antragsberechtigte können unabhängig voneinander einen Antrag stellen. 24

b) *Betroffensein*: Betroffener ist, dessen dingliche Rechtsstellung durch die Eintragung eine Einbuße erleidet. Das geschieht beim Verlust oder bei der Belastung eines Rechts oder durch nachteilige Inhaltsänderung: Werden z. B. die Zinsen einer Hypothek erhöht, ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks betroffen, werden sie gesenkt, der Inhaber der Hypothek. Ist nicht erkennbar, wer durch eine Inhaltsänderung benachteiligt wird – eine Hypothek wird in eine Grundsschuld umgewandelt –, sind beide Beteiligten antragsberechtigt.⁴⁵ Antragsberechtigt nach § 13 I 2 GBO ist allerdings nur, wer von der zu beantragenden Eintragung unmittelbar betroffen ist;⁴⁶ auf diese Weise wird verhindert, dass das Antragsrecht zu weit ausgedehnt wird.⁴⁷ Unmittelbar betroffen ist der, dessen eingetragenes Recht oder dessen eingetragene Rechtsposition gelöscht werden soll oder bei dessen Recht eine Eintragung erfolgen soll, durch welche dieses Recht belastet oder nachteilig verändert wird. Wenn z. B. eine Hypothek des H auf dem Grundstück des E gelöscht werden soll, so ist H Betroffener und E Begünstigter. Hat G an der Hypothek ein Pfandrecht, muss er nach § 876 der Löschung zustimmen, G hat jedoch nicht das Recht, die Löschung der Hypothek zu beantragen, weil bezüglich seines Rechts keine Eintragung erfolgen soll. 25

Ist ein Nichtberechtigter eingetragen und soll das Grundstück veräußert werden oder ein dingliches Recht bestellt werden, ist der wahre Berechtigte der Betroffene, nicht der Nichtberechtigte. Jedoch wird dessen Antrag Erfolg haben, wenn der Grundbuchbeamte die wahre Rechtslage nicht kennt. Kennt er sie, hat er den Antrag zurückzuweisen (Rn. 50). Erfolgt die Eintragung dagegen zum Zweck der Berichtigung des Grundbuchs, so ist antragsberechtigt einmal der Betroffene, welcher seine bisherige Buchposition einbüßt, dann aber auch der, dessen eingetragenes Recht durch die berichtigende Eintragung beeinträchtigt wird.⁴⁸

⁴⁵ KEHE/Volmer § 13 Rn. 71.

⁴⁶ Vgl. etwa KEHE/Volmer § 13 Rn. 55; Soergel/Stürner Vor § 873 Rn. 11.

⁴⁷ Anders ist der Begriff des „Betroffenen“ in §§ 19, 39 I und § 55 I GBO zu verstehen, vgl. Rn. 34 f., 41, 51.

⁴⁸ Etwa der Grundstückseigentümer, wenn ein nicht eingetragenes belastendes Recht im Wege der Berichtigung eingetragen wird.

26 c) *Begünstigter*: Er ist derjenige, „zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll“. Antragsberechtigt ist nur der unmittelbar Begünstigte,⁴⁹ also der, für den ein Recht eingetragen wird oder dessen Recht durch die Eintragung selbst von einer Belastung befreit wird. Mittelbar Begünstigte haben kein Antragsrecht, wie etwa der Inhaber einer Auflassungsvormerkung, der nach der Löschung einer Belastung unbelastetes Eigentum erwerben würde,⁵⁰ oder ein nachrangig Berechtigter, der beim Löschen einer Belastung im Rang vorrücken würde; unmittelbar begünstigt ist nur der Eigentümer. Bei Grundbuchberichtigungen ist jeder antragsberechtigt, der einen Berichtigungsanspruch (§ 894) hat.

27 d) *Mittelbar Begünstigter*: Ein mittelbar Begünstigter kann nach § 14 GBO einen Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs stellen, wenn er aufgrund eines vollstreckbaren Titels gegen den Berechtigten eine Eintragung im Grundbuch verlangen kann, diese aber nicht erreichen kann, weil der Schuldner und wirklich Berechtigte nicht eingetragen ist, vgl. § 39 GBO. Hat etwa H einen titulierten Anspruch auf Eintragung einer Hypothek gegen den Eigentümer E, ist aber im Grundbuch zu Unrecht B als Eigentümer eingetragen, so kann H die Eintragung nicht erzwingen, solange E nicht eingetragen ist.⁵¹ Er kann gemäß § 14 GBO die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des E beantragen.

§ 14 GBO ist auch anwendbar, wenn der vollstreckbare Eintragungsanspruch auf Berichtigung geht. Im Grundbuch ist etwa statt des Eigentümers und Erben E noch der Erblasser B eingetragen; H hat am Grundstück eine Hypothek, die nicht eingetragen ist, etwa aus § 1287, 2. Ihre Eintragung im Weg der Berichtigung kann erst erfolgen, nachdem E als Eigentümer eingetragen ist. H hat zwei Möglichkeiten des Vorgehens: Er kann gemäß § 895 von E verlangen, dass dieser sich eintragen lasse, er kann aber auch nach § 14 GBO selbst den Antrag auf Eintragung des E stellen und nachweisen, dass E der Eigentümer ist.

28 e) *Vertretung*: Ein Eintragungsantrag kann durch einen Bevollmächtigten gestellt werden, die Vollmacht ist formlos nachzuweisen, § 30 GBO. Der Form des § 29 GBO bedarf es nur, wenn die Vollmacht auch weitere, zur Eintragung erforderliche Erklärungen umfassen soll, wie etwa die Abgabe einer Bewilligung nach § 19 GBO. Ist eine zur Eintragung erforderliche Erklärung⁵² von einem Notar beurkundet oder beglaubigt worden, so gilt dieser als ermächtigt, den Eintragungsantrag im Namen eines Antragsberechtigten zu stellen, § 15 II GBO. Der Notar, der eine Auflassung beurkundet hat, kann also den Antrag im Namen des Veräußerers oder des Erwerbers stellen.

29 f) *Form*: Der Antrag kann schriftlich gestellt werden oder mündlich zur Niederschrift des zuständigen Beamten,⁵³ § 13 II 3 GBO. Die Einhaltung einer besonderen Form ist nicht erforderlich, er muss nicht einmal unterschrieben sein. Die Form des § 29 GBO ist dagegen einzuhalten, wenn durch den Antrag eine weitere, für die

⁴⁹ Vgl. KEHE/Volmer § 13 Rn. 57; Demharter § 13 Rn. 42, 47.

⁵⁰ OLG Frankfurt FGPrax 1996, 208 f.

⁵¹ Vgl. dazu Rn. 38 ff.

⁵² Etwa eine Auflassung oder eine Einigung nach § 873.

⁵³ Vgl. Rn. 2.

Eintragung erforderliche Erklärung ersetzt werden soll, § 30 GBO. Der Antrag kann mit dem Vorbehalt versehen werden, dass eine Eintragung nicht ohne eine andere beantragte Eintragung erfolgen soll, § 16 II GBO; Vorbehalte (Bedingungen) anderer Art sind nicht möglich, vgl. § 16 I GBO.

g) *Wirksamwerden*: Der Antrag wird gemäß § 13 II 2 GBO wirksam, wenn er einem zur Entgegennahme zuständigen Beamten⁵⁴ vorgelegt wird, d. h. wenn er in dessen Besitz gelangt, § 19 IIb GBGeschO.⁵⁵ Es genügt nicht der Eingang beim Amtsgericht, § 19 I GBGeschO, insbesondere nicht das Einwerfen in den Briefkasten.⁵⁶ Der Antrag wird nur wirksam, wenn er einem zuständigen Beamten vorgelegt wird, nicht erst, wenn dieser ihn zur Kenntnis nimmt, § 19 IIb GBGeschO. 30

Die Reihenfolge des Eingangs von Anträgen ist von großer Bedeutung, weil die beantragten Eintragungen in der Reihenfolge der Antragseingänge erfolgen, § 17 GBO, und weil die Reihenfolge der Eintragungen entscheidend ist z. B. für den Rang der Rechte. Daher ist auf dem Antrag der Zeitpunkt des Eingangs genau anzugeben, § 13 II 1 GBO, d. h. nach Tag, Stunde und Minute, § 19 IIa GBGeschO. Ein Antrag ist aber nach h. M. nur dann geeignet, einen zeitlichen Vorrang i. S. v. des § 17 GBO zu begründen oder einen vorteilhaften Zeitpunkt zu fixieren, etwa i. S. v. §§ 878, 879, 892 II, wenn ihm alle zur Eintragung erforderlichen Unterlagen beigefügt sind.⁵⁷ Werden die erforderlichen Unterlagen nachgereicht, so ist mit diesem Zeitpunkt ein neuer Antrag gegeben. Wird ein Antrag wegen mangelnder Unterlagen rechtmäßig zurückgewiesen und wird dagegen Beschwerde eingelegt unter Beifügung der erforderlichen Anlagen, so ist die Beschwerde als neuer Antrag zu werten.⁵⁸

h) *Rücknahme*: Der Antrag kann von dem, welcher ihn gestellt hat, zurückgenommen werden, und zwar bis zur Vollendung der Eintragung. Die Rücknahme bedarf gemäß § 31 GBO der Form des § 29 GBO, d. h. der notariellen Beglaubigung (Rn. 33). 31

2. Bewilligung des Betroffenen

a) *Formelles Konsensprinzip*: Die Grundbuchordnung fordert für die Eintragung weder den Nachweis des Kausalgeschäfts noch den der dinglichen Einigung; Ausreichend ist die einseitige Bewilligung des Betroffenen, § 19 GBO. Diesem sog. formellen Konsensprinzip⁵⁹ setzt das materielle Recht das materielle Konsensprin-

⁵⁴ Vgl. Rn. 2.

⁵⁵ Demharter § 13 Rn. 23.

⁵⁶ Daher soll sich am Briefkasten ein entsprechender warnender Hinweis befinden, § 18 II GeschO.

⁵⁷ Demharter § 13 Anh. Rn. 2.

⁵⁸ Vgl. BGHZ 27, 310, 317; BGH NJW 1997, 2751; LM § 878 Nr. 7 mit Anm. Wieling; Demharter § 18 Rn. 17.

⁵⁹ Die Bezeichnung ist wenig glücklich, weil Konsens eine Vereinbarung nahelegt. Gemeint ist ein Konsens im Sinne der Erteilung einer Zustimmung, vgl. Johow/Achilles, 200.

zip entgegen, das zum Rechtserwerb grundsätzlich eine dingliche Einigung fordert, § 873 I. Fehlt es an der Einigung, so tritt trotz Bewilligung und Eintragung keine Rechtsänderung ein; ist eine Einigung vorhanden, erfolgt aber die Eintragung ohne Bewilligung, so tritt die eingetragene Rechtsänderung ein. § 19 GBO ist nur eine Verfahrensvorschrift, welche für das materielle Recht keine Bedeutung hat.

Die Eintragungsbewilligung ist durch öffentliche oder öffentlich, d. h. notariell⁶⁰ beglaubigte Urkunden zu erklären, § 29 I 1 GBO.

- 33 *b) Betroffensein:* Die Bewilligung ist vom Betroffenen zu erklären; betroffen ist zunächst der, dessen materielle Rechtsstellung von der geplanten Eintragung beeinträchtigt wird. Ein Recht oder eine Rechtsposition ist betroffen, wenn sie durch die geplante Rechtsänderung rechtlich nachteilig beeinflusst wird; auf wirtschaftliche Gesichtspunkte kommt es dabei nicht an. Nur ein solcher Betroffener ist berechtigt, die Bewilligung nach § 19 GBO zu erklären. Bei der Übertragung, Belastung oder Löschung eines Rechts ist der Rechtsinhaber betroffen, beim Rangtausch ist es der zurücktretende Rechtsinhaber. Bei Unklarheit, ob eine Verfügung einen rechtlichen Nachteil bringt, ist Betroffensein anzunehmen; es reicht, dass jemand möglicherweise betroffen ist.⁶¹ Betroffen ist schließlich auch, dessen Buchstellung von der geplanten Eintragung beeinträchtigt wird.⁶²
- 34 *aa) Mittelbar Betroffener:* Betroffen i. S. v. § 19 GBO ist auch, wer nur mittelbar betroffen ist.⁶³ Dazu gehören alle, die einer Verfügung über ein Recht zustimmen müssen, vgl. §§ 876, 877, 880 II, III. Wer z. B. ein Pfandrecht an einer Hypothek hat, muss eine beabsichtigte Löschung der Hypothek bewilligen. Mittelbar betroffen sind auch gleichrangige oder nachrangige Gläubiger, wenn ein vorrangiges Recht ausgeweitet oder verstärkt wird, etwa wenn eine Hypothek oder auch nur ihr Zinssatz erhöht wird.⁶⁴
- 35 *bb) Buchberechtigter:* Von der Eintragung einer Grundbuchberichtigung ist der Buchberechtigte betroffen, dessen angebliches, eingetragenes Recht gelöscht werden soll; er muss die Bewilligung erklären.⁶⁵
- 36 *c) Fehlende Erforderlichkeit:* Eine Bewilligung ist für eine Grundbucheintragung ausnahmsweise nicht erforderlich, wenn bei einer beantragten Grundbuchberichtigung die Unrichtigkeit des Grundbuchs in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird, §§ 22–27 GBO; ferner wenn eine Behörde aufgrund gesetzlicher Ermächtigung um eine Eintragung ersucht, § 38 GBO, oder das Beschwerdegericht eine Eintragung anordnet, § 76 GBO (Rn. 53).

⁶⁰ Vgl. § 63 IV BeurkG. Die öffentliche Beglaubigung wird durch die notarielle Beurkundung ersetzt, § 129 II.

⁶¹ Demharter § 19 Rn. 50 f.

⁶² Steht fest – etwa aufgrund eines Urteils –, dass nicht der Eingetragene, sondern ein Dritter der Eigentümer ist, so muss der Dritte die Bewilligung und natürlich auch die Einigung nach § 873 erklären, vgl. BGH NJW-RR 2006, 888 ff.

⁶³ Vgl. Demharter § 19 Rn. 52; KEHE/Munzig § 19 Rn. 54 ff.

⁶⁴ Bis auf 5 % kann der Zinssatz ohne Bewilligung der nachrangigen Gläubiger erhöht werden, § 1119 I.

⁶⁵ Sie kann von ihm gemäß § 894 verlangt werden.

d) *Rechtsnatur*: Umstritten ist die Rechtsnatur der Bewilligung. Nach einer Auffassung hat sie eine Doppelnatur, ist zugleich materiell- wie verfahrensrechtliche Erklärung,⁶⁶ nach h. M. ist sie eine rein verfahrensrechtliche Erklärung.⁶⁷ Die Frage kann aber nur dahin gehen, ob in einer Bewilligung gleichzeitig eine materiellrechtliche Erklärung und umgekehrt in einer materiellrechtlichen Erklärung eine Bewilligung liegen kann; sie ist durch Auslegung zu klären; die Vorschriften über Willenserklärungen sind anwendbar.⁶⁸ Die Bewilligung muss nicht den Ausdruck „Bewilligung“ oder „bewilligt“ usw. enthalten, wenn nur eindeutig klar wird, dass der Erklärende mit der Eintragung einverstanden ist. Wird ein Eintragungsantrag gestellt, so liegt darin immer die Bewilligung des Antragstellers,⁶⁹ der Antrag ist die stärkste Form der Bewilligung.⁷⁰ Umgekehrt wird in der Bewilligung regelmäßig auch die materiellrechtliche Erklärung liegen; wer die Eintragung der Rechtsänderung will, will auch die Rechtsänderung.⁷¹ 37

Die Bewilligung wird wirksam, wenn sie dem Grundbuchamt zugeht.⁷² Andere wollen schon dann ein Wirksamwerden annehmen, wenn der Bewilligende die Bewilligungsurkunde einem Dritten aushändigt;⁷³ da das Grundbuchamt eine solche Bewilligung nicht beachten kann, bleibt aber unklar, worin die „Wirksamkeit“ bestehen soll. Ist die Bewilligung dem Grundbuchamt zugegangen, ist sie unwiderruflich; das gilt auch, wenn die Bewilligung einem Dritten ausgehändigt wird, damit dieser sie im eigenen Interesse beim Grundbuchamt vorlegen kann.

Die Bewilligung wird gegenstandslos, wenn der Antrag zurückgenommen und dadurch das Verfahren beendet wird. Bedingungen sind unzulässig; zur Zulässigkeit eines Vorbehalts nach § 16 II GBO oben Rn. 29.

3. Nachweis der Auflassung

Wegen der besonderen wirtschaftlichen Bedeutung der Grundstücksübereignung begnügt sich die GBO im Falle einer Auflassung⁷⁴ nicht mit der Bewilligung des Veräußerers, sondern fordert gemäß § 20 GBO den Nachweis der Auflassung (also 38

⁶⁶ Wolff/Raiser § 33 III.

⁶⁷ Demharter § 19 Rn. 13.

⁶⁸ Baur/Stürner § 16 Rn. 26.

⁶⁹ Vgl. BayObLG 1952, 40, 45; einschränkend Prütting Rn. 280. Die Form des § 29 GBO ist einzuhalten.

⁷⁰ Vgl. Wolff/Raiser § 33 VI.

⁷¹ Vgl. BGHZ 60, 52.

⁷² Wolff/Raiser § 33 IV. Eine Vollmacht, auf deren Grundlage die Bewilligung erklärt wurde, kann daher noch bis zum Eingang des Eintragungsantrags widerrufen werden, OLG München DNotZ 2019, 757, 760 f.

⁷³ KEHE/Munzig § 19 Rn. 130 f.

⁷⁴ Gleiches gilt für die Bestellung, Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbbaurechts.

der dinglichen Einigung, §§ 873 I, 925).⁷⁵ Die Eintragung einer Grundstücksübertragung infolge Auflassung darf daher nur dann vorgenommen werden, wenn dem Grundbuchamt die Auflassung nachgewiesen wird. Das geschieht durch Vorlage der notariellen Urkunde, die nach § 925 I 1 regelmäßig über die Auflassung errichtet wird.

Der Nachweis der dinglichen Einigung erbringt aber noch keine absolute Sicherheit, ob der Veräußerer mit einer sofortigen Eintragung einverstanden ist. Daher entspricht es den Interessen der Rechtssicherheit, zum Nachweis der Auflassung nach § 20 GBO zusätzlich eine Bewilligung nach § 19 GBO zu fordern.⁷⁶ Liegt sie vor, so weiß das Grundbuchamt mit Sicherheit, dass die Eintragung erfolgen kann.

In einer Auflassung kann konkludent eine Bewilligung liegen, doch muss das Einverständnis des Veräußerers mit der sofortigen Eintragung durch Auslegung zweifelsfrei festgestellt werden. Nicht zutreffend ist es daher, in jeder Auflassung eine Bewilligung zu sehen, solange das Gegenteil nicht erkennbar ist.⁷⁷ Beantragt der Veräußerer jedoch die Eintragung, liegt darin immer auch die Bewilligung (Rn. 37).

4. Voreintragung des Betroffenen

- 39 So wie das Grundbuchverfahren sich grundsätzlich mit der Bewilligung des Betroffenen begnügt, ohne das materiellrechtliche Rechtsgeschäft zu prüfen, so begnügt es sich auch mit der Voreintragung des Betroffenen, ohne dessen materiellrechtliche Berechtigung zu prüfen.
- 40 a) *Voreintragung*: Gemäß § 39 I GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, als Berechtigter eingetragen ist. Ist etwa statt des Eigentümers ein anderer als Berechtigter eingetragen und will der Eigentümer das Grundstück veräußern, so kann nicht unmittelbar der Erwerber eingetragen werden. Zunächst muss im Wege der Berichtigung der wahre Eigentümer eingetragen werden, erst dann kann die Umbuchung auf den Erwerber erfolgen. Auf diese Weise dokumentiert das Grundbuch genau die Geschichte und Entwicklung der Grundstücksrechte.
- 41 b) *Betroffensein*: Der Begriff des Betroffenen ist in § 39 I GBO ebenso zu verstehen wie in § 19 GBO für die Bewilligung (Rn. 33). Von einer Rechtsänderung ist der Inhaber des Rechts betroffen, von einer Berichtigung der Buchberechtigte. Bei Briefgrundpfandrechten steht es gemäß § 39 II GBO der Eintragung gleich, wenn der Gläubiger sich durch den Brief legitimiert, der gemäß § 1155, 1 durch eine ununterbrochene Kette beglaubigter Abtretungserklärungen auf die Grundbucheintragung zurückführt.⁷⁸

⁷⁵ Demharter § 20 Rn. 1.

⁷⁶ So etwa BGHZ 90, 327; Eickmann/Böttcher, Grundbuchverfahrensrecht, 5. Aufl. 2019, Rn. 120; Demharter § 19 Rn. 6; auf die Bewilligung will dagegen Jauernig/Berger § 873 Rn. 14 verzichten.

⁷⁷ Zutr. Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 20 Rn. 7.

⁷⁸ Für die Eintragung von Grundpfandrechten vgl. weiter §§ 41–43 GBO.

c) *Erbe*: Eine Ausnahme vom Grundsatz der Voreintragung ordnet § 40 I (1) GBO an für den Fall, dass der Erbe (oder Erbesebe) des eingetragenen Berechtigten sein ererbtes Recht übertragen oder aufheben will; dadurch soll ihm das zwecklose Eintragungsverfahren erspart werden, wenn er sein Recht ohnehin alsbald wieder verliert. Wer ein Grundstück etwa geerbt hat, kann es veräußern, ohne vorher selbst eingetragen werden zu müssen. Will der Erbe dagegen sein ererbtes Recht behalten und anderweitig darüber verfügen, etwa es belasten, so muss er vorher eingetragen werden. 42

Die Voreintragung des Erben ist weiterhin dann nicht erforderlich, wenn die Eintragung aufgrund einer Bewilligung des Erblassers erfolgt, aufgrund einer Bewilligung eines Nachlasspflegers oder aufgrund eines vollstreckbaren Titels gegen den Erblasser oder Nachlasspfleger, § 40 I (2) GBO. Gemäß § 40 II GBO gilt das auch für die Bewilligung des Testamentsvollstreckers und für den vollstreckbaren Titel gegen ihn.

5. Eintragung

a) *Richtiges Grundbuch*: Die Eintragung muss im Grundbuch des Grundstücks erfolgen, das durch die Rechtsänderung betroffen ist. Eine Eintragung in einem anderen Grundbuch bewirkt keine Rechtsänderung. Wird z. B. ein subjektiv-dingliches Recht im Grundbuch des herrschenden Grundstücks eingetragen, entsteht dieses Recht nicht (s. auch Rn. 14). Gleichgültig ist es dagegen, an welcher Stelle des Grundbuchs die Eintragung erfolgt (Rn. 19). 43

b) *Reihenfolge der Anträge*: Das Eintragungsverfahren beginnt mit dem Antrag, dessen Eingangszeit genau festzuhalten ist.⁷⁹ Werden mehrere Anträge gestellt, die dasselbe Recht betreffen, so darf die später beantragte Eintragung nicht erfolgen, bevor der frühere Antrag erledigt ist, § 17 GBO. Im Einzelnen gilt: 44

aa) *Betroffensein desselben Rechts*: Durch die Anträge muss dasselbe Recht betroffen werden. Das ist immer dann anzunehmen, wenn die Reihenfolge der Eintragungen rechtlich relevant ist. Das ist der Fall, wenn die Eintragung zweier Rechte beantragt ist, die in einem Rangverhältnis stehen: Hat zuerst A eine Hypothek beantragt, dann B eine Grundschild, so ist zuerst das Recht des A, dann das des B einzutragen; das Recht des A ist damit vorrangig, § 879 I 1. Da die Rechte in derselben Abteilung eingetragen werden, ergibt sich ihre Rangfolge aus der räumlichen Abfolge. Wäre das von B beantragte Recht eine Dienstbarkeit, so würden die Rechte in verschiedenen Abteilungen eingetragen. Die Rangordnung kann hier nicht durch die räumliche Abfolge gekennzeichnet werden, sie ergibt sich aus dem Datumsvermerk der Eintragungen, vgl. § 879 I 2, § 44 GBO. Werden die Rechte unter demselben Datum eingetragen, so ist die Rangordnung durch einen Vermerk klarzustellen, § 45 II GBO. 45

⁷⁹Vgl. Rn. 30; zum Eintragungsverfahren auch Weirich/Ivo Rn. 464 ff.

Dasselbe Recht ist auch dann betroffen, wenn eine beantragte Eintragung die andere ausschließt. Hat z. B. der Eigentümer zunächst die Umschreibung des Eigentums auf einen Erwerber, dann die Eintragung eines Rechts beantragt, so kann die Eintragung des Rechts nicht mehr erfolgen, wenn die Umschreibung geschehen ist. Es darf gemäß § 17 GBO nicht erst die Eintragung des Rechts erfolgen.

Schließlich ist dasselbe Recht betroffen, wenn die zuerst beantragte Eintragung die zweite erst möglich macht, also etwa der Eigentümer die Eintragung einer Hypothek für H beantragt und dann H die Verpfändung der Hypothek beantragt. Nicht dasselbe Recht, sondern verschiedene Rechte sind z. B. betroffen, wenn die Eintragung der Abtretung der Hypothek des A beantragt wird und die Eintragung einer zweitrangigen Hypothek für B.

- 46 *bb) Erledigung des ersten Antrags:* Ist dasselbe Recht betroffen, so muss erst der erste Antrag erledigt werden, bevor aufgrund des zweiten eine Eintragung erfolgen kann. Die Erledigung des ersten Antrags kann bestehen in der Eintragung, in der Zurückweisung des Antrags oder in der Eintragung einer Amtsvormerkung oder eines Amtswiderspruchs⁸⁰ nach § 18 II GBO.

Ausnahmsweise kann die Eintragung aufgrund des zweiten Antrags *vor* der Erledigung des ersten erfolgen, wenn der erste Antragsteller dies in seinem Antrag so bestimmt hat oder wenn erst dadurch die später beantragte Eintragung zulässig wird. Das gilt etwa, wenn E zunächst eine Hypothek für H beantragt und sodann erst die Umschreibung des Grundstücks auf seinen Namen, da er Erbe des eingetragenen Eigentümers ist.

- 47 *cc) Gleichzeitige Anträge:* Die Anträge müssen zu verschiedenen Zeiten gestellt sein. Werden verschiedene Anträge gleichzeitig gestellt, so sind sie gleichzeitig zu erledigen, falls erforderlich mit Gleichrangvermerk nach § 45 I GBO. Anträge, die nicht miteinander vereinbar sind, sind zurückzuweisen, etwa die gleichzeitig gestellten Anträge des Eigentümers, das Eigentum auf K umzuschreiben und für G eine Hypothek zu bestellen.

- 48 *dd) Eintragung entgegen § 17 GBO:* Wird eine Eintragung entgegen § 17 GBO vorgenommen, so beeinträchtigt dieser Verstoß die materiellrechtliche Wirksamkeit der Eintragung nicht. Ist also die nachträglich beantragte Hypothek für B vor der vorher beantragten des A eingetragen worden, so hat B den Vorrang vor A. A kann wegen Verletzung des § 17 GBO Schadensersatz gemäß § 839, Art. 34 GG wegen Amtspflichtverletzung verlangen.

Hat der Benachteiligte gegenüber dem Eigentümer einen Anspruch auf den besseren Rang, so kann er diesen durchsetzen, wenn der Eigentümer vom Begünstigten die Aufgabe der erlangten Position fordern kann. Hat etwa der Eigentümer E dem A die erste Hypothek versprochen, bewilligt und beantragt und dann dem B die zweite und wird dann entgegen § 17 GBO das Recht des B zuerst eingetragen, so hat B den Vorrang vor A. E kann im Wege der Leistungskondition von B den Rücktritt auf den zweiten Rang verlangen, A kann von E aus dem Hypothekenbestellungsvertrag

⁸⁰ Vgl. dazu Rn. 49.

die Einräumung des ersten Rangs verlangen bzw. Zession des Anspruchs des E gegen B.⁸¹

Hat dagegen der Eigentümer dem A und B eine Hypothek versprochen und bewilligt, ohne dass über den Rang etwas vereinbart wurde, hat A zuerst den Antrag gestellt und ist unter Verletzung des § 17 GBO das Recht des B zuerst eingetragen worden, so kann A nicht gegen E vorgehen. Streitig ist, ob A von B die Einräumung des Vorrangs verlangen kann. Nach einer verbreiteten Ansicht steht dem A eine Eingriffskondition gegen B zu, weil B durch seine Eintragung in eine nach § 812 geschützte Position des A eingegriffen habe.⁸² In der Tat muss man das Bestehen einer solchen Rechtsposition zugunsten des A bejahen, er hatte aufgrund seines Eintragungsantrags und des § 17 GBO eine Erwerbsaussicht auf den Vorrang vor B. Der Erwerb des Vorrangs durch B geschieht jedoch nach überzeugender h. M. nicht ohne Rechtsgrund, er ist gerechtfertigt durch § 879.⁸³ Denn da sich erst mit der Eintragung der Rechtserwerb vollendet, kann es nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung ankommen; der Rechtserwerb entscheidet allein, welcher Partei der Vorrang gebührt. Nur diese Entscheidung wahrt auch die Interessen des vorrangig Eingetragenen, der aufgrund seiner Eintragung das gesicherte Darlehen ausgezahlt hat und nun nach der Gegenmeinung auf den schlechteren Platz zurückweichen soll.

c) *Amtswiderspruch*: Eintragungen von Amts wegen sind vorgesehen in § 53 GBO.⁸⁴ Ist unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen worden, durch welche das Grundbuch unrichtig geworden ist, so ist ein Amtswiderspruch einzutragen, § 53 I 1 GBO. Ist eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung erfolgt, so ist sie von Amts wegen zu löschen, § 53 I 2 GBO, etwa wenn rein obligatorische Rechte eingetragen wurden. 49

d) *Eintragungshindernisse*: Besteht ein Eintragungshindernis, so ist der Eintragungsantrag zurückzuweisen, § 18 I 1 (1); ist das Hindernis behebbar, so hat das Grundbuchamt nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob nicht statt der Zurückweisung eine Zwischenverfügung gemäß § 18 I 1 (2) GBO angemessener wäre.⁸⁵ Darin werden dem Antragsteller die Eintragungshindernisse benannt sowie die Mittel zu ihrer Behebung, ferner wird eine Frist für die Behebung gesetzt.⁸⁶ Die Zwischenverfügung hat für den Antragsteller den Vorteil, dass ihm der Zeitpunkt der Antragstellung gewahrt bleibt. Soll daher vor Erledigung des Antrags eine später beantragte Eintragung erfolgen, die dasselbe Recht betrifft, so muss gesichert werden, dass die Vorteile aus der früheren Beantragung gewahrt bleiben. Das geschieht dadurch, dass von Amts wegen eine Vormerkung oder ein Widerspruch zu- 50

⁸¹ Baur/Stürner § 17 Rn. 27.

⁸² Stadler, AcP 189 (1989), 424, 459 ff.; Baur/Stürner § 17 Rn. 18.

⁸³ Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 549 f.; BGHZ 21, 98, 99; Palandt/Herrler § 879 Rn. 10; zum Streitstand MünchKomm/Schwab § 812 Rn. 335 ff.

⁸⁴ Ferner etwa in §§ 84–89 GBO (Löschung gegenstandsloser Eintragungen) und in §§ 90–115 GBO (Klarstellung der Rangverhältnisse).

⁸⁵ Demharter § 18 Rn. 21.

⁸⁶ Demharter § 18 Rn. 30 f., 33.

gunsten des einzutragenden Rechts eingetragen wird, welches wegen der Zwischenverfügung noch nicht eingetragen wird, § 18 II 1 GBO.

Das Grundbuchamt ist im Antragsverfahren nicht verpflichtet, *Untersuchungen* dahin anzustellen, ob eine beantragte Eintragung dem materiellen Recht entspricht. Es darf aber auch nicht bewusst eine Eintragung vornehmen, die das Grundbuch unrichtig macht, etwa wenn das materielle Geschäft unwirksam ist (vgl. § 20 GBO).⁸⁷ Dagegen darf das Grundbuchamt eine Eintragung nach wohl h. L. nicht deshalb ablehnen, weil es an der Wirksamkeit des materiellen Geschäfts zweifelt oder weil die beantragte Eintragung nur im Wege des gutgläubigen Erwerbs wirksam werden kann.⁸⁸ Das Grundbuchamt ist nämlich nicht dazu berufen, zwischen den Interessen des wahren Berechtigten und denen des gutgläubigen Erwerbers zu entscheiden.⁸⁹ Diese Frage gehört dem materiellen Recht an und ist vom Gesetzgeber in § 892 entschieden. § 892 II soll sicherstellen, dass der gutgläubige Erwerber bereits nach Stellung des Eintragungsantrags gefahrlos seine Gegenleistung an den Veräußerer erbringen kann, das Grundbuchamt also die beantragte Eintragung vornehmen muss.

51 *e) Eintragungsverfügung:* Die Eintragung wird vom Richter oder Rechtspfleger verfügt, unter Angabe des Wortlauts der Eintragung; veranlasst wird sie vom Urkundsbeamten, § 44 I 1 GBO. Jede Eintragung im Grundbuch soll das Eintragungsdatum angeben, § 44 I 1 GBO, und von den zuständigen Beamten unterschrieben werden, § 44 I 2 GBO.

52 *f) Löschung:* Die Löschung eines Rechts geschieht gemäß § 46 I GBO durch einen Lösungsvermerk in der dafür vorgesehenen Spalte der zweiten und dritten Abteilungen; zudem ist gemäß § 17 II 1 GBV die gelöschte Eintragung rot zu unterstreichen. Die Rötung dient der Übersichtlichkeit, sie hat aber keine rechtliche Bedeutung; die Löschung wird allein durch den Lösungsvermerk herbeigeführt.⁹⁰ Die Löschung hat deklaratorische Bedeutung, wenn ein bereits erloschenes Recht gelöscht wird, sie hat konstitutive Kraft, wenn durch die Löschung das Recht erlischt, etwa bei der Aufhebung des Rechts nach § 875. Besteht das Recht in Wirklichkeit noch und wird es irrig gelöscht, so wird das Grundbuch unrichtig; das Recht besteht trotz Löschung weiter. Es besteht aber die Gefahr, dass ein Gutgläubiger das Grundstück lastenfrei erwirbt und so das Recht nach § 892 untergeht.

⁸⁷ Legalitätsprinzip, vgl. etwa BGHZ 35, 135, 140; Demharter § 13 Anh. Rn. 41; KEHE/Keller § 3 Rn. 10, 66 ff.; Prütting Rn. 278. Beispiel: sichere Kenntnis vom Missbrauch der Vollmacht, s. OLG München DNotZ 2019, 197 Rn. 40.

⁸⁸ Vgl. Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 218; MünchKomm/Kohler § 892 Rn. 67 f., beide m. w. N. zum Streitstand; Mülberr, AcP 197 (1997), 335, 348; Lenenbach, NJW 1999, 923 ff. m. w. N. in Fn. 2; Piechotta, Die Stellung des gutgläubigen Immobiliärerwerbers vor seiner Eintragung im Grundbuch, 1998; anders Böttcher, ZfIR 2013, 673, 679.

⁸⁹ Anders die Rechtsprechung, nach der das Grundbuchamt einen Antrag zurückzuweisen hat, wenn es weiß, dass die Eintragung nur über § 892 wirksam werden kann, vgl. etwa RGZ 71, 38 ff.; KG DNotZ 1973, 301, 302 f.; BayObLG NJW 1954, 1120; OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 445 ff.; Schönfeld, JZ 1959, 140 ff.

⁹⁰ Vgl. das amtliche Grundbuchmuster im Anhang Rn. 6 zu 23.

Die Eintragung ist dem Antragsteller, dem Eigentümer, allen Begünstigten und Betroffenen bekannt zu machen, § 55 I GBO, §§ 39–42 GBV.

g) *Beschwerde*: Gegen die Entscheidungen des Grundbuchamts ist gemäß § 11 I RpfLG die Beschwerde möglich, über welche das OLG als Beschwerdegericht entscheidet, §§ 71–77, 81 GBO; gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts findet, wenn von diesem zugelassen, die weitere Beschwerde als Rechtsbeschwerde statt, über welche der BGH entscheidet, §§ 78, 81 GBO, § 133 GVG. **53**

Rechtsmittel gegen Eintragungen sind jedoch unzulässig, § 71 II 1 GBO; demjenigen, der auf diesen Rechtsschein vertraut, soll nicht nachträglich die Vertrauensbasis entzogen werden, indem man aufgrund eines Rechtsmittels die Eintragung wieder löscht.

III. Verhältnis des materiellen Rechts zum Verfahrensrecht

Die Regeln der Grundbuchordnung und des Verfahrensrechts haben keinen Einfluss auf die Gestaltung des materiellen Rechts. Sind sie eingehalten, liegen aber die Voraussetzungen des materiellen Rechts nicht vor, so tritt eine Rechtsänderung nicht ein (Rn. 14). Liegen die Voraussetzungen des materiellen Rechts vor, so tritt die Rechtsänderung ein, auch wenn die Regeln des Verfahrensrechts nicht eingehalten sind (s. Rn. 19, 32, 48). Die Verletzung des Verfahrensrechts kann jedoch zu Schadensersatzansprüchen führen. **54**

§ 20. Materielles Liegenschaftsrecht



Während das BGB keinen allgemeinen Teil des Sachenrechts insgesamt hat und auch keinen für das Mobiliarsachenrecht, hat es in den §§ 873–902 allgemeine Regeln für das Liegenschaftsrecht aufgestellt: Die §§ 873–878 regeln die Verfügungen über Grundstücksrechte im allgemeinen, §§ 879–882 den Rang der Grundstücksrechte; §§ 883–888 betreffen die Vormerkung, §§ 889, 890 die Konsolidation von Grundstücksrechten und die Vereinigung von Grundstücken; §§ 891–893 schaffen den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, §§ 894–899 geben Rechtsbehelfe gegen Unrichtigkeit des Grundbuchs; §§ 900–902 regeln die Ersitzung und Verjährung im Liegenschaftsrecht. 1

I. Verfügungen über Grundstücke und Grundstücksrechte

Gemäß § 873 I sind zur Verfügung über Grundstücke und Grundstücksrechte die Einigung und Eintragung in das Grundbuch erforderlich, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Es handelt sich also um einen Doppeltatbestand, ähnlich der Übereignung beweglicher Sachen durch Einigung und Übergabe. 2

1. Betroffene Geschäfte nach § 873 Abs. 1

Durch Einigung und Eintragung wird gemäß § 873 I zunächst das Grundeigentum übertragen, wobei die Form des § 925 zu beachten ist (Auflassung; s. § 23 Rn. 61). Durch (formlose) Einigung und Eintragung werden gemäß § 873 I zudem beschränkte dingliche Rechte am Grundstück bestellt. In Betracht kommen nur die gesetzlich vorgesehenen Rechte, da im Liegenschaftsrecht das aus dem römischen Recht kommende Prinzip des *numerus clausus* der dinglichen Rechte streng 3

durchgeführt ist.¹ Dazu gehören etwa die aus dem römischen Recht stammenden Dienstbarkeiten (§§ 1018–1029, 1090–1093),² der Nießbrauch (§§ 1030–1089)³ und die Grundpfandrechte (§§ 1113–1203),⁴ ferner die aus dem germanischen Recht stammende Reallast (§§ 1105–1112)⁵ und das Vorkaufsrecht (§§ 1094–1104), weiter etwa das Erbbaurecht (§ 1 I ErbbauRG).⁶

In der gleichen Weise durch Einigung und Eintragung werden gemäß § 873 I die genannten beschränkten dinglichen Rechte einschließlich des Erbbaurechts übertragen, soweit sie übertragbar sind, und belastet. Als Belastungen eines Rechts kommen nur Nießbrauch (§§ 1068–1084) und Pfandrecht (§§ 1273–1296) in Betracht.⁷ Die Verpfändung einer Hypothek erfolgt daher gleichfalls durch Einigung und Eintragung. Dagegen fällt die Übertragung, Aufhebung oder Änderung eines Rechts an einem beschränkten Liegenschaftsrecht nicht mehr unter § 873 I, das Pfandrecht an einer Hypothek wird z. B. nach § 1250 ohne Eintragung übertragen;⁸ eine berichtigende Eintragung ist aber möglich. Zur Aufhebung eines Grundstücksrechts § 875 (Rn. 27 ff.); zur Inhaltsänderung eines Rechts § 877 (Rn. 33 ff.).

- 4 § 873 ist nicht anwendbar, wenn der Inhaber eines Grundstücksrechts durch Staatsakt oder von Gesetzes wegen wechselt, z. B. durch Erbfolge, § 1922. Das Recht geht ohne Grundbucheintragung über, das Grundbuch wird falsch und kann berichtigt werden.

2. Einigung nach § 873 Abs. 1

- 5 Die Einigung nach § 873 I ist ein Vertrag, auf welchen die Regeln für dingliche Rechtsgeschäfte anzuwenden sind.⁹ Die Einigung ist grundsätzlich formlos,¹⁰ sie kann auch konkludent im Kausalgeschäft erfolgen oder indem der Berechtigte dem

¹ Dagegen gilt dieses Prinzip nach hier vertretener Auffassung nicht im Mobiliarsachenrecht, vgl. § 1 Rn. 18.

² Dazu § 25 Rn. 1 ff., 21 ff., 31.

³ Dazu § 25 Rn. 24 ff.

⁴ Dazu §§ 26–33.

⁵ Dazu unten § 25 Rn. 33 ff.

⁶ Vgl. § 24 Rn. 3 ff.

⁷ Vgl. dazu § 16. Etwas anderes gilt bei grundeigentumsähnlichen Rechten wie etwa dem Erbbaurecht (§ 24 Rn. 1). Sie können mit allen Rechten belastet werden, mit welchen auch ein Grundstück belastet werden kann.

⁸ Vgl. § 15 Rn. 46.

⁹ Vgl. § 1 Rn. 19 und § 9 Rn. 2. Zur Anwendung der §§ 305–310 auf die dingliche Einigung vgl. etwa MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 59.

¹⁰ Die Behauptung von BGH NJW 2004, 2736, 2739, die Bestellung eines Grundpfandrechts müsse beurkundet werden, ist offenbar ein Versehen. BGH NJW 2005, 664, 666 f. hat das richtig gestellt; ebenso für das Vorkaufsrecht BGH NJW 2016, 2035. Wegen § 29 I 1 GBO muss allerdings die formelle Bewilligung beglaubigt werden, der Gang zum Notar ist also unvermeidbar (vgl. auch § 19 Rn. 32).

Begünstigten eine Eintragungsbewilligung übergibt; Bedingungen und Befristungen sind zulässig, es sei denn, die Einigung wäre eine Auflassung, § 925 II. Die Einigung kann auch zugunsten eines Dritten abgeschlossen werden (§ 1 Rn. 22).

Die Einigung muss bestimmt sein; sie muss das betroffene Grundstück genau bezeichnen, ebenso die Art der gewollten Verfügung. Die Einigungserklärungen können nach § 894 I ZPO durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt werden, in welchem der Beklagte zur Abgabe der Erklärung verurteilt wird. Im Antrag auf Verurteilung liegt bereits die Annahme der Erklärung, so dass die Einigung mit der Rechtskraft des Urteils zustande kommt. Die Auflassung nach § 925 geschieht, indem der Kläger unter Vorlage des rechtskräftigen Urteils vor dem Notar seine Erklärung abgibt.

Die Wirkung der dinglichen Einigung ist unabhängig von der Existenz oder Wirksamkeit eines Verpflichtungsgeschäfts; sie ist abstrakt.¹¹

a) *Bindungswirkung*: Die Einigung nach § 873 I ist grundsätzlich nicht bindend,¹² sie ist frei und formlos widerruflich. Die Widerrufsmöglichkeit kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden,¹³ da die Möglichkeit des Widerrufs den Vertragsschließenden gerade vor übereilten Verfügungen schützen soll. 6

aa) *Unwiderruflichkeit*: Die Einigung wird bindend, also unwiderruflich, wenn sie im Grundbuch eingetragen wird, und zudem gemäß § 873 II, wenn sie notariell beurkundet (Var. 1), vor dem zuständigen Grundbuchamt erklärt (Var. 2)¹⁴ oder bei diesem – mit Zustimmung beider Parteien – eingereicht wird (Var. 3).¹⁵ Die Einigung wird schließlich bindend, wenn der Berechtigte dem Erwerber eine beglaubigte Eintragungsbewilligung aushändigt (Var. 4). Im letzten Fall kann der Erwerber die Eintragung durch Beantragung und Zufügung der Bewilligung ohne weitere Mitwirkung des Berechtigten erreichen. Die Übergabe an den Erwerber muss nicht persönlich durch den Berechtigten erfolgen, beide können sich eines Vertreters oder Boten bedienen. Es ist auch möglich, dass sich beide Parteien des amtierenden Notars als ihres Vertreters bedienen.¹⁶ Die bindende Wirkung tritt in diesem Fall ein, sobald der Notar den Vertrag ausfertigt hat. 7

¹¹ Vgl. § 1 Rn. 26.

¹² Anders die Einigung bei beweglichen Sachen nach § 929, vgl. § 1 Rn. 21.

¹³ Vgl. etwa MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 82; Müller/Gruber Rn. 2640.

¹⁴ Für die Auflassung nach § 925 sind nur noch die Notare zuständig (§ 23 Rn. 61); für die anderen Verfügungen nach § 873 I ist eine Einigung vor dem Grundbuchamt aber zulässig, und zwar ohne Beurkundung, *arg. e contr.* § 873 II (1); vgl. MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 82; Staudinger/C. Heinze, 2018, § 873 Rn. 158.

¹⁵ Es genügt nach h. M. die Einreichung einer privatschriftlichen Einigung durch die Beteiligten (Staudinger/C. Heinze, 2018, § 873 Rn. 160). Das beachtet jedoch nicht, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Form einzuhalten ist, die eine Eintragung ermöglicht (§ 29 I GBO); vgl. Protokolle der 1. Kommission 3642, in: Jakobs/Schubert, Sachenrecht I, 234 sowie der 2. Kommission in: Mugdan III, 529; Planck/Strecker § 873 Erl. III 2 b γ.

¹⁶ Eine Befreiung von § 181 ist üblich.

Analog ist § 873 II auf den Fall anzuwenden, dass der Berechtigte die beglaubigte Eintragungsbewilligung beim Grundbuchamt einreicht und der Erwerber den Eintragungsantrag stellt.¹⁷

- 8 *bb) Keine Verfügungsbeschränkung:* Ist die Einigung bindend geworden, so ist ein Widerruf nicht mehr möglich. Es tritt damit aber keine Verfügungsbeschränkung ein: Hat E sein Grundstück notariell an K₁ aufgelassen, so kann er weiterhin wirksam darüber verfügen. Lässt er etwa das Grundstück an K₂ auf und stellt dieser zuerst den Eintragungsantrag, so wird er als erster eingetragen und damit Eigentümer. Vertraglich kann auch eine bindend gewordene Einigung jederzeit formlos wieder aufgehoben werden.

Selbst wenn die Einigung bindend ist, folgen daraus keinerlei schuldrechtliche Verpflichtungen; ein Anspruch zur Bestellung eines Rechts oder auf Erteilung einer Eintragungsbewilligung kann sich z. B. aus ihr nicht ergeben. Fehlt es an einem Rechtsgrund, kann die Einigung nach § 812 I kondiziert werden.

- 9 *b) Geschäftsfähigkeit:* Die Einigung nach § 873 I fordert Geschäftsfähigkeit, beim Erwerber nur beschränkte, § 107;¹⁸ sie muss zur Zeit der Vornahme der Einigung vorliegen. Eine später eintretende Geschäftsunfähigkeit schadet ebenso wenig wie der Tod eines Vertragsschließenden, §§ 130 II, 153.¹⁹

- 10 *c) Auslegung:* Die Einigung ist nach den allgemeinen Regeln (§§ 133, 157) auszulegen;²⁰ auch eine Konversion nach § 140 ist möglich.²¹ Der auf diese Weise ermittelte Inhalt des Geschäfts ist für die Parteien verbindlich. Für Dritte, welche die näheren Umstände der Einigung nicht kennen, gilt sie so, wie ein objektiver Dritter sie verstehen muss.²² Bezog sich also aufgrund einer Parzellenverwechslung die Auflassung auf das Grundstück a und war übereinstimmend das Grundstück b gemeint, so hilft der Rekurs auf die Grundsätze der *falsa demonstratio* nicht, weil diese bei formbedürftigen Rechtsgeschäften wegen der Formzwecke nicht gelten kann;²³ aufgelassen ist nur das Grundstück a.²⁴ Nach h. M. ist hier dagegen für eine solche objektive Auslegung kein Raum, aufgelassen ist das Grundstück b.²⁵ Die Grundbucheintragung ist jedoch auch nach h. M. stets objektiv auszulegen, unten Rn. 20 f.

¹⁷ Staudinger/C. Heinze, 2018, § 873 Rn. 168.

¹⁸ Zur Anwendung der §§ 107 f. auf die Grundstücksübereignung an ein minderjähriges Kind Neuner, Sachenrecht, Rn. 34; zur Auflassung einer Eigentumswohnung BGHZ 187, 119 Rn. 10 ff. (wegen der Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümergeinschaft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft).

¹⁹ Vgl. § 1 Rn. 23.

²⁰ Staudinger/C. Heinze, 2018, § 873 Rn. 64.

²¹ Palandt/Herrler § 873 Rn. 10.

²² Riedel, Rpfleger 1966, 360; Räfle, WM 1983, 806.

²³ Wieling, AcP 172 (1972), 297, 314; ders., Jura 1979, 524, 526 ff. (zu Grundstückskaufverträgen).

²⁴ Erfolgt eine entsprechende Eintragung, wird der Erwerber Eigentümer des Grundstücks a.

²⁵ RGZ 133, 279, 281; BGH NJW 2002, 1038, 1039; NJW 2008, 1658 Rn. 12; Staudinger/C. Heinze, 2018, § 873 Rn. 65; Baur/Stürmer § 18 Rn. 3; wegen der notwendigen Kongruenz von Einigung und Eintragung (Rn. 21) wird der Erwerber aber weder Eigentümer des einen noch des anderen Grundstücks.

d) *Berechtigung*: Die Einigung muss gemäß § 873 I mit dem Berechtigten erfolgen, d. h. mit dem Inhaber des Rechts, über das verfügt werden soll. Die Berechtigung des Verfügenden muss bis zur Vollendung des Erwerbs vorliegen, also bis zur Eintragung.²⁶ Es genügt, wenn der Verfügende erst nach der Einigung aber vor der Eintragung die Berechtigung (etwa das Eigentum) erwirbt; s. auch Rn. 24. 11

e) *Auflassung*: Die Einigung über die Eigentumsübertragung heißt traditionell 12
Auflassung (§ 23 Rn. 61 ff.). Der Auflassungsempfänger hat eine Erwerbsaussicht, er kann den Antrag auf Eintragung stellen, er wird dann eingetragen und damit Eigentümer. Sicher ist diese Erwerbsaussicht freilich nicht, da der Veräußerer nochmals über das Grundstück verfügen kann; verstärkt, aber immer noch nicht völlig sicher wird die Erwerbsaussicht des Auflassungsempfängers dadurch, dass er den Eintragungsantrag stellt. Seine Stellung kann jetzt durch nachträglich beantragte Eintragungen nur noch beeinträchtigt werden, wenn die dem formellen Grundbuchrecht angehörende Vorschrift des § 17 GBO verletzt wird (§ 19 Rn. 44 ff.). Das geschieht selten, ist aber nicht ausgeschlossen und ändert an der einmal eingetragenen Rechtslage nichts.

aa) *Anwartschaftsrecht*? Diese Erwerbsaussicht des Auflassungsempfängers, die 13
in der Möglichkeit besteht, sich unabhängig von der Mitwirkung des Veräußerers eintragen zu lassen, kann man als „Anwartschaft“ oder „Anwartschaftsrecht“ bezeichnen, wenn man sich vor einer Begriffsverwirrung hütet. Gefahrlos kann man von einer „Auflassungsanwartschaft“ nur dann sprechen, wenn man sich bewusst bleibt, dass „Anwartschaft“ hier nichts anderes bedeutet als eben die Erwerbsaussicht des Auflassungsempfängers, die in der selbständigen Möglichkeit liegt, sich eintragen zu lassen. Diese „Anwartschaft“ hat nichts zu tun mit jenem anderen Anwartschaftsrecht, welches der Vorbehaltskäufer aus einer bedingten Übereignung hat und das ein dingliches Recht darstellt.²⁷

Nach h. M. stellt auch die Erwerbsaussicht des Auflassungsempfängers ein dingliches Recht dar, ein Anwartschaftsrecht, jedenfalls wenn der Erwerber den Eintragungsantrag gestellt hat oder zu seinen Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist.²⁸ Das kann jedoch schon deshalb nicht zutreffen, weil nach dem Willen des Gesetzes Grundstücksrechte grundsätzlich nur durch Einigung und Eintragung entstehen, keinesfalls allein durch die Einigung, auch nicht, wenn ein Eintragungsantrag hinzukommt.²⁹ Dingliche Anwartschaftsrechte entstehen nicht dadurch, dass man mehr oder minder gewisse Aussichten hat, sondern dadurch, dass die jeweiligen Verfügungsvoraussetzungen eingehalten werden.

bb) *Kettenuflassung*: Es ist freilich wünschenswert, dass der Auflassungsempfänger 14
oder seine Gläubiger seine Position bereits dahin verwerten können, dass der Auflassungsempfänger sie veräußern und verpfänden kann, dass die Gläubiger sie

²⁶ Vgl. BGHZ 27, 366; BayObLG Rpfleger 1987, 111.

²⁷ Vgl. § 17 Rn. 1. Bedenklich BGH JZ 1991, 1086 ff.

²⁸ Vgl. etwa BGHZ 114, 161; 106, 108, 111; 83, 395 Rn. 14; 49, 200 ff.; Wolff/Raiser § 38 III 1; Baur/Stürner § 19 Rn. 15; Müller/Gruber Rn. 2706; Medicus/Petersen Rn. 469.

²⁹ So zutreffend etwa MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 91; Hieber, DNotZ 1959, 350. Ausnahmen finden sich in § 1287, 2; § 848 II 2 ZPO für die gesetzlich entstehende Sicherungshypothek.

pfänden können. Hierfür muss aber kein Anwartschaftsrecht erfunden werden. Will der Aufassungsempfänger K_1 das gekaufte Grundstück an K_2 weiterveräußern, so dass dieser unmittelbar im Grundbuch eingetragen wird – also ohne Voreintragung des K_1 –, so kann man das so konstruieren, dass man in der Aufassung die Ermächtigung des Veräußerers zu Verfügungen über das Grundstück durch K_1 sieht (Kettenaufassung).³⁰

Die Annahme einer solchen Ermächtigung wird freilich regelmäßig eine Fiktion sein. Einfacher erscheint es daher, wenn der Erwerber seine durch die Aufassung begründete Rechtsposition überträgt, d. h. wenn K_1 dem K_2 die Möglichkeit verschafft, sich eintragen zu lassen. Dazu ist eine Aufassung i. S. v. §§ 873, 925 zwischen K_1 und K_2 erforderlich, da K_2 ohne dingliche Einigung kein Eigentum erwerben kann und da § 20 GBO die Vorlage der Aufassungsurkunde für die Eintragung fordert. Gestützt auf die Kette der Aufassungen $V-K_1$ und K_1-K_2 kann K_2 sich eintragen lassen, K_1 hat die in der Möglichkeit der Eintragung liegende Erwerbsaussicht auf K_2 übertragen; eine Zwischeneintragung des K_1 ist nicht erforderlich.³¹ Wenn man mag, kann man das als Übertragung einer Anwartschaft bezeichnen; ein dingliches Recht ist diese Anwartschaft jedenfalls nicht.

- 15 *cc) Verpfändung des Verschaffungsanspruchs:* Der Aufassungsempfänger kann seine Position als Mittel der Kreditsicherung einsetzen, indem er den obligatorischen Anspruch auf Eigentumsverschaffung nach §§ 1274 I 1, 1279 verpfändet.³² Zur Verpfändung dieses Anspruchs ist nach § 1280 eine Anzeige an den Veräußerer (Schuldner des Verschaffungsanspruchs) erforderlich. Mit der Eintragung des Eigentums erwirbt der Pfandgläubiger gemäß § 1287, 2 eine Sicherungshypothek;³³ ein Anwartschaftsrecht wird nicht benötigt.³⁴ Entsprechend kann die Forderung auch gepfändet werden, § 848 II 2 ZPO. Demgegenüber bietet die Annahme einer Anwartschaft, die nach § 857 ZPO zu pfänden wäre und auf die § 848 II 2 ZPO analog angewandt werden müsste, keinen Vorteil.³⁵

- 16 *dd) Deliktischer Schutz:* Auch zum Schutz des Käufers gegen Beschädigungen des Grundstücks ist die Erfindung einer Anwartschaft nicht erforderlich. Beschädigt der Verkäufer oder ein Dritter das verkaufte Grundstück vor der Besitzüberlassung an den Käufer, so kann dieser die Rechte des § 437 geltend machen, der Verkäufer kann aufgrund seines Eigentums gegen den Dritten vorgehen. Bei Beschädigungen nach der Besitzübergabe hat der Käufer einen Anspruch aus § 823 I, wenn man mit der h. M. dem Grundstücksbesitzer mit Besitzrecht den Schutz des § 823 I zuge-

³⁰ Vgl. etwa BGH NJW 1989, 522; Westermann/Eickmann § 74 Rn. 6. Zur Widerruflichkeit der Ermächtigung bis zur Eintragung Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 183 Rn. 3.

³¹ Vgl. Habersack, JuS 2000, 1145, 1148 m. w. N.

³² Ein solcher Anspruch besteht auch noch nach der Aufassung, wovon das Gesetz in § 1287, 2 ausgeht.

³³ Vgl. § 16 Rn. 23.

³⁴ So zutreffend MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 91 f.; Westermann/Eickmann § 74 Rn. 16; Medicus, DNotZ 1990, 283 ff.

³⁵ So zutreffend Kuchinke, JZ 1964, 151; Löwisch/Friedrich, JZ 1972, 302, 304; Habersack, JuS 2000, 1145 ff. gegen die h. M.; für diese Palandt/Herrler § 925 Rn. 27.

steht;³⁶ jedenfalls aber kann er im Wege der Drittschadensliquidation Ersatz vom Schädiger verlangen.

Aus alledem folgt, dass die Annahme eines dinglichen Anwartschaftsrechts des Aufassungsempfängers abzulehnen ist.³⁷

3. Eintragung in das Grundbuch

So wie eine Verfügung über bewegliche Sachen erst wirksam wird, wenn der Publizitätsakt der Besitzübertragung erfolgt, so wird eine Verfügung über Grundstücksrechte erst mit der Eintragung im Grundbuch wirksam, § 873 I. Die Eintragung ist konstitutiv, erst sie begründet zusammen mit der Einigung die Rechtsänderung; eine Eintragung ohne dingliche Einigung bewirkt keine Rechtsänderung und macht das Grundbuch unrichtig. Dagegen ist die Besitzübergabe bei Grundstücksrechten ohne Bedeutung für die Wirksamkeit einer Verfügung.³⁸ Unerheblich ist die zeitliche Reihenfolge von Einigung und Eintragung. Die Eintragung kann noch nach beliebig langer Zeit nach der Einigung erfolgen, wenn diese noch wirksam ist. 17

a) *Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung:* Eingetragen werden muss die Rechtsänderung, wie sie von den Parteien vereinbart worden war. Weil die Eintragung der gesamten Vereinbarung jedoch sehr umfangreich sein kann und das Grundbuch unübersichtlich machen würde, bringt § 874, 1 eine Erleichterung: Wird ein Recht eingetragen, welches das Grundstück belastet, so kann zur „näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts“ auf die in den Grundakten befindliche Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Eine Bedingung oder Befristung muss sich wegen ihrer Bedeutung jedoch aus dem Grundbuch selbst ergeben. Die Regelung gilt also nur bei der Bestellung beschränkter Grundstücksrechte, die Bezugnahme muss im Grundbuch eingetragen werden.³⁹ Die Regelung gilt ferner nur, soweit es um die nähere Bezeichnung des Inhalts des Rechts geht; alles andere muss aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein, etwa die Art des Rechts oder die Person des Berechtigten. Soweit danach eine Bezugnahme zulässig ist, gilt der Inhalt der Eintragungsbewilligung als Grundbuchinhalt; soweit sie nicht gestattet ist, kann sie keine Wirkung äußern. 18

b) *Bedeutung; wirkungslose Eintragungen:* Der Ausdruck „Eintragung“ ist mehrdeutig, er kann den Akt des Eintragens bedeuten, aber auch einfach das Eingetragensein. Der Gesetzgeber benutzte ihn in der ersten Bedeutung, im Sinne einer 19

³⁶ Vgl. etwa Erman/Wilhelmi § 823 Rn. 43.

³⁷ Hieber, DNotZ 1959, 350 ff.; Eichler II/2, 340; Kuchinke, JZ 1966, 798; Wolfsteiner, JZ 1969, 154; BeckOGK/Weber § 925 Rn. 219 ff.

³⁸ Eine systemwidrige Ausnahme findet sich in § 566 I, nach welchem die Verdinglichung der Grundstücksrente eine Übergabe des Grundstücks voraussetzt wie bei beweglichen Sachen (dazu § 22 Rn. 25). Von Bedeutung ist der Besitz des Grundstücks auch bei §§ 900, 927.

³⁹ Vgl. dazu im Anhang des Buchs zu 20, 22, 25, 27, 28, 35.

„Einschreibung“.⁴⁰ Einzutragen ist das Recht, das bestellt oder über das verfügt werden soll, der Berechtigte sowie alle Vereinbarungen, die den Inhalt des Rechts bestimmen.

Die „Eintragung“ ist also ein Faktum, kein Rechtsgeschäft, weshalb sie an sich nicht „nichtig“ sein kann. Dennoch werden verbreitet Eintragungen, die gefälscht oder vom unzuständigen Beamten oder gar von einer Privatperson vorgenommen worden sind, als „unwirksam“ oder „nichtig“ bezeichnet. Richtig daran ist, dass bei einer derartigen an einem wesentlichen Verfahrensfehler leidenden Eintragung ein Erwerb nach § 873 nicht stattfindet; sie ist als Rechtspflegeakt⁴¹ wirkungslos (zum gutgläubigen Erwerb aber Rn. 58). Eine Eintragung, die unter Bedrohung des Grundbuchbeamten mit Leibes- oder Lebensgefahr zustande kommt, ist nach h. M. gleichfalls wirkungslos;⁴² bei bloßer arglistiger Täuschung des Beamten, etwa bei Eintragung aufgrund einer gefälschten Eintragungsbewilligung, soll das nach h. L. aber – wenig konsistent – nicht gelten.⁴³

20 *c) Auslegung:* Grundbucheintragungen sind wie alle Erklärungen auslegungsfähig, doch muss die Auslegung zum Schutz Dritter eingeschränkt werden. Zugrunde zu legen ist der objektive Sinn, wie er sich aus der Eintragung selbst ergibt, weitere Urkunden dürfen nur dann zur Auslegung herangezogen werden, wenn auf sie im Grundbuch zulässigerweise Bezug genommen wurde (§ 874). Andere Tatsachen dürfen nach h. M. zur Auslegung nur insoweit herangezogen werden, als sie allgemein im Zeitpunkt der Eintragung bekannt oder wenigstens erkennbar sind⁴⁴ (s. aber unten § 25 Rn. 13). Allgemein nicht bekannt sind etwa die konkreten Vertragsmodalitäten oder die Parteikorrespondenz.

21 *d) Kongruenz von Einigung und Eintragung:* Damit die Rechtsänderung eintreten kann, müssen sich Einigung und Eintragung decken. Die Einigung ist nach §§ 133, 157 auszulegen (Rn. 10), die Eintragung nach dem „objektiven“ Sinn des Eintragungsvermerks und der zulässigerweise in Bezug genommenen Urkunden, § 874 (Rn. 20). Ist auf diese Weise Kongruenz nicht zu bejahen, entsteht das Recht nicht. Das gilt etwa dann, wenn sich bei einer Parzellenverwechslung die Einigung auf das eine, die Eintragung auf ein anderes Grundstück bezieht. Entsprechen sich Einigung und Eintragung nur teilweise, so kann die Rechtsänderung nur insoweit erfolgen, als Übereinstimmung besteht. Ist eine Grundsuld über 50.000 € vereinbart, ist sie aber über 100.000 € eingetragen, so entsteht nur eine Grundsuld über 50.000 €. ⁴⁵ Haben sich die Parteien über ein bedingtes Recht geeinigt, ist jedoch ein unbedingtes eingetragen, entsteht nur ein bedingtes.⁴⁶ Ist umgekehrt eine Grund-

⁴⁰ Dazu Wieling, AcP 209 (2009), 577.

⁴¹ Nach h. M. kein Verwaltungsakt, vgl. Lieder, AcP 210 (2010), 857, 866 f.

⁴² BGHZ 7, 64, 69.

⁴³ Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 22; Wilhelm Rn. 552 Fn. 1054a; anders Wieling, AcP 209 (2009), 577, 595 f.; MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 10; Lieder, AcP 210 (2010), 857, 880.

⁴⁴ Vgl. RGZ 136, 232, 234; BGHZ 47, 190, 195; 59, 205, 209; 106, 348, 351; BGH NJW-RR 1991, 527; MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 102; Demharter § 53 Rn. 4.

⁴⁵ Vgl. etwa BGH NJW 1990, 114.

⁴⁶ RGZ 106, 109, 113; BGH NJW 1990, 112, 114.

schuld über 100.000 € vereinbart, aber nur über 50.000 € eingetragen, so ist nach § 139 danach zu fragen, ob die Parteien Gesamtnichtigkeit gewollt hätten oder, wie regelmäßig, Wirksamkeit des eingetragenen Teils.⁴⁷

Betrifft die Einigung eine Verkehrshypothek und ist eine Sicherungshypothek eingetragen, kann die Auslegung nach § 140 ergeben, dass den Parteien das Entstehen einer Sicherungshypothek lieber gewesen wäre als eine gänzliche Unwirksamkeit des Geschäfts.⁴⁸ Das gilt auch für den umgekehrten Fall.

Wurde ein *aliud* eingetragen, also etwa statt eines Grundpfandrechts eine Dienstbarkeit, stellt sich die (meist zu verneinende) Frage, ob die Parteien auch den eingetragenen Rechtstyp gewollt hätten; ist das nicht der Fall, ist die Verfügung ohne Wirkung.

e) *Zusammenhang von Einigung und Eintragung*: Üblicherweise erfolgt zunächst die Einigung über die Verfügung bezüglich eines Grundstücksrechts, die Eintragung schließt sich an. Denkbar ist aber auch, dass die Eintragung der Einigung vorangeht, vgl. §§ 879 II, 892 II, etwa wenn die Eintragung aufgrund einer unwirksamen Einigung erfolgt und diese später wirksam nachgeholt wird. In diesem Fall ist das Grundbuch zunächst unrichtig, mit der nachgeholten Einigung wird die Verfügung wirksam und das Grundbuch richtig.⁴⁹ Auf diese Weise erspart man den Beteiligten eine nochmalige Eintragung. Ob dies in jedem Fall möglich ist, ist aber umstritten. Voraussetzung einer solch praktischen Vereinfachung ist jedenfalls, dass bei der Einigung die Eintragung noch besteht.

22

Bei der Übereignung einer beweglichen Sache besteht zwischen der dinglichen Einigung und der Übergabe ein enger Zusammenhang, der in der Regel bei der Einigung konkludent hergestellt wird: Die Übergabe muss zum Zweck der Übereignung erfolgen (§ 9 Rn. 5). Dieser „Zusammenhang“ muss auch bei einer nachträglichen Einigung mit einem bereits besitzenden Erwerber gegeben sein. Dagegen muss die Eintragung ins Grundbuch nicht vom Willen des Verfügenden getragen sein, sie muss nicht auf seine Veranlassung geschehen.⁵⁰ Beispiel: V und K haben zwar die Auffassung eines bestimmten Grundstücks notariell vereinbart, V erteilt jedoch keine Eintragungsbewilligung. Wird nun K aufgrund eines Versehens des Grundbuchbeamten dennoch eingetragen, geht das Eigentum am Grundstück auf K über. Der Wortlaut des § 873 I vermeidet daher jeden Hinweis auf einen Zusammenhang zwischen der Eintragung und dem Parteiwillen. Folgt daher auf eine unrichtige Eintragung eine entsprechende Einigung, so wird die Verfügung nach § 873 wirksam.⁵¹ Ein „innerer Zusammenhang“, wie ihn die Rechtsprechung zunächst gefordert hat,⁵² braucht zwischen Eintragung und Einigung nicht zu bestehen.⁵³ Die

⁴⁷ Vgl. RGZ 108, 146; Staudinger/C. Heinze, 2018, § 873 Rn. 196.

⁴⁸ RGZ 123, 169.

⁴⁹ Zur Auffassung BGH NJW 1973, 613; zur Vormerkung BGH NJW 2000, 805; NJW 2008, 578.

⁵⁰ Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 527 f.

⁵¹ Planck/Strecker, § 873 Erl. II 4; Westermann, 5. Aufl. 1969, § 76 III 1.

⁵² KGJ 51 (1919), 187; KG JFG 4 (1927), 329; BGH Rpfleger 1952, 587.

⁵³ BGH NJW 2000, 805 Rn. 16; Staudinger/C. Heinze, 2018, § 873 Rn. 210; Krüger, FS Krämer, 2009, 475; Wieling, AcP 209 (2009), 577 ff., 582.

Auffassung, eine Eintragung könne sich „verbrauchen“, wenn sie einmal eine Rechtsänderung oder eine Grundbuchberichtigung herbeigeführt habe,⁵⁴ und könne in diesem Fall nicht erneut verwendet werden, ist begriffsjuristisch; ein Grund für diese Einschränkung des § 873 ist nicht erkennbar. Dass „Eintragungsleichen“ durch nachfolgende dingliche Einigung ins Leben gerufen oder wiederbelebt werden können, entspricht dem gesetzgeberischen Willen.⁵⁵ Eine Löschung und Neueintragung wären ein unnötiger und kostspieliger Formalismus. Es ist daher für die Wirksamkeit einer späteren Auflassung nicht erforderlich, dass die unrichtige Eintragung als ihre Grundlage eine Auflassung nennt, sie kann sich auch auf eine Erbfolge beziehen.⁵⁶

Auch die einmal eingetragene Vormerkung kann trotz Erlöschen des gesicherten Anspruchs zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs nutzbar gemacht werden („Wiederaufladen“ einer Vormerkung).⁵⁷ Der BGH verlangt im letzten Fall zusätzlich, dass Eintragung, Bewilligung und der Anspruch kongruent sind, dass also Eintragung und nachträgliche Bewilligung den gleichen sicherungsfähigen Anspruch betreffen, woran es z. B. fehlt, wenn die Gläubiger der zu sichernden Ansprüche nicht identisch sind.⁵⁸

Ein aufgrund einer nachträglichen Einigung entstehendes Recht hat den Rang nach der Zeit der Eintragung, nicht den Rang aus der Zeit der Einigung bzw. Bewilligung, vgl. § 879 II; denn nur der Zeitpunkt der Eintragung ist mit Sicherheit feststellbar.⁵⁹

- 23 f) *Geschäftsfähigkeit und Verfügungsmacht*: Da nur die Einigung, aber nicht die Eintragung ein rechtsgeschäftlicher Vorgang ist, muss Geschäftsfähigkeit nur bei ersterer gegeben sein, nicht mehr bei der Eintragung (Rn. 9). Dagegen muss die Verfügungsmacht des Verfügenden noch bei der Eintragung vorhanden sein (Rn. 11),⁶⁰ denn erst damit vollendet sich die Verfügung. Der Verfügende muss also noch bei der Eintragung der Inhaber des betroffenen Rechts sein. Beispiel: E einigt sich mit R auf die Bestellung einer Reallast, bewilligt diese und veräußert sodann das Grundstück wirksam an K; unter Verletzung von §§ 19, 39 GBO wird die Reallast schließlich zugunsten des R eingetragen. Die Reallast entsteht nicht, da die Berechtigung des Verfügenden bis zum letzten Erwerbstatbestand bestehen muss.

⁵⁴ Streuer, Rpfleger 1988, 513, 518; Staudinger/C. Heinze, 2018, § 873 Rn. 215; dagegen Wieling, AcP 209 (2009), 577, 590 ff.

⁵⁵ Dazu Wieling, AcP 209 (2009), 577, 578 f.

⁵⁶ Vgl. § 19 Rn. 15; a. A. Staudinger/C. Heinze, 2018, § 873 Rn. 214.

⁵⁷ Vgl. BGH NJW 2000, 805; NJW 2008, 578.

⁵⁸ BGHZ 193, 183 Rn. 18; 193, 152 Rn. 18 (Vormerkung für ein nicht übertragbares Rückforderungsrecht); BGH NJW 2012, 3431 Rn. 12; Krüger, FS A. Krämer, 2009, 475; Kohler, DNotZ 2011, 808, 836; Weber II § 11 Rn. 25; abl. Zimmer, JZ 2012, 1134. Zum Rang (Zeitpunkt der neuen Bewilligung) MünchKomm/Kohler § 885 Rn. 37.

⁵⁹ Das ist streitig; wie hier Wacke, DNotZ 2000, 639 ff.; anders dagegen BGH NJW 2000, 805, 807; Baur/Stürner § 20 Rn. 48.

⁶⁰ Vgl. BGHZ 27, 366; BayObLG Rpfleger 1987, 111.

Erfolgt die Einigung erst nach der Eintragung, so muss die Verfügungsbefugnis noch bei der Einigung vorliegen.⁶¹ Stirbt der Verfügende nach der Einigung und erfolgt dann die Eintragung, so wird dennoch mit der Eintragung die Verfügung wirksam, § 130 II.⁶² Stirbt der Erwerber nach der Einigung und wird er dennoch im Grundbuch eingetragen, so wird die Verfügung im Interesse der Erben wirksam.⁶³

Nicht erforderlich für die Wirksamkeit der dinglichen Einigung ist es, dass das Recht des Verfügenden im Grundbuch eingetragen ist; auch der noch nicht eingetragene Erbe etwa kann wirksam die Einigung erklären.⁶⁴ Ausnahmsweise kann auch ein Nichtberechtigter wirksam verfügen, wenn der Berechtigte gemäß § 185 zustimmt; andernfalls ist nur ein gutgläubiger Erwerb möglich.

g) *Verfügungsbeschränkungen*: Entfällt die Verfügungsbefugnis nicht deshalb, 24 weil der Verfügende das Recht verliert, über welches er verfügt, sondern weil vor der Eintragung eine Verfügungsbeschränkung wirksam wird, so ist grundsätzlich ebenfalls davon auszugehen, dass die Verfügungsbefugnis noch beim Wirksamwerden der Verfügung vorhanden sein muss (Rn. 11). Ist etwa zuerst die Eintragung erfolgt und ist vor der Einigung eine Verfügungsbeschränkung wirksam geworden, so kann die Verfügung nicht mehr wirksam werden, es sei denn, dass gutgläubiger Erwerb nach § 892 möglich ist.

Erfolgt jedoch die Einigung vor der Eintragung, so trifft § 878 bezüglich zwischenzeitlicher Verfügungsbeschränkungen eine besondere Regelung. Sie beruht auf der Überlegung, dass die Eintragung sich verzögern kann, ohne dass der Antragsteller darauf einen Einfluss hat, und dass sich dadurch seine Situation durch eintretende Verfügungsbeschränkungen verschlechtern kann.⁶⁵ Daher steht es gemäß § 878 einer Verfügung nach § 873, einer Rechtsaufhebung nach § 875 und einer Rechtsänderung nach § 877 nicht entgegen, wenn eine Verfügungsbeschränkung wirksam wird, nachdem die Einigung nach § 873 II bindend geworden ist und ein wirksamer, also vollständiger⁶⁶ Eintragungsantrag gestellt ist. § 878 verlagert also den für das Vorhandensein von Verfügungsmacht entscheidenden Zeitpunkt von der Eintragung vor auf die Zeit der Antragstellung.

§ 878 ist gleichermaßen auf absolute wie auf relative Verfügungsverbote anwendbar, aber nur auf solche, die außerhalb des Grundbuchs ohne Eintragung entstehen.⁶⁷ Es kommen etwa in Betracht die Verfügungsbeschränkungen nach §§ 1365, 1984, 2113 f., 2211 sowie die Verfügungsbeschränkungen durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens, §§ 80 f. InsO, Pfändung in der Zwangsvollstreckung, Beschlagnahme eines Grundstücks, §§ 20, 23 ZVG, durch gerichtliche Anordnung nach §§ 135 f. Keine Verfügungsbeschränkung stellt die Vormerkung dar, die durch eine

⁶¹ Vgl. Baur/Stürner § 19 Rn. 39.

⁶² H. M., vgl. etwa Baur/Stürner § 19 Rn. 32.

⁶³ Heck § 38, 12c.

⁶⁴ Für die Eintragung ist dagegen die Voreintragung des Verfügenden erforderlich, § 39 I GBO.

⁶⁵ Vgl. Motive III, 190 ff.

⁶⁶ Vgl. § 19 Rn. 30.

⁶⁷ Dazu oben § 1 Rn. 30 ff.; Palandt/Herrler § 878 Rn. 10; MünchKomm/Kohler § 878 Rn. 28.

Eintragung im Grundbuch begründet wird.⁶⁸ Gegen Verfügungsbeschränkungen, die durch Eintragung entstehen, schützt bereits § 17 GBO,⁶⁹ weil der Erwerber seinen Eintragungsantrag rechtzeitig stellen und so dem Antrag auf Eintragung der Verfügungsbeschränkung zuvorkommen kann.

Dagegen ist § 878 nicht auf die Fälle anzuwenden, in welchen keine Verfügungsbeschränkung vorliegt, sondern der Verfügende vor der Eintragung sein Recht verliert⁷⁰ (vgl. Rn. 23). Der Sinn der Vorschrift, die Parteien gegen die Folgen einer nicht steuerbaren Verzögerung zu schützen, greift hier nicht ein, weil die Fälle des Rechtsverlusts auf dem Verhalten des Verfügenden selbst beruhen.

- 25 *h) Verfügungen ohne Eintragungserfordernis:* In einigen Fällen lässt das Gesetz Verfügungen über Grundstücksrechte ohne Eintragung zu, etwa bei Briefgrundpfandrechten, s. für die Hypothek § 1154, für die Grundschuld § 1192 I sowie für die Rentenschuld § 1200 I (§ 33 Rn. 35). Insgesamt besteht das Erfordernis der Eintragung nach § 873 I nur für die Rechtsänderungen, welche durch Rechtsgeschäft eintreten, nicht dagegen für diejenigen, die sich aufgrund des Gesetzes vollziehen. So wird der Erbe ohne Eintragung Eigentümer der Grundstücke des Erblassers, denn er rückt mit dem Erbfall in dessen gesamte Rechtsstellung ein, § 1922; eine später erfolgende Eintragung bedeutet nur noch eine Grundbuchberichtigung. Von Gesetzes wegen, ohne Eintragung, treten auch die Rechtsfolgen der Gütergemeinschaft ein, § 1416 II. Auch für Rechtsänderungen durch Staatsakt gilt § 873 I nicht, eine Eintragung ist nicht erforderlich; das gilt etwa für Enteignungen und Rechtsänderungen im Wege der Zwangsvollstreckung und Zwangsversteigerung.

4. Einseitige Begründung von Grundstücksrechten

- 26 In einigen Ausnahmefällen lässt das Gesetz eine Begründung von Rechten durch einseitige Erklärung und Eintragung zu. So kann z. B. der Eigentümer für sich selbst eine Eigentümergrundschuld bestellen (§ 1196 I);⁷¹ die Bestellung geschieht durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt sowie Eintragung (§ 1196 II).⁷² Bei anderen Rechten erwähnt das Gesetz die Bestellung als Eigentümerrechte nicht, doch kann man dem Eigentümer die Bestellung solcher Rechte an seinem Grundstück nicht verwehren (vgl. § 1 Rn. 11);⁷³ § 1196 bzw. § 885 ist in diesem Fall analog anzuwenden. Daher gibt es auch eine Eigentümerdienstbarkeit oder einen Ei-

⁶⁸ Staudinger/C. Heinze, 2018, § 878 Rn. 30.

⁶⁹ Vgl. § 19 Rn. 30, 48.

⁷⁰ Prütting Rn. 155; Westermann/Eickmann § 74 Rn. 33.

⁷¹ Vgl. auch §§ 1188 I; 1195, 2.

⁷² Vgl. § 33 Rn. 25 ff.

⁷³ MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 47 f.

gentümernießbrauch.⁷⁴ Ein besonderes Interesse an einer solchen Rechtsbestellung ist nicht zu fordern.⁷⁵

Durch einseitige Erklärung und Eintragung werden auch die Vormerkung und der Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs begründet, §§ 885, 899.

5. Erlöschen und Inhaltsänderung von Grundstücksrechten

a) Aufhebung eines Rechts: Zur Aufhebung von Grundstücksrechten ist keine Einigung nach § 873 I erforderlich; es genügt gemäß § 875 I 1 die einseitige Erklärung des Berechtigten, dass er das Recht aufgebe, sowie die Löschung des Rechts im Grundbuch.⁷⁶ Es handelt sich also um eine abstrakte, einseitige und rechtsgeschäftliche Aufgabe, wie sie auch bei anderen dinglichen Rechten vorgesehen ist, z. B. in §§ 1064, 1072 beim Nießbrauch und in §§ 1255 I, 1273 II 1 für das Pfandrecht.⁷⁷ § 875 bezieht sich auf die Aufhebung beschränkter dinglicher Grundstücksrechte; dazu gehören aber nicht die Eigentumsaufgabe, die in § 928 I geregelt ist (§ 23 Rn. 69 f.), sowie die Beseitigung beschränkter dinglicher Rechte durch Staatsakt, etwa durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung, §§ 52 I 2, 91 I ZVG. Von der rechtsgeschäftlichen Aufgabe zu unterscheiden ist die berichtigende Löschung, die erfolgt, nachdem ein Recht bereits untergegangen ist.

aa) Aufgabeerklärung: Die formfreie Aufgabeerklärung ist empfangsbedürftig, sie muss gegenüber dem Begünstigten oder gegenüber dem Grundbuchamt erfolgen, § 875 I 2. Unmittelbar begünstigt ist nur der Grundstückseigentümer, nicht auch der gleich- oder nachrangige Rechtsinhaber; denn dieser ist als mittelbar Begünstigter nicht berechtigt, die Löschung zu beantragen (§ 19 Rn. 26), weshalb es sinnlos ist, den Verzicht gegenüber einem nachrangigen Rechtsinhaber überhaupt zu ermöglichen.⁷⁸ Regelmäßig wird die Aufgabe in der Form der Löschungsbewilligung erteilt und bedarf daher der öffentlichen, d. h. notariellen Beglaubigung nach § 29 GBO;⁷⁹ in diesem Fall enthält die Erklärung sowohl die verfahrensrechtliche Löschungsbewilligung nach § 19 GBO wie die materiellrechtliche Aufgabeerklärung nach § 875 I.

⁷⁴ Eigentümer(grund)dienstbarkeiten: RGZ 142, 231, 233 ff.; BGHZ 41, 209, 210; Eigentümernießbrauch: BGHZ 190, 267 Rn. 6; Eigentümerwohnrecht: KG DNotZ 2019, 633.

⁷⁵ BGHZ 190, 267 Rn. 6; anders noch BGHZ 41, 209, 210.

⁷⁶ Die Löschung eines Rechts im Grundbuch geschieht durch den konstitutiven Lösungsvermerk in der dafür vorgesehenen Spalte sowie durch die deklaratorische Rötung der gelöschten Eintragung, vgl. § 19 Rn. 50.

⁷⁷ Schuldrechtliche Ansprüche können dagegen nur durch Erlassvertrag aufgehoben werden, vgl. § 397.

⁷⁸ Der Verzichtende kann dem Nachrangigen den Vorrang einräumen. Wie hier Wolff/Raiser § 39 II; anders die h. M., die einen Verzicht gegenüber mittelbar Berechtigten gestattet, vgl. Staudinger/C. Heinze, 2018, § 875 Rn. 52.

⁷⁹ Vgl. § 19 Rn. 32; diese Formvorschrift hat nur verfahrensrechtliche, keine materiellrechtliche Bedeutung.

Eine Bindung an die Aufgabeerklärung tritt stets mit ihrem Vollzug durch Eintragung ein (Löschung), § 875 II; vorher ist sie grundsätzlich widerruflich. Der Widerruf ist jedoch nach § 875 II ausgeschlossen, wenn die Aufgabeerklärung gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben wurde oder wenn der Aufgebende dem Begünstigten eine Löschungsbewilligung ausgehändigt hat. Nach Abgabe der Erklärung bis zur Löschung gilt auch hier § 878 (vgl. Rn. 24). Die Wirkung der Aufgabeerklärung tritt erst mit der Löschung des Rechts im Grundbuch ein.

- 29 *bb) Aufhebung eines belasteten Rechts:* Ist das Recht, auf das der Inhaber verzichten will, mit dem Recht eines Dritten belastet, so besteht die Gefahr, dass der dritte Rechtsinhaber durch den Untergang des Rechts einen Nachteil erleidet. Daher ist zur Aufhebung des belasteten Rechts die Zustimmung des Dritten erforderlich, § 876, 1. Als Belastung eines Grundstücksrechts kommen in erster Linie Nießbrauch (§§ 1068 ff.) und Pfandrecht (§§ 1273 ff.) in Betracht.⁸⁰ Die Zustimmung ist gegenüber dem Grundbuchamt oder gegenüber dem Begünstigten abzugeben; sie ist unwiderruflich, § 876, 3, und bedingungsfeindlich.

Das Grundbuchamt wird die Löschung eines Rechts wegen Aufhebung nicht eintragen, wenn nicht auch der Inhaber des belastenden Rechts zustimmt; denn dadurch würde das Grundbuch unrichtig, da das belastete Recht gemäß § 876, 1 nicht erlischt. Wird das belastete Recht aber dennoch aus Versehen gelöscht, so soll dies nach h. M. die absolute Unwirksamkeit der Löschung zur Folge haben, so dass das Recht in jeder Beziehung weiter besteht.⁸¹ Hat etwa R seine Reallast an G verpfändet und will er sie aufgeben, so muss G zustimmen; stimmt G nicht zu und wird die Reallast dennoch im Grundbuch gelöscht, so würde danach das Recht nicht erlöschen. R könnte berichtigende Eintragung seiner Reallast verlangen und diese gegen den Eigentümer geltend machen. Nur § 242 könnte noch gegen den Selbstwiderspruch des R (*venire contra factum proprium*) helfen. Warum sollte der Verzichtende nicht an seinen Verzicht gebunden sein? Richtig ist es daher, in solchen Fällen nur eine relative Unwirksamkeit der Rechtsaufgabe anzunehmen:⁸² Die Aufgabe ist allen gegenüber wirksam, auch gegenüber R selbst; nur gegenüber dem durch § 876 geschützten G ist sie unwirksam, dieser kann sein Pfandrecht so gegen den Eigentümer geltend machen, als bestünde die Reallast noch.⁸³ Ebenso wie z. B. der Hypothekar nach der Dereliktion des haftenden Grundstücks sein Recht noch geltend machen kann (§ 23 Rn. 69), kann dies der Inhaber des belastenden Rechts, wenn auf das belastete Recht mit relativer Wirkung verzichtet wurde.

- 30 *cc) Belastung des belastenden Rechts:* Ist das Recht des Dritten seinerseits mit einem Recht belastet, wenn also z. B. der Nießbrauch an einer aufzuhebenden Reallast verpfändet ist, so muss auch der Inhaber des weiteren, mittelbar belastenden

⁸⁰ § 876 ist *lex specialis* gegenüber § 1071 bzw. § 1276.

⁸¹ Vgl. etwa Palandt/Herrler § 876 Rn. 1; MünchKomm/Kohler § 876 Rn. 15 m. w. N.

⁸² So richtig z. B. Wolff/Raiser § 39 IV; Baur/Stürner § 19 Rn. 49. Wieso eine relative Unwirksamkeit zu Komplikationen führen könnte, wie die Gegenmeinung behauptet, ist nicht ersichtlich.

⁸³ Vgl. zur gleichen Problematik in § 1071 § 16 Rn. 7.

Rechts (also der Pfandgläubiger) der Aufhebung in analoger Anwendung des § 876 zustimmen.⁸⁴

dd) Aufgabe eines subjektiv-dinglichen Rechts § 876, 2 behandelt den Fall, dass der Eigentümer eines herrschenden Grundstücks ein subjektiv-dingliches Recht aufgibt. Solche Rechte stehen nicht einer Person als solcher zu, sondern dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks, vgl. etwa die Grunddienstbarkeit nach § 1018, das Vorkaufsrecht nach § 1094 II oder die Reallast nach § 1105 II. Da die mit dem Grundstück verbundenen subjektiv-dinglichen Rechte den Wert des Grundstücks erhöhen, müssen einer Rechtsaufgabe alle zustimmen, die Rechte an dem Grundstück haben, soweit diese von der Aufgabe „berührt“ sind, § 876, 2. 31

b) Konsolidationsausschluss: Schuldrechtliche Forderungen erlöschen durch *Konfusion*, wenn Gläubiger und Schuldner zusammenfallen, wenn etwa der Gläubiger den Schuldner beerbt. Entsprechend erlöschen beschränkte dingliche Rechte durch *Konsolidation*, wenn sie mit dem Eigentum zusammen in eine Hand geraten, wenn etwa der Nießbraucher den Eigentümer beerbt. Gemäß § 889 gilt das jedoch nicht für Grundstücksrechte: Erwirbt der Eigentümer des Grundstücks das belastende Recht oder der Inhaber des belastenden Rechts das Grundstück, so tritt keine Konsolidation ein; das Recht steht vielmehr dem Eigentümer zu, es besteht als Eigentümerrecht weiter. Auf diese Weise wird ein Nachrücken der im Rang nachfolgenden Rechte verhindert. Hat etwa E dem R eine Reallast (§§ 1105 ff.) bestellt und dann dem H eine Hypothek und beerbt E den R, so erwirbt er eine Eigentümerreallast; die Hypothek des H bleibt zweitrangig. E kann die Reallast nach § 873 veräußern; veräußert E das Grundstück, so behält er die Reallast. 32

c) Inhaltsänderung: Soll der Inhalt eines bestehenden Grundstücksrechts nachträglich rechtsgeschäftlich geändert werden, so sind gemäß § 877 die Vorschriften der §§ 873, 874 und 876 entsprechend anzuwenden; die Änderung erfolgt also durch Einigung des Berechtigten und des Eigentümers und Eintragung.⁸⁵ Die Inhaltsänderung eines Rechts darf die Lage gleich- oder nachrangiger Gläubiger nicht verschlechtern, d. h. sie darf die Belastung des Grundstücks nicht vergrößern; das bedeutet aber auch, dass das geänderte Recht seinen alten Rang behält. 33

aa) Abgrenzung zur Umwandlung: Die zulässige Inhaltsänderung nach § 877 ist von einer Umwandlung zu unterscheiden; denn die Umwandlung erfordert die Aufhebung des alten Rechts und die Bestellung des neuen Rechts. Der Unterschied liegt darin, dass für die Änderung gemäß § 877 eine Zustimmung von dritten Rechteinhabern nicht notwendig ist, während für die zur Neubestellung erforderliche Aufhebung des alten Rechts § 875 eine solche Zustimmung verlangt. 34

Eine Inhaltsänderung ist nur soweit möglich, als das bestehende Recht den neuen Inhalt aufnehmen kann. Die Zufügung oder Abänderung einer Bedingung oder Befristung ist eine zulässige Inhaltsänderung eines Grundstücksrechts, ebenso die

⁸⁴ So bereits Motive III, 646; Staudinger/C. Heinze, 2018, § 876 Rn. 13.

⁸⁵ Eigentümerrechte (§ 1 Rn. 11; § 20 Rn. 26) werden durch einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung geändert.

Verabredung oder Abänderung einer Kündigungsklausel z. B. bei einer Hypothek oder die Verlängerung eines Erbbaurechts.⁸⁶

Nicht zulässig ist dagegen die Umwandlung, etwa einer Hypothek in eine Reallast oder einer Grunddienstbarkeit in eine persönliche Dienstbarkeit; hier ist nur eine Neubestellung nach vorheriger Aufhebung möglich. Keine Umwandlung und also eine zulässige Inhaltsänderung liegt jedoch vor, wenn der Typ des Rechts beibehalten wird, also etwa eine Grundsuld in eine Hypothek verwandelt wird.⁸⁷ Die Grenzen zwischen Umwandlung und Inhaltsänderung sind freilich fließend, etwa wenn die Änderung einer Grunddienstbarkeit in eine andere der drei in § 1018 vorgesehenen Arten als Umwandlung verstanden wird (§ 25 Rn. 7). Entscheidend muss sein, ob durch die Änderung die Interessen der Beteiligten verletzt werden. Daher muss im Zweifel von einer Umwandlung und daher der Notwendigkeit einer Neubestellung ausgegangen werden.

- 35 *bb) Rechte an Grundstücksrechten:* Unter § 877 fallen seinem Wortlaut nach nur Rechte an einem Grundstück, nicht aber Rechte an Grundstücksrechten. Nach einer verbreiteten Ansicht soll eine Änderung solcher belastenden Rechte durch einfachen Vertrag möglich sein.⁸⁸ Demgegenüber ist auch bei der Änderung eines belastenden Rechts eine Eintragung gemäß § 873 zu fordern,⁸⁹ andernfalls wirkt sie nicht dinglich gegen Dritte, sondern nur *inter partes*.
- 36 *cc) Änderung eines belasteten Rechts:* Ist das Grundstücksrecht, das geändert werden soll, mit dem Recht eines Dritten belastet, so muss dieser der Änderung zustimmen, §§ 877, 876, außer wenn die Position des Dritten durch die Rechtsänderung nicht tangiert wird;⁹⁰ ist das unsicher, so ist eine Zustimmung zu verlangen.
- 37 *dd) Erweiterung des Rechtsinhalts:* Wird durch die zulässige Inhaltsänderung der Umfang des Rechts erweitert, so werden dadurch die gleich- und nachrangigen Grundstücksrechte betroffen. Eine solche Erweiterung liegt etwa in der Umwandlung eines bedingten oder befristeten Rechts in ein unbedingtes oder unbefristetes, in der Verlängerung eines Erbbaurechts, in der Kapital- oder Zinserhöhung einer Hypothek. Eine solche Änderung ist wie eine Neubestellung zu behandeln. Die Inhaber gleich- und nachrangiger Grundstücksrechte müssen daher der Änderung zustimmen,⁹¹ wenn das Recht mit dem neuen Inhalt im Rang des alten Rechts entstehen soll; ohne ihre Zustimmung ist die Änderung ihnen gegenüber unwirksam.
- 38 *ee) Verringerung des Rechtsinhalts:* Wird ein Recht in seinem Inhalt verringert, so ist nicht § 877 anzuwenden, sondern es handelt sich um eine teilweise Aufhebung des Rechts, §§ 875, 876; es genügt also die einseitige Aufgabe des Berechtigten zu-

⁸⁶ Vgl. die Nachweise bei Erman/Artz § 877 Rn. 4.

⁸⁷ Vgl. zur zulässigen Umwandlung z. B. einer Buch- in eine Briefhypothek § 1116 III oder umgekehrt § 1116 II 2, einer Sicherungs- in eine gewöhnliche Hypothek und umgekehrt § 1186, 1, einer Grundsuld in eine Hypothek und umgekehrt § 1198, 1, einer Renten- in eine Grundsuld und umgekehrt § 1203.

⁸⁸ Vgl. etwa Planck/Strecker § 877 Erl. 2 b pr.; Westermann/Eickmann § 73 Rn. 6.

⁸⁹ So zutreffend Rosenberg § 877 Erl. I 1 b.

⁹⁰ BGHZ 91, 343.

⁹¹ Vgl. Palandt/Herrler § 877 Rn. 7; MünchKomm/Kohler § 877 Rn. 9.

sammen mit der Eintragung und gegebenenfalls der Zustimmung der Inhaber belastender Rechte. Die Zustimmung gleich- oder nachrangiger Rechtsinhaber ist dagegen nicht erforderlich. Eine Rechtsminderung ist etwa die zeitliche Abkürzung eines Nießbrauchs, die Beschränkung eines Rechts (Erbbaurecht, Dienstbarkeit) auf Teile des Grundstücks, die inhaltliche Einschränkung einer Grunddienstbarkeit, die Herabsetzung von Kapital oder Zinsen einer Hypothek.⁹²

6. Verbindung und Teilung von Grundstücken

a) *Vereinigung*: Mehrere Grundstücke können materiellrechtlich so vereinigt werden, dass ein einheitliches Grundstück entsteht; ein räumlicher Zusammenhang der Grundstücke ist nicht erforderlich.⁹³ Voraussetzung der Vereinigung ist zunächst eine entsprechende Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt; sie stellt eine einseitige, materiellrechtliche Willenserklärung dar; erforderlich ist ferner die Eintragung als ein einheitliches Grundstück, § 890 I. Das Grundbuchamt darf die Eintragung nur dann vornehmen, wenn von der Vereinigung der Grundstücke keine Verwirrung zu besorgen ist, § 5 I 1 GBO.⁹⁴ 39

Die vorher getrennten, selbständigen Grundstücke stellen nach der Vereinigung eine einzige, einheitliche Sache dar, ein Grundstück. Gemäß dem sachenrechtlichen Grundsatz der Spezialität⁹⁵ können an diesem einheitlichen Grundstück Rechte nur derart bestellt werden, dass sie das gesamte Grundstück erfassen.⁹⁶ Schon bestehende Rechte an einem Grundstück bleiben aber auch nach der Vereinigung aus praktischen Gründen auf die früher selbständigen Teile des Grundstücks beschränkt,⁹⁷ so als wären diese nicht wesentliche Bestandteile des ganzen Grundstücks, *arg. e contrario* § 1131, 1.

b) *Zuschreibung*: Während bei der Vereinigung zwei rechtlich gleichwertige Grundstücke zu einem neuen Grundstück vereinigt werden, bildet bei der Zuschreibung ein Grundstück die Hauptsache, ein anderes seinen Bestandteil;⁹⁸ der Bestandteil wird dem Hauptgrundstück zugeschrieben, § 890 II. Voraussetzung ist wie bei der Vereinigung eine entsprechende Erklärung an das Grundbuchamt und die 40

⁹² Wolff/Raiser § 40 I 2; MünchKomm/Kohler § 877 Rn. 7.

⁹³ Anders die *Zusammenschreibung* nach § 4 I GBO, die bloß grundbuchtechnischer Natur ist; vgl. § 19 Rn. 13.

⁹⁴ Zum Begriff der „Verwirrung“ in § 5 I 1 GBO vgl. OLG Düsseldorf NJW 2000, 609 m. w. N.

⁹⁵ Vgl. § 1 Rn. 14.

⁹⁶ Vgl. Motive III, 55 f.; für Grunddienstbarkeiten: OLG Hamm DNotZ 2003, 355 (Vereinigung des dienenden Grundstücks), BayObLG NJW-RR 2003, 451 (Vereinigung des herrschenden Grundstücks).

⁹⁷ Vgl. Motive III, 57 f.

⁹⁸ Der Begriff „Bestandteil“ ist hier historisch bedingt (vgl. Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts I, 5. Aufl. 1884, § 61; Johow, 57 ff.) und hat nichts mit demjenigen der §§ 93 f. zu tun.

Eintragung der Zuschreibung;⁹⁹ das Grundbuchamt darf die Eintragung nur vornehmen, wenn daraus keine Verwirrung zu besorgen ist, § 6 I 1 GBO. Ob der Eigentümer zwei Grundstücke vereinigt oder eines dem anderen zuschreibt, liegt allein bei ihm; der Wert der Grundstücke ist unerheblich.

Nach der Zuschreibung kann nur noch über das Grundstück insgesamt verfügt werden. Wie bei der Vereinigung bleiben bestehende Belastungen an den früher selbständigen Teilen erhalten. Eine Besonderheit gilt jedoch für bestehende Grundpfandrechte, §§ 1131, 1, 1192 I, 1200 I: Grundpfandrechte am früheren Hauptgrundstück erstrecken sich auch auf den zugeschriebenen Grundstücksteil, § 1131, 1. Dagegen bleiben Rechte, die am zugeschriebenen Teil bestehen, auch weiterhin auf diesen beschränkt; diese Rechte gehen aber den Grundpfandrechten vor.

- 41 *c) Teilung:* Sie ist nicht im BGB geregelt, sondern nur in § 7 I GBO vorausgesetzt; sie ergibt sich aber aus § 903. Für die Teilung von Grundstücken als materiellrechtlichen Vorgang sind die gleichen Voraussetzungen zu verlangen wie in § 890: Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung.¹⁰⁰ Als Folge der Teilung entstehen anstelle des geteilten Grundstücks mehrere selbständige Grundstücke. Rechte am ursprünglichen Grundstück setzen sich an den Teilen fort und werden zu Gesamtrechten i. S. v. §§ 421, 1108 II, 1132; danach haften alle neuen Teilgrundstücke für die gesamte Forderung.
- 42 *aa) Teilung eines dienenden Grundstücks:* Wird dagegen das von einer Dienstbarkeit belastete Grundstück geteilt, so ist §§ 1026, 1090 II anzuwenden, so dass die Teilgrundstücke, auf denen nach der ursprünglichen Vereinbarung die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden darf, von der Belastung frei werden. Wird das herrschende Grundstück geteilt, besteht die Grunddienstbarkeit gemäß § 1025 für die Teilgrundstücke fort.
- 43 *bb) Teilbelastung mit einer Dienstbarkeit:* Soll nicht das ganze Grundstück, sondern nur ein realer (also in der Natur bestehender) Grundstücksteil mit einem dinglichen Grundstücksrecht belastet werden, so muss das Grundstück gemäß § 7 I GBO vorher geteilt werden. Diese verfahrensrechtliche Regel entspricht auch dem materiellen Recht, weil nach §§ 1018, 1113, 1191 etc. „das Grundstück“ mit einem Recht belastet wird (Spezialitätsprinzip).¹⁰¹ Eine Ausnahme soll gemäß § 7 II GBO gelten, wenn ein Grundstücksteil mit einer Dienstbarkeit belastet werden soll; danach kann eine vorherige Teilung des Grundstücks unterbleiben, wenn davon keine Verwirrung zu besorgen ist und der Grundstücksteil auf einer amtlichen Karte gekennzeichnet wird. Es bestehen jedoch entgegen der fast allgemeinen Meinung¹⁰² erhebliche Zweifel an der materiellrechtlichen Wirksamkeit der Vorschrift.¹⁰³ Denn Belastungsgegenstand ist gemäß § 1018 (wie bei allen dinglichen Rechten) das

⁹⁹ Im Grundbuchmuster ⑪ ist das Grundstück Nr. 5 dem Grundstück Nr. 3 zugeschrieben, beide sind zusammen als neues Grundstück Nr. 6 verbucht.

¹⁰⁰ Im Grundbuchmuster ⑨ wurde das Grundstück aufgeteilt in die Grundstücke Nr. 2 und 3.

¹⁰¹ § 1 Rn. 14.

¹⁰² Staudinger/Picker, 2019, § 890 Rn. 59; Stöber, MittBayNot 2001, 281 f.

¹⁰³ Zweifelnd immerhin Soergel/Baur, 9. Aufl. 1960, § 1018 Rn. 2.

Grundstück selbst, nicht ein Grundstücksteil (§ 1 Rn. 14). Während die BGB-Kommissionen dies zunächst noch ohne weiteres erkannten,¹⁰⁴ wurde § 7 II GBO 1896 mit der lapidaren Begründung geschaffen, er liege „im Interesse der Vereinfachung der Buchführung“.¹⁰⁵ Das formelle Grundbuchrecht kann jedoch die materielle Rechtslage nicht verändern. Es kommt hinzu, dass nach überzeugender Auffassung Grundstücksteile wesentliche Bestandteile des Grundstücks und daher nicht sonderrechtsfähig sind.¹⁰⁶ Materiellrechtlich können Sachteile nicht mit dinglichen Rechten belastet werden. Bei einer unterschiedlichen Belastung desselben Grundstücks ist zudem stets Verwirrung zu besorgen. § 7 II 1 GBO ist daher gegenstandslos.

II. Unrichtigkeit des Grundbuchs und Schutz des guten Glaubens

1. Unrichtigkeit des Grundbuchs und seine Berichtigung

Das Grundbuch soll Auskunft geben über die Rechte an einem Grundstück. Wer sich dafür interessiert, z. B. weil er das Grundstück erwerben oder sich daran eine Hypothek bestellen lassen will, kann sich beim Grundbuchamt informieren, z. B. wem das Grundstück gehört, ob es belastet ist, wie hoch usw. Die Auskunft, die er aus dem Grundbuch erfährt, wird meist zutreffend sein. Ganz sicher kann er freilich nicht sein, das Grundbuch kann auch unrichtig sein. Denn die Rechte entstehen ja nicht einfach deshalb, weil sie eingetragen werden; Voraussetzung ist vielmehr, dass auch eine entsprechende Einigung nach § 873 besteht. Fehlt sie oder ist sie unwirksam, etwa wegen Anfechtung oder mangelnder Geschäftsfähigkeit, so kann das Recht nicht entstehen; die Eintragung, die trotzdem erfolgt, entspricht nicht der Rechtslage; das Grundbuch wird falsch. Weiter kann das Grundbuch etwa deshalb falsch sein, weil eine Rechtsänderung erfolgt ist, die keiner Eintragung in das Grundbuch bedarf, z. B. durch Erbschaft oder durch Tilgung einer Hypothek. Selten sind Fehler durch einen Irrtum des Grundbuchbeamten bei der Eintragung.

44

Die Berichtigung des Grundbuchs überlässt das Gesetz demjenigen, der durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs in seinen Rechten verletzt ist. Das Grundbuchamt nimmt Berichtigungen nicht von Amts wegen vor, es wird grundsätzlich nur auf Antrag tätig;¹⁰⁷ zudem wird es selten die Unrichtigkeit erkennen können, was auch für den Dritten gilt, der ein Recht am Grundstück erwerben will. Der durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs Betroffene dagegen ist in der Lage, gegen die Unrichtigkeit

¹⁰⁴ S. etwa Motive III, 56.

¹⁰⁵ Jakobs/Schubert, Sachenrecht III, 489, 534 (Antrag Struckmann); Denkschrift zur GBO, in: Hahn/Mugdan, Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen V, 1897, 153.

¹⁰⁶ Soergel/Klinck § 93 Rn. 31; a. A. (aus wegen BGH NJW 2002, 1038, 1039 überholten Gründen) Motive III, 56; Staudinger/Picker, 2019, § 890 Rn. 59.

¹⁰⁷ Die Ausnahmefälle des § 53 I GBO sind selten, vgl. § 19 Rn. 48.

des Grundbuchs vorzugehen; er hat auch den meisten Grund dazu. Denn infolge der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von einem Nichtberechtigten hat er regelmäßig den Nachteil davon, wenn auf der Grundlage eines unrichtigen Grundbuchs der Buchberechtigte (= der Nichtberechtigte)¹⁰⁸ eine Verfügung zugunsten eines Gutgläubigen trifft, vgl. §§ 892 f. (Rn. 54 ff.); zudem ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs für den Rechtsinhaber lästig, weil er über sein Recht nicht verfügen kann, wenn er nicht im Grundbuch eingetragen ist, § 39 GBO (§ 19 Rn. 40).

Keine Grundbuchberichtigung ist die bloße *Richtigstellung* falsch eingetragener Tatsachen von Amts wegen wie offensichtliche Falschbezeichnungen, Schreibfehler etc. Das kann auch im Wege von Vermerken geschehen.¹⁰⁹ Die rechtliche Aussage des Grundbuchs darf dadurch nicht verändert werden.

- 45 a) *Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894*: Das Gesetz gibt in § 894 einen Grundbuchberichtigungsanspruch. Kraft des Anspruchs aus § 894 kann der Gläubiger vom Schuldner verlangen, dass dieser eine Berichtigungsbewilligung nach § 19 GBO abgebe, und zwar in beglaubigter Form, § 29 I 1 GBO. Gibt er sie nicht freiwillig ab, so ersetzt das rechtskräftige Urteil seine Erklärung, § 894 I 1 ZPO. Die Kosten der Berichtigung trägt der Berechtigte, der sie beantragt, § 897.

Der Grundbuchberichtigungsanspruch entspringt als dinglicher Anspruch dem nicht richtig eingetragenen dinglichen Recht. Es handelt sich um einen Spezialfall des Abwehranspruchs aus § 1004, denn die unrichtige Eintragung beeinträchtigt das dingliche Recht. Der Anspruch aus § 894 kann ebenso wie der aus §§ 985, 1004 nicht selbständig abgetreten werden, er kann vom Eigentum bzw. vom sonstigen dinglichen Recht nicht getrennt werden.¹¹⁰ Eine analoge Anwendung der §§ 987 ff. kommt in Betracht.¹¹¹ Zu § 1000 Rn. 49.

- 46 aa) *Voraussetzung*: Der Berichtigungsanspruch aus § 894 erfordert, dass das Grundbuch ein Grundstücksrecht oder ein Recht an einem solchen Recht nicht richtig wiedergibt oder dass eine Verfügungsbeschränkung nicht oder unrichtig eingetragen ist. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, 1. wenn E sein Grundstück an K veräußert hat, K im Grundbuch eingetragen wurde, die Veräußerung aber wegen Anfechtung gemäß § 123 unwirksam ist;¹¹² 2. wenn H₁ auf dem Grundstück des E eine ersterangige Hypothek hat, H₂ eine zweitrangige und das Recht des H₁ zu Unrecht gelöscht wird, obwohl es weiter besteht; 3. wenn E eine Hypothek des H abbezahlt hat, so dass aus der Hypothek eine Eigentümergrundschuld des E geworden ist (vgl. § 1177 I 1) und dies nicht vermerkt wurde;¹¹³ 4. wenn ein Nießbrauch des N auf dem Grundstück des E wegen Zeitablaufs erloschen ist, jedoch nicht gelöscht wurde; 5.

¹⁰⁸ Der Buchberechtigte hat kein wirkliches Recht, sondern nur den Schein einer Legitimation, kraft dessen er nach § 892 wirksam über sein angebliches Recht verfügen oder nach § 900 das Grundstückseigentum ersitzen kann.

¹⁰⁹ Holzer, Die Richtigstellung des Grundbuchs, 2005, 89.

¹¹⁰ Vgl. § 1 Rn. 8; § 12 Rn. 9.

¹¹¹ S. BGHZ 75, 288, 292; BGH NJW 1985, 382, 383 f.; Erman/Artz § 894 Rn. 42; Neuner, Sachenrecht, Rn. 101; Weber II § 6 Rn. 13; zweifelnd Staudinger/Picker, 2019, § 894 Rn. 173.

¹¹² Zur Anfechtung des dinglichen Geschäfts vgl. § 1 Rn. 27.

¹¹³ Vgl. § 26 Rn. 20.

wenn im Grundbuch nicht vermerkt ist, dass der Eigentümer E des Grundstücks nur Vorerbe ist, so dass die Verfügungsbeschränkung aus § 2113 I nicht erkennbar ist; 6. wenn im Grundbuch eine Testamentsvollstreckung verzeichnet ist, aus welcher sich die Verfügungsbeschränkung des § 2211 ergibt, eine Testamentsvollstreckung aber nicht mehr besteht.

b) Anspruchsinhaber: Inhaber des Anspruchs ist der, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist; das ist im 1. Beispiel (Rn. 46) der E, dessen Eigentum nicht eingetragen ist. Im 2. Beispiel ist es H₁, dessen Hypothek nicht eingetragen ist; im 3. Beispiel ist es wiederum E, dessen Eigentümergrundsschuld nicht eingetragen ist. Den Anspruch aus § 894 hat ferner, wer durch eine Verfügungsbeschränkung geschützt ist, wenn diese nicht eingetragen ist, etwa im 5. Beispiel der Nacherbe, der durch § 2113 geschützt ist, vgl. § 51 GBO. Den Anspruch hat schließlich auch der, für dessen Recht eine in Wahrheit nicht bestehende Belastung oder Verfügungsbeschränkung eingetragen ist. Im 3. Beispiel ist zum Nachteil des E für dessen Eigentum eine nicht mehr bestehende Hypothek als Belastung eingetragen, im 4. Beispiel ist ein nicht mehr bestehender Nießbrauch als Belastung des Eigentums des E eingetragen; in beiden Fällen kann E Berichtigung verlangen. Berichtigung kann E auch im 6. Beispiel verlangen, weil für sein Eigentum eine nicht mehr bestehende Verfügungsbeschränkung eingetragen ist; er kann Löschung verlangen.

c) Anspruchsgegner: Schuldner des Anspruchs aus § 894 ist derjenige, dessen Recht oder Rechtsposition durch die berichtigende Eintragung betroffen, d. h. verschlechtert wird. Das ist im 1. Beispiel aus Rn. 46 der K, im 2. der E, aber auch der H₂, welcher zustimmen muss, dass das Recht des H₁ mit Vorrang vor seinem Recht eingetragen wird; im 3. ist es der H, im 4. der N, im 5. der E, im 6. der angebliche Testamentsvollstrecker. Ist der Schuldner nicht verfügungsbefugt, richtet sich der Anspruch gegen den Verfügungsberechtigten, also etwa den Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter.

Problematisch gestaltet sich die Grundbuchberichtigung, wenn der Verpflichtete selbst nicht mehr eingetragen ist, wenn etwa im 2. Beispiel aus Rn. 46 der E verstorben und von X beerbt worden ist. Der Berichtigungsanspruch richtet sich gegen X, die Berichtigung kann aber gemäß § 39 GBO nicht erfolgen, solange X nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. H₁ hat zwei Möglichkeiten: Er kann von X gemäß § 895 verlangen, dass dieser sich im Wege der Grundbuchberichtigung als Eigentümer eintragen lasse;¹¹⁴ dann kann er aufgrund der von X abzugebenden Bewilligung seine Hypothek wieder eintragen lassen. Oder aber er kann selbst nach § 14 GBO die berichtigende Eintragung des X beantragen; dann muss er die Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß § 22 I 1 GBO beweisen (Rn. 52).

dd) Zurückbehaltungsrechte: Gegen den Anspruch aus § 894 kann der Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 I geltend machen, etwa wegen seines Anspruchs auf Rückzahlung des bereits geleisteten Kaufpreises. Er kann nach § 242 auch die *dolo-agit*-Einrede mit dem Inhalt geltend machen, er habe seinerseits gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums.¹¹⁵ Dagegen hat

¹¹⁴Zum Anspruch auf Vorlage des Hypothekenbriefs vgl. § 896.

¹¹⁵Vgl. § 1 Fn. 12.

er entgegen einer verbreiteten Meinung kein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 994, 996, 1000, 1 wegen gemachter Verwendungen auf das Grundstück. Als Besitzer des Grundstücks kann der Schuldner dem Herausgabeanspruch die Verwendungen entgegenhalten, wodurch er hinreichend gesichert ist. Gibt er das Grundstück trotz seinem Zurückbehaltungsrecht heraus, so zeigt er damit, dass er die Verwendungen als Anspruch gemäß § 1001 geltend machen will. Ein Zurückbehaltungsrecht kommt daneben nicht in Betracht.¹¹⁶

- 50 *ee) Verjährung; Verwirkung:* Der Anspruch aus § 894 verjährt nach dem Wortlaut des § 898 nicht. Deshalb kann er nach h. M. auch dann noch geltend gemacht werden, wenn der gleichzeitig bestehende Anspruch aus § 985 verjährt ist.¹¹⁷ Der Eigentümer kann also seine Wiedereintragung im Grundbuch erreichen, doch führt das nicht etwa zu einem Wiederaufleben des verjäherten Herausgabeanspruchs gemäß § 902 I 1; Eigentum und Besitz fallen auf Dauer auseinander, es entsteht ein *dominium sine re*.¹¹⁸ Die Formulierung in § 898 ist jedoch ungenau, sie beruht auf einem Redaktionsversehen. Ausgeschlossen werden sollte nur die *selbständige* Verjährung des § 894, eine Verjährung zusammen mit der Verjährung des Herausgabeanspruchs nach § 985 sollte durchaus möglich sein.¹¹⁹ Der Berichtigungsanspruch verjährt also nicht, wenn der Eigentümer im Besitz des Grundstücks ist, und er ist verjährt, wenn auch der Herausgabeanspruch verjährt ist. Das bietet den Vorteil, dass dem Besitzer nach 30 Jahren in vielen Fällen das Aufgebotsverfahren nach § 927 ermöglicht und so das unwillkommene *dominium sine re* verhindert werden kann. In anderen Fällen ist das nach Verjährung der Ansprüche entstandene *dominium sine re* dadurch aufzulösen, dass man dem Besitzer eine Aneignungsmöglichkeit entsprechend § 927 gewährt.¹²⁰

Nach h. M. kann der Berichtigungsanspruch, wenn auch nur in Extremfällen, nach § 242 verwirkt werden.¹²¹ Das ist jedoch abzulehnen, weil dadurch bewirkt wird, dass auf Dauer ein Nichtberechtigter im Grundbuch als Berechtigter ausgewiesen wird.¹²²

- 51 *b) Schuldrechtlicher „Berichtigungsanspruch“:* Ein Anspruch auf Bewilligung der Grundbuchberichtigung kann sich nicht nur aus § 894 als dinglicher Anspruch

¹¹⁶ Vgl. dazu Wieling, Anm. zu BGH NJW 2000, 278 in LM § 273 Nr. 54; Finkenauer, Jura 2001, 606, 610.

¹¹⁷ Vgl. BGH NJW 1993, 2178 Rn. 17; BeckOGK/Hertel § 892 Rn. 10; Palandt/Herrler § 898 Rn. 1; Staudinger/Picker, 2019, § 894 Rn. 144.

¹¹⁸ „Eigentum ohne die Sache“; gleichbedeutend spricht man auch von einer *nuda proprietas*, einem „nackten Eigentum“.

¹¹⁹ Vgl. zu diesem Redaktionsfehler Finkenauer, Eigentum und Zeitablauf, 2000, 69 ff.; dens., FS J. Schröder, 2013, 21, 39 ff.; zust. Bergmann, Der Verfall des Eigentums, 2015, 43; irrig OLG Brandenburg ZEV 2003, 516 Rn. 22 ff.

¹²⁰ Vgl. Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 200 f.; s. auch § 23 Rn. 68.

¹²¹ Vgl. BGH NJW 1979, 1656; BGHZ 122, 308 Rn. 18 ff.; OLG Brandenburg ZEV 2003, 516 Rn. 30; BeckOGK/Hertel § 898 Rn. 11; Staudinger/Picker, 2019, § 898 Rn. 4; Köbler, JuS 1982, 184.

¹²² Vgl. § 1 Rn. 4 und insbesondere Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 222 ff.; NK/Krause § 898 Rn. 6.

ergeben, sondern auch als schuldrechtlicher Anspruch aus anderen Vorschriften.¹²³ Beispiel 1: E hat sein Grundstück an K veräußert, K ist im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, Kaufvertrag und Übereignung sind unwirksam. E hat gegen K den dinglichen Berichtigungsanspruch aus § 894 und den schuldrechtlichen Berichtigungsanspruch aus § 812 I 1 Var. 1; das geleistete Etwas ist die Buchstellung des K. Beispiel 2: Der Bucheigentümer¹²⁴ hat seine Eintragung durch Betrug oder Urkundenfälschung erlangt. Es besteht ein Berichtigungsanspruch aus § 823 I.

Daneben kann die Leistungskondition auf Herausgabe einer Buchstellung auch dann gegeben sein, wenn kein dinglicher Berichtigungsanspruch besteht, weil der Gläubiger selbst kein Recht am Grundstück hat; man kann in diesem Fall nicht gut von einem schuldrechtlichen „Berichtigungsanspruch“ sprechen, weil das Grundbuch von der erstrebten Eintragung nicht richtig wird. Beispiel: E hat sein Grundstück an K veräußert, K hat es an X weiterveräußert. Wenn beide Veräußerungen unwirksam sind, ist das Grundbuch falsch, weil X als Eigentümer eingetragen ist, während das Eigentum in Wirklichkeit noch bei E ist. K hat keinen Berichtigungsanspruch aus § 894 gegen X, weil er nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Er kann aber nach § 812 I 1 von X die Bewilligung verlangen, dass er, K, als Eigentümer eingetragen werde;¹²⁵ denn K hat dem X die Buchposition verschafft. K selbst haftet dann dem E aus § 894 und § 812 I 1 auf Bewilligung der Berichtigung.

c) *Berichtigung nach § 22 GBO*: Der Berechtigte kann eine Grundbuchberichtigung nicht nur auf dem Wege über die Bewilligung des Betroffenen erreichen, vgl. § 19 GBO; er kann nach § 22 I GBO auch die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden beweisen und aufgrund dieses Nachweises die Berichtigung beantragen.¹²⁶ Im obigen Beispiel unter Rn. 48 kann H₁ die Unrichtigkeit des Grundbuchs dadurch nachweisen, dass er einen Erbschein vorlegt, nach welchem X Erbe des E ist. Einen solchen Erbschein kann er nach § 792 ZPO vom Nachlassgericht verlangen. Das Verfahren nach § 22 GBO ist erheblich einfacher und kostengünstiger als eine Klage nach § 894.

52

2. Richtigkeitsvermutung des § 891

Die Grundbucheintragung ist der Publizitätstatbestand für Grundstücksrechte, so wie es der Besitz für Rechte an beweglichen Sachen ist. Entsprechend der Norm des § 1006¹²⁷ stellt daher § 891 bei Grundstücksrechten zwei Vermutungen auf: Ist ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass es besteht und dem eingetragenen Inhaber

53

¹²³ Vgl. Motive III, 234.

¹²⁴ Als Bucheigentümer bezeichnet man den, der im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, der in Wirklichkeit aber nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Allgemein ist „Buchberechtigter“ der, für den zwar ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, dem das Recht aber nicht zusteht.

¹²⁵ Vgl. dazu etwa MünchKomm/Kohler § 894 Rn. 47.

¹²⁶ Vgl. § 19 Rn. 36.

¹²⁷ S. § 12 Rn. 85.

zusteht; ist ein Recht gelöscht, so wird vermutet, dass es nicht besteht.¹²⁸ Dass ein früher eingetragenes Recht bestanden hat, kann dagegen nur vermutet werden, wenn feststeht, dass die Löschung nicht zum Zweck der Grundbuchberichtigung erfolgte.¹²⁹ Keine Vermutung besteht dafür, dass nicht eingetragene Rechte nicht bestehen und dass das Grundbuch vollständig sei, dass also andere Rechte als die eingetragenen nicht bestünden.¹³⁰ Die Vermutung bezieht sich nur auf Rechte, nie auf Tatsachen wie etwa die Größe und Lage des Grundstücks und auch nicht darauf, ob das Grundstück überhaupt existiert.¹³¹ Ein Widerspruch gegen eine Eintragung beseitigt die Vermutung nach § 891 nicht. Keine dinglichen Rechte, für die die Vermutung gilt, sind Widerspruch und Verfügungsbeschränkungen; wohl aber die Vormerkung.¹³²

§ 891 ist eine rein verfahrensrechtliche Vorschrift, ebenso wie § 1006; sie betrifft nicht das materielle Recht. Sie regelt die Beweislast, wenn nicht feststellbar ist, ob ein Recht besteht. Wer entgegen § 891 behauptet, dass ein Recht nicht bestehe oder bestehe, muss das beweisen. § 891 wirkt sowohl für als gegen den Rechtsinhaber. Er kann sich darauf berufen, dass sein Recht bestehe, weil es eingetragen sei. Umgekehrt muss er sich aber auch als Rechtsinhaber behandeln lassen, er muss beweisen, dass das Recht ihm nicht zusteht, wenn er das behauptet.

Die Vermutung des § 891 kann durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden, § 292, 2 ZPO. Eigentlich müsste dazu der Beweisführer jede denkbare Möglichkeit für die Richtigkeit der Eintragung widerlegen, was unmöglich wäre. Daher muss man vom Eingetragenen die substantiierte Angabe eines oder mehrerer Erwerbsgründe verlangen. Der Beweisführer hat den vollen Beweis zu erbringen, dass der Erwerb auf die behauptete Weise nicht stattgefunden hat.¹³³

3. Gutgläubiger Erwerb nach §§ 892, 893

- 54 Ebenso wie bei Mobilien wird auch bei Grundstücksrechten die Sicherheit des Rechtsverkehrs durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs geschützt; den §§ 932–936 entsprechen hier die §§ 892, 893. Wie sich bei Mobilien ein Erwerber auf den Besitz des Verfügenden als Rechtsschein verlassen kann, so kann er sich bei Grundstücksrechten auf die Eintragung verlassen; die Eintragung genießt öffentlichen Glauben.¹³⁴ Ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 892 f. setzt zunächst voraus, dass das Grundbuch die dingliche Rechtslage nicht richtig abbildet.

¹²⁸ Die Vermutungen beziehen sich auf die Grundstücksrechte innerhalb der Grenzen der Katasterparzelle (s. § 19 Rn. 1, 12).

¹²⁹ Vgl. BGHZ 52, 355; Wolff/Raiser § 44 I.

¹³⁰ Westermann/Eickmann § 70 Rn. 7.

¹³¹ RGZ 80, 365, 367 f.

¹³² Palandt/Herrler § 891 Rn. 4; zur dinglichen Rechtsnatur der Vormerkung § 22 Rn. 3.

¹³³ Vgl. auch § 12 Rn. 95.

¹³⁴ Vgl. Wiegand, JuS 1975, 205 ff.

a) *Grundbucheintragung als Rechtsschein*: Ausgangspunkt für den gutgläubigen Erwerb ist die Grundbucheintragung, die den Anschein erweckt, es lägen Rechtsverhältnisse vor, die in Wirklichkeit gar nicht gegeben sind. Soweit gemäß § 874, 1 zulässigerweise auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist, gilt auch sie als Basis des geschützten Rechtsscheins.¹³⁵ 55

aa) *Zeitpunkt*: Der objektive Rechtsschein muss vorhanden sein im Augenblick, in dem sich der Rechtserwerb vollendet, also regelmäßig bei der Eintragung. Auf diesen Zeitpunkt kommt es gemäß § 892 I an; eine analoge Anwendung des § 892 II, der den entscheidenden Zeitpunkt für den guten Glauben bestimmt, kommt daher nicht in Betracht. Es reicht aber auch aus, wenn der Rechtsschein in diesem Zeitpunkt vorhanden ist, selbst wenn das Grundbuch die unrichtige Eintragung erst seit dieser Zeit als Rechtsscheinsbasis aufweist.¹³⁶ 56

bb) *Öffentlicher Glaube*: Gemäß § 892 I 1 gilt der Inhalt des Grundbuchs zugunsten eines Erwerbers als richtig: Eingetragene Rechte gelten als bestehend, nicht eingetragene Rechte und Verfügungsbeschränkungen als nicht bestehend. Das Grundbuch gilt daher als vollständig. Geschützt ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur der rechtsgeschäftliche Erwerb, kein Erwerb von Gesetzes wegen oder durch Staatsakt; ein Erbe kann also nicht gutgläubig ein dem Erblasser nicht gehörendes Grundstück „erben“. ¹³⁷ 57

Am öffentlichen Glauben nehmen aber nur die zulässigen Grundbucheintragungen über Rechte und Verfügungsbeschränkungen teil, nicht Eintragungen über tatsächliche Verhältnisse des Grundstücks, wie etwa die Größe des Grundstücks, die sich im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblatts finden. Anders liegt es bei den Grundstücksgrenzen (vgl. § 19 Rn. 3); denn der Grenzverlauf bedeutet Angabe des Eigentums.¹³⁸ Entsprechen die Angaben im Kataster und im Grundbuch nicht der Rechtslage, weil hiernach die Grenze zu weit in ein Nachbargrundstück gezogen ist, kann der Erwerber diesen Grenzstreifen gutgläubig erwerben, wenn die Einigung der Parteien bei der Auflassung auch diesen Grenzstreifen erfasste. Haben die Parteien die Grenzen z. B. gemeinsam besichtigt, dann ist davon auszugehen, dass sie bei der Auflassung und im Kaufvertrag die Grenzen meinen, wie sie sie besichtigt haben; geben sie einen davon abweichenden Grenzverlauf an, wird zumeist eine unschädliche Falschbezeichnung vorliegen.¹³⁹

Keinen öffentlichen Glauben genießen auch Angaben über die persönlichen Verhältnisse von Rechtsinhabern, aus denen auf deren Rechts- oder Geschäftsfähigkeit oder Verfügungsbefugnis geschlossen werden könnte (s. aber Rn. 71).¹⁴⁰ Ist etwa als Eigentümer ein Verein als „e. V.“ eingetragen, so wird nicht vermutet, dass er

¹³⁵ Vgl. Rn. 18.

¹³⁶ RGZ 116, 351, 353 f.; 140, 35, 37 f.; Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 184.

¹³⁷ Vgl. Motive III, 214.

¹³⁸ BGH NJW-RR 2006, 662 Rn. 8.

¹³⁹ BGH NJW-RR 2006, 662; Westermann/Eickmann § 83 Rn. 3; Lutter, AcP 164 (1964), 122, 139.

¹⁴⁰ Vgl. etwa Prütting Rn. 217; Müller/Gruber Rn. 2755.

rechtsfähig sei.¹⁴¹ Nicht durch öffentlichen Glauben geschützt ist auch der Aktivvermerk bei Dienstbarkeiten, vgl. § 19 Rn. 14.

58 *cc) Wirkungslose Eintragungen:* Problematisch ist die Behandlung einer an sich wirkungslosen Eintragung, etwa weil sie von einer Privatperson oder einem unzuständigen Beamten vorgenommen wurde (Rn. 19). Die Wirksamkeit einer Eintragung ist nicht anhand verwaltungsrechtlicher Vorschriften zu bestimmen, sondern autonom zivilrechtlich unter Berücksichtigung der beteiligten Interessen.¹⁴² Der Berechtigte hat zwar ein Interesse daran, sein Recht nicht durch eine inkorrekte Eintragung zu verlieren; er kann sich aber gegen die Eintragung wehren, weil sie ihm gemäß § 55 GBO bekannt gemacht wird. Der gutgläubige Erwerber muss sich jedoch auf die Richtigkeit der Eintragung verlassen können, wenn sie als korrekte Eintragung erscheint. Der im Ergebnis unsichere Ersatzanspruch gegen den Staat bietet ihm ebenso wenig hinreichenden Schutz wie § 44 I 2 (2) GBO; die Kenntnis der GBO wird in §§ 892 f. für den gutgläubigen Erwerb nicht vorausgesetzt. Daher ist entgegen der h. M.¹⁴³ in den genannten Fällen der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu bejahen; der gutgläubige Erwerber ist gemäß der gesetzlichen Wertung zu schützen.¹⁴⁴

59 *dd) Widersprüchliche Eintragungen; Doppelbuchungen:* Der öffentliche Glaube wird zerstört bei in sich widersprüchlichen Eintragungen,¹⁴⁵ ein Vertrauensschutz kommt hier nicht in Betracht. Die erkennbare Widersprüchlichkeit der Eintragungen lässt einen schutzwürdigen Rechtsschein nicht entstehen.

Anders ist die Rechtslage bei Doppelbuchungen. Ist ein Grundstück mehrfach gebucht und ist dies aus den Eintragungen nicht erkennbar, so begründet jede Eintragung einen schutzwürdigen Rechtsschein, der bei gutem Glauben eines Erwerbers zu schützen ist. Ist etwa bei einer Eintragung A zutreffend als Eigentümer genannt, in der andern fälschlicherweise B, und überträgt dieser das Eigentum an den gutgläubigen X, so wird X Eigentümer. Der Interessenkonflikt zwischen A und X ist in § 892 entschieden, und es besteht kein Grund, von der gesetzlichen Regelung abzuweichen. Die Widersprüchlichkeit der Eintragungen ist schließlich für X nicht erkennbar. Dass X sein Eigentum verlieren kann, wenn A seinerseits das Eigentum auf einen gutgläubigen Erwerber überträgt, berechtigt nicht dazu, dem X den Schutz des § 892 zu versagen. Es ist auch nicht zu erkennen, wieso die beiden Eintragungen sich in ihrer Wirkung aufheben sollen, wie die h. M. argumentiert.¹⁴⁶ Weder der Rechtsschein einer Buchung noch der schutzwürdige gute Glaube des Erwerbers

¹⁴¹ Vgl. etwa MünchKomm/Kohler § 891 Rn. 10.

¹⁴² Insofern richtig Lieder, AcP 210 (2010), 857, 875, 879.

¹⁴³ BGHZ 7, 64; Palandt/Herrler § 873 Rn. 13; Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 21; Lieder, AcP 210 (2010), 857, 871 ff.

¹⁴⁴ Richtig Lutter, AcP 164 (1964), 122, 152 ff.; so wohl auch Weber II § 8 Rn. 28.

¹⁴⁵ RGZ 130, 64 ff., 67; BGHZ 130, 159, 170; 174, 61 Rn. 20.

¹⁴⁶ So aber etwa RGZ 56, 58 ff.; BGH DB 1969, 1458; NJW-RR 1993, 1295, 1297; Baur/Stürner § 23 Rn. 14; Müller/Gruber Rn. 2779; BeckOGK/Hertel § 892 Rn. 58; Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 29; Weber II § 8 Rn. 25; Möritz, Jura 2008, 245 ff.

werden durch die andere, nicht erkennbare Buchung beeinträchtigt.¹⁴⁷ Es besteht auch kein Grund, irgendwelche Regeln über die Wirksamkeit eines Verwaltungshandelns anzuwenden, es geht um ein rein zivilrechtliches Problem, das in § 892 gelöst wurde. Das entscheidende „Grundbuch“ i. S. v. § 3 I 2 GBO ist hier doppelt vorhanden, es besteht nicht etwa aus einem fiktiven „Gesamtgrundbuch“ mit beiden Eintragungen, das niemand kennt.¹⁴⁸

ee) Widerspruch: Ein gutgläubiger Erwerb ist dann ausgeschlossen, wenn gegen die Richtigkeit des Grundbuchs ein Widerspruch gemäß § 899 eingetragen ist, § 892 I 1. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ist gemäß §§ 1140, 1, 1192 I auch dann zerstört, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief hervorgeht.¹⁴⁹ Andererseits erfordert der gutgläubige Erwerb aber nicht, dass der Erwerber wirklich auf die Richtigkeit des Grundbuchs *vertraut* hat: Gutgläubiger Erwerb ist sogar dann möglich, wenn der Erwerber überhaupt nicht in das Grundbuch geschaut hat, solange er nur nicht weiß, dass das Grundbuch unrichtig ist.¹⁵⁰ Kausalität des Rechtsscheins ist also nicht erforderlich.

b) Verkehrsgeschäft: Der Schutz des guten Glaubens nach §§ 892 f. greift nur ein bei Verkehrsgeschäften, d. h. Veräußerer und Erwerber dürfen nicht identisch sein; auch wirtschaftliche Identität darf nicht vorliegen (§ 10 Rn. 3). Es darf also nicht bloß ein formaler Wechsel des Inhabers stattfinden. Kein Verkehrsgeschäft liegt etwa vor, wenn bei einer Ein-Mann-GmbH ein Grundstück vom Inhaber auf die Gesellschaft übertragen wird (wirtschaftliche Identität)¹⁵¹ und umgekehrt oder wenn eine Erbengemeinschaft im Wege der Auseinandersetzung Grundstückseigentum auf die Mitglieder überträgt.¹⁵² Ein gutgläubiger Erwerb ist in diesen Fällen nicht möglich; ebenso wenig, wenn ein Gesellschafter einen Anteil an einer Gesellschaft überträgt, deren Vermögen nur aus einem Grundstück besteht.¹⁵³ Auch wenn ein Bucheigentümer, der sich für den Eigentümer hält, eine Eigentümergrundsschuld nach § 1196 I bestellt (personelle Identität), ist gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen. Auch bei der vorweggenommenen Erbfolge durch rechtsgeschäftliche Übertragung, etwa durch einen Leibrentenvertrag zwischen Eltern und Abkömmlingen bei einer Hofübergabe, ist der Erwerber ein „Interner“, der über die Rechtsverhältnisse am Grundstück informiert und nicht auf das Grundbuch angewiesen ist; wird das Ergebnis einer Erbfolge schon vorher herbeigeführt, muss gutgläubiger Erwerb ausscheiden.¹⁵⁴

¹⁴⁷ Wie hier Rosenberg § 892 Erl. II 1 b γ; Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 108 ff.

¹⁴⁸ Insofern zu Recht Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 29.

¹⁴⁹ Vgl. § 27 Rn. 31.

¹⁵⁰ Vgl. § 10 Rn. 12; ferner Motive III, 212 f.; Prütting Rn. 215; Wellenhofer § 19 Rn. 21.

¹⁵¹ BGHZ 78, 325: Alleingesellschafter tätigt mit der von ihm beherrschten GmbH Erwerbsgeschäfte.

¹⁵² Vgl. dazu § 10 Rn. 2 f.

¹⁵³ Vgl. BGH JuS 1997, 565 mit Anm. von K. Schmidt.

¹⁵⁴ RGZ 123, 52, 56 f.; dagegen nicht überzeugend Westermann/Eickmann § 83 Rn. 27.

Ein Verkehrsgeschäft ist dagegen zu bejahen, wenn ein Miteigentumsanteil rechtsgeschäftlich unter Miteigentümern übertragen wird;¹⁵⁵ denn der Eigentumsbruchteil ist ebenso wie das Volleigentum selbständiges Rechtsobjekt, und Veräußerer und Erwerber sind hier nicht identisch.

- 62 c) *Unrichtigkeit des Grundbuchs*: Die Anwendung des § 892 setzt voraus, dass das Grundbuch, auf welches sich der Erwerber verlassen hat, falsch ist. Der Erwerber erhält diejenige Position, die er erworben hätte, wenn die Eintragung im Grundbuch korrekt der Rechtslage entspräche. Durch den öffentlichen Glauben geschützt sind gemäß § 892 I 1 etwa folgende Geschäfte:

Erwerb des Grundeigentums: Ein gutgläubiger Erwerber kann vom Bucheigentümer das Eigentum erwerben.

Erwerb von Grundstücksrechten: Ein Gutgläubiger kann vom Bucheigentümer ein Grundstücksrecht, etwa einen Nießbrauch erwerben; ist im Grundbuch eine in Wirklichkeit nicht bestehende Grundschuld eingetragen, so kann ein Gutgläubiger sie ebenfalls erwerben.

Erwerb von Rechten an Grundstücksrechten: Ist im Grundbuch ein nicht bestehendes Recht, z. B. eine Grundschuld eingetragen, so kann ein Gutgläubiger z. B. ein Pfandrecht daran erwerben: ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch an einem nicht existierenden Recht, das nur zugunsten des Pfandgläubigers oder des Nießbrauchers als existent behandelt wird. Möglich ist nach wohl h. M. auch ein gutgläubiger Zweiterwerb, wenn im Grundbuch zu Unrecht ein Pfandrecht an einer Grundschuld eingetragen ist¹⁵⁶ und dem Eingetragenen die gesicherte Forderung zusteht: Ein Gutgläubiger kann das Pfandrecht gutgläubig gemäß §§ 892, 1250, 1192, 1153 I durch formlose Zession des gesicherten Anspruchs erwerben.¹⁵⁷ Rechte an Grundstücken bedürfen zu ihrer Übertragung zwar der Eintragung im Grundbuch, das gilt gemäß § 873 I aber nicht für die Übertragung von Rechten an Grundstücksrechten; es kann also ein gutgläubiger Erwerber das Pfandrecht auch ohne Eintragung erwerben.

Erwerb entgegen einer relativen Verfügungsbeschränkung: Für relative Verfügungsbeschränkungen gilt nach § 892 I 2 nur die negative Seite des öffentlichen Glaubens, nicht die positive: Das Grundbuch schützt nur vor nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkungen; man kann sich nicht auf das verlassen, was eingetragen ist, sondern nur auf das, was nicht eingetragen ist. Ist etwa der Eigentümer als Vorerbe gemäß § 2113 I nicht zur Verfügung über das Grundstück berechtigt, so kann dennoch ein Gutgläubiger das Grundeigentum oder ein Recht daran erwerben, wenn die Vorerbschaft nicht als Verfügungsbeschränkung im Grundbuch vermerkt ist, § 892 I 2. Gutgläubiger Erwerb ist aber nach § 892 I 2 nur möglich bei relativen Verfügungsbeschränkungen, welche nur zugunsten bestimmter Personen errichtet sind; man versteht darunter solche, welche einen gutgläubigen Erwerb zulassen,¹⁵⁸

¹⁵⁵ BGHZ 173, 71, 82.

¹⁵⁶ Beim Nießbrauch gibt es wegen der Unübertragbarkeit nach § 1059 keinen Zweiterwerb.

¹⁵⁷ Planck/Strecker § 892 Erl. II 1 a, § 1273 Erl. 2 r; Wolff, JuS 1990, 994, 996; a. A. Staudinger/Picker, 2019, § 893 Rn. 63 m. w. N.

¹⁵⁸ Vgl. zur Terminologie § 1 Rn. 31 f.

wie etwa §§ 135 I, 136, 161 I, II, 2113 I, II, § 80 I InsO. Bei absoluten Verfügungsverboten dagegen, wie bei denen aus §§ 1365, 1369, kann die fehlende Verfügungsmacht nicht durch den guten Glauben des Erwerbers ersetzt werden.

Erwerb der Lastenfreiheit: Ist eine Belastung, etwa eine Hypothek oder ein Nießbrauch, nicht im Grundbuch eingetragen, etwa zu Unrecht gelöscht oder außerhalb des Grundbuchs nach §§ 1287, 2 BGB, § 848 II ZPO entstanden, so kann ein Gutgläubiger das Grundstückseigentum unbelastet erwerben. Wird dagegen für einen gutgläubigen Erwerber ein beschränktes dingliches Recht eingetragen, so erlischt das nicht eingetragene Recht nicht, sondern verliert nur seinen Rang: War die erste Hypothek des A zu Unrecht gelöscht und wird für den gutgläubigen B eine weitere Hypothek eingetragen, so wird die Hypothek des A zweitrangig, B erwirbt nach § 892 I gutgläubig eine erstrangige Hypothek.¹⁵⁹ Zur Unmöglichkeit, altrechtliche Dienstbarkeiten „wegzuerwerben“, s. Art. 187 I 1 EGBGB und § 25 Rn. 19.

Erwerb des Vorrangs: Ist die erstrangige Grundschuld des G_1 zu Unrecht gelöscht worden und hat nun G_2 , der davon nichts weiß, eine Grundschuld erworben, so ist sein Recht erstrangig, das des G_1 ist zweitrangig geworden. Auf diese Weise kann auch ein relativer Rang entstehen.¹⁶⁰

Erwerb des Rechts mit dem eingetragenen Inhalt: Hypothekar H hatte dem Grundeigentümer die Hypothek für fünf Jahre gestundet, die Stundung war nicht im Grundbuch eingetragen. Z, der nichts davon weiß, erwirbt die Hypothek von H; er erwirbt sie so, wie sie eingetragen war, die Stundung wirkt ihm gegenüber nicht.

Vermietung eines Grundstücks oder einer Wohnung: Der Mietvertrag begründet ein dingliches Recht am Grundstück, das bei einer Veräußerung des Grundstücks auch gegen den Erwerber durchsetzbar ist, wenn nur dem Mieter bei der Veräußerung der Besitz des Mietobjekts bereits überlassen war, §§ 566, 578.¹⁶¹ Der neue Eigentümer tritt in den abgeschlossenen Mietvertrag ein, das Mietrecht wirkt auch ihm gegenüber. Sollte daher der Vermieter nur Bucheigentümer gewesen sein, so erwirbt der Mieter sein dingliches Mietrecht gutgläubig nach § 892.¹⁶²

d) *Rechtsgeschäfte mit dem Eingetragenen:* § 893 erweitert gegenüber § 892 den Schutz des guten Glaubens. Geschützt wird danach, wer an einen im Grundbuch

63

¹⁵⁹ Richtig Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 232. A. A. MünchKomm/Kohler § 892 Rn. 73, nach dem relative Rangverhältnisse entstehen: Zwar könne das erloschene Recht gegen den Erwerber nicht mehr durchgesetzt werden, für die Inhaber weiterer belastender Rechte sei es jedoch nicht erloschen.

¹⁶⁰ Beispiel: A hat eine erste Hypothek an einem Grundstück, B eine zweitrangige; die Hypothek des A wird zu Unrecht im Grundbuch gelöscht. C erwirbt eine dritte Hypothek am Grundstück, er weiß nicht, dass die Hypothek des A noch besteht: A geht vor B, B vor C, aber C geht vor A. Zum relativen Rang vgl. § 21 Rn. 4 ff.

¹⁶¹ S. § 12 Rn. 12; § 24 Rn. 24.

¹⁶² Wieling, GS Sonnenschein, 2003, 201, 216 ff., mit umfangreicher Lit. Andere gehen bei gleichem Ergebnis davon aus, die Vermietung sei eine nach § 893 Var. 2 geschützte Verfügung, s. MünchKomm/Kohler § 893 Rn. 12; Canaris, FS Flume I, 1978, 371, 403; Mitteis, Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Recht, 1905, 20 ff. Nach h. M. kann es dagegen einen solchen Erwerb nicht geben, vgl. RGZ 106, 109, 111 f.; Staudinger/Picker, 2019, § 893 Rn. 24 und noch Finkenauer, Jura 2001, 606, 610.

eingetragenen Rechtsinhaber eine Leistung erbringt; der Leistende wird frei, auch wenn das Recht in Wirklichkeit dem Eingetragenen nicht zustand. Hat etwa der Hypothekar H seine Hypothek an Z übertragen, welcher im Grundbuch eingetragen wurde, war aber die Übertragung aus irgendeinem Grund unwirksam, so dass H noch Inhaber des Rechts ist, so kann der Eigentümer E mit befreiender Wirkung an Z zahlen.

Geschützt nach § 893 wird weiter der gute Glaube bei allen Verfügungsgeschäften mit dem Eingetragenen, soweit diese nicht schon unter § 892 fallen. „Verfügung“ ist jede Übertragung, Inhaltsänderung und Aufhebung eines Rechts; die Begründung eines Rechts ist keine Verfügung.¹⁶³ Da Übertragungen bereits in § 892 geschützt sind, kommen für § 893 Inhaltsänderungen und Aufhebungen in Betracht. Geschützt nach § 893 ist also etwa die Aufgabe eines Rechts nach § 875 I 1. Würde im obigen Beispiel Z die Hypothek aufgeben und die Aufgabe eingetragen, so würde die Hypothek erlöschen, obwohl H ihr Inhaber war. Würde Z dem Eigentümer die Hypothek stunden, so läge darin eine Inhaltsänderung der Hypothek, § 877, also eine Verfügung darüber; die Verfügung wäre auch gegenüber dem Berechtigten H wirksam, so dass dieser daran gebunden wäre; ebenso würde etwa die Kündigung des E gegenüber Z auch gegen H wirken.

64 e) *Redlichkeit des Erwerbers*: Der gutgläubige Erwerb nach §§ 892 f. setzt voraus, dass der Erwerber nicht bösgläubig ist.

aa) *Positive Kenntnis*: Bösgläubig ist, wer weiß, dass das Grundbuch unrichtig ist; nicht erforderlich ist, dass er weiß, wie die richtige Eintragung lauten müsste. Anders als bei beweglichen Sachen schadet grobe Fahrlässigkeit dem Erwerber nicht; denn während der Besitz nur einen unsicheren Schluss auf die Rechtslage zulässt, so dass das Gesetz dem Erwerber einer beweglichen Sache eine Nachforschungspflicht auferlegt, § 932 II, kann man sich auf das Grundbuch verlassen.¹⁶⁴ Die Gutgläubigkeit des Erwerbers wird in § 892 ebenso vermutet wie in § 932 I 1.¹⁶⁵ Der gute Glaube wird nicht als Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs genannt, der böse Glaube vielmehr als Voraussetzung für den Ausschluss gutgläubigen Erwerbs; wer ihn behauptet, muss ihn beweisen.

Dem Erwerber schadet nach §§ 892 f. nur die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Auch erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs schaden nicht;¹⁶⁶ wer aus noch so grober Fahrlässigkeit die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht bemerkt, ist gutgläubig. Der Versuch, § 892 in solchen Fällen zu umgehen und bösen Glauben auch bei grober Fahrlässigkeit anzunehmen, ist abzulehnen; den Erwerber trifft keine Nachforschungspflicht. Auch die Formulierung, der Erwerber dürfe sich einer den Umständen nach aufdrängenden Erkenntnis nicht ohne einsehbaren Grund verschließen,¹⁶⁷ setzt unzulässig grobe Fahrlässigkeit mit

¹⁶³ Vgl. § 1 Rn. 19. Die Bestellung etwa einer Hypothek bedeutet aber eine Inhaltsänderung des Eigentums am Grundstück, also eine Verfügung darüber.

¹⁶⁴ Vgl. Motive III, 346.

¹⁶⁵ Vgl. § 10 Rn. 14.

¹⁶⁶ RGZ 117, 180, 188 f.

¹⁶⁷ BGH LM § 892 Nr. 5; Wellenhofer § 19 Rn. 22.

der erforderlichen positiven Kenntnis gleich.¹⁶⁸ Nur wenn der Erwerber bewusst Tatsachen nicht zur Kenntnis nimmt in der Absicht, sich so seinen guten Glauben zu erhalten, ist er in entsprechender Anwendung des § 162 I als bösgläubig anzusehen.¹⁶⁹

Eine Kenntnis der Unrichtigkeit der Eintragung ist noch nicht gegeben, wenn der Erwerber zwar alle Tatsachen kennt, aus denen sich die Unrichtigkeit ergibt, wenn er aber falsche rechtliche Schlüsse daraus zieht.¹⁷⁰ Der öffentliche Glaube berechtigt dazu, sich auf die Eintragung zu verlassen, er verpflichtet nicht zu einer zutreffenden juristischen Wertung bekanntgewordener Tatsachen.¹⁷¹ Weiß etwa der Erwerber K eines Grundstücks, dass der eingetragene Veräußerer V es von einem Verheirateten erworben hat, dessen nahezu ganzes Vermögen dieses Grundstück ausmachte, glaubte er aber entgegen § 1365, auch ein Verheirateter könne über sein ganzes Vermögen verfügen, so ist er gutgläubig. V ist wegen §§ 1365 f. zwar nicht Eigentümer geworden, K wusste das aber nicht, eine Erkundungspflicht (etwa bei einem Rechtsanwalt) legt ihm das Gesetz nicht auf; K kann das Eigentum am Grundstück gutgläubig erwerben. Im Übrigen unterliegt die Beurteilung, ob der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs kannte, der freien Beweiswürdigung des Gerichts, § 286 I 1 ZPO.¹⁷²

bb) Vertretung: Wird der Erwerber durch einen Bevollmächtigten vertreten, so entscheidet die Gut- oder Bösgläubigkeit des Vertreters, § 166 I. Nur wenn der Vertreter nach bestimmten Weisungen gehandelt hat, etwa ein bestimmtes Grundstück zu erwerben, müssen sowohl der Vertretene als auch der Vertreter gutgläubig sein, damit gutgläubiger Erwerb möglich ist, § 166 II 1.¹⁷³ 65

cc) Zeitpunkt des guten Glaubens: Der gute Glaube muss zu dem Zeitpunkt vorhanden sein, in welchem der gesamte Erwerbstatbestand vorliegt. Da regelmäßig die Eintragung der Einigung nachfolgt, ist also die Zeit der Eintragung entscheidend.¹⁷⁴ Ist das Geschäft bedingt oder befristet, muss zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts oder des Fristablaufs der gute Glaube nicht mehr vorhanden sein.¹⁷⁵ 66

Von diesem Grundprinzip macht § 892 II eine Ausnahme zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers. Da der Erwerber den Zeitpunkt der Eintragung nicht bestimmen kann, welcher sich aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, weit verschieben kann, verlegt das Gesetz den für die Gutgläubigkeit entscheidenden Zeitpunkt nach vorn – wie es das auch in § 878 tut.¹⁷⁶ Entscheidend ist danach die Zeit der Stellung

¹⁶⁸ Hüten muss man sich vor folgender Gleichsetzung: gutgläubig = redlich = anständig. Ist im rechtlichen Zusammenhang von Redlichkeit die Rede, ist damit die Gutgläubigkeit definiert. Wann sie bejaht werden kann, ist in § 892 geregelt.

¹⁶⁹ Vgl. § 12 Rn. 23.

¹⁷⁰ Vgl. die Beispiele bei Baur/Stürner § 23 Rn. 30 f.; Müller/Gruber Rn. 2806; Prütting Rn. 215.

¹⁷¹ So ausdrücklich die Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 547.

¹⁷² Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 547.

¹⁷³ Jauernig/Mansel § 166 Rn. 4.

¹⁷⁴ Vgl. Motive III, 221; s. aber auch oben Rn. 17, 21.

¹⁷⁵ Vgl. § 10 Rn. 13; Baur/Stürner § 23 Rn. 33.

¹⁷⁶ Vgl. Rn. 24.

des Antrags auf die Eintragung (vgl. § 13 II 1 GBO);¹⁷⁷ damit hat der Erwerber alles Erforderliche für den Rechtserwerb getan, das in seiner Macht steht. Diese Vorverlegung begünstigt aber nicht nur den Erwerber, sondern ist auch für den Veräußerer vorteilhaft. Da nach der Antragstellung nicht mehr zu befürchten ist, dass der Erwerb an einer nachträglichen Bösgläubigkeit des Erwerbers scheitert, kann eine Auszahlung des Kaufpreises an den Veräußerer nach diesem Zeitpunkt gefahrlos erfolgen.¹⁷⁸ Aus diesem Grund ändert auch eine nach öffentlichem Recht erforderliche Genehmigung nichts daran, dass es für den guten Glauben auf den Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbstatbestands ankommt; zur Zeit der Genehmigung muss der gute Glaube nicht mehr vorliegen.¹⁷⁹ Die öffentlichrechtliche Genehmigung gestattet die Verfügung vom Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses; mit der Frage des gutgläubigen Erwerbs hat sie nichts zu schaffen.¹⁸⁰ Sie ist wie eine Bedingung zu behandeln, auf deren Eintritt es ebenfalls nicht ankommt. Auch für die Genehmigung nach §§ 177, 185 kommt es für den guten Glauben auf den Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbstatbestands an, nicht auf denjenigen der Genehmigung; denn sie wirkt nach § 184 I auf die Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück.¹⁸¹

Wird das Grundbuch erst nach der Stellung des Eintragungsantrags unrichtig,¹⁸² so entscheidet für den guten Glauben der Zeitpunkt, in welchem die Eintragung vorgenommen wird, welche das Grundbuch unrichtig macht.¹⁸³ Ist der Veräußerer selbst noch nicht eingetragen in dem Zeitpunkt, in welchem der Erwerber den Eintragungsantrag stellt, so ist die Zeit der Eintragung des Veräußerers der entscheidende Zeitpunkt für den guten Glauben; denn erst ab diesem Zeitpunkt ist die Eintragung des Erwerbers möglich¹⁸⁴ und erst zu diesem Zeitpunkt entsteht der öffentliche Glaube des Grundbuchs.

§ 892 II ist nicht anwendbar, wenn nach der Eintragung noch weitere Entstehungsvoraussetzungen erforderlich sind,¹⁸⁵ z. B. die Briefübergabe bei der Briefhypothek, vgl. § 1117 I 1. Auch wenn die Einigung der Eintragung ausnahmsweise nachfolgt (Rn. 22), ist auf den Zeitpunkt der Einigung abzustellen.¹⁸⁶ In solchen Fällen ist nämlich der Zeitpunkt entscheidend, in welchem alle Entstehungsvoraussetzungen vorliegen.

¹⁷⁷ Nur wenn ausnahmsweise die Einigung auf die Eintragung folgt, bleibt es dabei, dass der Zeitpunkt der Einigung entscheidet, § 892 II.

¹⁷⁸ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 545.

¹⁷⁹ So zu Recht Soergel/Stürner § 892 Rn. 38; Baur/Stürner § 23 Rn. 34.

¹⁸⁰ Anders Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 211; auf die Einleitung des Genehmigungsverfahrens stellt ab MünchKomm/Kohler § 892 Rn. 55.

¹⁸¹ Dazu oben § 9 Rn. 33 sowie ausf. Finkenauer, AcP 203 (2003), 282, 292 ff., 310 ff., 314; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 184 Rn. 8; für § 177 zust. MünchKomm/Kohler § 892 Rn. 55; anders etwa RGZ 134, 283; Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 211.

¹⁸² Vgl. den Fall BGH NJW 1980, 2413.

¹⁸³ MünchKomm/Kohler § 892 Rn. 57 m. w. N. in Fn. 313; Soergel/Stürner § 892 Rn. 42.

¹⁸⁴ Vgl. MünchKomm/Kohler § 892 Rn. 57 m. w. N. in Fn. 313.

¹⁸⁵ Planck/Strecker § 892 Erl. II 2 d ε; Palandt/Herrler § 892 Rn. 25.

¹⁸⁶ Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 197, 206.

f) *Rolle des Grundbuchamts*: Das Grundbuchamt darf eine Eintragung, die zu einem gutgläubigen Erwerb führt, nicht verweigern; es ist nicht die Aufgabe des Grundbuchamts, zwischen dem wirklichen, aber nicht oder nicht richtig eingetragenen Rechtsinhaber und dem gutgläubigen Erwerber zu entscheiden.¹⁸⁷ Vgl. § 19 Rn. 50. 67

g) *Rechtsfolgen*: Der gutgläubige Erwerber erwirbt aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs das Recht so, als wäre das Grundbuch richtig gewesen. Ob in einem solchen gutgläubigen Erwerb ein originärer oder ein abgeleiteter Erwerb zu sehen ist, ist streitig; da von der Frage nichts abhängt, kann sie dahinstehen. Der Erwerb ist endgültig, nachfolgende Bösgläubigkeit kann dem Erwerber nicht mehr schaden; verfügt er über das erworbene Recht, so verfügt er als Berechtigter, auf einen guten Glauben des nächsten Erwerbers kann es nicht mehr ankommen.¹⁸⁸ 68

aa) *Schuldrechtliche Ansprüche*: Der Erwerb kann auch nicht mit Hilfe schuldrechtlicher Ansprüche rückgängig gemacht werden, etwa nach § 823 oder nach § 812 I 1 Var. 2.¹⁸⁹ Der Vorgang, der auf der einen Seite zum gutgläubigen Erwerb führt, kann nicht auf der anderen Seite ein Delikt oder ein unberechtigter Eingriff sein. Wohl aber kann der frühere Rechtsinhaber vom Verfügenden herausverlangen, was dieser durch die unberechtigte Verfügung erlangt hat, also den Gegenwert, § 816 I 1. Wusste der Verfügende, dass er zur Verfügung über das Recht nicht berechtigt war, oder wusste er das fahrlässig nicht, geschah die Verfügung über das fremde Recht also schuldhaft, so hat der frühere Berechtigte gegen den Verfügenden einen Schadensersatzanspruch nach § 823 I; bei positiver Kenntnis von der Fremdheit des Rechts hat er auch die Ansprüche aus § 687 II 1 wegen bewusster Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen. 69

bb) *Rückfall*: Einen automatischen Rückerwerb des früheren Berechtigten nach der Rückabwicklung des Vertrags zwischen dem nichtberechtigten Veräußerer und dem Erwerber, wie sie bei beweglichen Sachen möglich ist,¹⁹⁰ kann es bei Grundstücken nicht geben, da ein Rechtserwerb im Grundstücksrecht eine Eintragung im Grundbuch voraussetzt; ein automatischer Rückfall des Eigentums würde das Grundbuch unrichtig machen. 70

h) *Vermutungsregel für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*: Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen, so wird nach § 899a, 1 in Ansehung des eingetragenen Rechts auch vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 II 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind,¹⁹¹ und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind. Aus § 899a, 1 ergibt sich eine dem § 891 funktional entsprechende Vermutung im Hinblick auf die Eintragung als 71

¹⁸⁷ Vgl. MünchKomm/Kohler § 892 Rn. 67; Müller/Gruber Rn. 2830; a. A. Palandt/Herrler § 892 Rn. 1.

¹⁸⁸ Vgl. § 10 Rn. 39.

¹⁸⁹ Vgl. § 10 Rn. 39.

¹⁹⁰ Vgl. § 10 Rn. 40.

¹⁹¹ Nach § 47 II 1 GBO sind (neben der Außengesellschaft selbst) auch die Gesellschafter einzutragen, wenn ein Recht für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen wird. Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH NJW 2001, 1056) und ihrer „Grundbuchfähigkeit“ (BGHZ 179, 202) hätte es nahegelegen, nur die Eintragung der Gesellschaft mit ihrem Namen zu fordern, nicht auch die ihrer Gesellschafter. Der nichtrechtsfähige Verein ist trotz der Verweisung in § 54, 1 nicht „grundbuchfähig“, BGH JuS 2016, 646.

Gesellschafter. Allerdings gilt die Vermutung nur „in Ansehung des eingetragenen Rechts“. Folglich soll die Vermutung nur von Bedeutung sein für Rechtshandlungen, die einen unmittelbaren Bezug zum Eintragungsgegenstand haben. Das Grundbuch nimmt damit gerade nicht die Funktion eines Gesellschaftsregisters wahr.¹⁹²

Aus § 899a, 1 ergibt sich die Vermutung, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei in Ansehung des eingetragenen Rechts ordnungsgemäß vertreten, wenn diejenigen Personen in ihrem Namen handeln, die als ihre Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sind.¹⁹³ Wenn alle Gesellschafter im Namen der Gesellschaft handeln, so wird diese nach §§ 709 I, 714 wirksam vertreten. Vertreten nur die eingetragenen Gesellschafter die Gesellschaft in Ansehung des eingetragenen Rechts gemeinschaftlich, greift insoweit die Vermutungswirkung des § 899a, 1 ein. Ein gutgläubiger Erwerber kann sich daher nach §§ 899a, 2, 892 darauf berufen, dass (nur) diejenigen Personen Gesellschafter sind, die das Grundbuch als Gesellschafter verlautbart. Selbst wenn also zwischen der Eintragung des Rechts nach § 47 II 1 GBO und der Vornahme des Rechtsgeschäfts z. B. ein weiterer Gesellschafter in die Gesellschaft eingetreten ist, gelten die durch das Grundbuch verlautbarten Gesellschafter einem gutgläubigen Dritten gegenüber als alle Gesellschafter der Gesellschaft; die eingetragenen Gesellschafter handeln in Ansehung des eingetragenen Rechts mit Vertretungsmacht. Darüber hinaus ermöglichen §§ 892, 899a den gutgläubigen Erwerb eines Grundstückseigentums von den eingetragenen Gesellschaftern, obwohl das Eigentum der Gesellschaft nicht zustand; möglich ist nach §§ 892, 899a aber auch der Erwerb von zu Unrecht als Gesellschafter eingetragenen Personen.

Streitig ist, ob die Vermutungswirkung des § 899a, 1 nur für das dingliche oder auch für das Kausalgeschäft gilt. Richtigerweise ist wegen der systematischen Stellung der Vorschrift ersteres anzunehmen.¹⁹⁴ Darin liegt kein „Wertungswiderspruch“,¹⁹⁵ sondern die Konsequenz der Trennung beider Geschäfte, die das BGB auch sonst kennzeichnet. Ist das jeweilige Kausalgeschäft mangels Vertretungsmacht der handelnden Personen nicht mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft zustande gekommen, ist die Leistungskondition einschlägig.¹⁹⁶

4. Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs

- 72 a) *Zweck des Widerspruchs:* Von der Unrichtigkeit des Grundbuchs gehen wegen der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs erhebliche Gefahren aus für den, dessen Recht überhaupt nicht oder nicht richtig eingetragen ist. Er hat zwar gemäß § 894

¹⁹² BT-Drs. 16/13437, 26.

¹⁹³ BT-Drs. 16/13437, 26.

¹⁹⁴ MünchKomm/Kohler § 899a Rn. 16; Wellenhofer § 19 Rn. 40; Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209 ff.; a. A. Jauernig/Berger § 899a Rn. 6; Böttcher, NJW 2010, 1647, 1655; Miras, DStR 2010, 604, 607; Kessler, NJW 2011, 1909, 1913 f.

¹⁹⁵ So aber Tolani, JZ 2013, 224, 231.

¹⁹⁶ Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209, 222; Weiss, JuS 2016, 494, 496 f.

einen Anspruch auf Bewilligung der berichtigenden Eintragung, dieser Anspruch muss aber erst gegen den Verpflichteten durchgesetzt werden; darüber kann viel Zeit vergehen, was die Gefahr erheblich erhöht. Eine Abhilfe, eventuell auch aufgrund einer einstweiligen Verfügung, bringt der Widerspruch, der ein vorläufiges Sicherungsmittel darstellt; er beseitigt zwar nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs, er schließt jedoch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs aus, vgl. § 892 I 1. Der Widerspruch sichert also den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, er verhindert, dass der Berichtigungsanspruch dadurch überholt wird, dass das Grundbuch durch gutgläubigen Erwerb richtig wird. Er ist möglich in allen Fällen der Unrichtigkeit des Grundbuchs, § 899 I, vgl. die Beispiele in Rn. 46, 62.¹⁹⁷

aa) Abgrenzung zur Vormerkung: Bereits im 19. Jahrhundert trat eine Schwierigkeit auf, welche bis heute insbesondere Anfängern zu schaffen macht; wenn sie auch alt ist, so werden doch Verstöße noch immer als schwere Mängel gehandelt und sollten deshalb vermieden werden. Es handelt sich um die Unterscheidung von Widerspruch und Vormerkung.¹⁹⁸ Der Widerspruch *protestiert* gegen die angebliche Richtigkeit des Grundbuchs mit der Behauptung, dass es unrichtig sei. Durch den Widerspruch wird also der dingliche, aus dem verletzten dinglichen Recht stammende Berichtigungsanspruch nach § 894 geschützt.¹⁹⁹ Die durch den Widerspruch vorbereitete Eintragung hat berichtigende, deklaratorische Wirkung; niemals wird durch die Eintragung ein Recht begründet, übertragen oder sonstwie darüber verfügt. In den in Rn. 46 genannten Fällen kann der Inhaber des Berichtigungsanspruchs diesen durch einen Widerspruch sichern lassen.

Dagegen protestiert die Vormerkung keineswegs gegen das Grundbuch. Eine Vormerkung wird eingetragen, wenn das Grundbuch richtig ist; eine Vormerkung protestiert nicht, sie *prophesiert*: Sie kündigt das Entstehen eines dinglichen Rechts an oder das Wirksamwerden einer sonstigen Verfügung; sie sichert einen schuldrechtlichen Anspruch auf Vornahme einer solchen Verfügung.²⁰⁰

bb) Gleichzeitige Eintragung von Widerspruch und Vormerkung: Es gibt freilich Fälle, in welchen man kaum vorhersagen kann, ob die Rechtsprechung einen Berichtigungsanspruch geben wird, so dass ein Widerspruch angebracht wäre, oder einen Anspruch auf Übereignung anerkennen wird, welcher nur durch eine Vormerkung gesichert werden kann. Das ist etwa der Fall bei der Anwendung des § 138 I, wenn sich die Frage stellt, ob nur der schuldrechtliche Vertrag nichtig ist oder ob auch die dingliche Verfügung von der Sittenwidrigkeit betroffen ist. In solchen Fällen rechtlicher Unsicherheit kann der Antragsteller Schaden nehmen, wenn er einen Widerspruch eintragen lässt und nach Ansicht des Gerichts eine Vormerkung erforderlich gewesen wäre und umgekehrt. Solche Unsicherheiten dürfen nicht zu Lasten des Antragstellers gehen. Das Gericht sollte deshalb durch Auslegung des Antrags das Sicherungsmittel wählen, das unter Zugrundelegung seiner Entscheidung den

¹⁹⁷ Vgl. auch § 1 Rn. 33 a. E.; § 27 Rn. 40 ff.; § 33 Rn. 3, 13, 16.

¹⁹⁸ Motive III, 239 f.; Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 564 f.

¹⁹⁹ Gegebenenfalls aber auch ein schuldrechtlicher „Berichtigungsanspruch“, wenn ein solcher besteht, vgl. Rn. 51.

²⁰⁰ Vgl. § 22 Rn. 2.

offenbar gewollten Erfolg herbeiführt: Widerspruch oder Vormerkung, ohne dass es darauf ankäme, welcher Ausdruck nun verwandt wurde; oder es muss dem Antragsteller gestattet werden, beide Behelfe eintragen zu lassen.²⁰¹ Haben die Parteien aus Unkenntnis das falsche Sicherungsmittel gewählt, so sollte es soweit als möglich als wirksam angesehen werden.²⁰²

- 76 *b) Voraussetzungen:* Voraussetzung für die Eintragung des Widerspruchs ist die einseitige Bewilligung des Schuldners des Berichtigungsanspruchs (des Betroffenen), § 899 II 1 (2); sie ist zugleich die materiellrechtliche Einwilligung zur Eintragung des Widerspruchs wie die formelle nach § 19 GBO. Stimmt der Betroffene der Eintragung nicht zu, so kann der Widerspruch aufgrund einer einstweiligen Verfügung des Gerichts eingetragen werden, § 899 II 1 (1).²⁰³ Das Verfahren ist in den §§ 935 ff. ZPO geregelt. Während bei der einstweiligen Verfügung normalerweise der zu schützende Anspruch und der Arrestgrund, d. h. die Gefährdung dieses Anspruchs, glaubhaft zu machen sind, §§ 935 f., 920 II ZPO, werden diese Erfordernisse in § 899 II 2 herabgesetzt: Es muss nur das Bestehen des Berichtigungsanspruchs aus § 894 glaubhaft gemacht werden, nicht eine Gefährdung dieses Anspruchs; sie ist infolge der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs offensichtlich.²⁰⁴ Zur Eintragung eines Amtswiderspruchs § 19 Rn. 49.

Ein Widerspruch ist möglich gegen jede Unrichtigkeit des Grundbuchs, durch welche ein gutgläubiger Erwerb zu befürchten ist; dagegen soll er schützen und so den Berichtigungsanspruch sichern. Daher kann ein Widerspruch nicht mehr eingetragen werden, wenn der Berichtigungsanspruch verjährt ist.²⁰⁵ Ein Widerspruch ist z. B. möglich gegen eine Vormerkung.²⁰⁶ Dagegen ist ein Widerspruch gegen einen Widerspruch oder eine Verfügungsbeschränkung nicht zulässig, da beide keinen gutgläubigen Erwerb ermöglichen.²⁰⁷

Der Widerspruch wird in der Abteilung eingetragen, in welcher auch die berichtigende Eintragung erfolgt; ein Widerspruch gegen eine Reallast erfolgt also in der zweiten Abteilung, ein Widerspruch gegen ein Grundpfandrecht in der dritten Abteilung.²⁰⁸ Lediglich ein Widerspruch gegen den eingetragenen Eigentümer erfolgt nicht in der ersten, sondern in der zweiten Abteilung.²⁰⁹

²⁰¹ Ebenso Heck § 47 II 8; Baur/Stürner § 20 Rn. 13; Palandt/Herrler § 883 Rn. 6.

²⁰² So hat etwa das Reichsgericht in RGZ 139, 353, 355 eine Vormerkung als wirksam angesehen, obwohl ein Widerspruch das richtige Sicherungsmittel gewesen wäre, vgl. § 22 Fn. 5.

²⁰³ In den Fällen der §§ 18 II 1, 53 I 1 GBO kann die Eintragung eines Widerspruchs von Amts wegen erfolgen; nach § 1139, 1 genügt ein Antrag des Grundstückseigentümers auf einen Widerspruch gegen die Buchhypothek.

²⁰⁴ Motive III, 244.

²⁰⁵ Zur Möglichkeit der Verjährung des Berichtigungsanspruchs entgegen § 898 vgl. Rn. 50, zur Eintragung eines Widerspruchs in einem solchen Fall vgl. Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 103.

²⁰⁶ Sie kann nämlich gutgläubig erworben werden, vgl. § 22 Rn. 15. S. auch BGHZ 25, 16; Prütting Rn. 246. Unzulässig ist ein solcher Widerspruch jedoch, wenn feststeht, dass es keine zu sichernde Forderung gibt, OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 1686.

²⁰⁷ Vgl. etwa Planck/Strecker § 899 Erl. 2 b; Westermann/Eickmann § 71 Rn. 24.

²⁰⁸ Vgl. § 19 Rn. 16 f.

²⁰⁹ Vgl. das Grundbuchmuster im Anhang zu ①.

c) *Rechtsnatur und Wirkungsweise*: Der Widerspruch ist kein Recht am Grundstück oder an einem Grundstücksrecht, sondern ein Sicherungsmittel eigener Art, eine Schutzeintragung.²¹⁰ Seine Wirkungen sind in Vorschriften ausgesprochen, die auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs Bezug nehmen und anordnen, dass dieser nicht eingreifen soll, wenn ein Widerspruch vorliegt, vgl. §§ 892, 893, 900, 1139, auch für §§ 23, 53 und 76 GBO. 77

Der Widerspruch bewirkt jedoch keine Verfügungsbeschränkung, er begründet auch keine Grundbuchsperrung. Es können weiterhin Eintragungen erfolgen, sie sind auch wirksam, soweit sie nicht einen gutgläubigen Erwerb voraussetzen. Ist etwa gegen das Eigentum des E ein Widerspruch eingetragen und hat E das Grundstück an K veräußert, so ist K Eigentümer geworden, wenn E wirklich der Eigentümer war und der Widerspruch daher unrichtig.

aa) *Ausschluss gutgläubigen Erwerbs*: Der Widerspruch vernichtet den öffentlichen Glauben des Grundbuchs,²¹¹ er wirkt in gleicher Weise, als sei dem Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt.²¹² Ob der Erwerber von der Existenz des Widerspruchs weiß, spielt keine Rolle, der eingetragene Widerspruch entfaltet seine Wirkung auf jeden Fall. Der gutgläubige Erwerb wird ausgeschlossen, § 892 I 1, weshalb das Recht faktisch unveräußerlich wird; denn ein Erwerber ginge das Risiko ein, dass der Widerspruch begründet ist und dass damit sein Erwerb verhindert wird. 78

bb) *Wirkung nur zugunsten des Berechtigten*: Der Widerspruch entfaltet seine Wirkung nur zugunsten des Berechtigten, und das auch nur, wenn der Widerspruch zu seinen Gunsten eingetragen ist.²¹³ Ist etwa gegen das Eigentum des B ein Widerspruch zugunsten des X eingetragen, ist aber in Wirklichkeit E der Eigentümer, so ist E nicht geschützt. Veräußert B das Grundstück an K, so kann K gutgläubig von B das Eigentum erwerben.²¹⁴ Ferner wirkt der Widerspruch nur bezüglich des Rechts, gegen das er gerichtet ist. Ist ein Widerspruch gegen das Eigentum des Nichtberechtigten B eingetragen und hat B dem G eine Hypothek bestellt, so wirkt der Widerspruch nicht gegen die Hypothek. G hat die Hypothek wegen des Widerspruchs zwar nicht erworben, wenn er aber darüber verfügt, so kann sie von einem Gutgläubigen erworben werden. 79

Durch den Widerspruch geschützt ist auch der Rechtsnachfolger, etwa der Erbe des Geschützten.

cc) *Fortbestehen der Vermutungswirkung aus § 891*: Der Widerspruch beseitigt nicht die Vermutung nach § 891.²¹⁵ Ist daher gegen die Eintragung des E als Eigentümer ein Widerspruch zugunsten des X eingetragen, so muss X sein Eigentum beweisen, wenn er das Grundbuch berichtigen lassen will; E kann sich auf die Vermutung 80

²¹⁰ Vgl. Planck/Strecker § 899 Erl. 1.

²¹¹ Wolff/Raiser § 47 III 1; Baur/Stürner § 18 Rn. 21.

²¹² Motive III, 240.

²¹³ Vgl. die übliche Formulierung im Anhang dieses Buchs zu ②1: „Widerspruch gegen die Eintragung des Eigentums des ... zugunsten des ...“.

²¹⁴ Vgl. Baur/Stürner § 18 Rn. 23; Müller/Gruber Rn. 2820 ff.

²¹⁵ BGH NJW-RR 2012, 1298 Rn. 5.

des § 891 berufen. Ebenso wenig begründet der Widerspruch eine Vermutung für das gesicherte Recht, hier für das Eigentum des X.²¹⁶

81 *dd) Verjährung; Ersitzung:* Ein Widerspruch schließt eine Verjährung aus, § 902 II; er hemmt die Buchersitzung nach § 900 I 3 und macht ein Aufgebot des Eigentümers nach § 927 III relativ unwirksam.

82 *ee) Wirkung ab Eintragung:* Die Wirkung des Widerspruchs tritt mit dem Augenblick der Eintragung ein; vorausgegangene Verfügungen bleiben unberührt. Für den Widerspruch gilt § 892 II nicht, er verhindert einen gutgläubigen Erwerb auch dann, wenn er erst nach der Antragstellung eingetragen wird. Beispiel: B ist im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, in Wirklichkeit ist E Eigentümer. B veräußert das Grundstück an den gutgläubigen K, dieser stellt den Eintragungsantrag, danach wird ein Widerspruch gegen das Eigentum des K zugunsten des E eingetragen.²¹⁷ K wird nicht Eigentümer, § 892 II gilt nur für die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs; für den Widerspruch gilt die Vorschrift nicht. Der Widerspruch verhindert einen gutgläubigen Erwerb bei allen Verfügungen, die sich erst nach der Eintragung des Widerspruchs vollenden.²¹⁸ Nur wenn vor Eintragung des Widerspruchs gutgläubig eine Vormerkung erworben wurde, ist der Erwerber analog § 883 auch gegenüber nachfolgenden Widersprüchen zu schützen, weil sonst die Vormerkung ihren Zweck, den Erwerber umfassend zu schützen, nicht erfüllen könnte.²¹⁹

83 *d) Wirkungslose Widersprüche:* Der Widerspruch verliert seine Wirkung, wenn die durch ihn gesicherte Grundbuchberichtigung erfolgt ist oder wenn das geschützte Recht erlischt, etwa ein Nießbrauch durch den Tod des Inhabers. Der Widerspruch verliert auch dann seine Wirkung, wenn er zu Unrecht gelöscht wurde.²²⁰ Der Widerspruch wird gelöscht, wenn der dadurch Begünstigte die Löschung (freiwillig oder nach § 894 ZPO) bewilligt. Wird die einstweilige Verfügung aufgehoben, auf welcher der Widerspruch beruht, so ist er auf Antrag des vom Widerspruch Betroffenen zu löschen, § 25 GBO.²²¹

Der durch einen unrichtigen Widerspruch Betroffene kann dessen Löschung verlangen, § 894.²²² Mit der Löschung verliert der Widerspruch seine Geltung, und zwar *ex nunc*;²²³ sonst könnte der Widerspruchsberechtigte rückwirkend in die dingliche Rechtslage eingreifen.

²¹⁶ Prütting Rn. 249; Wolff/Raiser § 47 III 3.

²¹⁷ Etwa weil er schon vor dem Antrag auf Eigentumsumschreibung beantragt war; das zeigt, dass es sich empfiehlt, nicht nur in das Grundbuch, sondern auch in die Grundakten zu schauen.

²¹⁸ Vgl. etwa Planck/Strecker § 892 Erl. II 2 c α.

²¹⁹ Wellenhofer § 19 Rn. 30.

²²⁰ Kiehnle, Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens in der württembergischen Pfandgesetzgebung von 1825/1828 und im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004, 184 f.

²²¹ Demharter § 25 Rn. 9.

²²² Eine verbreitete Meinung gibt den Anspruch nur analog, weil der unrichtige Widerspruch keine rechtliche, sondern nur eine faktische Beeinträchtigung des betroffenen Rechts sei, vgl. etwa MünchKomm/Kohler § 899 Rn. 29 Fn. 107; Baur/Stürner § 18 Rn. 26; Westermann/Eickmann § 71 Rn. 26. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck des § 894 ergibt sich jedoch eine Beschränkung des Anspruchs auf rechtliche Beeinträchtigungen.

²²³ Vgl. Wolff/Raiser § 47 IV 3; Staudinger/Picker, 2019, § 899 Rn. 97 m. w. N. Anders natürlich, wenn die Eintragungsbewilligung angefochten wurde, § 142 I.

III. Ersitzung und Verjährung der Grundstücksrechte

1. Tabularersitzung

§ 900 regelt die Tabular- oder Buchersitzung, also die Ersitzung gemäß der Grundbuchlage (*praescriptio secundum tabulas*). Sie setzt eine Eintragung des Ersitzenden im Grundbuch voraus. Dagegen betrifft § 927 die „Ersitzung“ entgegen der Grundbuchlage (*praescriptio contra tabulas*), die eine solche Eintragung nicht verlangt (dazu § 23 Rn. 66 f.). 84

a) *Voraussetzungen:* Voraussetzung für die Tabularersitzung des Eigentums ist, dass der Ersitzende seit 30 Jahren zu Unrecht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist und seit dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitz gehabt hat; mittelbarer Eigenbesitz reicht aus. In dieser Zeit ist der Herausgabeanspruch des wirklichen Eigentümers aus § 985 verjährt, § 197 I Nr. 2; der Eigentümer hätte ein „nacktes“ Eigentum (*nuda proprietas*), ein von allen praktischen Einwirkungsmöglichkeiten entblößtes Eigentum, das für ihn von keinerlei Nutzen mehr wäre.²²⁴ Um ein solches Ergebnis zu vermeiden, also ein dauerndes Auseinanderfallen des wertlosen Eigentums und des berechtigten Besitzes (*dominium sine re*), ordnet das Gesetz in § 900 I 1 den Eigentumserwerb des eingetragenen Besitzers nach 30 Jahren durch Ersitzung an. Die Ersitzung erleichtert aber auch dem wirklichen Eigentümer den Beweis seines Rechtserwerbs; denn er kann auf die Ersitzung verweisen, ohne die Wirksamkeit eines lange zurückliegenden Erwerbsakts nachweisen zu müssen.²²⁵ 85

Da es allein auf den Fristablauf ankommt, ist eine irgendwie geartete Gutgläubigkeit für die Ersitzung nicht gefordert. Der eingetragene Besitzer ersitzt das Eigentum auch dann, wenn er weiß, dass er nicht Eigentümer ist; eine Doppelbuchung des Grundstücks schließt eine Ersitzung ebenso wenig aus wie einen gutgläubigen Erwerb.²²⁶ In besonderen Fällen kann die Berufung auf die Ersitzung ein Rechtsmissbrauch sein.²²⁷ Der Vorerbe kann das Recht des Nacherben nicht durch 30-jährigen Besitz wegerwerben.²²⁸

b) *Ersitzungsfähige Rechte:* Ersessen werden kann aber nicht nur das Eigentum; ersessen werden können auch eingetragene Grundstücksrechte, welche ein Recht 86

²²⁴ Vgl. dazu Wieling, in: Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino V, 1984, 2519, 2524; Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 158 ff.

²²⁵ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 573. Zu den Zwecken der Tabularersitzung vgl. Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 103 ff.

²²⁶ Vgl. Rn. 59 sowie Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 108 ff. (str.).

²²⁷ Nach Luthra, NJW 1996, 364 ist die Buchersitzung von Grundstücken durch den Staat immer ein Rechtsmissbrauch. Das ist in dieser Allgemeinheit nicht haltbar, Luthras Ausgangspunkt sind Vorgänge in der ehemaligen DDR vor der Wende; gegen Luthra Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 126 ff.; Staudinger/Picker, 2019, § 900 Rn. 7.

²²⁸ Vgl. BGH NJW 1994, 1152, allerdings mit fehlerhafter Begründung; dazu Staudinger/Picker, 2019, § 900 Rn. 15; Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 104 f.

zum Sachbesitz geben bzw. welche durch Rechtsbesitz geschützt sind,²²⁹ § 900 II. Durch Rechtsbesitz geschützt sind Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten, §§ 1018, 1029, 1090; Voraussetzung für den Rechtsbesitz ist gemäß § 1029, dass die Dienstbarkeit jährlich ausgeübt wurde. Ist etwa für X ein Wege-recht eingetragen und übt X es regelmäßig aus, so kann er es infolge seines Besitzes an der Dienstbarkeit in 30 Jahren ersitzen. Gemäß §§ 900 I 2, 938 muss der Ersitzende aber nur die Voraussetzungen für den Rechtsbesitz zu Anfang und zum Ende der Ersitzungszeit beweisen; eine kurze unfreiwillige Besitzunterbrechung schadet nach §§ 900 I 2, 940 II nicht.²³⁰

Dienstbarkeiten können auch ein Recht zum Sachbesitz geben, wenn sie etwa den Inhaber dazu berechtigen, auf dem belasteten Grundstück einen Betrieb bestimmter Art zu unterhalten. Ein Recht zum Sachbesitz gibt auch der Nießbrauch, § 1036 I,²³¹ das Wohnungsrecht, § 1093 I 2, sowie das Erbbaurecht, § 1 ErbbauRG.²³² Dagegen können Vorkaufsrechte, Grundpfandrechte und Reallasten nicht nach § 900 II ersessen werden, da sie kein Recht zum Besitz des Grundstücks geben,²³³ ebenso wenig können Rechte an Grundstücksrechten nach § 900 II ersessen werden.

Die Gründe für die Zulassung der Ersitzung von Grundstücksrechten sind dieselben wie beim Eigentum: Es sollte nicht zugelassen werden, dass einerseits der Eigentümer sich wegen Verjährung des Anspruchs aus § 1004 nicht mehr gegen die Ausübung der Rechte wehren kann, andererseits aber dem Ausübenden ein entsprechendes Recht nicht zusteht.

87 *c) Belastungen, Rang, Ausgleichsansprüche:* Die Ersitzung bewirkt den originären Erwerb des Eigentums oder Grundstücksrechts, Belastungen des Rechts bleiben bestehen.²³⁴ Der Rang ersessener Grundstücksrechte richtet sich nach der Zeit der Eintragung, nicht nach der Zeit der Vollendung der Ersitzung, § 900 II 2. § 900 ist der Rechtsgrund für den Erwerb, so dass keine bereicherungsrechtlichen Ausgleichsansprüche des Betroffenen gegen den Erwerber in Betracht kommen.²³⁵ Erwerb der Lastenfreiheit ist nach § 901 möglich, vgl. Rn. 90.

88 *d) Berechnung der Ersitzungsfrist:* Die Ersitzungsfrist berechnet sich nach den §§ 938–944, vgl. § 900 I 2;²³⁶ ein Widerspruch gegen das zu Unrecht eingetragene Recht hemmt den Lauf der Frist, § 900 I 3; das gilt allerdings nur für den Widerspruch zugunsten des wirklich Berechtigten.²³⁷ Gehemmt ist die Ersitzung entspre-

²²⁹ Zum Rechtsbesitz vgl. § 7.

²³⁰ Vgl. Wolff/Raiser § 49 I 3.

²³¹ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 573 f.

²³² Zu seiner Ersitzung zuletzt BGHZ 208, 316 Rn. 32; dazu krit. Wilhelm, NJW 2017, 193.

²³³ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 574 ff.; BGHZ 208, 316 Rn. 33; krit. Czub, FS W. Krüger, 2017, 71, 81.

²³⁴ Ersitzung der Lastenfreiheit ist möglich, vgl. § 901 mit unten Rn. 90.

²³⁵ BGHZ 208, 316 Rn. 39 ff.; Müller/Gruber Rn. 3071; Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 120 f.

²³⁶ Vgl. § 11 Rn. 4 ff. sowie Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 103 ff. Statt § 938 ist die Vermutung des § 891 anzuwenden, vgl. Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 113; Staudinger/Picker, 2019, § 900 Rn. 14.

²³⁷ Vgl. Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 114.

chend § 939 ferner, solange die Verjährung des Anspruchs aus § 985 gegen den Eigenbesitzer oder seinen Besitzmittler nach den §§ 203–207 gehemmt ist oder für ihn eine Ablaufhemmung nach §§ 210 f. besteht; die Klageerhebung (aus § 985 oder § 894) gegen den Ersitzenden führt also zur Hemmung der Ersitzung.

Der Verlust des Eigenbesitzes (bzw. der Eintragung) unterbricht die Ersitzung, §§ 900 I 2, 940 I. Die Unterbrechung gilt gemäß § 904 II als nicht erfolgt, wenn binnen Jahresfrist der unfreiwillig verlorene Eigenbesitz (bzw. die Eintragung)²³⁸ wiedererlangt wird. Entsprechend §§ 943 f. wird die Ersitzungszeit des Rechtsvorgängers bzw. Erbschaftsbesitzers angerechnet (*accessio temporis*). Zum Schutz des Ersitzungsbesitzes § 13 Rn. 12.

2. Verjährung und lastenfreier Erwerb

a) *Unverjährbare Ansprüche, § 902:* Grundstücksrechte als dingliche Rechte **89** können nicht verjähren, denn der Verjährung unterliegen nur Ansprüche, vgl. § 194 I. Ansprüche aber, welche aus im Grundbuch eingetragenen Rechten hervorgehen, unterliegen gemäß § 902 I 1 der Verjährung nicht; dasselbe gilt für Ansprüche aus nicht eingetragenen Rechten, zu deren Gunsten aber ein Widerspruch eingetragen ist, § 902 II. Während normalerweise der Ablauf der langen Verjährungsfrist den weiteren Bestand des Rechts zweifelhaft erscheinen lässt, ist bei eingetragenen Rechten deren Bestand durch die Eintragung gesichert.²³⁹ Den Schutz des § 902 genießen nicht nur die eingetragenen Rechtsinhaber, sondern auch die, deren Rechtsvorgänger eingetragen sind.²⁴⁰ Die Eintragung eines Nichtberechtigten schützt den wahren Berechtigten dagegen nicht.²⁴¹

Ausgeschlossen ist danach etwa die Verjährung der Ansprüche nach §§ 985, 1004 aus dem eingetragenen Eigentum²⁴² oder der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach §§ 1113, 1147 aus der eingetragenen Hypothek.²⁴³ Beim Nießbrauch ist der Anspruch auf Duldung der Nutzung gemäß § 1030 gemeint, aber auch der Herausgabeanspruch nach §§ 1065, 985. Bei einer Grunddienstbarkeit sind

²³⁸ Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 115; Staudinger/Picker, 2019, § 900 Rn. 19.

²³⁹ Vgl. Motive III, 251 ff.

²⁴⁰ Staudinger/Picker, 2019, § 902 Rn. 6; Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 93.

²⁴¹ Staudinger/Picker, 2019, § 902 Rn. 7; Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 93 f.

²⁴² Für § 1004 ist das streitig, wie hier Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 428; Westermann/Gursky § 121 Rn. 26; MünchKomm/Mohr § 1027 Rn. 7; Volmer, ZfIR 1999, 86, 87 f. Während der BGH ursprünglich trotz § 902 gesetz- und sinnwidrig von Verjährbarkeit ausging (BGHZ 60, 235 ff.; dazu Picker, JuS 1974, 357 ff.), unterscheidet er jetzt wenig überzeugend danach, ob der negatorische Anspruch das Recht selbst verwirklichen soll (nur dann Unverjährbarkeit) oder bloß auf eine Störung in der Ausübung des Rechts reagiert (BGHZ 187, 185; BGH NJW 2011, 1068, 1069; 1069, 1070; so auch Wilhelm Rn. 1977; Wellenhofer § 29 Rn. 19).

²⁴³ Der gesicherte schuldrechtliche Anspruch fällt nicht unter § 902, er unterliegt der normalen Verjährung.

es die Ansprüche aus § 1018 auf Herstellung eines der Dienstbarkeit entsprechenden Zustands sowie aus §§ 1027, 1004²⁴⁴ und §§ 1021 f.

Der Verjährung dagegen unterliegen gemäß § 902 I 2 Ansprüche auf Rückstände wiederkehrender Leistungen und Ansprüche auf Schadensersatz, mögen sie auch aus eingetragenen Grundstücksrechten stammen; über solche Ansprüche kann das Grundbuch keine Auskunft geben.²⁴⁵ Der normalen Verjährung unterliegen danach die Ansprüche aus §§ 989 ff., die Ansprüche auf die Hypothekenzinsen,²⁴⁶ die Ansprüche auf die einzelnen Raten einer Reallast.

Eine Sonderregelung gilt für Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten nach §§ 1028 I 1, 1090 II. Ist auf dem belasteten Grundstück eine Anlage errichtet worden, welche die Dienstbarkeit beeinträchtigt, so unterliegt der Beseitigungsanspruch aus §§ 1027, 1004 der Verjährung; mit der Verjährung des Anspruchs erlischt die Dienstbarkeit.²⁴⁷

- 90 *b) Auslöschende Verjährung, § 901:* Während die Eintragung des Rechts die Verjährung der daraus hervorgehenden Ansprüche verhindert, steht der Verjährung nichts im Weg, wenn die Rechte nicht eingetragen sind. Ist aber der Anspruch aus einem nicht eingetragenen Recht verjährt, so ist dieses Recht nichts anderes als ein *nudum ius*, ein wertloses Recht. Es liegt in der Konsequenz des § 900, solche Rechte erlöschen zu lassen.²⁴⁸ Daher bestimmt § 901, 1, dass ein zu Unrecht im Grundbuch gelöscht Recht erlischt, wenn der daraus entstehende Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist. Man spricht hier auch von „Versetzung“ oder der Ersitzung der Lastenfreiheit. Mit dem „Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer“ meint das Gesetz denjenigen Anspruch, der den Inhalt des dinglichen Rechts durchsetzen soll. Der Anspruch aus § 894 ist damit nicht gemeint (vgl. § 898 mit Rn. 50), sondern der dingliche Rechtsverwirklichungsanspruch, also der auf Herstellung eines dem Inhalt des Rechts entsprechenden tatsächlichen Zustands.²⁴⁹ Ist etwa eine Hypothek zu Unrecht im Grundbuch gelöscht worden und ist deshalb der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach §§ 1113, 1147 verjährt, so erlischt die Hypothek, sie wird zur Eigentümergrundschuld; der Eigentümer ersitzt so die Lastenfreiheit des Grundstücks. Die Verjährung beginnt nicht bereits im Zeitpunkt der Löschung des Rechts, sondern mit dem Begründen eines das Recht verletzenden Zustands, § 199 V.²⁵⁰

Aufgrund der Verjährung der Ansprüche erlöschen nicht nur solche Rechte, die zu Unrecht gelöscht sind, sondern auch solche, welche kraft Gesetzes ohne Eintragung entstanden sind, § 901, 2. Dazu gehört etwa ein Nießbrauch nach § 1075 I oder

²⁴⁴ § 25 Rn. 16.

²⁴⁵ Vgl. Motive III, 253 f.

²⁴⁶ Nicht die Tilgungsraten der Hypothek, sie sind keine „wiederkehrenden Leistungen“, sondern tilgen das Kapital.

²⁴⁷ Vgl. zur Länge der Verjährungsfrist § 25 Rn. 18.

²⁴⁸ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 576; vgl. dazu auch Finkenauer, Eigentum (Fn. 119), 92 ff.

²⁴⁹ Staudinger/Picker, 2019, § 901 Rn. 8.

²⁵⁰ Staudinger/Picker, 2019, § 901 Rn. 10.

eine Sicherungshypothek nach § 1287, 2,²⁵¹ § 848 II 2 ZPO. Dagegen ist § 901, 2 nicht anzuwenden auf Rechte, die überhaupt nicht eintragbar sind, wie die Überbau- oder Notwegrente, §§ 914 II 1, 917 II 2.

c) *Verjährung des Berichtigungsanspruchs*, § 898: Gemäß dem Wortlaut des § 898 unterliegt der Berichtigungsanspruch aus § 894 nicht der Verjährung. Ausgeschlossen werden sollte damit aber nur die *selbständige* Verjährung des § 894, eine Verjährung zusammen mit der Verjährung des Herausgabeanspruchs nach § 985 sollte durchaus möglich sein. Der Wortlaut des § 898 ist also in diesem Sinne zu lesen (vgl. Rn. 50). 91

²⁵¹ Vgl. § 16 Rn. 10, 23.

§ 21. Rang der Grundstücksrechte



I. Rangverhältnis

1. Bedeutung des Rangs

a) *Prioritätsprinzip*: Im Wirtschaftsleben spielen die Fragen des Rangs dinglicher Rechte insbesondere im Rahmen der Kreditsicherheiten eine erhebliche Rolle.¹ Der Grundeigentümer ist nicht gehindert, sein Grundstück mehrfach mit Hypotheken oder Grundschulden zu belasten. Kommt es zur Zwangsversteigerung und reicht der Erlös nicht zur Befriedigung aller Grundpfandgläubiger aus, so stellt sich rechtspolitisch die Frage, in welchem Verhältnis die Gläubiger zu befriedigen seien. Es könnte etwa eine Berücksichtigung nach Kopfteilen erfolgen oder nach dem Verhältnis des Werts der einzelnen Rechte zueinander. Solche Modelle würden es jedoch dem Grundeigentümer gestatten, durch eine Vielzahl gewährter Sicherheiten deren Wert praktisch aufzuheben. Das ginge zu Lasten der Verkehrssicherheit und derjenigen, denen zuerst ein Grundpfandrecht eingeräumt wird;² ein schutzwürdiges Interesse an solchen Gestaltungsmöglichkeiten ist nicht zu erkennen. Deshalb hat sich die Rechtsordnung dafür entschieden, demjenigen eine Vorrangstellung einzuräumen, der zeitlich vor den anderen ein Grundstücksrecht erwirbt: Prioritätsprinzip (*prior tempore potior iure*).³

Das Rangverhältnis unter mehreren Rechten, mit denen eine Sache belastet ist, bestimmt sich also grundsätzlich nach der Zeit der Entstehung;⁴ für Grundstücke gilt diese Regel im Prinzip auch, doch ist sie in § 879 modifiziert, entsprechend den Gegebenheiten des Grundbuchs, in welches die Rechte eingetragen werden müssen.

¹ Vgl. § 26 Rn. 12; zur Bedeutung des Rangs im Grundstücksrecht auch Weirich, Jura 1983, 337 ff.

² Vgl. Baur/Stürmer § 17 Rn. 2.

³ § 1 Rn. 16.

⁴ Vgl. § 15 Rn. 15 ff.

- 2 *b) Rangfähigkeit:* Nur dingliche Rechte stehen in einem Rangverhältnis; demgegenüber haben schuldrechtliche Ansprüche keinen Rang. Ist etwa eine Sache mehrfach verkauft, so ist das Recht des letzten Käufers ebenso gut wie das des ersten. Bei dinglichen Rechten ist es anders. Bestellt etwa der Eigentümer E dem Gläubiger G eine Hypothek über 100.000 €, so bestehen zwei Verwertungsrechte am Grundstück: das Eigentum und die Hypothek. Im Verhältnis zum Eigentum gehen die beschränkten Rechte immer im Rang vor, das Eigentum steht an letzter Stelle.⁵ Wird das Grundstück etwa verwertet und werden 110.000 € Erlöst, so wird zuerst G voll befriedigt: Er erhält 100.000 €. Was übrig bleibt, erhält der Eigentümer.

Werden zwei dingliche Rechte an einer Sache bestellt, so stellen sich dieselben Fragen für das Verhältnis der beiden Rechte zueinander. Wird eine erste und eine zweite Hypothek für jeweils 100.000 € bestellt und werden bei der Verwertung des Grundstücks 150.000 € Erlöst, so erhält der Inhaber der erstrangigen Hypothek seine 100.000 €, der Inhaber der nachrangigen Hypothek das, was übrigbleibt. Der Eigentümer erhält in diesem Fall nichts.

Einen Rang hat auch die Vormerkung, die nach hier vertretener Auffassung ein dingliches Recht darstellt;⁶ gemäß § 883 III bestimmt sie zudem den Rang des einzutragenden Rechts. Darüber hinaus ist § 879 auch auf Belastungen der Grundstücksrechte anzuwenden.⁷

- 3 *c) Nicht rangfähige Eintragungen:* Nicht alle Eintragungen im Grundbuch nehmen an der Rangordnung teil: § 879 bezieht sich ausdrücklich nur auf eingetragene dingliche Rechte. Daher haben z. B. Nacherbenvermerke (§ 51 GBO) und Insolvenzvermerke (§ 32 InsO) und sonstige Verfügungsbeschränkungen sowie Widersprüche (z. B. §§ 899, 1139) keinen Rang, weder im Verhältnis zueinander noch zu den im Grundbuch eingetragenen Rechten.

2. Gesetzliche Rangordnung

- 4 *a) Eintragung, § 879 II:* Der Rang der dinglichen Rechte wird durch das Verfahren seiner Eintragung in das Grundbuch bestimmt (§ 19 Rn. 23 ff.). Die Eintragung, nicht die Einigung oder die Entstehung des Rechts ist für den Rang entscheidend, § 879 II; denn nur für die Eintragung lässt sich eine genaue Zeit nachweisen. Ist also zuerst ein Nießbrauch für N eingetragen worden, aber mangels wirksamer Einigung nicht entstanden, ist dann für H eine Hypothek eingetragen worden, so ist die Hypothek das einzige bestehende Recht am Grundstück. Wiederholen nun aber der Eigentümer und N die Einigung, diesmal wirksam, so entsteht ein erstrangiger Nießbrauch, die Hypothek wird zweitrangig. § 879 II gilt entsprechend, wenn das Recht aus anderen Gründen erst nach der Eintragung wirksam wird, etwa wenn nachträg-

⁵Vgl. Motive III, 225.

⁶Vgl. § 22 Rn. 3.

⁷Planck/Strecker § 879 Erl. 7 d; Wolff/Raiser § 41 VI.

lich eine erforderliche Genehmigung beigebracht wird oder wenn bei einem bedingt bestellten Recht die Bedingung eintritt.⁸

Die Eintragung ist auch dann für den Rang des Rechts entscheidend, wenn sie unter Verstoß gegen die Ordnungsvorschrift der §§ 17, 45 GBO erfolgt.⁹

b) *In derselben Abteilung eingetragene Rechte:* Das Rangverhältnis zweier 5
Rechte, die in derselben Abteilung eingetragen sind, bestimmt sich gemäß § 879 I 1 nach der „Reihenfolge der Eintragungen“. Das gilt auch dann, wenn die Rechte eigentlich in verschiedene Abteilungen gehören, wenn etwa eine Dienstbarkeit und eine Hypothek in derselben Abteilung eingetragen sind.¹⁰ „Reihenfolge der Eintragungen“ bedeutet nicht die zeitliche, sondern die räumliche Aufeinanderfolge der Eintragungen im Grundbuch von oben nach unten,¹¹ so dass das räumlich vorangehende Recht auch den Vorrang hat. Beispiel: A beantragt eine Hypothek am 5. Juni, B eine Grundschuld am 7. Juni. Die Eintragung erfolgt am 20. Juli in der dritten Abteilung gemäß der Reihenfolge der Anträge, so dass die Hypothek des A räumlich vor der des B eingetragen wird.

aa) *Gleichzeitige Beantragung zweier Rechte:* Werden zwei Rechte gleichzeitig 6
beantragt, so müssen sie so eingetragen werden, dass sie den gleichen Rang erhalten. Sie können aber weder auf dem gleichen Raum noch zeitlich zugleich eingetragen werden. § 45 I (2) GBO bestimmt daher, dass bei der Eintragung vermerkt werden muss, dass die Rechte gleichen Rang haben.

bb) *Priorität der zeitlichen vor der räumlichen Folge der Rechte:* Grundsätzlich 7
gilt gemäß § 879 I 1 die räumliche Folge der Rechte als Maßstab des Rangs (Locusprinzip).¹² Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass das Gesetz auf diese Weise das Prioritätsprinzip zur Geltung bringen wollte. Grundsätzlich sollte die zeitliche Reihenfolge entscheidend sein; die räumliche Folge war nur als eine einfache Erscheinungsform der zeitlichen herangezogen worden. Dabei ging man stillschweigend davon aus, dass die Eintragungen räumlich nacheinander erfolgten, und zwar ohne Zwischenräume, welche eine nachträgliche Eintragung vor anderen, bereits eingetragenen Rechten ermöglichen könnten.¹³ Diese Art der Eintragung ist auch in § 21 II GBV vorgeschrieben. Die andere Möglichkeit, auf das angegebene Eintragungsdatum abzustellen,¹⁴ wurde abgelehnt, weil der Grundbuchbeamte sich leicht bei der Angabe des Datums irren könne, während die räumliche Reihenfolge für einen Irrtum keinen Raum lasse; zudem sei die Angabe des Eintragungsdatums nicht erforderlich für die Entstehung des Rechts, § 44 I 1 GBO.¹⁵

⁸ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 550.

⁹ Vgl. § 19 Rn. 47 f.

¹⁰ Vgl. § 19 Rn. 16 f., 19.

¹¹ Vgl. Motive III, 225 ff.; Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 549.

¹² So Staudinger/S. Heinze, 2018, § 879 Rn. 33; Brehm/Berger § 12 Rn. 7 f.; auf die zeitliche Reihenfolge stellen entgegen dem Gesetzgeber, aber ohne Unterschiede in den Ergebnissen ab Heck, Exkurs 4, 496 ff.; Baur/Stürmer § 17 Rn. 18; Prütting Rn. 162.

¹³ Vgl. Motive III, 225 f.

¹⁴ Vgl. dazu Rn. 9 ff.

¹⁵ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 549.

Daraus folgt, dass bei *irregulären Eintragungen*, in welchen die räumliche Folge der zeitlichen nicht entspricht, der zeitlichen Folge die Priorität zuzuweisen ist, soweit sie feststellbar ist. Nur so bleibt das vom Gesetz anerkannte Prioritätsprinzip gewahrt. Beispiel:¹⁶ Zugunsten des A war eine Vormerkung für die Eintragung einer Hypothek eingetragen worden, für B wurde nun eine Hypothek eingetragen. Dabei wurde ein Platz für die Eintragung der Hypothek des A freigelassen, damit diese neben der Vormerkung eingetragen werden konnte;¹⁷ denn der Rang der Hypothek richtet sich nach der Eintragung der Vormerkung, § 883 III. Da der Schuldner die Forderung tilgte, kam es nicht mehr zur Eintragung der Hypothek für A. Danach wurde dem A für eine andere Forderung eine Hypothek bestellt und an dem freien Platz neben der Vormerkung eingetragen, räumlich vor der Hypothek des B.¹⁸ Käme es allein auf die räumliche Folge an, so ginge die später eingetragene Hypothek des A der des B vor.¹⁹ Richtig ist es jedoch, auch hier das Prioritätsprinzip anzuwenden;²⁰ die räumliche Folge kann keine Bedeutung haben, da sie mit der zeitlichen nicht übereinstimmt.

Die räumliche Folge der Eintragungen gemäß § 879 I 1 entscheidet also zwar grundsätzlich über den Rang der Rechte, das gilt jedoch nicht, wenn – z. B. anhand der angegebenen Eintragsdaten, der Daten des Eintragsantrags und der Eintragsverfügung in den Grundakten – nachgewiesen wird, dass die zeitliche Reihenfolge anders war. Ist die zeitliche Reihenfolge nicht sicher bestimmbar, so bleibt es bei der Rangbestimmung durch die räumliche.

Veräußert im obigen Beispiel A seine zweitrangige Hypothek an K, so stellt sich die Frage, ob K gutgläubig den Vorrang vor B gemäß § 892 erwerben kann. Die räumliche Stellung des Rechts begründet einen Rechtsschein für dessen ersten Rang, das angegebene spätere Datum der Eintragung könnte ihn jedoch wieder zerstören. Indessen ist die räumliche Folge ein leicht zu erkennendes Faktum, auf dieses hat das Gesetz abgestellt; wer sich darauf verlässt, ist gerechtfertigt, er muss nach dem Willen des Gesetzes nicht auch noch die angegebenen Daten prüfen. Ein gutgläubiger Erwerb des Vorrangs ist daher möglich.²¹

- 8 *cc) Erwerb des Vorrangs aufgrund falscher Datumsangabe?* Ist die räumliche Eintragsfolge der Rechte richtig, ist jedoch bei einem Recht ein falsches Datum angegeben, so ist ein gutgläubiger Erwerb des Vorrangs nicht möglich. Beispiel: Für A ist am 2.5.2015 eine erstrangige Hypothek eingetragen worden, zehn Tage später wird für B eine zweitrangige Hypothek eingetragen mit dem Datumsvermerk 12.5.2014. Diese Datumsangabe begründet zwar den Rechtsschein für den Vorrang

¹⁶ KGJ 41 (1912), 223 f.

¹⁷ Die Vormerkung wird nur halbspaltig eingetragen, § 19 I GBV.

¹⁸ Bei der Eintragung der Hypothek des A hätte entsprechend § 45 GBO vermerkt werden müssen, dass die Hypothek des A der des B im Range nachgeht.

¹⁹ So in der Tat RG HRR 1935 Nr. 1016; Planck/Strecker § 879 Erl. 1; Wolf § 10 C III b; Westermann/Eickmann § 79 Rn. 4 f.

²⁰ So KGJ 41 (1912), 223 f.; ferner etwa Wolff/Raiser § 41 I 1; Westermann § 81 II 2; Baur/Stürmer § 17 Rn. 20; MünchKomm/Kohler § 879 Rn. 23 ff.

²¹ MünchKomm/Kohler § 879 Rn. 26.

des Rechts des B, sie ist jedoch nicht maßgebend; die räumliche Folge zerstört den Rechtsschein. Ein Erwerber des Rechts kann also nicht gutgläubig den Vorrang vor dem des A erwerben.²²

c) *In verschiedenen Abteilungen eingetragene Rechte:* Zwischen Rechten, die in verschiedenen Abteilungen eingetragen sind, gibt es keine räumliche Folge. Hier kann für die Rangbestimmung nur die Zeitfolge entscheidend sein. Gemäß § 879 I 2 hat das Recht den Vorrang, das unter der Angabe eines früheren Tages eingetragen ist; Rechte, die unter Angabe desselben Tages eingetragen sind, haben gleichen Rang. Das Gesetz stellt also nicht auf das wirkliche Datum der Eintragung ab, sondern auf das bei der Eintragung angegebene Datum. Dabei geht es aber davon aus, dass beides übereinstimmt und dass eine falsche Datumsangabe so selten ist, dass deswegen keine gesetzliche Regelung erfolgen muss.²³ Auch hier soll die gesetzliche Regelung also für den Normalfall gelten, wenn nämlich die Eintragung richtig erfolgt. In den anderen Fällen ist auch hier nach dem Prioritätsprinzip zu entscheiden:

aa) *Falsche Datumsangabe:* Grundsätzlich ist also für den Rang der Rechte in verschiedenen Abteilungen das angegebene Datum entscheidend. Etwas anderes gilt nur, wenn das angegebene Datum nachweisbar falsch ist; wer sich auf die Unrichtigkeit beruft, muss sie beweisen. Beispiel: Für A ist am 1.6.2015 eine ersterstellige Reallast eingetragen, 10 Tage später wird für B eine Hypothek eingetragen mit der irrigen Datumsangabe 10.6.2014. Würde man allein auf die Datumsangabe abstellen, so wäre das Recht des B ersterstellig;²⁴ damit wäre aber das Prioritätsprinzip verletzt, dem das Gesetz folgen wollte. Richtig ist es daher, dem Recht des A den ersten Rang zuzuerkennen, wenn A nur beweisen kann, dass sein Recht vorher eingetragen wurde.²⁵ Das Grundbuch ist bezüglich der Datumsangabe beim Recht des B falsch; A kann Berichtigung nach § 894 verlangen und einen Widerspruch gemäß § 899 eintragen lassen. Geschieht das nicht, so kann ein Erwerber mit dem Recht des B gutgläubig auch den Vorrang vor A erwerben.

Der Rückgriff auf das Prioritätsprinzip bei unrichtigen Datumsangaben empfiehlt sich auch, um den relativen Rang zu vermeiden, der andernfalls entstehen kann und erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt.²⁶ Beispiel: Für A wird am 1.6.2014 eine Hypothek eingetragen mit der irrigen Datumsangabe 1.6.2015; am 1.4.2015 wird für B eine weitere Hypothek eingetragen. Am 2.5.2015 wird für C eine Dienstbarkeit eingetragen. Die Hypothek des A geht trotz der irrigen Datumsangabe der des B vor, § 879 I 1. B geht gemäß den Datumsangaben dem C vor, § 879 I 2. C wiederum geht gemäß den Datumsangaben dem A vor. Wir haben also keine lineare Rangfolge A–B–C oder B–C–A, sondern einen relativen Rang in der Form eines Kreises: A–B–C–A–B usw. Das führt zu erheblichen Schwierigkeiten bei einer Verwertung des

²² A. A. Erman/Artz § 879 Rn. 12.

²³ Motive III, 226.

²⁴ So z. B. Wolff/Raiser § 41 I 2; Baur/Stürner § 17 Rn. 21; a. A. Müller/Gruber Rn. 3039.

²⁵ Vgl. etwa Heck, Exkurs 4, 496 ff.; Westermann/Eickmann § 79 Rn. 6 ff.; Erman/Artz § 879 Rn. 11; MünchKomm/Kohler § 879 Rn. 30 f.

²⁶ Zum relativen Rang dinglicher Rechte vgl. Rn. 15.

Grundstücks. Wenn etwa alle drei Rechte einen Wert von je 50.000 € haben und 75.000 € erzielt worden sind, wer soll voll befriedigt werden, wer nur teilweise, wer soll leer ausgehen? Diese Schwierigkeiten lassen es erstrebenswert erscheinen, einen relativen Rang nach Möglichkeit zu vermeiden.

- 11 *bb) Rangvermerk:* Da es für den Rang nicht auf die Zeit der Eintragung, sondern grundsätzlich auf das angegebene Datum ankommt, haben Rechte mit demselben Eintragungsdatum den gleichen Rang, § 879 I 2 2. HS. Sollen sie verschiedenen Rang erhalten, so muss bei ihnen ein Rangvermerk eingetragen werden, § 45 II GBO. Beispiel: A hat am 1.6. die Eintragung einer Dienstbarkeit beantragt, B am 2.6. die Eintragung einer Hypothek; am 1.7. sollen beide Rechte eingetragen werden. Zuerst muss gemäß § 17 GBO das Recht des A eingetragen werden, so dass es den Vorrang vor dem des B erhält. Aus der Datumsangabe ist aber der Vorrang nicht erkennbar, eine räumliche Folge der Rechte existiert nicht. Erfolgt kein Vermerk, so haben beide Rechte gleichen Rang. Eine solche Eintragung würde aber gegen § 45 II GBO verstoßen und einen Ersatzanspruch des A nach § 839, Art. 34 GG begründen. Beim Recht des A ist also der Vorrang vor dem Recht des B zu vermerken.

Sind zwei Rechte in verschiedenen Abteilungen mit demselben (richtigen) Datum eingetragen, so ist gegen die Regelung des § 879 I 2 2. HS kein Beweis zulässig, dass eines der Rechte vor dem anderen eingetragen sei und deshalb den Vorrang haben müsse.²⁷ Anders ist zu entscheiden, wenn das Datum falsch angegeben wurde. Beispiel: Für A ist am 1.6.1991 eine Dienstbarkeit eingetragen worden, für B ein Jahr später eine Hypothek mit der falschen Angabe 1.6.1991. Käme es nur auf das angegebene Datum an, so hätten die Rechte des A und des B gleichen Rang. Auch hier muss (wie in Rn. 10) der Nachweis der Unrichtigkeit des angegebenen Datums möglich sein, so dass das Recht des A den Vorrang hat.

- 12 *cc) Undatierte Eintragungen:* Ist ein Recht ohne Datumsangabe eingetragen, so ist es dennoch entstanden, die Angabe des Datums ist keine zwingende Voraussetzung für die Gültigkeit der Eintragung, vgl. § 44 I 1 GBO. Die Feststellung des Rangs eines solchen Rechts im Verhältnis zu Rechten in anderen Abteilungen macht jedoch Schwierigkeiten. Lässt sich der Zeitpunkt der Eintragung nachweisen, so erhält das Recht den entsprechenden Rang,²⁸ das Datum ist im Wege der Berichtigung im Grundbuch einzutragen. Lässt sich das Eintragungsdatum nicht feststellen, so geht das undatierte Recht allen anderen Rechten in anderen Abteilungen nach,²⁹ mehrere undatierte Rechte in verschiedenen Abteilungen haben den gleichen Rang. Im Verhältnis zu anderen Rechten in derselben Abteilung bestimmt sich der Rang des undatierten Rechts nach der räumlichen Folge. Beispiel: In der zweiten Abteilung ist für A eine Dienstbarkeit ohne Datumsangabe eingetragen, dann für B eine Reallast unter dem Datum 1.6.2010. Das Recht des A geht dem des B vor. In der dritten Abteilung ist für C eine Hypothek eingetragen unter dem Datum 1.6.2009, für D eine Hypothek unter dem Datum 1.6.2015. Die undatierte Dienstbarkeit des A steht der Hypothek des C im Rang nach; es ist zwar möglich, dass das Recht des A

²⁷ Vgl. auch Gursky, 20 Probleme EKV, Problem 2 I.

²⁸ Vgl. etwa Palandt/Herrler § 879 Rn. 9; MünchKomm/Kohler § 879 Rn. 30 f.

²⁹ Vgl. z. B. Planck/Strecker § 879 Erl. 2; Palandt/Herrler § 879 Rn. 9.

vor dem des C eingetragen wurde, aber das ist nicht nachweisbar, und den Nachteil davon trägt A. Dagegen geht das undatierte Recht des A dem Recht des D vor: Denn das Recht des A steht im Rang vor dem des B (räumliche Folge), das Recht des B steht im Rang vor dem des D (früheres Datum); also kommt auch A vor D.

d) *Nicht eingetragene Rechte*: Das Grundbuch kann nur Auskunft geben über den Rang dort eingetragener Rechte. Zu Unrecht gelöschte Rechte behalten den ursprünglichen Rang, wenn sie ihn nicht durch gutgläubigen Erwerb des Vorrangs verloren haben. Bei Rechten, die ohne Eintragung entstehen, kann das Grundbuch über den Rang keine Sicherheit verschaffen, auch wenn das Recht nachträglich im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen wird. Entscheidend kann hier nur die Zeit der Entstehung des Rechts sein.³⁰ Diesen Rang kann das Recht durch gutgläubigen Erwerb des Vorrangs verlieren, wenn es nicht eingetragen wird. Beispiel: V hat dem K sein Grundstück verkauft, K verpfändet dem G seinen Anspruch auf Auflassung aus § 433 I. Wird K als Eigentümer eingetragen, so erlangt G gemäß § 1287, 2³¹ eine Sicherungshypothek am Grundstück. Bewilligt K später weitere Grundstücksrechte, so gehen sie der Hypothek des G nach, wenn nicht § 892 eingreift.³²

Hätte im obigen Beispiel K den Anspruch zuerst an G₁ und dann an G₂ verpfändet, so würden mit der Eintragung des K als Eigentümer die Sicherungshypotheken des G₁ und des G₂ gleichzeitig entstehen. Trotzdem hätte das Recht des G₁ den Vorrang aufgrund des Surrogationsprinzips,³³ da seine Hypothek das Surrogat ist für sein erstrangiges Pfandrecht an der Auflassungsforderung.

e) *Rangprivilegien*: In einigen Fällen gewährt die Rechtsordnung bestimmten Rechten ein Rangprivileg derart, dass sie ihm unabhängig von der Eintragung oder Entstehung einen Vorrang vor anderen Rechten gewährt.³⁴ Ein solches Rangprivileg gewährt etwa § 914 I dem dinglichen Rentenrecht für einen Überbau, das ohne Eintragung im Grundbuch kraft Gesetzes entsteht, § 914 II, und den Vorrang vor allen bereits bestehenden dinglichen Belastungen erhält; dasselbe gilt vom Rentenrecht für einen Notweg, § 917 II (s. § 23 Rn. 16, 20).

f) *Relative Rangverhältnisse*: Dingliche Rechte stehen in einem Rangverhältnis, das sich im Grundsatz nach der zeitlichen Priorität richtet. Entsprechend dem Rang sind die Rechte wie auf einer geraden Linie hintereinander aufgereiht: Zuerst erscheint das Recht mit dem ersten Rang, dahinter das Recht mit dem zweiten Rang usw. Dagegen ist der relative Rang eine Anomalie: Hier gibt es keine gradlinige Rangfolge, die Rechte sind vielmehr wie in einem geschlossenen Kreis angeordnet, so dass man nicht sagen kann, welches Recht in der Rangfolge vorne und welches hinten steht. Wie in einem Kreis steht vielmehr jedes Recht vor jedem anderen und

³⁰ Vgl. etwa Planck/Strecker § 879 Erl. 7 e; Palandt/Herrler § 879 Rn. 3; Wolff/Raiser § 41 IV; Erman/Artz § 879 Rn. 7.

³¹ Ähnliche Regelungen finden sich in § 1075 I sowie in § 848 II 2 ZPO.

³² Ausgenommen ist eine von K bestellte Restkaufpreishypothek, die der Sicherungshypothek des G vorgeht, vgl. Wieling § 16 II 4 a bb.

³³ Wolff/Raiser § 41 IV Fn. 15; Erman/Artz § 879 Rn. 7.

³⁴ Vgl. etwa MünchKomm/Kohler § 879 Rn. 13; auch Rn. 15.

gleichzeitig auch hinter jedem anderen: A geht vor B, B geht vor C, C geht vor A usw. Solche relativen Rangfolgen können eintreten bei Rangprivilegien³⁵ und beim gutgläubigen Erwerb des Vorrangs eines Rechts, ferner infolge eines materiell unrichtigen Urteils³⁶ und bei unrichtigen Eintragungen in das Grundbuch, wenn man nicht nach dem Prioritätsprinzip entscheidet.³⁷

Damit man nach einer Verwertung der Sache den Erlös verteilen kann, muss man beim relativen Rang eine eindeutige Rangfolge schaffen, indem man den Kreis aufbricht. Dabei ist zunächst zu beachten, dass B in unseren Beispielen von der Relativität des Rangs nicht betroffen war; sein Recht geht dem des A nach und dem des C vor; B darf durch den relativen Rang keinen Nachteil erleiden. Er bekommt also von dem Erlös den Teil, der nach Abzug des Rechts des A noch übrig bleibt, in Höhe seines Rechts. Die Relativität des Rangs betraf in unseren Beispielen nur A und C, es bleibt zu entscheiden, wer von beiden dem anderen vorgeht. Das kann nur durch eine Wertung geschehen, es sollte der zurückgesetzt werden, dem der störende Umstand zuzurechnen ist, welcher die Relativität verursacht hat. Das ist in unseren Beispielen A, dessen Recht nicht eingetragen oder nicht bekannt war, dessen Recht unter der Angabe eines falschen Datums eingetragen war, dessen Recht durch das Rangprivileg zurückgesetzt wurde, gegen den das unrichtige Urteil ergangen ist. C ist also mit Vorrang vor A zu befriedigen.³⁸ Anders dagegen ist zu verteilen im gesetzlich geregelten Fall des Rangvorbehalts nach § 881, vgl. Rn. 34.

3. Vertragliche Rangordnung

- 16 a) *Rangvereinbarung mit dem Eigentümer*: Die gesetzliche Regelung des Rangs nach § 879 I und II greift nur ein, wenn die Parteien bei der Bestellung des Rechts nichts anderes vereinbaren; eine solche Vereinbarung ist als Teil der dinglichen Einigung nach § 873 I formlos und auch konkludent möglich, sie bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung im Grundbuch, § 879 III. Beispiel: E vereinbart mit A die Bestellung einer erstrangigen Hypothek, mit B die Bestellung einer zweitrangigen. B stellt zuerst den Eintragungsantrag, dann A; das Recht des B wird zuerst eingetragen mit dem Vermerk, dass es zweitrangig sei, dann wird das Recht des A eingetragen

³⁵ Vgl. § 15 Rn. 15 ff., § 20 Rn. 62 und soeben Rn. 14.

³⁶ A, B und C haben Pfandrechte an einer Sache. C erwirkt gegen A ein Urteil, in welchem festgestellt wird, dass sein Recht dem des A vorgehe. A geht vor B, B geht vor C, C geht vor A.

³⁷ Vgl. Rn. 10.

³⁸ Vgl. dazu Wieling, Der relative Rang, in: Prace prawnicze wydane dla uczczenia pracy naukowej Karola Gandora, Prace naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach Nr. 1271 (Juristische Arbeiten, herausgegeben zu Ehren des wissenschaftlichen Werks von Karl Gandor, in: Wissenschaftliche Arbeiten der Schlesischen Universität in Kattowitz, Nr. 1271), 1992, 235, 246 ff. (abrufbar unter https://www.academia.edu/42666691/Der_relative_Rang). Anders die h. M., welche die Situation unnötig weiter kompliziert, indem sie vom Erlös erst noch das Recht des B in voller Höhe abzieht und erst dann C befriedigt.

mit dem Vermerk, dass es den ersten Rang habe.³⁹ Das Recht des A ist kraft Vereinbarung und Eintragung erstrangig, das des B zweitrangig, unabhängig von der Eintragungsfolge.

aa) *Nichteintragung des Rangvermerks*: Hätte das Grundbuchamt infolge eines Versehens die Rangvermerke nicht eingetragen, so könnte die Hypothek des A der des B nicht vorgehen. Andererseits kann auch die Hypothek des B der des A nicht vorgehen, weil die dingliche Einigung dahin lautet, dass A den Vorrang haben solle. Einigung und Eintragung stimmen nicht überein, so dass überhaupt keine Hypotheken für A und B entstanden sind. Etwas anderes kann man nur annehmen, wenn man gemäß dem hypothetischen Willen der Parteien zu dem Ergebnis kommt, die Parteien hätten Hypotheken ohne Rangvereinbarungen bestellt, wenn sie gewusst hätten, dass die vereinbarte Rangbestimmung nicht eingetragen würde, § 139.⁴⁰ Für den Eigentümer ist das zu bejahen, ihm kann es gleichgültig sein, ob A oder B den Vorrang erhält. Aber auch dem A wird eine zweitrangige Hypothek lieber sein als gar keine;⁴¹ der Rang der Hypotheken richtet sich dann nach § 879 I 1.

bb) *Anspruch auf Rangrücktritt*: Da aber anzunehmen ist, dass die Rangvereinbarungen schon in den schuldrechtlichen Hypothekenbestellungsverträgen enthalten waren, kann A aus seiner schuldrechtlichen Vereinbarung mit E verlangen, dass E ihm den ersten Rang einräume; E seinerseits hat gegen B einen vertraglichen Anspruch darauf, dass B auf den ersten Rang verzichte und sich mit dem zweiten zufrieden gebe, denn so war es vereinbart. E kann seinen Anspruch gegen B dem A abtreten,⁴² so dass A von B eine Rangänderung gemäß § 880 verlangen kann.

b) *Keine Benachteiligung Dritter*: Eine Rangvereinbarung ist nicht möglich mit der Folge, dass dadurch ein Dritter benachteiligt wird.⁴³ Ist etwa für A eine erstrangige Hypothek eingetragen, so kann E nicht wirksam mit B vereinbaren, dass B eine erstrangige Hypothek erwerben solle. Die Hypothek des B wird zweitrangig, es bleibt nur eine Rangänderung nach § 880.⁴⁴

c) *Rangvereinbarung unter den Erwerbern*: Eine Rangvereinbarung bei der Bestellung zweier Rechte kann auch unter deren Erwerbern erfolgen, wobei § 880 entsprechend anzuwenden ist.⁴⁵ Hat also E dem A und dem B jeweils eine Hypothek ohne Rangabrede bestellt, so können A und B den Rang mit dinglicher Wirkung vereinbaren; die Wirkung tritt mit der Eintragung ein. Da dem E die Reihenfolge der Rechte offenbar gleichgültig war, erübrigt sich seine Zustimmung nach § 880 II 2.

³⁹ Gemäß § 18 GBV ist der Rangvermerk bei beiden Rechten einzutragen. Materiellrechtlich reicht aber auch ein Vorrangvermerk bei A oder ein Nachrangvermerk bei B, vgl. Westermann/Eickmann § 79 Rn. 17.

⁴⁰ Zur analogen Anwendung des § 139 BGH NJW-RR 1990, 206.

⁴¹ Vgl. Wolff/Raiser § 41 III; Baur/Stürner § 17 Rn. 26; Prütting Rn. 163.

⁴² A kann aus dem schuldrechtlichen Hypothekenbestellungsvertrag diese Abtretung von E verlangen.

⁴³ Vgl. Müller/Gruber Rn. 3046.

⁴⁴ Würde trotzdem B mit einem Vermerk des Vorrangs vor A eingetragen, so wäre das Grundbuch falsch.

⁴⁵ Vgl. RGZ 157, 24 ff.

II. Rangänderung

- 21 *a) Nachträglicher Rangtausch:* Der Rang der Grundstücksrechte kann nachträglich geändert werden, § 880 I. Erforderlich für eine solche Rangänderung (Rangtausch) ist eine Einigung des Rechtsinhabers, dessen Recht im Rang zurücktreten soll, mit dem Inhaber des Rechts, das im Rang vorrücken soll; stehen beide Rechte demselben Inhaber zu, so ist eine einseitige Erklärung des Rechtsinhabers an das Grundbuchamt erforderlich,⁴⁶ entsprechend § 875. Zudem muss die Rangänderung im Grundbuch eingetragen werden, § 880 II 1, was gemäß § 18 GBV durch einen Rangvermerk bei beiden beteiligten Rechten zu erfolgen hat; materiellrechtlich würde entsprechend § 881 II ein Vermerk allein beim zurücktretenden Recht die dingliche Rangänderung herbeiführen.⁴⁷ Bei der Rangänderung handelt es sich um einen Spezialfall der Inhaltsänderung von Rechten (vgl. § 877), die Einigung ist ein dingliches Rechtsgeschäft. Beispiel: E hat dem A, dann dem B und schließlich dem C eine Reallast bestellt. A und C vereinbaren einen Rangtausch, der im Grundbuch eingetragen wird; C hat nun das erstrangige Recht, A ein drittrangiges.

Besteht das vorrückende oder das zurücktretende Recht nicht, so kann die Rangänderung keine Wirkung haben. Davon ist gemäß § 892 eine Ausnahme zu machen, wenn das eingetragene Recht, das zurücktreten soll, zwar nicht besteht, der Inhaber des Rechts, das vorrücken soll, dies aber nicht weiß. Dieser kann gutgläubig den Vorrang erwerben.⁴⁸ Besteht im obigen Beispiel die für A eingetragene Reallast nicht, so kann C doch gutgläubig den ersten Rang durch Rangtausch erwerben.

- 22 *b) Zurücktretende Hypothek oder Grundschild:* Eine besondere Regelung enthält das Gesetz für den Fall, dass eine Hypothek oder Grundschild im Range zurücktritt. Hiervon werden die Interessen des Grundeigentümers betroffen, der ja nach der Tilgung des Grundpfandrechts eine Eigentümergrundschild erwirbt,⁴⁹ die nun infolge des Rangrücktritts weniger wert sein wird. Daher bestimmt das Gesetz in § 880 II 2 für einen solchen Fall, dass zur Wirksamkeit der Rangänderung die Zustimmung (§§ 182–184) des Eigentümers erforderlich ist; sie ist gegenüber einem Beteiligten oder gegenüber dem Grundbuchamt zu erklären, § 880 II 3. Wäre im obigen Beispiel also A Inhaber einer Hypothek oder Grundschild gewesen, so wäre zum Rangtausch die Zustimmung des E erforderlich gewesen.

- 23 *c) Zustimmung betroffener Dritter:* Ist das zurücktretende Recht mit dem Recht eines Dritten belastet, so wird dessen Rechtsstellung durch den Rangrücktritt verschlechtert, etwa wenn im obigen Beispiel G an der Reallast des A ein Pfandrecht hat. Daher bestimmt § 880 III, dass in entsprechender Anwendung des § 876 der Dritte (G) der Rangänderung zustimmen muss.⁵⁰

⁴⁶ Vgl. Wolff/Raiser § 42 I 1; MünchKomm/Kohler § 880 Rn. 7.

⁴⁷ Vgl. Planck/Strecker § 880 Erl. II 3 f β; Wolff/Raiser § 42 I 2; MünchKomm/Kohler § 880 Rn. 9 f.

⁴⁸ Vgl. Planck/Strecker § 880 Erl. II 4 a und b pr.; MünchKomm/Kohler § 880 Rn. 22.

⁴⁹ Vgl. § 26 Rn. 18.

⁵⁰ Vgl. § 20 Rn. 36.

d) *Zwischenrechte*: Stehen die beiden Rechte, deren Rang geändert wird, nicht unmittelbar im Rang hintereinander, so tritt die Frage nach dem Schicksal der Zwischenrechte auf. Beispiel: A hat auf dem Grundstück des E eine erstrangige Hypothek in Höhe von 50.000 €, B eine zweitrangige in gleicher Höhe, C hat eine drittrangige Grundschuld in Höhe von 80.000 €. A und C vereinbaren, dass das Recht des C an die erste Stelle kommen soll, während das Recht des A auf den dritten Rang zurücktreten soll. Durch diesen Rangtausch würde sich die Situation des Zwischenrechts B verschlechtern, dem nun 80.000 € vorangingen statt vorher 50.000 €. Man könnte daran denken, für den Rangtausch in solchen Fällen auch die Zustimmung der Inhaber von Zwischenrechten zu verlangen,⁵¹ das Gesetz hat jedoch anders entschieden. Inhaber von Zwischenrechten müssen dem Rangtausch nicht zustimmen, jedoch bestimmt § 880 V, dass Zwischenrechte durch die Rangänderung nicht berührt werden. Die Rangänderung soll also allein die Parteien betreffen; das kann nur dahin verstanden werden, dass das begünstigte Recht lediglich bis zum Betrag des zurücktretenden vor das Zwischenrecht rücken kann. Die Rangfolge nach der Rangänderung würde also lauten: C 50.000 €, B 50.000 €, C 30.000 €, A 50.000 €.

Da die Stellung der Zwischenrechte durch den Rangtausch nicht berührt werden soll, so darf sie dadurch auch nicht günstiger gestaltet werden. Hat A etwa eine Hypothek über 80.000 €, B eine über 50.000 €, C eine Grundschuld über 50.000 €, und vereinbaren A und C einen Rangtausch, so ist die Reihenfolge wie folgt: C 50.000 €, A 30.000 €, B 50.000 €, A 50.000 €.

e) *Rückgängigmachung des Rangtauschs bei Erlöschen des vorgetretenen Rechts*: Der Rangtausch soll nach dem Willen des Gesetzes eine Angelegenheit zwischen den Parteien bleiben und die Zwischenrechte nicht berühren.⁵² Erlischt das vorgerückte Recht oder wird es aufgehoben, so verliert der Rangtausch seine Wirkung; andernfalls würde das Zwischenrecht begünstigt.⁵³ Beispiel: A hat eine erstrangige Dienstbarkeit am Grundstück des E, B eine zweitrangige Reallast, C einen drittrangigen, auf 20 Jahre befristeten Nießbrauch. A und C haben den Rang getauscht, so dass der Nießbrauch des C erstrangig ist; nun erlischt der Nießbrauch durch Zeitablauf. Dadurch würde das Recht des B erstrangig, aber nur, weil A den Rang mit C getauscht hat. Damit B durch den Tausch nicht begünstigt wird, rückt vielmehr die Dienstbarkeit des A wieder an den ersten Rang.

aa) *Rückgängigmachung des Rangtauschs bei Erlöschen des zurückgetretenen Rechts*: Dasselbe muss gelten, wenn das zurückgetretene Recht erlischt, und zwar zum Schutz der Zwischenrechte. Beispiel: A hat einen erstrangigen, auf 20 Jahre befristeten Nießbrauch am Grundstück des E, B eine zweitrangige Hypothek, C eine unbefristete Dienstbarkeit. A und C nehmen einen Rangtausch vor. B hat sich vielleicht deshalb mit dem zweiten Rang seiner Hypothek begnügt, weil er wusste, dass nach einiger Zeit der ihm vorrangige Nießbrauch erlöschen und sein Recht damit erstrangig werde. Diese sichere Erwartung darf durch den Rangtausch nicht

⁵¹ So noch § 841 des 1. BGB-Entwurfs.

⁵² Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 552 f.

⁵³ Vgl. Planck/Strecker § 880 Erl. II 4 a.

vereitelt werden: Erlischt der im Rang zurückgetretene Nießbrauch, so wird der Rangtausch rückgängig gemacht;⁵⁴ C rückt wieder an den letzten Platz, die Hypothek des B wird erstrangig. Dem C geschieht dadurch kein Unrecht, denn das Recht, dem er im Rang vorgehen wollte, ist ja nicht mehr vorhanden.

27 *bb) Kein Rangverlust des vorgetretenen Rechts bei Aufhebung des zurückgetretenen:* Diese Regeln hat das Gesetz gewollt, aber nicht ausdrücklich ausgesprochen; indirekt bestätigt es sie durch § 880 IV, wonach der dem vortretenden Recht eingeräumte Rang nicht verloren geht, wenn das zurückgetretene aufgrund eines Rechtsgeschäfts aufgehoben wird. Würde das durch Rangtausch vorgerückte Recht auch in diesem Fall seinen Rang verlieren, so könnte der Inhaber des zurückgetretenen Rechts durch Verzicht ein Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter vornehmen. Hätte im obigen Beispiel A vorzeitig auf seinen Nießbrauch verzichtet, so würde C seinen ersten Rang behalten, aber nur bis zu der Zeit, zu welcher der Nießbrauch ohnehin durch Fristablauf erlöschen würde.⁵⁵ Denn B konnte nicht erwarten, dass A auf seinen Nießbrauch vorzeitig verzichten würde; wohl durfte er davon ausgehen, dass der Nießbrauch mit Fristablauf verschwinden würde.

28 *f) Schuldrechtliche Verträge:* Abgesehen von einer dinglich wirkenden Rangänderung können die Parteien durch formlosen schuldrechtlichen Vertrag vereinbaren, der nachrangige Gläubiger (im obigen Beispiel C) solle schuldrechtlich so gestellt werden, als habe er den Vorrang vor dem Vorrangigen (im Beispiel A). Daraus ergibt sich ein Anspruch des C gegen A, bei der Verwertung des Grundstücks vorrangig vor A befriedigt zu werden. Würden bei einer Versteigerung etwa 100.000 € Erlöst, so würden die ersten 50.000 € an A fallen, die weiteren an B. A wäre aber verpflichtet, seine 50.000 € dem C zu überlassen.

III. Rangvorbehalt

29 Wenn der Eigentümer sein Grundstück belastet, etwa mit einer Hypothek, so kann er ein Interesse daran haben, dass dieses Recht nicht den ersten Rang einnimmt, dass dieser erste Rang vielmehr für einen anderen Gläubiger reserviert bleibt. Wenn etwa ein Bauherr einer Bausparkasse eine Hypothek für ein Darlehen einräumt, so wird er ein Interesse daran haben, die erste Rangstelle für einen weiteren Kredit freizuhalten. Denn Sparkassen z. B. geben Geld nur gegen erstrangige Hypotheken oder Grundschulden, während gerade Bausparkassen sich auch mit zweitrangigen Rechten begnügen.⁵⁶ Er kann daher der Bausparkasse die Hypothek mit einem Rangvorbehalt für ein anderes Recht bestellen.

Der Rangvorbehalt ist in der Praxis selten, weil er zu erheblichen rechtlichen Komplikationen führen kann. Dasselbe Ergebnis kann einfacher dadurch erreicht werden, dass der Grundeigentümer zunächst eine Eigentümergrundschuld bestellt

⁵⁴ Vgl. Planck/Strecker § 880 Erl. II 4 a.

⁵⁵ Vgl. Wolff/Raiser § 42 II 2 Fn. 20.

⁵⁶ Vgl. § 26 Rn. 12.

und dann die zweite Hypothek. Die Grundsuld kann er dann als erstrangiges Recht an einen weiteren Gläubiger abtreten.

Der Rangvorbehalt ist möglich zugunsten von dinglichen Grundstücksrechten aller Art, ebenso können auch dingliche Rechte aller Art damit belastet werden.

1. Entstehung und Ausübung des Rangvorbehalts

a) *Entstehung des Vorbehalts*: Der Rangvorbehalt erfordert als Abweichung von der gesetzlichen Rangordnung zunächst eine entsprechende Vereinbarung des Grundeigentümers und des Inhabers des Rechts, das später zurücktreten soll, §§ 879 III, 881 I. Inhalt der Vereinbarung muss sein, dass ein in seinem Inhalt bestimmtes Recht vor dem jetzt bestellten Recht vorrangig eingetragen werden kann; hinzu kommen muss die Eintragung des Vorbehalts, und zwar beim Recht, das zurücktreten soll, § 881 II.⁵⁷ Möglich ist auch ein Vorbehalt für mehrere später einzutragende Rechte. 30

aa) *Bestimmtheit des begünstigten Rechts*: Das begünstigte Recht muss seiner Art und seinem Umfang nach in der dinglichen Einigung bestimmt sein, damit der Inhaber des beschwerten Rechts weiß, welche Werte seinem Recht vorangehen können. Bei einer Hypothek oder Grundsuld ist also zu vereinbaren, wie hoch das gesicherte Kapital einschließlich der Zinsen und anderer Nebenforderungen höchstens sein darf. Dagegen muss der Inhaber des künftigen Rechts nicht festgelegt werden. 31

Der Rangvorbehalt kann als eine Art Rechtsänderung auch nachträglich erfolgen, wenn das mit dem Vorbehalt zu belastende Recht bereits entstanden ist.⁵⁸

bb) *Mehrfache Ausübung des Vorbehalts*? Ob der Vorbehalt nur einmal ausgeübt werden kann oder mehrere Male, richtet sich nach der Vereinbarung. Ist etwa der Vorbehalt zugunsten eines Nießbrauchs ausgeübt und ist der Nießbrauch durch Zeitablauf erloschen, so ist nach dem Vertrag zu entscheiden, ob der Eigentümer den Vorbehalt nochmals zugunsten eines anderen Nießbrauchs ausüben kann. Nach h. M. soll im Zweifel eine mehrfache Ausnutzung möglich sein.⁵⁹ Das ist aber nicht zutreffend: Ist der Umfang eines Rechts ungewiss, so trägt der die Beweislast, der dessen weiteren Umfang für sich in Anspruch nimmt. Es ist also im Zweifel anzunehmen, dass nur eine einmalige Ausnutzung des Vorbehalts möglich ist; wer etwas anderes behauptet, muss eine entsprechende Vereinbarung beweisen.⁶⁰ Wird das begünstigte Recht auf eine bestimmte oder doch absehbare Zeit bestellt, wie im Beispiel der Nießbrauch, so wird nur eine einmalige Ausübung des Rangvorbehalts vereinbart sein. Der zurücktretende Gläubiger wird nur zugestimmt haben, weil er wusste, dass der Nießbrauch nach einiger Zeit erlöschen und sein eigenes Recht 32

⁵⁷ Vgl. das Grundbuchmuster im Anhang zu ⑦.

⁵⁸ Vgl. Wolff/Raiser § 43 Fn. 4; MünchKomm/Kohler § 881 Rn. 7.

⁵⁹ Vgl. etwa Baur/Stürner § 17 Rn. 37; Palandt/Herrler § 881 Rn. 7.

⁶⁰ So z. B. Planck/Strecker § 881 Erl. 6.

wieder vorrücken würde. Wird dagegen das begünstigte Recht auf Dauer oder doch auf unabsehbare Zeit bestellt, wie etwa eine Grunddienstbarkeit oder ein Grundpfandrecht, so hat sich der zurücktretende Gläubiger damit abgefunden, dass sein Recht auf Dauer zurücktritt; es wird eine mehrfache Ausübung des Rangvorbehalts vereinbart sein.

- 33 *b) Ausübung des Vorbehalts:* Die Ausübung des Rangvorbehalts steht dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zu, also nicht nur dem, der ihn vereinbart hat, § 881 III. Der Inhaber des belasteten Rechts muss bei der Ausübung des Rangvorbehalts nicht mitwirken. Die Ausübung geschieht durch Vereinbarung des Grundstückseigentümers mit demjenigen, der das rangbegünstigte Recht erwerben soll; zudem muss die Ausübung im Grundbuch eingetragen werden, und zwar durch einen Vermerk beim begünstigten Recht, dass dieses den Vorrang habe infolge Ausübung des Rangvorbehalts.⁶¹

2. Zwischenrechte

- 34 Zu komplizierten relativen Rangverhältnissen kommt es, wenn zwischen der Begründung des vorbehaltsbelasteten Rechts und der Ausübung des Vorbehalts weitere Rechte ohne Vorbehalt bestellt werden. Beispiel: E hat für A eine Hypothek über 100.000 € bestellt mit einem Rangvorbehalt für eine Hypothek über 100.000 €. Dann hat er dem B eine Hypothek über 100.000 € bestellt, ohne Rangvorbehalt. Schließlich bestellt er dem C eine weitere Hypothek über 100.000 € unter Ausnutzung des Rangvorbehalts. A geht gemäß § 879 I 1 dem B vor. B geht dem C vor, da bei B kein Rangvorbehalt vereinbart war. Aber C geht wiederum aufgrund des Rangvorbehalts dem A vor. Wie ist ein Versteigerungserlös zu verteilen, wenn es keinen ersten Rang gibt, vielmehr jedem Recht ein anderes vor- oder nachgeht? Dafür hat das Gesetz in § 881 IV die Regel aufgestellt, dass durch die Eintragung des Zwischenrechts die Situation des mit dem Vorbehalt belasteten Rechts nicht verschlechtert werden darf. In unserem Beispiel also muss sich A nur das Recht C vorgehen lassen, nicht auch noch das Recht des B, obwohl ja B dem Recht C im Rang vorgeht. Die Reihenfolge darf also nicht einfach C–B–A lauten.⁶² Selbstverständlich ist ferner, dass das Zwischenrecht des B, das mit dem Rangvorbehalt nichts zu schaffen hat, sich nur das Recht des A vorgehen lassen muss.⁶³ Die Verteilung geschieht demnach so, dass zunächst B den ihm zustehenden Betrag bekommt, soweit mehr als der Betrag des Rechts des A Erlöst ist; dass dann A in Höhe seines Rechts befriedigt wird aus der Summe, die höher als das Recht des C ist. Den verbleibenden Rest erhält C. Im obigen Beispiel ergibt sich also:

⁶¹ Vgl. das amtliche Grundbuchmuster im Anhang zu 28.

⁶² Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 555 f.

⁶³ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 555 f.

Erlös	50.000	100.000	120.000	150.000	180.000	200.000	250.000
A	–	–	20.000	50.000	80.000	100.000	100.000
B	–	–	20.000	50.000	80.000	100.000	100.000
C	50.000	100.000	80.000	50.000	20.000	–	50.000

Dass diese gesetzlich vorgeschriebene Art der Verteilung jedenfalls aus der Sicht des C an ein Glücksspiel erinnert, ist schon oft betont worden.

3. Beendigung des Rangvorbehalts

Der noch nicht ausgenutzte Rangvorbehalt kann rechtsgeschäftlich aufgehoben werden. Nach einer Auffassung sind dazu Einigung und Eintragung erforderlich, wie bei einer Rechtsänderung gemäß § 877.⁶⁴ Richtiger erscheint es, eine einseitige Aufgabeerklärung des Grundeigentümers und die Eintragung ausreichen zu lassen, entsprechend § 875.⁶⁵ Denn die Aufhebung dinglicher Rechte geschieht regelmäßig durch einseitige Aufgabeerklärung, nicht durch Vertrag.

IV. Ende des Rangs

Da der Rang an das Recht geknüpft ist, so erlischt er auch mit dessen Untergang (z. B. Tod des Nießbrauchers, § 1061, 1), so dass die nachfolgenden Rechte aufrücken: *Prinzip der gleitenden Rangordnung*.⁶⁶ Etwas anderes gilt bei den Grundpfandrechten:⁶⁷ Erlöschen sie, so gehen sie nicht ersatzlos unter, sondern verwandeln sich in Eigentümerrechte; auf diese Weise erhalten sie dem Eigentümer ihren Rang, der ihm für ein neu zu bestellendes Recht zur Verfügung steht. Man spricht hier vom *Prinzip der festen Rangordnung*.⁶⁸ Außer bei den Grundpfandrechten gilt das Prinzip der festen Rangordnung immer dann, wenn Grundstücksrechte sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen,⁶⁹ § 889.

Ein Recht und sein Rang bleiben bestehen, wenn das Grundbuchamt das Recht oder auch den Vermerk eines Vorrangs irrig löscht. Der Rang erlischt in diesen Fällen aber dann, wenn ein redlicher Erwerber geschützt werden muss. Beispiel: A hat auf dem Grundstück des E eine Dienstbarkeit. Sie wird aufgrund einer unwirksamen Aufgabeerklärung des A gelöscht. Trotz der Löschung besteht die Dienstbarkeit

⁶⁴ Baur/Stürner § 17 Rn. 37.

⁶⁵ Westermann/Eickmann § 81 Rn. 7.

⁶⁶ Vgl. auch § 15 Rn. 15 ff.

⁶⁷ Vgl. § 30 Rn. 1.

⁶⁸ Vgl. dazu Heck § 24, 4 ff.

⁶⁹ Vgl. dazu § 20 Rn. 32.

weiter, da die Voraussetzung des § 875 (wirksame Aufgabeeerklärung) nicht vorliegt; A kann Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Geschieht das nicht und erwirbt B eine Hypothek am Grundstück, ohne von der Dienstbarkeit zu wissen, so erlangt er den Vorrang vor A. Erwirbt K das Grundstück von E, ohne von der Dienstbarkeit zu wissen, so erlischt sie.

§ 22. Vormerkung



I. Bedeutung und Rechtsnatur der Vormerkung

1. Bedeutung der Vormerkung

a) *Abgrenzung zum Widerspruch*: Während der Widerspruch den Bestand eines dinglichen Grundstücksrechts absichert, soll die Vormerkung eine künftige Verfügung über ein solches Recht sichern. Beides ist streng auseinanderzuhalten:¹ Der Widerspruch protestiert dagegen, dass ein bestehendes Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist; er verhindert damit einen gutgläubigen Erwerb aufgrund der unrichtigen Eintragung (§ 20 Rn. 60). Die Vormerkung dagegen „prophezeit“, sie kündigt eine Verfügung an.² Durch sie wird ein obligatorischer Anspruch auf Änderung, Übertragung oder Aufhebung eines Rechts dinglich abgesichert, so dass spätere Verfügungen den Anspruch nicht beeinträchtigen können.

Widerspruch und Vormerkung haben also unterschiedliche Ziele: Eine Eintragung, welche den Zustand berichtigt, gegen den der Widerspruch protestiert, ist immer eine Grundbuchberichtigung; sie ist deklaratorisch. Eine Eintragung, welche die von der Vormerkung angekündigte Verfügung vollzieht, ist konstitutiv; sie überträgt, ändert oder beendet ein dingliches Recht.³ Dagegen kommt es nicht entscheidend darauf an, welcher Art der mit beiden Sicherungsmitteln verfolgte Anspruch ist. Man kann nicht so unterscheiden, dass ein dinglicher Anspruch immer durch einen Widerspruch, ein schuldrechtlicher immer durch eine Vormerkung gesichert werden kann und muss; entscheidend ist allein das Ziel des Anspruchs. Auch ein schuldrechtlicher Anspruch auf Grundbuchberichtigung kann nur durch einen Widerspruch gesichert werden. Beispiel: E hat dem K sein Grundstück verkauft und übereignet, K ist im

¹ Zum Widerspruch vgl. § 20 Rn. 72 ff.

² Zur „Verfügung“ vgl. § 1 Rn. 19.

³ Zur Unterscheidung Widerspruch – Vormerkung vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 564.

Grundbuch eingetragen, Kauf und Übereignung sind unwirksam. E hat sowohl den dinglichen Berichtigungsanspruch aus § 894 wie auch den schuldrechtlichen aus § 812 (Leistungskondiktion).⁴ Dennoch stehen ihm deswegen nicht sowohl ein Widerspruch als auch eine Vormerkung zur Verfügung, wie bisweilen angenommen wird.⁵ Denn es handelt sich bei beiden Ansprüchen um eine Berichtigung, die durch das fortbestehende Eigentum des Verkäufers dinglich abgesichert ist und durch den Widerspruch gegen Verlust durch gutgläubigen Erwerb gesichert wird. Einer weiteren dinglichen Absicherung durch eine Vormerkung bedarf es nicht.⁶

- 2 *b) Zweck der Vormerkung:* Er liegt in der *Sicherung* eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Vornahme einer Verfügung. Wer sich zur Verfügung über ein Grundstücksrecht verpflichtet hat, etwa zur Übertragung des Eigentums oder zur Bestellung einer Hypothek, ist weiterhin zur Verfügung über das Grundstück berechtigt. Beispiel: E hat sein Grundstück an K₁ verkauft; er ist nicht gehindert, es auch an K₂ zu verkaufen. Wird das Grundstück an K₂ aufgelassen und dieser eingetragen, so wird er Eigentümer. K₁ ist auf Schadensersatzansprüche gegen E angewiesen; Eigentümer kann er nicht mehr werden. Besser wäre die Situation des K₁, wenn er eine Vormerkung für seinen Anspruch aus § 433 I 1 erlangt hätte. Dann wären Verfügungen, die seine Erwerbsaussicht beeinträchtigen, ihm gegenüber unwirksam; er könnte seinen Anspruch aus dem Kaufvertrag gegen E und K₂ durchsetzen.

2. Rechtsnatur der Vormerkung

- 3 Die Vormerkung sichert einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung, Inhaltsänderung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts, und zwar mit dinglicher Wirkung, so dass dieser Anspruch gegen jeden Dritten geltend gemacht werden kann, welcher der Verwirklichung des Anspruchs entgegenstehen könnte. Schon in der zweiten BGB-Kommission, welche die Vormerkung einführte, war ihre Rechtsnatur umstritten. Ist sie ein dingliches Recht oder nur „ein dingliches Verhältnis zum Grundstück“, welches „lediglich einen bestehenden Anspruch verlaublicht“?⁷

Nach h. M. ist die Vormerkung kein dingliches Recht, sondern ein Sicherungsmittel „eigener Art“, weil sie nur die Absicherung einer Forderung sei; sie sei aber in vielerlei Hinsicht einem dinglichen Recht nach § 873 angenähert.⁸ Die Forderung bleibe nämlich eine schuldrechtliche Forderung, die sich immer nur gegen den

⁴Vgl. § 20 Rn. 51.

⁵Vgl. etwa RGZ 139, 353, 355; Erman/Artz § 883 Rn. 10. Das Reichsgericht hat in der genannten Entscheidung die Vormerkung nur deswegen gebilligt, weil die Parteien sie im irrigen Glauben erwirkt hatten, es sei ein Anspruch auf Rückübereignung zu sichern, vgl. § 20 Rn. 75.

⁶Zutr. MünchKomm/Kohler § 883 Rn. 20; Staudinger/Kessler, 2020, § 883 Rn. 58.

⁷Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 569 f.

⁸BGH NJW 2000, 805 Rn. 14; s. schon BGHZ 28, 184; Überblick bei Weber II § 11 Rn. 3 ff.

Schuldner richte und für die z. B. die Vermutung des § 891 nicht gelte.⁹ Dieselben Argumente, die man heute anführt, um der Vormerkung die Eigenschaft eines dinglichen Rechts abzuspochen, hat eine verbreitete Lehre gegen Ende des 19. Jahrhunderts zu der Behauptung verführt, die streng akzessorischen Rechte Pfandrecht und Hypotheken seien keine dinglichen Rechte.¹⁰ Wie heute bei der Vormerkung stellte man einseitig die gesicherte *Forderung* in den Vordergrund und vernachlässigte die Bedeutung der dinglichen *Absicherung*.

Dass das Pfandrecht oder die Hypothek keine dinglichen Rechte seien, erscheint heute absurd, obwohl auch sie nur einen schuldrechtlichen Anspruch sichern, wie dies die Vormerkung tut. Und auch für die hypothekarisch gesicherte Forderung gilt, dass sie sich immer nur gegen den Schuldner richtet und dass § 891 nicht auf sie anwendbar ist; diesen „Mischcharakter“ zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Recht hat die Vormerkung mit der Hypothek, aber auch mit dem dinglichen Vorkaufsrecht gemein, das eine Forderung sichert und dennoch ein dingliches Recht ist.¹¹

Entgegen der h. M. ist die Vormerkung ein *dingliches Recht*,¹² und zwar am jeweils betroffenen Recht; die Auflassungsvormerkung belastet das Grundstück. Denn wie die Hypothek gibt auch die Vormerkung einen Anspruch gegen Dritte, § 888 I, welche der Durchsetzung des Rechts entgegenstehen könnten.¹³ Die Dinglichkeit der Vormerkung ist u. a. daran erkennbar, dass sie als dingliches Recht gutgläubig erworben werden kann¹⁴ und nach §§ 823 I, 1004 geschützt ist.¹⁵ Eingriffe in die Substanz des Grundstücks etwa können zudem einen Schadensersatzanspruch des Inhabers der Vormerkung zur Folge haben.¹⁶ Wenn man die Vormerkung aber *wie* ein dingliches Recht behandelt, steht ihrer Anerkennung *als* dingliches Recht nichts im Weg. Die wissenschaftliche Erkenntnis über die Rechtsnatur der Hypothek, die inzwischen längst unstrittig ist, sollte sich allmählich auch für die Vormerkung durchsetzen.

⁹Vgl. etwa BGH NJW 2014, 2431 Rn. 23; Wolff/Raiser § 48 VII; Baur/Stürner § 20 Rn. 60 ff.; Hager, JuS 1990, 429, 439; anders (materielles Sicherungsmittel ohne eigene Rechtsqualität) Assmann, Die Vormerkung, 1998, 277 ff.; BeckOGK/Assmann Rn. 314; ähnlich Trupp, JR 1990, 184, 188. Ausf. zu den unterschiedlichen Gegenauffassungen Staudinger/Kesseler, 2020, § 883 Rn. 21 ff., Rn. 26 zur Auffassung, die Vormerkung sei eine Fiktion des bedingten Vollrechts, von Stamm, Die Auflassungsvormerkung, 2003, 52 ff., 79 ff.

¹⁰Vgl. die Angaben bei Johow, 1425 ff.

¹¹Vgl. § 25 Rn. 40.

¹²Vgl. Heck § 47 IV; Wolf § 13 A k; Prütting Rn. 203; Kempf, JuS 1961, 22 ff.; wohl auch Schapp/Schur Rn. 345; Wunner, NJW 1969, 113; Kestler, Löschung und Umschreibung von Vormerkungen von Grundstücksrechten, Diss. Würzburg 2000, 51.

¹³Dagegen wird behauptet, der Anspruch aus § 888 I sei nur ein unselbständiger Hilfsanspruch, vgl. etwa Hager, JuS 1990, 429, 438 m. w. N. Aber auch der Anspruch aus einer Sicherungshypothek ist unselbständig, d. h. vom Bestehen der Forderung abhängig, und niemand ist gehindert, ihn als „Hilfsanspruch“ zu bezeichnen; dennoch ist die Sicherungshypothek ein dingliches Recht.

¹⁴Vgl. Rn. 15, 17.

¹⁵Vgl. Wellenhofer § 18 Rn. 30 (analoge Anwendung).

¹⁶Nach BGH JZ 1991, 1096 kann der Inhaber der Vormerkung Schadensersatz nach §§ 823 II, 909 verlangen, wenn ein Nachbar sein Grundstück im Sinne dieser Vorschrift vertieft. Er vergleicht die Vormerkung mit einem Nießbrauch, einem Erbbaurecht und mit einer Dienstbarkeit und macht so die dingliche Position dessen deutlich, der als Inhaber einer Vormerkung eine „Anwartschaft“ hat.

Im Übrigen kommt der Frage nach der Rechtsnatur der Vormerkung keine große praktische Bedeutung zu, und zwar allein deshalb, weil die Vormerkung immer wie ein dingliches Recht behandelt wird.

II. Gesicherter Anspruch

- 4 *a) Vormerkungsfähige Ansprüche:* Gemäß § 883 I 1 kann jeder Anspruch auf Einräumung, d. h. Bestellung oder Übertragung eines Rechts an einem Grundstück vorgemerkt werden, ebenso ein Anspruch auf Aufhebung eines solchen Rechts, auf Inhalts- oder Rangänderung. Vormerkungsfähig ist also z. B. der Anspruch auf Übertragung des Eigentums, einer Hypothek, auf Bestellung oder Aufhebung einer Hypothek, einer Dienstbarkeit usw.¹⁷ Vormerkungsfähig sind weiter Ansprüche auf Bestellung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücksrecht, z. B. ein Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts an einer Hypothek. Nicht vormerkbar ist etwa ein Anspruch auf Abschluss eines Miet- oder Pachtvertrags, da es dabei nach h. M. nicht um dingliche Rechte am Grundstück geht.

Der Schuldgrund des Anspruchs ist gleichgültig, doch muss es sich auf jeden Fall um einen schuldrechtlichen Anspruch handeln; dingliche Ansprüche, d. h. Ansprüche, die aus der Verletzung eines dinglichen Rechts entstehen (z. B. aus § 894),¹⁸ sind nicht vormerkungsfähig; sie können durch einen Widerspruch gesichert werden. Durch eine Vormerkung gesichert werden können also z. B. vertragliche Ansprüche auf Bestellung oder Übertragung eines Rechts, aber auch andere Ansprüche, z. B. aus einem Vermächtnis, oder Ansprüche aus Gesetz, etwa ein Bereicherungsanspruch, der eine Rückübertragung des Eigentums wegen einer rechtsgrundlosen Übereignung zum Inhalt hat. Auch ein Anspruch aus einem echten Vertrag zugunsten Dritter kann durch eine Vormerkung gesichert werden, beim unechten Vertrag zugunsten Dritter ist aus der Vormerkung nur der Versprechensempfänger geschützt.¹⁹

- 5 *aa) Akzessorietät:* Da die Vormerkung einen Anspruch sichert, kann sie ohne gültigen Anspruch nicht bestehen: Sie ist streng akzessorisch, ohne Forderung wäre eine Vormerkung sinnlos.²⁰ Besteht keine Forderung, so kann keine Vormerkung entstehen; erlischt der Anspruch, so erlischt auch die Vormerkung. Ficht etwa der Verkäufer oder der Käufer den Kaufvertrag an, so geht mit der Forderung auch die Vormerkung unter. Erwirbt der Schuldner selbst den gesicherten Anspruch auf dingliche Rechtsänderung, etwa weil er den Gläubiger beerbt, so erlischt regelmäßig der Anspruch durch Konfusion und mit ihm auch die Vormerkung.²¹ Aufgrund der

¹⁷ Für mehrere schuldrechtliche Ansprüche müssen mehrere Vormerkungen bestellt werden, auch wenn jene aus einem einheitlichen Vertrag stammen, vgl. OLG Hamm Rpfleger 2014, 489 Rn. 9.

¹⁸ Zu den dinglichen Ansprüchen vgl. § 1 Rn. 9.

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2009, 356; Ludwig, NJW 1983, 2792 ff.

²⁰ Vgl. unten Fn. 67.

²¹ Vgl. BGH NJW 1981, 447, vgl. aber unten Rn. 32.

Akzessorietät geben auch dauernde Einreden des Schuldners gegen den gesicherten Anspruch ein Recht auf Beseitigung der Vormerkung, § 886.

Ein Anspruch, z. B. auf Eigentumsverschaffung aus § 433 I 1, erlischt aber nicht bereits mit der dinglichen Einigung, etwa mit der Auflassung: Zwar hat der Schuldner (Verkäufer) alles getan, was der Käufer von ihm verlangen kann, er schuldet aber noch den Eintritt des Erfolges, zu welchem er sich verpflichtet hat: dass nämlich der Käufer das Eigentum erwirbt. Ein solcher Anspruch kann durch eine Vormerkung gesichert werden;²² die „Auflassungsvormerkung“ sichert also nicht unbedingt einen Anspruch auf Auflassung, sie kann bereits vorgenommen worden sein; sie sichert dann den Anspruch auf Eintritt des Auflassungserfolges: des Eigentumserwerbs.

bb) Verfügungsmacht des Betroffenen: Die Vormerkung kann nur zugunsten des Gläubigers der zu sichernden Forderung bestellt werden; sie kann nur ein solches Liegenschaftsrecht betreffen, das dem Schuldner des gesicherten Anspruchs zusteht. Der Schuldner muss also im Augenblick der Eintragung der Vormerkung Inhaber des betroffenen Rechts sein oder Verfügungsmacht kraft Einwilligung des Berechtigten haben, § 185 I. Eine Ausnahme gilt für die Löschungsvormerkung, mit welcher der Inhaber einer künftigen Eigentümergrundschuld einen Anspruch auf deren Löschung sichert, vgl. § 30 Rn. 4 f. 6

b) Bedingte Ansprüche: Gemäß § 883 I 2 kann auch ein bedingter Anspruch durch eine Vormerkung gesichert werden. Beispiel: V überträgt seiner Tochter T sein Grundstück mit der Abrede, dass sie ihn pflege und dass sie andernfalls das Grundstück zurückgeben müsse; für den aufschiebend bedingten Rückübertragungsanspruch des V wird eine Vormerkung zugunsten des V bestellt. Kommt T ihren Pflichten nicht nach, so hat V einen durch eine Vormerkung gesicherten Rücküberweisungsanspruch. In gleicher Weise ist nach h. M. ein Auflassungsanspruch vormerkbar unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Eigentümer abredewidrig darüber verfügt.²³ 7

Vormerkbar sind also auflösend und aufschiebend bedingte Ansprüche. Ein auflösend bedingter Anspruch besteht bereits und ist daher vormerkbar; ein aufschiebend bedingter Anspruch besteht zwar noch nicht, ist also insofern ein künftiger, doch ist hier ein gültiges Rechtsgeschäft bereits abgeschlossen, so dass der Anspruch sich insoweit von sonstigen künftigen Ansprüchen unterscheidet. Auch ein aufschiebend bedingter Anspruch ist immer vormerkbar.²⁴ Tritt die Bedingung ein, dann wirkt die Vormerkung auf den Zeitpunkt ihrer Eintragung zurück.

c) Künftige Ansprüche: Gemäß § 883 I 2 ist auch ein künftiger Anspruch vormerkbar.²⁵ Das soll jedoch nach überwiegender Ansicht nur möglich sein, wenn der Anspruch schon gegenwärtig eine feste Rechtsgrundlage, einen sicheren „Rechtsboden“ hat, die seine Entstehung derart vorbereiten, dass sie nicht mehr einseitig 8

²² Vgl. Wolff/Raiser § 48 Fn. 4.

²³ Vgl. die Nachweise oben § 1 Rn. 30. Zu einer Vormerkung auf Rückgabe einer Schenkung bei grobem Undank vgl. BayObLG NJW-RR 2002, 1529 f.

²⁴ Vgl. Lichtenberger, NJW 1977, 1758 f.; Palandt/Herrler § 883 Rn. 16; Tiedtke, Jura 1981, 354 f.

²⁵ Auch die Vormerkung für einen künftigen Anspruch ist insolvenzfest, vgl. BGH NJW 2002, 213 ff.

vom potentiellen Schuldner verhindert werden kann.²⁶ Aus dem Gesetz, das allgemein und ohne Einschränkung von „künftigen Ansprüchen“ redet, ergibt sich diese Einschränkung nicht; sie wird begründet mit der Schutzbedürftigkeit der Grundbuchämter vor einer Antragsflut von Vormerkungen zur Sicherung von Ansprüchen, welche in ungewisser Zukunft vielleicht entstehen könnten;²⁷ es bestehe die Gefahr, dass die Grundbücher mit Vormerkungen vollgeschrieben und so auch unübersichtlich würden. Das kann nicht überzeugen.²⁸ Der Grundstückseigentümer wird nicht leichtfertig die Eintragung einer Vormerkung bewilligen, sondern das nur tun, wenn er ernsthafte Absichten zur Verfügung über das Grundstück hat. Denn durch eine Auflassungsvormerkung etwa wird das Grundstück praktisch unveräußerlich und entsprechend in seinem Wert vermindert;²⁹ denn wer wird ein Grundstück erwerben wollen, das ihm mit Hilfe der Vormerkung wieder entzogen werden kann! Den gleichen Effekt hat die Vormerkung zur Eintragung eines Rechts, etwa einer Hypothek; sie mindert den Wert des Grundstücks um den Betrag der Hypothek; denn ein Erwerber des Grundstücks oder eines Rechts daran muss diesen Wert vom Grundstück abziehen, weil er damit rechnen muss, dass die Hypothek mit Wirkung gegen ihn eingetragen wird. Weiter wird niemand die Kosten und Umstände auf sich nehmen, die für die Eintragung einer Vormerkung erforderlich sind, wenn er nicht von einer erheblichen Wahrscheinlichkeit für das Entstehen des künftigen Rechts ausgeht.³⁰ Schließlich zeigt ein Vergleich mit der Hypothek, dass die Gefahr einer Antragsflut und Überlastung des Grundbuchs nichts weiter ist als eine ganz unbegründete Unterstellung. Bei der Hypothek lässt man die Bestellung für jede künftige Forderung zu, wenn sie nur bestimmbar ist³¹ oder eine „gewisse Gewähr“ für das Entstehen gegeben ist;³² das entspricht dem Gesetz, vgl. § 1113 II.³³ Dennoch kann von einer großen Anzahl schließlich überflüssig eingetragener Hypotheken keine Rede sein. Aus den genannten Gründen wird der Eigentümer sich hüten, leichtfertig überflüssige Rechte zu bewilligen. Die Einschränkung der h. M. für die Zulassung von Vor-

²⁶ Vgl. etwa BGHZ 166, 319, 323; Staudinger/Kessler, 2020, § 883 Rn. 209; Soergel/Stürner § 883 Rn. 6; Westermann/Eickmann § 82 Rn. 9 f.; Knöpfle, JuS 1981, 157, 161; Preuß, AcP 201 (2001), 580 ff.; zum Entstehen dieser Ansicht vgl. Assmann, Die Vormerkung, 1998, 50 ff.

²⁷ RGRK/Augustin § 883 Rn. 78; Lichtenberger, NJW 1977, 1755, 1758; vgl. dazu auch Münch-Komm/Kohler § 883 Rn. 28 f.

²⁸ Wie hier Planck/Strecker § 883 Erl. 1 e; Wolf § 13 A II i.

²⁹ Vgl. RGZ 151, 77.

³⁰ Natürlich schreckt die Vormerkung auch Bieter ab, wenn das Grundstück versteigert werden muss. Das ist ein zwangsläufiger Effekt jeder Vormerkung und kann nicht als Argument dafür verwendet werden, dass die Bestellung einer Vormerkung im Sinne der h. M. eingeschränkt werden müsse; so aber z. B. Staudinger/Kessler, 2020, § 883 Rn. 210. Es ist kaum anzunehmen, dass ein Eigentümer Vormerkungen eintragen lässt, damit die künftige Versteigerung des Grundstücks erschwert wird. Sollte es aber doch einmal geschehen, so ist zu bedenken, dass jede rechtliche Möglichkeit auch missbraucht werden kann.

³¹ Vgl. etwa Wolff/Raiser § 134 I; Baur/Stürner § 37 Rn. 19 ff.; Prütting Rn. 637; Palandt/Herrler § 1113 Rn. 18.

³² Vgl. unten § 27 Rn. 5.

³³ Vgl. auch §§ 765 II, 1204 II.

merkungen für künftige Forderungen ist nicht zu begründen, und die Privatautonomie sollte nicht ohne zwingende Gründe eingeschränkt werden; eine Bevormundung des Bürgers ist nicht angebracht.

aa) Vormerkbarkeit nur bei bestehender Bindung des Verpflichteten? Darüber hinaus verschärft eine verbreitete Ansicht noch die Voraussetzungen für die Vormerkung einer künftigen Forderung, indem sie verlangt, dass ihre Entstehung nur noch vom Willen des demnächst Berechtigten abhängt.³⁴ Diese Ansicht wird zu Recht überwiegend abgelehnt.³⁵ 9

bb) Vormerkbarkeit bei Formunwirksamkeit? Eine künftige Forderung liegt auch vor, wenn ein Kaufvertrag nach § 311b I 1 formnichtig ist, wenn aber zu erwarten ist, dass die Unwirksamkeit gemäß § 311b I 2 geheilt werden wird. Beispiel: V und K sind einig, dass K das Grundstück des V für 300.000 € erwerben soll. Um Steuern zu sparen, vereinbaren sie, einen Kaufpreis von 100.000 € beurkunden zu lassen, was auch geschieht. Für den Anspruch des K wird eine Vormerkung eingetragen. Der Kaufvertrag über 100.000 € ist als Scheingeschäft nach § 117 I nichtig, der Vertrag über 300.000 € ist gemäß § 125 wegen Formmangels nichtig. Solche Verträge kommen nicht allzu selten vor und werden in der Regel auch erfüllt. Es besteht also eine Wahrscheinlichkeit, dass der Kaufvertrag gemäß § 311b I 2 geheilt wird. Es besteht daher eine künftige Forderung, welche durch eine Vormerkung gesichert werden kann.³⁶ Dagegen kommt die h. M. aufgrund ihrer überhöhten Voraussetzungen an die Vormerkbarkeit künftiger Forderungen (Rn. 8) zu dem Ergebnis, dass die Vormerkung in solchen Fällen unwirksam sei.³⁷ 10

III. Entstehung und Übertragung der Vormerkung

1. Entstehung der Vormerkung

a) Erwerb vom Berechtigten: Wer einen vormerkbaren Anspruch hat (Rn. 4), der hat auch einen Anspruch auf eine Vormerkung, wie § 885 I zeigt: Er kann ohne weitere Voraussetzungen eine Vormerkung durch einstweilige Verfügung erwirken. Einer besonderen Sicherungsabrede als *causa* für die Vormerkung bedarf es nicht.³⁸ Die Voraussetzungen für das Entstehen der Vormerkung sind in § 885 geregelt: Es sind – neben dem vormerkbaren Anspruch – die Bewilligung oder eine einstweilige Verfügung und die Eintragung im Grundbuch.³⁹ 11

³⁴ BGHZ 12, 118; BGH WM 1981, 1358; Wellenhofer § 18 Rn. 5; Tiedtke, Jura 1981, 354.

³⁵ Vgl. etwa MünchKomm/Kohler § 883 Rn. 28; Jauernig/Berger § 883 Rn. 8; Lichtenberger, NJW 1977, 1759.

³⁶ Vgl. Lücke, JuS 1971, 341.

³⁷ BGHZ 54, 56, 63; Baur/Stürmer § 20 Rn. 16 f.; MünchKomm/Kohler § 883 Rn. 23; Prütting Rn. 179; Assmann, Die Vormerkung, 1998, 63 ff.

³⁸ Vgl. Wolff/Raiser § 48 II pr.; Prütting Rn. 194; MünchKomm/Kohler § 885 Rn. 2 m. w. N.

³⁹ Die Reihenfolge von Bewilligung und Eintragung ist gleichgültig, vgl. BGHZ 28, 184.

Der Alleineigentümer darf einen Miteigentumsanteil nicht mit einer Vormerkung belasten, jedoch einen Anspruch auf Erwerb eines Miteigentumsanteils am gesamten Grundstück vormerken.⁴⁰ An seinem Miteigentumsanteil kann ein Miteigentümer eine Vormerkung zum Erwerb dieses Miteigentums bestellen. Zum Problem des „Wiederaufladens“ einer bereits bestehenden Eintragung § 20 Rn. 22.

- 12 *aa) Bewilligung und Eintragung:* Die Vormerkung entsteht einmal durch Bewilligung des Betroffenen und Eintragung im Grundbuch, § 885 I 1; eine Einigung gemäß § 873 I ist also nicht erforderlich. Der Betroffene muss als Schuldner des Anspruchs bei der Eintragung der Vormerkung Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks oder Inhaber des von ihr betroffenen Grundstücksrechts sein.⁴¹ Aufgrund der Bewilligung kann der Gläubiger die Vormerkung im Grundbuch eintragen lassen. Die Bewilligung nach § 885 I 1 ist nicht lediglich die formelle Bewilligung nach § 19 GBO; sie ist eine materiellrechtliche Willenserklärung,⁴² die Voraussetzung für die Vormerkung als dingliches Recht ist. Ob sie zugleich die formelle Bewilligung gemäß § 19 GBO enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln; regelmäßig wird das der Fall sein. Die einseitige Bewilligung ist formlos wirksam,⁴³ sie kann – entsprechend § 875 I 2 – gegenüber dem Grundbuchamt oder gegenüber dem Begünstigten erklärt werden. Sie ist vom Inhaber des Rechts zu erklären, über welches verfügt werden soll.

Auf die Vormerkung ist § 878 anzuwenden (§ 20 Rn. 24): Wenn die Bewilligung der Vormerkung entsprechend § 875 II bindend geworden und der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt ist, so kann ein darauf wirksam werdendes Verfügungsverbot das Entstehen der Vormerkung nicht mehr verhindern.⁴⁴

- 13 *bb) Einstweilige Verfügung und Eintragung:* Die Eintragung der Vormerkung kann auch aufgrund einer einstweiligen Verfügung erfolgen, § 885 I 1 i. V. m. §§ 935, 936 ZPO. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich das Grundstück befindet, § 942 ZPO. Alleinige Voraussetzung für das Erlangen der einstweiligen Verfügung ist, dass der Antragsteller seinen Anspruch glaubhaft macht, §§ 920 II, 294 ZPO, etwa durch Vorlage des Grundstückskaufvertrags. Eigentlich muss für die Erlangung einer einstweiligen Verfügung auch die Gefährdung des Rechts glaubhaft gemacht werden, §§ 920 II, 917, 935 ZPO; gemäß § 885 I 2 bedarf es dessen jedoch nicht, wenn eine Vormerkung beantragt wird. Denn die Gefahr ist immer vorhanden, da der Schuldner nicht gehindert ist, anderweitig über das Grundstücksrecht zu verfügen und so das Recht des Gläubigers zu vereiteln.⁴⁵ Die Vormerkung entsteht, wenn sie aufgrund der einstweiligen Verfügung im Grundbuch eingetragen wird: Der Gläubiger kann die Eintragung unter Vorlage der einstweiligen Verfügung beantragen, er hat dafür eine Frist von einem Monat, § 929 II ZPO.

⁴⁰ BGH NJW 2013, 934 Rn. 8, 12; Staudinger/Kessler, 2020, § 883 Rn. 120.

⁴¹ BGHZ 200, 179 Rn. 20.

⁴² Vgl. Staudinger/Gursky, 2013, § 885 Rn. 3 f.; a. A. Staudinger/Kessler, 2020, § 885 Rn. 4.

⁴³ Nach formellem Recht bedarf sie der notariellen Beglaubigung, § 29 GBO, vgl. § 19 Rn. 32.

⁴⁴ H. M., vgl. etwa BGHZ 28, 182; Palandt/Herrler § 885 Rn. 11.

⁴⁵ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 566.

cc) *Eintragung von Amts wegen*: Sie kann in den Fällen des § 18 II GBO erfolgen, vgl. § 19 Rn. 46. 14

b) *Gutgläubiger Ersterwerb*: Eine Vormerkung kann auch gutgläubig vom Nichtberechtigten erworben werden, wenn etwa der Buchberechtigte B dem K das Grundstück verkauft und ihm für seinen Anspruch aus § 433 I 1 eine Vormerkung bestellt. Man spricht in solchen Fällen vom Ersterwerb, da eine noch nicht existierende Vormerkung durch den gutgläubigen Erwerb begründet werden soll. Der gutgläubige Erwerb erfolgt nach § 892 I 1,⁴⁶ da die Vormerkung nach hier vertretener Auffassung ein dingliches Recht ist (Rn. 3). Die h. M., die in der Vormerkung kein dingliches Recht sieht, kommt über § 893 zum gleichen Ergebnis.⁴⁷ Die Bestellung der Vormerkung ist danach eine Verfügung über das betroffene Recht, da durch die Vormerkung der Inhalt des Rechts eingeschränkt und damit verändert wird. 15

Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb sind gemäß § 892 I guter Glaube des Erwerbers bei Eintragung der Vormerkung und das Fehlen eines Widerspruchs. Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung ist aber ausgeschlossen, wenn keine zu sichernde Forderung besteht. Ohne eine solche Forderung kann keine Vormerkung bestehen,⁴⁸ die Forderung kann auch nicht gutgläubig erworben werden.

Ob gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung möglich ist, wenn sie aufgrund einer einstweiligen Verfügung eingetragen wird, ist streitig. Betrachtet man die einstweilige Verfügung zutreffend als erzwungene Bewilligung des Betroffenen, so muss man die Frage bejahen.⁴⁹

2. Übertragung der Vormerkung

a) *Erwerb vom Berechtigten*: Die Übertragung der Vormerkung ist im Gesetz nicht geregelt, die Regelung der Vormerkung ist – da sie erst von der zweiten BGB-Kommission geschaffen wurde – stark lückenhaft; die Lücken sind unter Heranziehung der gesetzlichen Wertungen und Entscheidungen zu schließen.⁵⁰ Nach h. M. geschieht die Übertragung der Vormerkung durch Zession der gesicherten Forderung, wobei die Vormerkung automatisch der Forderung folgt, §§ 398, 401, ohne dass es einer Eintragung im Grundbuch bedürfte.⁵¹ Das Grundbuch kann später berichtigt werden. Obwohl die Vormerkung ein dingliches Recht ist oder nach h. M. doch eine irgendwie dingliche Rechtsposition, soll sie also nach schuldrechtlichen Regeln übertragen werden. Das ist wenig einleuchtend und auch unpassend; es führt folgerichtig zu Schwierigkeiten. 16

⁴⁶ Vgl. Furtner, NJW 1963, 1484 ff.; Wilhelm Rn. 2264; Wolf § 13 B IV c 1.

⁴⁷ BGHZ 25, 23; BGH NJW 1981, 446, 448; Erman/Artz § 883 Rn. 24.

⁴⁸ Vgl. Rn. 5.

⁴⁹ So auch MünchKomm/Kohler § 885 Rn. 47; Hager, JuS 1990, 429, 438; anders die h. M., s. Baur/Stürner § 20 Rn. 31; Prütting Rn. 199.

⁵⁰ Vgl. Heck § 47, 3 f.; Reinicke, NJW 1964, 2373 f.

⁵¹ Vgl. etwa RGZ 142, 330; Baur/Stürner § 20 Rn. 51; Jauernig/Berger § 883 Rn. 24.

Die richtige Art der Übertragung dinglicher Grundstücksrechte, die einen Anspruch sichern, zeigt die Regelung des Hypothekenrechts. Das Recht wird durch Zession der Forderung übertragen, die aber in der Form der sachenrechtlichen Verfügung zu erfolgen hat, § 1154 III, also grundsätzlich durch Einigung und Eintragung im Grundbuch, § 873 I. Das entspricht auch dem sachenrechtlichen Grundsatz, dass Verfügungen über ein Recht in gleicher Weise geschehen wie die Bestellung des Rechts (§ 20 Rn. 3). Wenn nach zutreffender Ansicht ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung möglich ist (Rn. 17), so ist damit vorausgesetzt, dass die Übertragung der Vormerkung eine Verfügung über ein Grundstücksrecht ist; dafür ist in § 873 I die Form der Eintragung ins Grundbuch vorgeschrieben.⁵²

Dagegen verletzt die h. M. den Grundsatz, dass Verfügungen über Grundstücksrechte nur wirksam werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Davon kann man nicht ohne zwingenden Grund abgehen, ohne dass Schwierigkeiten auftauchen, die der genannte Grundsatz gerade vermeiden will. Überträgt etwa der Käufer K die Auflassungsvormerkung an A und überträgt A sie an B, und zwar gemäß der h. M. durch einfache Zession der Forderung, so kann B nicht wissen, ob A Inhaber der Vormerkung ist; es gibt für ihn keine Sicherheit, wie sie gerade das Grundbuch bieten soll. Wird die Vormerkung dagegen gemäß § 873 I übertragen, so kann B sicher sein, dass dem eingetragenen A die Vormerkung zusteht, wenn nur der gesicherte Anspruch besteht. Vgl. auch unten Fn. 17 am Ende.

- 17 *b) Gutgläubiger Zweiterwerb:* Ob ein gutgläubiger Zweiterwerb vom Nichtberechtigten bei der Übertragung einer Vormerkung möglich ist, ist streitig.⁵³ Ein solcher Erwerb setzt zunächst die Eintragung einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Vormerkung und damit einen entsprechenden Rechtsschein im Grundbuch⁵⁴ sowie zweitens eine tatsächlich existierende zu sichernde Forderung voraus, da diese selbst nicht durch gutgläubigen Erwerb entstehen kann.⁵⁵ Beispiel: Der bösgläubige K hat vom Buchberechtigten B ein Grundstück gekauft, für den Auflassungsanspruch ist eine Vormerkung bestellt worden. K veräußert das Grundstück an den gutgläubigen X und tritt ihm die Vormerkung ab. Obwohl beim Ersterwerb der Vormerkung gutgläubiger Erwerb möglich war, hat K wegen seiner Bösgläubigkeit keine Vormerkung erworben. Hat X sie gutgläubig von K erworben?

Die Verkehrssicherheit und der Vertrauensschutz, den das Grundbuch genießt, fordern einen solchen Zweiterwerb.⁵⁶ Denn auf eine eingetragene Vormerkung muss ein Erwerber sich verlassen können, wenn nicht schwere Nachteile für den Verkehr mit Grundstücksrechten auftreten sollen. Daher lässt die h. M. einen gutgläubigen

⁵² Ebenfalls für ein Eintragungserfordernis Stamm (Fn. 9), 125; Sympathie bei Kiehnle, Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens in der württembergischen Pfandgesetzgebung von 1825/1828 und im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004, 414 f.

⁵³ Reiche Nachweise zum Streitstand bei Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 59.

⁵⁴ Vgl. etwa BGHZ 25, 23; MünchKomm/Kohler § 885 Rn. 44; Hager, JuS 1990, 429, 439.

⁵⁵ BGH NJW 2007, 508 Rn. 18. Zum Ausnahmefall, dass eine Scheinforderung abgetreten und nach § 405 gutgläubig erworben wird, für die eine Vormerkung eingetragen ist, Morell, Jura 2008, 165.

⁵⁶ Vgl. Weirich/Ivo Rn. 955; Tiedtke, Jura 1981, 361; Mülberr, AcP 197 (1997), 381 ff.; Trupp, JR 1990, 184, 188.

Zweiterwerb in Analogie zu § 893 zu;⁵⁷ richtigerweise ist jedoch § 892 unmittelbar anzuwenden, da die Vormerkung als dingliches Recht anzusehen ist (Rn. 3).⁵⁸

Die Möglichkeit eines gutgläubigen Zweiterwerbs verneint die h. L. jedoch mit der Begründung, der gute Glaube sei nur bei rechtsgeschäftlichem Erwerb geschützt; hier aber werde nur die Forderung rechtsgeschäftlich übertragen, die Vormerkung gehe nach § 401 von Gesetzes wegen über. In solchen Fällen sei gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen.⁵⁹ Dass dieses Argument nicht zutrifft, ist bereits oben beim gutgläubigen Zweiterwerb des Pfandrechts ausgeführt.⁶⁰ § 401 besagt nur das, was die Parteien ohnehin wollen; außerdem zeigt § 1155, dass auch beim Erwerb kraft Gesetzes der gute Glaube geschützt sein kann.

Ein anderer Einwand der h. L. geht dahin, dass der gutgläubige Zweiterwerb nicht möglich sei, weil er sich außerhalb des Grundbuchs vollziehe.⁶¹ Dieser Einwand lässt die Probleme deutlich werden, die entstehen, weil man meint, die Vormerkung werde durch einfache Zession der gesicherten Forderung übertragen (Rn. 16). Ihm ist von vornherein der Boden entzogen, wenn man wie hier für die Abtretung der Vormerkung die Form des § 873 fordert. Man sollte den gutgläubigen Erwerber nicht die Folgen einer verfehlten juristischen Entscheidung tragen lassen. Den Unterschied zwischen der hier vertretenen Übertragung der Vormerkung in der Form des § 873 und der h. M., welche die Vormerkung durch einfache Forderungszession übertragen will, zeigt die Lösung des obigen Beispiels: X kann von K gutgläubig die Vormerkung erwerben, weil K als deren Inhaber im Grundbuch eingetragen ist. Wäre X aber bösgläubig, so dass er die Vormerkung nicht erwerben könnte, und würde er sie an den gutgläubigen Y nach § 398 abtreten, so könnte Y nicht gutgläubig erwerben, weil X nicht im Grundbuch eingetragen ist. Die Mängel der h. M. werden hier offenbar.

IV. Wirkung der Vormerkung

1. Sicherungswirkung der Vormerkung

a) *Relative Unwirksamkeit gemäß § 883 II*: Die Vormerkung sichert die künftige Verfügung, welche der gesicherte Anspruch herbeiführen soll. Die Gefahr vorheriger anderweitiger Verfügungen wird dadurch gebannt, dass der Vormerkung die Wirkung eines Verfügungsverbotes beigelegt wird, § 883 II 1: Diese Verfügungen 18

⁵⁷ Vgl. etwa BGHZ 25, 16, 23 f.; 57, 343; Westermann/Eickmann § 83 Rn. 32 ff., 36; RGRK/Augustin § 883 Rn. 19; Müller/Gruber Rn. 2968 ff., 2972; Brehm/Berger § 13 Rn. 30; MünchKomm/Kohler § 885 Rn. 44 m. w. N.; Jauernig/Berger § 883 Rn. 28; Schapp/Schur Rn. 375; Hager, JuS 1990, 429, 438.

⁵⁸ So etwa auch Wunner, NJW 1969, 113, 118.

⁵⁹ Vgl. etwa Baur/Stürner § 20 Rn. 52; Palandt/Herrler § 885 Rn. 19; Medicus, AcP 163 (1964), 9 ff.; Canaris, Die Verdinglichung absoluter Rechte, FS Flume I, 1978, 371, 398 f.; Medicus/Petersen Rn. 557; Wilhelm Rn. 2297; abl. auch Weber II § 11 Rn. 63 f.

⁶⁰ Vgl. § 15 Rn. 47.

⁶¹ Reinicke, NJW 1964, 2378; Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 60.

sind insoweit unwirksam, als sie den gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden.⁶²

Der verpflichtete Rechtsinhaber kann also als Berechtigter über sein Recht verfügen; seine Verfügung ist aber gegenüber dem geschützten Inhaber des vorgemerkten Anspruchs unwirksam. Entscheidend ist der Zeitpunkt der Vollendung der Verfügung, i. d. R. also derjenige der Eintragung; ist zu diesem Zeitpunkt die Vormerkung eingetragen, so ist die Verfügung nach § 883 II unwirksam.⁶³ Es handelt sich hier nicht um eine absolute Unwirksamkeit; sie besteht nur gegenüber dem Inhaber des vorgemerkten Anspruchs, und zwar so weit, als die vormerkungswidrige Verfügung die Durchsetzung des vorgemerkten Anspruchs vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die vormerkungswidrige Verfügung ist somit relativ unwirksam, ebenso wie eine Verfügung, die gegen ein Verfügungsverbot nach §§ 135, 136 verstößt.⁶⁴

Beispiel: E hat dem K sein Grundstück verkauft und ihm für den Auflassungsanspruch eine Vormerkung bestellt. 1) E veräußert das Grundstück an X, X wird als Eigentümer eingetragen. 2) E bestellt dem G eine Hypothek. Die Veräußerung an X ist dem K gegenüber unwirksam; X ist also Eigentümer des Grundstücks gegenüber jedermann, nur im Verhältnis zu K gilt E noch als Eigentümer. Ebenso ist die Hypothek des G gegenüber jedermann wirksam, nur im Verhältnis zu K gilt sie als nicht existierend.

Verzichtet der Begünstigte jedoch auf das Geltendmachen seiner Rechte aus der Vormerkung, so ist die vormerkungswidrige Verfügung gegenüber jedermann wirksam. Diese Wirkung wird aber aus dem Grundbuch nicht ersichtlich, wenn nur die Vormerkung und das später begründete Recht eingetragen sind. Damit diese absolute Wirksamkeit auch gegen einen gutgläubigen Erwerb gesichert ist,⁶⁵ muss ein entsprechender Vermerk bei dem gegenüber der Vormerkung wirksamen Recht eintragbar sein.⁶⁶

- 19 *b) Einigung und Eintragung:* Um den vorgemerkten Anspruch durchzusetzen und die Verfügung vorzunehmen, bedarf es zunächst einer dinglichen Einigung gemäß § 873 I. Diese kann der Inhaber der Vormerkung nur von seinem Schuldner erzwingen, und zwar aufgrund des gesicherten Anspruchs.⁶⁷ Im obigen Beispiel 1) hat K gegen E einen Anspruch auf Auflassung. Allerdings ist E nicht mehr Eigentümer, sondern X. Infolge der relativen Unwirksamkeit der Veräußerung gilt aber

⁶² Entscheidend ist der Umfang des gesicherten Anspruchs: Eine Belastung ist nicht vormerkungswidrig, wenn der Anspruch nur auf Verschaffung belasteten Eigentums gerichtet ist, vgl. BGH NJW-RR 2008, 102.

⁶³ Vgl. Wolff/Raiser § 48 Fn. 21.

⁶⁴ Vgl. § 1 Rn. 32.

⁶⁵ Wenn etwa der Inhaber der Vormerkung diese an einen gutgläubigen Erwerber überträgt, der nichts von der absoluten Wirksamkeit des später eingetragenen Rechts weiß.

⁶⁶ Vgl. Gursky, DNotZ 1998, 273 ff.

⁶⁷ Besteht kein Anspruch, so kann der Berechtigte die für die Verfügung erforderliche Einigung nach § 873 nicht erhalten; eine Vormerkung wäre in einem solchen Fall sinnlos, sie kann nicht bestehen.

gegenüber K der E weiter als Eigentümer,⁶⁸ so dass K von E als Berechtigtem die Auflassung verlangen und erzwingen kann.

Um die Verfügung zu vollenden, muss noch die Eintragung im Grundbuch erfolgen: 20

aa) Bewilligungsanspruch gemäß § 888 I: Da im Beispiel 1) in Rn. 18 X als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, kann nur er die Bewilligung zur Eintragung des K erteilen, §§ 19, 39 GBO. Hier muss die Vormerkung ihre Wirkung als dingliches Recht entfalten und dem Inhaber einen Anspruch gegen einen Dritten, den X, geben. Das ist in § 888 I geregelt: Der Inhaber der Vormerkung kann von dem, der ihm gegenüber relativ unwirksam ein Recht erworben hat, Zustimmung zur Eintragung oder Löschung verlangen, soweit dies zur Durchsetzung des vorgemerkten Anspruchs erforderlich ist. K kann also gemäß § 888 I von X verlangen, dass dieser die Eintragung des K als Eigentümer bewillige.⁶⁹ Mit der Eintragung wird K absoluter Eigentümer, die Vormerkung hat ihre Aufgabe erfüllt. In Beispiel 2) kann K von G die Löschung der Hypothek verlangen, § 888 I,⁷⁰ mit der Löschung erlischt die Hypothek des G.⁷¹

bb) Abgrenzung zum Berichtigungsanspruch gemäß § 894: § 888 I gibt dem Inhaber des vorgemerkten Anspruchs einen Anspruch auf Bewilligung der Eintragung gegen den jetzigen Berechtigten („Erwerber“), der aber ihm gegenüber nicht der Berechtigte ist. Grundbuchberichtigung nach § 894 kann der Vormerkungsberechtigte nicht verlangen, weil das Grundbuch, insofern die Eintragung des Drittrechts betroffen ist, richtig ist.⁷² Anders gewendet: § 894 setzt voraus, dass der Berechtigte bereits ein Grundstücksrecht hat, das das Grundbuch nicht (richtig) verlaubar; der Vormerkungsberechtigte ist dagegen mangels Eintragung noch nicht Inhaber des vorgemerkten Rechts. 21

cc) Rechtsnatur des Bewilligungsanspruchs: Streitig ist die Rechtsnatur der Bewilligung, zu deren Abgabe § 888 I den Berechtigten („Erwerber“) verpflichtet. Wenn in unserem Beispiel 1) X die Bewilligung erklärt, handelt es sich dann um eine materielle Genehmigung der Auflassung des E nach § 185 II 1 (1), weil E als Nichtberechtigter verfügt hat? Oder handelt E als Berechtigter, wenn er dem K die Auflassung erklärt, weil er ihm gegenüber ja noch Berechtigter ist? Letzteres nimmt die h. M. zu Recht an. Die Bewilligung nach § 888 I ist eine rein formale Erklärung nach § 19 GBO, ein technisches Hilfsmittel, das für die Eintragung des K erforderlich ist. Denn gegenüber K ist nicht X Eigentümer, sondern E (Rn. 19); die Bewilligung führt eine Berichtigung des Grundbuchs herbei.⁷³ 22

⁶⁸ H. M., vgl. etwa Prütting Rn. 193.

⁶⁹ Weigert sich X, so kann die Eintragungsbewilligung durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt werden, § 894 ZPO.

⁷⁰ Seine Eintragung als Eigentümer setzt der Anspruch nicht voraus, vgl. BGHZ 186, 130 Rn. 7.

⁷¹ Hat K seine Eintragung als Eigentümer erreicht, kann er gegen die Hypothek auch aus § 894 vorgehen, da sie ihm gegenüber nicht existiert.

⁷² MünchKomm/Kohler § 888 Rn. 2.

⁷³ Vgl. Wolff/Raiser § 48 III 1; Staudinger/Kessler, 2020, § 888 Rn. 22, 24.

Der Anspruch aus § 888 I ist auf Abgabe der formellen Eintragungsbewilligung gerichtet; er entstammt dem dinglichen Recht „Vormerkung“ und kann nicht von ihm getrennt werden.⁷⁴ Dennoch handelt es sich um einen schuldrechtlichen Anspruch, auf den die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts anwendbar sind, etwa die Vorschriften des Schuldnerverzugs.⁷⁵

23 *dd) Verfügungsverbote:* Der Anspruch aus § 888 I steht auch dem zu, zu dessen Gunsten ein „Veräußerungsverbot“ über ein Grundstücksrecht besteht, § 888 II. Gemeint ist damit ein relatives gesetzliches oder richterliches Verfügungsverbot;⁷⁶ der Hauptfall ist ein nach § 938 II ZPO erlassenes immobilienrechtsbezogenes einstweiliges Verfügungsverbot.

24 *ee) Zwangsverfügungen:* Den in § 883 II genannten Verfügungen gleichzustellen sind nachträglich gegen den Schuldner verhängte Verfügungsbeschränkungen; soweit sie der Verwirklichung des gesicherten Anspruchs entgegenstehen, sind sie daher im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten analog § 883 II unwirksam.⁷⁷

§ 883 II 2 erweitert den Schutz des Vormerkungsgläubigers; er ist danach nicht nur gegen rechtsgeschäftliche Verfügungen des Schuldners gesichert, sondern auch gegen solche im Wege der Zwangsvollstreckung, des Arrestvollzugs oder gegen Verfügungen durch den Insolvenzverwalter. Wird im Beispiel 2) in Rn. 18 auf dem Grundstück des E etwa eine Zwangs- oder Arresthypothek (§§ 866, 867, 932 ZPO) für G eingetragen, so ist sie dem K gegenüber unwirksam. Er kann auch hier von G gemäß § 888 I Zustimmung zur Löschung verlangen. Wird das Grundstück versteigert, so kann K vom Ersteigerer die Bewilligung verlangen, dass er als Eigentümer eingetragen werde.⁷⁸ Wird E insolvent, so kann K vom Insolvenzverwalter Erfüllung seines Anspruchs verlangen, § 106 I 1 InsO; der Insolvenzverwalter hat nicht gemäß § 103 InsO die Möglichkeit, die Erfüllung zu verweigern. Die Vormerkung macht den Anspruch also insolvenzfest.

25 *ff) Vermietung:* Umstritten ist die Frage, ob die Auflassungsvormerkung ihren Inhaber auch gegen eine Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks durch den Schuldner schützt. Ist also die Vermietung bzw. Verpachtung eine beeinträchtigende Verfügung über das Grundstück i. S. v. § 883 II? Dann müsste der Inhaber der Vormerkung eine solche Verpachtung oder Vermietung nicht gegen sich gelten lassen.

Der BGH wendet § 883 II nicht an, weil die Vermietung keine Verfügung sei, der Mieter nur schuldrechtlich berechtigt sei.⁷⁹ Nach h. L. kommt allenfalls eine analoge Anwendung der §§ 883 ff. in Betracht, da die Vermietung bzw. Verpachtung

⁷⁴ Vgl. oben § 1 Rn. 9.

⁷⁵ Vgl. etwa Prütting Rn. 193 Fn. 24; Palandt/Herrler § 888 Rn. 4; Baur/Stürmer § 20 Rn. 37; BGH DNotZ 2016, 285 (teilweise Aufgabe von BGHZ 49, 263); a. A. mit nicht überzeugender Begründung BGHZ 49, 263; MünchKomm/Kohler § 888 Rn. 2; Staudinger/Kessler, 2020, § 888 Rn. 71 m. w. N.

⁷⁶ S. oben § 1 Rn. 32; Staudinger/Kessler, 2020, § 888 Rn. 109 f.

⁷⁷ BGHZ 170, 378 Rn. 14 zur Beschlagnahme in der Zwangsversteigerung.

⁷⁸ Vgl. Weirich/Ivo Rn. 929.

⁷⁹ BGH NJW 1954, 953, 954.

keine Verfügung sei, sondern ein rein schuldrechtlicher Vorgang.⁸⁰ Dagegen halten einige Autoren die Grundstücksmitte und -pacht nach der Grundstücksübergabe zu Recht sogar für ein dingliches Recht und die Vermietung daher für eine Verfügung.⁸¹ Denn im germanisch beeinflussten preußischen Recht hatte der Mieter ein dingliches Recht an der Sache, das er nicht nur gegen den Vermieter, sondern auch gegen Dritte geltend machen konnte. Dagegen wollte der Gesetzgeber im Gefolge der historischen Rechtsschule zunächst den veralteten römischen Grundsatz des „Kauf bricht Miete“ durchsetzen, sah sich aber schließlich durch den öffentlichen Druck gezwungen, in §§ 566, 581 (= §§ 571, 577 a.F.) die deutschrechtliche Regel des „Kauf bricht nicht Miete“ anzuordnen und so zu einer angemessenen Interessenbewertung zu kommen.⁸²

Die Grundstücksmitte und -pacht sind durch die §§ 566, 581 II verdinglicht, so dass sie auch gegen den Rechtsnachfolger wirken; die Vermietung oder Verpachtung eines Grundstück kann den Rechtsnachfolger in gleicher Weise treffen wie die Bestellung eines Nießbrauchs. Eine (je nach Auffassung: entsprechende) Anwendung des § 883 II auf die Vormerkung ist daher möglich; sie ist auch geboten, der Mieter oder Pächter eines Grundstücks kann nicht besser stehen als etwa ein Nießbraucher, welcher die Vormerkung gegen sich gelten lassen müsste.⁸³ Dem kann man nicht entgegenhalten, durch die Anwendung der §§ 883 ff. würde die soziale Schutzvorschrift des § 566 umgangen.⁸⁴ Denn § 566 greift erst ein, wenn der Vertrag abgeschlossen und das Grundstück an den Mieter oder Pächter übergeben ist, bevor es veräußert wird. Die Vormerkung bewirkt eine Vorverlegung des entscheidenden Zeitpunkts: Statt der Veräußerung ist der maßgebliche Zeitpunkt nun das Entstehen der Vormerkung. Ist ein dingliches Recht vorher bestellt, ist das Grundstück vorher vermietet und übergeben worden, so kann die Vormerkung diese Vorgänge nicht mehr beeinträchtigen; ist das dingliche Recht nach der Eintragung der Vormerkung bestellt oder ist das Grundstück erst nachher vermietet oder übergeben worden, so sind diese Vorgänge dem Inhaber der Vormerkung gegenüber unwirksam; §§ 566, 581 II finden keine Anwendung.

⁸⁰ Wolff/Raiser § 48 III 1 Fn. 30; Staudinger/Gursky, 2013, § 883 Rn. 211; Kaiser, JuS 2012, 341, 343.

⁸¹ Vgl. etwa Flume II § 11, 5 a; Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965; Otte, GS Sonnenschein, 2003, 181; Canaris, FS Flume I, 1978, 371, 403; Wilhelm Rn. 2289. Die Praxis hat die dingliche Wirkung des Mietvertrags seit der Zeit des Reichsgerichts anerkannt, indem sie dem Mieter, dem die Sache überlassen wurde, wie einem dinglich Berechtigten die Schutzansprüche aus § 823 I gewährt.

⁸² Vgl. dazu Wieling, GS Sonnenschein, 2003, 201, 207, 209 ff.

⁸³ So auch Wolff/Raiser § 48 III 1; Prütting Rn. 190; Palandt/Herrler § 883 Rn. 20; Staudinger/Gursky, 2013, § 883 Rn. 211 m. w. N.; Tiedtke, Jura 1981, 365. Zur Gegenmeinung, welche unbewusst im Banne des insoweit überholten römischen Rechts die Vormerkung nicht auf die Miete anwenden will, vgl. etwa Müller/Gruber Rn. 2918; Baur/Stürner § 20 Rn. 41; Staake, Jura 2006, 561 ff. und die bei Staudinger/Gursky, 2013, § 883 Rn. 211 aufgeführten Nachweise.

⁸⁴ So aber BGH NJW 1954, 953; NJW 1989, 451; Baur/Stürner § 20 Rn. 41; Wellenhofer § 18 Rn. 19; Wertheimer, Jura 1991, 206 ff.; Finger, JR 1974, 8.

26 *gg) Anwendung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses:* Der Inhaber der Vormerkung hat ein dingliches Erwerbsrecht, das den Erwerb des Rechts aufgrund des vorgemerkten Anspruchs sichert. Wer gegen dieses Erwerbsrecht ein Grundstücksrecht erwirbt, muss damit rechnen, dass ihm sein Recht wieder entzogen wird. Ob auf das Verhältnis des Inhabers der Vormerkung zum verpflichteten Dritten das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis entsprechend anzuwenden ist, ist umstritten. Die zweite BGB-Kommission hat die Vorschrift des ersten BGB-Entwurfs, der eine Anwendung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses vorsah, als überflüssig gestrichen.⁸⁵ Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften entspricht jedoch deren Zweck: Einmal ist aufgrund des relativen Verfügungsverbots der Vormerkung der dritte Erwerber gegenüber dem Inhaber der Vormerkung nicht Eigentümer geworden, zum anderen steht dem Inhaber der Vormerkung ein dingliches Erwerbsrecht zu, das im Verhältnis zum Dritten dem bereits erworbenen Eigentum gleichgestellt werden kann. Gegenüber der Anwendung des detailliert geregelten Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ist die von der zweiten BGB-Kommission vorgeschlagene Abwicklung über die jeweiligen Vertragspartner⁸⁶ umständlich und unbefriedigend.⁸⁷

Hat der dritte Erwerber Nutzungen aus dem Grundstück gezogen, so steht dem Vormerkungsberechtigten ein Herausgabeanspruch entsprechend § 987 zu.⁸⁸ Hat der dritte Erwerber Schäden verursacht, etwa ein Gebäude abgerissen, so kann der Inhaber der Vormerkung Schadensersatz entsprechend §§ 989 ff. verlangen.⁸⁹ Hat umgekehrt der dritte Erwerber Verwendungen auf das Grundstück gemacht, so kann er vom Vormerkungsinhaber gemäß § 994 II Ersatz verlangen, soweit es sich um notwendige Verwendungen handelte.⁹⁰

Der Anspruch aus § 888 I gegen den dritten Erwerber dient dazu, den mit der Vormerkung gesicherten Anspruch dinglich abzusichern und durchzusetzen. Der Anspruch kann daher nicht weitergehen als der geschützte Anspruch selbst. Entsprechend § 1137 kann der Dritte alle Einreden geltend machen, die auch dem Schuldner des gesicherten Anspruchs zustehen.⁹¹

27 *c) Rang des vorgemerkten Rechts:* Gemäß § 883 III wirkt die Vormerkung rangwährend. Entsteht das vorgemerkte Recht, so richtet sich sein Rang nach dem Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung. Es geht also anderen Belastungen vor, die zeitlich nach der Vormerkung eingetragen wurden. Gegen deren Bestellung muss der Inhaber der Vormerkung also nicht besonders vorgehen.

⁸⁵ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 571; vgl. dazu MünchKomm/Kohler § 888 Rn. 18 ff. m. w. N.

⁸⁶ Bei der Erörterung des Vorkaufsrechts, vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 716.

⁸⁷ Gegen die entsprechende Anwendung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses aber Assmann, Die Vormerkung, 1998, 447 ff., 462 ff.

⁸⁸ Vgl. BGH NJW 2000, 2899 ff.

⁸⁹ BGH NJW 1983, 2024.

⁹⁰ Vgl. RGZ 139, 356; BGHZ 75, 288 ff.; BGH NJW 2000, 2899 ff.; Tiedtke, Jura 1981, 357; Kohler, NJW 1984, 2849 ff.

⁹¹ Vgl. BGH NJW 1989, 221; Westermann/Eickmann § 82 Rn. 35; Erman/Artz § 888 Rn. 8, 8a; Tiedtke, Jura 1981, 356 f.

Werden mehrere Vormerkungen eingetragen, so ist die zweite dem Inhaber der ersten gegenüber unwirksam.⁹² Werden zwei Vormerkungen mit gleichem Rang eingetragen, z. B. für Hypotheken, so erhalten die Rechte bei der Eintragung den gleichen Rang, § 883 III. Werden mehrere Auflassungsvormerkungen eingetragen, so richtet sich ihr Rang nach § 879 I 1; sie haben also einen Rang, obwohl das Eigentum selbst keinen Rang hat.⁹³ Werden mehrere Auflassungsvormerkungen mit gleichem Rang eingetragen, so entfalten sie Dritten gegenüber ihre Wirkung; untereinander paralysieren sie sich; keine kann gegen die andere eine Wirkung entfalten. Die Rechtslage ist zwischen den Vormerkungsberechtigten dieselbe wie auch sonst bei einem Doppelverkauf ohne Vormerkung: Wer zuerst die Eintragung erreicht, wird Eigentümer.⁹⁴ Die Ansicht, welche den Vormerkungsinhabern Miteigentum verschaffen will,⁹⁵ gibt den Beteiligten etwas, was kaum in ihrem Interesse liegen wird.

2. Wirkung der gutgläubig erworbenen Vormerkung

a) *Nachträgliche Bösgläubigkeit des Erwerbers*: Lücken der gesetzlichen Regelung der Vormerkung werden deutlich, wenn es darum geht, eine gutgläubig erworbene Vormerkung durchzusetzen; an die hier auftretenden Schwierigkeiten hat der Gesetzgeber nicht gedacht. 28

Beispiel: K hat vom Bucheigentümer B ein Grundstück gekauft, für ihn ist auf Bewilligung des B eine Vormerkung eingetragen worden. Bevor die Auflassung und Eintragung des K als Eigentümer erfolgen, erfährt K, dass in Wirklichkeit E der Eigentümer des Grundstücks ist. Abwandlung: E wird im Wege der Grundbuchberichtigung als Eigentümer eingetragen.

K hat die Vormerkung gutgläubig erworben (Rn. 15). Jetzt allerdings ist er bösgläubig; das Eigentum kann er nicht mehr gutgläubig erwerben, es sei denn, dass ihm die bereits erworbene Vormerkung dies ermöglicht. § 883 II greift nicht ein, denn es ist keine vormerkungswidrige Verfügung vorgenommen worden; auch die berichtigende Eintragung des E ist keine Verfügung, auf welche § 883 II angewandt werden könnte. Es stellt sich also die Frage, ob man aufgrund der Vormerkung dem K einen Eigentumserwerb ermöglichen soll.

Die Entscheidung ist noch nicht damit gefallen, dass man überhaupt einen gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung zulässt; man könnte die Wirkung der Vormerkung darauf beschränken, dass K gegen weitere Verfügungen des B geschützt ist, dass er aber weiterhin gutgläubig sein muss, um Eigentum zu erwerben. Eine solche Einschränkung würde aber den Wert der Vormerkung erheblich einschränken und die Verkehrssicherheit gefährden. Wie derjenige, der ein Anwartschaftsrecht auf-

⁹² Vgl. Lüke, JuS 1971, 341 ff.; Olshausen, JuS 1976, 522 f.; Espenhain, JuS 1981, 438 ff.

⁹³ Vgl. Holderbaum, JZ 1965, 713.

⁹⁴ Vgl. Palandt/Herrler § 883 Rn. 29; MünchKomm/Kohler § 883 Rn. 66 m. w. N.

⁹⁵ Vgl. Lemke, JuS 1980, 517.

grund eines Vorbehaltskaufs hat,⁹⁶ so soll auch der Inhaber einer Vormerkung sicher sein können im Erwerb seines Rechts. Er soll etwa in der Lage sein, nach dem Erwerb einer Vormerkung den Kaufpreis für das Grundstück ohne Bedenken zu zahlen.⁹⁷ Die Vormerkung muss den Inhaber also auch gegen die Folgen einer nachträglichen Bösgläubigkeit schützen.⁹⁸ K muss Eigentum erwerben können, s. sogleich.

- 29 *b) Konstruktion des Eigentumserwerbs:* K kann in Beispiel in Rn. 28 den Antrag auf Eintragung als Eigentümer selbst stellen, eine Auffassung kann er sich aufgrund des Kaufvertrags von B beschaffen. Allerdings ist B Nichtberechtigter, was K nun weiß. Um dem K die Vorteile der Vormerkung zu sichern, muss für den Zeitpunkt der Gutgläubigkeit allein auf die Zeit des Erwerbs der Vormerkung abgestellt werden.⁹⁹ K kann also gutgläubig erwerben, wenn er eingetragen wird; gemäß § 892 II ist für den guten Glauben der Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung der Vormerkung entscheidend.¹⁰⁰ Wenn B noch als Eigentümer eingetragen ist, stehen der Eintragung des K aufgrund der Auffassung des B keine Schwierigkeiten entgegen; einer Mitwirkung (Zustimmung) des E bedarf es nicht.

Schwieriger gestaltet sich die Situation, wenn E im Wege der Grundbuchberichtigung als Eigentümer eingetragen ist. Eine Eintragung des K setzt die Bewilligung des E voraus, welche K nach § 888 I von E verlangen kann. Diese Bewilligung ist eine formalrechtliche Erklärung gemäß § 19 GBO. Einer materiellrechtlichen Zustimmung nach § 185 bedarf es nicht.

V. Aufhebung und Erlöschen der Vormerkung

- 30 *a) Aufhebung:* Die Vormerkung wird entsprechend § 875 durch Erklärung des Inhabers und Eintragung der Erklärung im Grundbuch aufgehoben.¹⁰¹ Einen Anspruch auf Aufhebung hat der Schuldner gemäß § 886 dann, wenn ihm eine dauernde Einrede (wie etwa die Einrede der Verjährung) gegen den gesicherten Anspruch zusteht. Wird die gesicherte Forderung abgetreten und vereinbart, dass die Vormerkung nicht mit übergehen solle, so erlischt die Vormerkung; auch Schuldübernahme führt entsprechend § 418 zum Erlöschen der Vormerkung.
- 31 *b) Erlöschen:* Die Vormerkung erlischt, wenn das gesicherte Recht eingetragen und entstanden ist und der Zweck der Vormerkung somit erreicht ist. Sind allerdings vormerkungswidrig Zwischenrechte eingetragen, so bleibt die Vormerkung bestehen, bis die Zwischenrechte gelöscht sind. Beispiel: V hat dem K eine Auflassungs-

⁹⁶ Vgl. § 17 Rn. 14.

⁹⁷ Vgl. Weirich/Ivo Rn. 958.

⁹⁸ S. die Nachweise bei Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 187.

⁹⁹ Vgl. etwa Planck/Strecker § 883 Erl. 3 k; Weirich/Ivo Rn. 947; BGH NJW 1981, 446 f.; Tiedtke, Jura 1981, 361 f.; Prütting Rn. 197; Canaris, JuS 1969, 82; a. A. Wiegand, JuS 1975, 212; Goetzke/Habermann, JuS 1975, 82 ff.

¹⁰⁰ Vgl. § 20 Rn. 66.

¹⁰¹ BGHZ 60, 50.

vormerkung bestellt; danach ist K als Eigentümer eingetragen worden; der Zweck der Vormerkung ist erreicht, sie ist erloschen. Hat allerdings V noch vor Eintragung des K als Eigentümer dem G eine Hypothek bestellt, so ist diese gemäß § 883 II dem K gegenüber unwirksam. Um die Beseitigung durchzusetzen, benötigt K die Vormerkung; sie bleibt daher bestehen, bis alle vormerkungswidrigen Rechte gelöscht sind.¹⁰²

Aufgrund der Akzessorietät geht die Vormerkung unter, sobald der gesicherte Anspruch auf irgendeine Art erlischt, z. B. durch Rücktritt vom Kaufvertrag.¹⁰³ Ist der Gläubiger der gesicherten Forderung unbekannt, so erlischt die Vormerkung durch Ausschließungsbeschluss, § 887. Die Vormerkung erlischt weiter, wenn die einstweilige Verfügung aufgehoben wird, welche die Vormerkung begründet hat; der Betroffene kann in diesem Fall gemäß § 25 GBO die Vormerkung im Wege der Berichtigung löschen lassen.¹⁰⁴

c) *Konfusion*: Die Vormerkung erlischt gemäß § 889 nicht durch Konsolidation, wenn sie mit dem Eigentum zusammenfällt. Sie erlischt in diesem Fall aber aufgrund ihrer Akzessorietät,¹⁰⁵ weil in diesem Fall Schuldner und Gläubiger der zu sichernden Forderung zusammenfallen und daher die Forderung durch Konfusion erlischt. Das Erlöschen der Rechte durch Konsolidation und Konfusion ist aber kein logisch zwingend eintretendes Ereignis und auch kein Vorgang, der mit naturwissenschaftlich notwendiger Konsequenz erfolgen müsste. Es ist vielmehr ein normalerweise sinnvoller Vorgang, der ausnahmsweise aber den Interessen der Beteiligten nicht gerecht wird und dann nicht eintritt. Das zeigen § 1163 für das Hypothekenrecht, § 889 für das gesamte Grundstücksrecht und insbesondere §§ 1063 II, 1256 II, wonach ein Nießbrauch und ein Pfandrecht nicht durch Konsolidation erlöschen, wenn deren Inhaber ein rechtliches Interesse an ihrem weiteren Bestand hat.¹⁰⁶ Diese Regelung ist entsprechend den Anforderungen der Interessenjurisprudenz zu verallgemeinern, Konfusion und Konsolidation treten nicht ein, wenn der Rechtsinhaber ein berechtigtes rechtliches Interesse am Fortbestand des beschränkten Rechts hat,¹⁰⁷ vgl. auch das soeben genannte Beispiel in Rn. 31. Diese Selbstverständlichkeit beachtet der BGH¹⁰⁸ nicht, wenn er mit begriffsjuristischer Argumentation einem vormerkungsgesicherten Käufer den Erwerb vorenthält, weil dieser später das Eigentum geerbt hat. Aufgrund dieses Erbschaftserwerbs nimmt der BGH ein Erlöschen der Vormerkung an und entzieht deshalb dem Berechtigten das Eigentum, indem er die Erwerbsmöglichkeit dem Dritterwerber und Inhaber einer nachrangigen Vormerkung zuspricht. Das verletzt die berechtigten Interessen des

¹⁰² Vgl. auch Wacke, NJW 1981, 1577, 1579.

¹⁰³ Vgl. BGH NJW 2009, 1414.

¹⁰⁴ Vgl. etwa Wolff/Raiser § 48 VI 5; Prütting Rn. 195.

¹⁰⁵ Vgl. Rn. 5.

¹⁰⁶ Vgl. § 1 Rn. 11 mit Fn. 27; § 15 Rn. 52 mit Fn. 59.

¹⁰⁷ Ebenso schon Wacke, NJW 1981, 1577 ff.

¹⁰⁸ BGH NJW 2000, 1033 f.

Inhabers der vorrangigen Vormerkung in unberechtigter Weise, nur weil er zugleich Eigentümer geworden ist.¹⁰⁹

Fraglich ist, ob der Entscheidung im Ergebnis nicht doch zuzustimmen ist, weil der Inhaber der vorrangigen Vormerkung mit dem Eigentum auch die Verpflichtung geerbt hat, das Grundstück an den Inhaber der zweitrangigen Vormerkung zu übereignen. Kann der Erbe dem Anspruch des Dritterwerbers entgegenhalten, dass er ein vorrangiges Recht auf das Eigentum habe? Wenn man das verneint,¹¹⁰ kommt man zu der soeben abgelehnten Folgerung, dass der Berechtigte durch das Hinzuerwerben der Erbschaft in seinen Rechten geschmälert wird. Ohne die Erbschaft könnte er seine erstrangige Auflassungsvormerkung gegen jeden durchsetzen; sollte er das nach dem Hinzuerwerb der Erbschaft nicht mehr können? Wenn der Dritterwerber seinen Eigentumserwerb durchsetzen könnte, dann könnte wiederum der Berechtigte seine erstrangige Vormerkung, die nicht durch Konfusion untergegangen ist, gegen den Dritterwerber durchsetzen! Die erstrangige Vormerkung muss stärker sein als die zweitrangige. Oder sollte etwa der Grundstückseigentümer, der das Grundstück vertragswidrig zweimal verkauft und zwei Vormerkungen bestellt, den gesicherten Anspruch des erstrangigen Vormerkungsberechtigten dadurch vereiteln können, dass er ihn zum Erben einsetzt?¹¹¹

¹⁰⁹ So im Ergebnis auch Gebauer/Haubold, JZ 2000, 680 ff.

¹¹⁰ So Gebauer/Haubold, JZ 2000, 682 f.

¹¹¹ Vgl. dazu Wieling, JR 2001, 147, 148 ff. Freilich darf auch der Dritterwerber nicht dadurch benachteiligt werden, dass der Inhaber der erstrangigen Vormerkung Erbe und Eigentümer wurde. Hätte der Erblasser diesem das Eigentum durch Rechtsgeschäft übertragen, so hätte der Dritterwerber einen Schadensersatzanspruch gegen ihn erworben, den er auch gegen den Erben geltend machen kann. Der Anspruch kann aber nicht auf Naturalrestitution gehen, da sonst die Vorrangigkeit der Vormerkung des Erben beeinträchtigt würde.

Teil 7: Grundeigentum

§ 23. Grundeigentum



I. Inhalt und Schranken des Grundeigentums

Der Inhalt des Eigentums findet seine Grenze dort, wo die Eigentumsschranken 1
beginnen; Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung sind daher identisch, nur
der Blickwinkel ist verschieden (vgl. oben § 8 Rn. 2 ff., 8 ff.).

1. *Privatrechtliche Schranken*

Für das Grundeigentum gelten dieselben Bestimmungen und Einschränkungen, die 2
in § 8 Rn. 1 ff. für bewegliche Sachen dargestellt sind.

Gemäß § 905, 1 erstreckt sich das Grundstückseigentum nicht nur auf die Erd- 3
oberfläche, sondern auch auf den Raum darüber und den Erdkörper darunter.¹ So
kann der Eigentümer das Führen einer Seilbahn über sein Grundstück oder das
Anbringen von Einrichtungen, die in den Luftraum des Grundstücks ragen (Rekla-
meschilder), nach § 1004 verbieten. Gleiches gilt für einen Tunnel, wenn eine Er-
schütterungs- oder gar Einsturzgefahr besteht. Der Grundeigentümer kann Boden-
bestandteile, die wie Kies und Sand nicht dem Bergrecht unterliegen (§ 24 Rn. 24),
abbauen.

Allerdings kann der Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher
Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, dass er an der Ausschließung kein Interesse
hat, § 905, 2. Ein Anspruch des Eigentümers aus § 1004 ist in diesen Fällen ausge-
schlossen. Ist eine Einwirkung nach § 905, 2 zu dulden, so kann sich daraus kein
Ersatzanspruch als Aufopferungsanspruch ergeben; denn wenn die zu duldende
Maßnahme die Interessen des Eigentümers nicht berührt, kann er keinen Schaden

¹ Vgl. dazu Goeke, Das Grundeigentum im Luftraum und im Erdreich, 1999; für ein „oberflächen-
orientiertes Eigentum“ Turner, JZ 1968, 250.

haben.² Einwirkungen, die nicht zu dulden sind, können gemäß § 1004 untersagt werden; sie können auch (verschuldensabhängig) einen Schadensersatzanspruch nach § 823 begründen.

Sonderregeln für das Gewinnen von Bodenschätzen finden sich im Bergrecht, vgl. § 24 Rn. 24; zum Schatzfund oben § 11 Rn. 80 ff.

2. Öffentlichrechtliche Schranken

- 4 Das öffentliche Recht enthält zahlreiche Beschränkungen des Eigentums im Sinne des Art. 14 I 2 GG. Die Regelungen sind wegen der unterschiedlichen Zielrichtungen der verschiedenen Gesetze sehr vielfältig und müssen hier nicht im Einzelnen dargestellt werden;³ nur einige wichtige Bereiche des öffentlichen Rechts, in denen sich eigentumsbeschränkende Normen finden, sollen hier erwähnt werden:
- 5 Das *Bauordnungsrecht* stellt als wichtigste Beschränkung der durch Art. 14 GG gewährleisteten Baufreiheit das Erfordernis einer Baugenehmigung auf.
- 6 Im *Bauplanungsrecht* wird die Baufreiheit ebenfalls beschränkt, z. B. durch die Festsetzung von Baugebieten in den gemeindlichen Bebauungsplänen, in denen nur bestimmte Bebauungen zulässig sind.
- 7 Erhebliche Nutzungsbeschränkungen enthält auch das *Natur- und Denkmalschutzrecht*.⁴
- 8 Das *Verkehrsrecht* bringt Beschränkungen für Eigentümer öffentlicher Sachen, etwa des Eigentümers einer öffentlichen Straße, dessen Recht aus § 903, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, durch die öffentliche Widmung beschränkt ist. Andere Beschränkungen für den Grundeigentümer ergeben sich etwa aus dem LuftVG: Nach den §§ 12 ff. gelten in der Umgebung von Flughäfen Baubeschränkungen; nach § 1 muss der Grundeigentümer das Überfliegen durch Flugzeuge dulden. Nicht zu dulden braucht der Eigentümer eines Wohngrundstücks jedoch das Überfliegen von Drohnen, die optische, akustische oder Funksignale empfangen, übertragen oder aufzeichnen können, § 21b I 1 Nr. 7 LuftVO. Das Bundesfernstraßengesetz beschränkt die Nutzung und Bebauung von Grundstücken entlang der Bundesstraßen. Versorgungsleitungen (elektrische und Telekommunikationsleitungen; Leitungen für die Straßenbeleuchtung) sind gemäß §§ 68 ff., 76 TKG, § 32 PBefG, § 126 BauGB zu dulden.

²Zutr. Baur/Stürner § 25 Rn. 3; anders aber MünchKomm/Brückner § 905 Rn. 19; Erman/Wilhelmi § 905 Rn. 9, die auch ohne Verschulden einen Schadensersatzanspruch geben.

³Vgl. etwa den Katalog bei MünchKomm/Brückner § 903 Rn. 58; Palandt/Herrler § 903 Rn. 14–22 und die ausführliche Erörterung bei Baur/Stürner § 26.

⁴Zu Duldungspflichten aus dem Gesichtspunkt des Naturschutzes vgl. Endres, Eigentumsfreiheitsklage contra Naturschutz, 1997; Spennemann, in: Martin/Krautzberger, Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 4. Aufl. 2017, Teil D.

II. Nachbarrecht

1. Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis

Ein wichtiger Fall der Beschränkung des Eigentums ist das Nachbarrecht. Ein rücksichtsloses Beharren auf dem Eigentümerrecht, insbesondere auf dem Ausschließungs- und Verbotsrecht nach §§ 903, 1004, führt hier sehr leicht und schnell zu Zwistigkeiten.⁵ Zwischen den Nachbarn bestehen – latent oder aktuell – vielfache Rechtsbeziehungen. Die Gesamtheit dieser Beziehungen ist das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis.⁶ Aus ihm entwickelten sich in der Vergangenheit die Eigentumsbeschränkungen, die heute in den §§ 906–924 gesetzlich geregelt sind, doch geht es über diese punktuellen gesetzlichen Regelungen hinaus und begründet ein allgemeines Gebot der Rücksichtnahme und Toleranz,⁷ aus dem sich in konkreten Fällen über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus Unterlassungs- oder Duldungspflichten ergeben können.⁸ Es ist letztlich ein besonderer Anwendungsfall des § 242 und ebenso schwierig zu handhaben wie dieser. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis ist keineswegs ein Freibrief dafür, emotionale Billigkeitsvorstellungen als geltendes Recht auszugeben.⁹ Erforderlich ist vielmehr, die Interessen der Nachbarn anhand der gesetzlich vorgegebenen Entscheidungen und Wertungen gegeneinander abzuwägen;¹⁰ nur wenn sich dabei zeigt, dass ein Verbot einen Nachbarn in unbilliger Weise beeinträchtigen würde, kann sich aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ein Duldungsanspruch ergeben. Einige Beispiele aus der Rechtsprechung sind unter Rn. 38 ff. angeführt.

Aus dem Bestehen des Gemeinschaftsverhältnisses zwischen Nachbarn folgt die Anwendbarkeit des § 278 auf Hilfspersonen; fällt also ein Gärtner für den Grund-

⁵ „Die Parteien sind Nachbarn, also verfeindet.“ Des Themas „Nachbarfeindschaft“ hat sich bereits ein Autor angenommen: Bergmann, Giftzwerge, 1992. Zur Gattung der „Frustzwerge“ (Zwerg mit herausgestreckter Zunge und erhobenem Mittelfinger) vgl. AG Grünstadt NJW 1995, 889.

⁶ Johow, 551, spricht gleichsinnig von der „Grenzgemeinschaft“; andere sprechen vom Rücksichtnahmegebot, vgl. Staudinger/Roth, 2016, § 906 Rn. 241.

⁷ Vgl. BGHZ 28, 114; BGH NJW 1991, 1672; Westermann § 63 I 2; Palandt/Herrler § 903 Rn. 13; Mühl, AcP 189 (1989), 190 ff.; Prütting Rn. 350 f.; Erman/Wilhelmi § 906 Rn. 74 ff.; ablehnend Wolff/Raiser § 53 Fn. 1; Baur/Stürner § 5 Rn. 16; BGH NJW 1990, 2468; krit. auch Deneke, Das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis, 1987.

⁸ Die Ansicht, welche ein nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis als Grund neuer Rechte und Pflichten ablehnt, begreift dieses unzutreffend als ein mittlerweile abgestorbenes Institut. Weitergehend lehnt Neuner, JuS 2005, 385, 386 schon die Benutzung des Ausdrucks „Gemeinschaftsverhältnis“ ab, weil er in der nationalsozialistischen Eigentumsdoktrin wurzele (s. aber schon oben Fn. 6) und weil es außer der räumlichen Nähe nichts Verbindendes gebe. Ersteres besagt nichts zur Sache; letzteres stimmt offenbar nicht, es gibt eine gemeinsame Grenze mit vielerlei gemeinsamen oder gegensätzlichen Interessen, wovon man sich durch das Studium der einschlägigen Judikatur überzeugen kann. Auch die Tatsache schließlich, dass das Eigentum ein individuelles Freiheitsrecht sei, ändert an den vielfältigen Bindungen des Eigentums nichts.

⁹ So muss die Nutzung eines Grundstücks durch den Nachbarn nicht etwa deswegen geduldet werden, weil der Eigentümer es längere Zeit ungenutzt gelassen hatte, vgl. BGH NJW 2000, 1719 f.

¹⁰ Daher hat z. B. ein Nachbar keinen Anspruch auf Beseitigung einer Pollen immittierenden Birke, wenn diese den Grenzabstand (s. Rn. 55) zum Nachbargrundstück einhält, vgl. BGH JZ 2020, 41 Rn. 15.

stückseigentümer einen Baum, der auf die Garage des Nachbarn stürzt, haftet der Eigentümer für den Gärtner.¹¹

2. Überbau

- 10 Baut jemand von seinem Grundstück (Stammgrundstück) aus so, dass das Gebäude in ein Nachbargrundstück hinübergreift, so liegt ein Überbau vor; dabei spielt es keine Rolle, ob nur ein wenig über die Grenze gebaut wird oder ob das Gebäude zum größeren Teil auf dem Nachbargrundstück errichtet wurde. Durch den Überbau wird das Eigentum des Nachbarn gestört, er kann nach § 1004 I 1 Beseitigung verlangen. Andererseits können durch den Abbruch des Gebäudes erhebliche Werte vernichtet werden, während die Beeinträchtigung für den Nachbarn möglicherweise gering ist. Das Gesetz sucht in den §§ 912–916 einen Interessenausgleich, wobei entscheidend das Verschulden des Überbauenden ist.¹²
- 11 a) *Rechtmäßiger Überbau*: Ist der Überbau berechtigt, etwa weil dem Überbauenden eine entsprechende Dienstbarkeit zusteht, so greifen die §§ 912 ff. nicht ein. Der Eigentümer ist nach § 1004 II zur Duldung verpflichtet. Dasselbe gilt, wenn eine schuldrechtliche Erlaubnis (Gestattung) zum Überbauen vorliegt,¹³ doch ist daran nur der Gestattende selbst gebunden, nicht ein Rechtsnachfolger, an welchen er etwa das Grundstück veräußert; der Geldausgleich richtet sich nach der Vereinbarung. Ist dagegen der gestattete Überbau schon errichtet, so ist auch der Rechtsnachfolger des Gestattenden nach § 912 I daran gebunden, es besteht eine Ausgleichspflicht nach § 912 II.¹⁴ Hat der Eigentümer sich vertraglich verpflichtet, nicht über die Grenze zu bauen, so muss er den Überbau auf jeden Fall beseitigen, die §§ 912 ff. sind nicht anzuwenden.¹⁵
- 12 b) *Unentschuldigter Überbau*: Zum Abriss verpflichtet ist der Eigentümer, der rechtswidrig und unentschuldig überbaut. Unentschuldig ist, wer vorsätzlich oder grob fahrlässig über die Grenze baut oder wer einen Widerspruch des Nachbarn nicht beachtet,¹⁶ § 912 I. In beiden Fällen ist der Überbauende nicht schutzwürdig,

¹¹ Wie hier Prütting Rn. 351; Westermann/Westermann § 61 Rn. 44; Brox, JA 1984, 182, 185 ff.; OLG Hamm ZfIR 2018, Rn. 30 ff., 37 ff.; differenzierend Baur/Stürner § 5 Rn. 16. Die Gegenauffassung lehnt die Entstehung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses ab und prüft nur eine Haftung aus § 831 mit Entlastungsmöglichkeit; vgl. BGH NJW 1965, 389, 390; NJW 2006, 992; NJW 2008, 2032.

¹² Motive III, 283 f.

¹³ Vgl. etwa Wolff/Raiser § 55 Fn. 8; Jauernig/Berger § 912 Rn. 1; Staudinger/Roth, 2016, § 912 Rn. 66; BGH NJW 2008, 3122; OLG Jena NJOZ 2013, 197. In BGH NJW 1974, 794 sieht der BGH den gestatteten Überbau zwar als rechtmäßig an, will aber die Grundsätze der §§ 912 ff. anwenden; ebenso RGRK/Augustin § 912 Rn. 2; unentschieden Westermann/Westermann § 62 Rn. 5.

¹⁴ BGH NJW 1983, 1112 f.

¹⁵ RGRK/Augustin § 912 Rn. 4; a. A. (entsprechende Anwendung der §§ 912 ff.) Westermann/Westermann § 62 Rn. 5.

¹⁶ Das gilt auch dann, wenn der Widersprechende vom Überbau noch gar keine Kenntnis hatte oder wenn er den Widerspruch falsch oder gar nicht begründete, BGHZ 59, 191.

sein Interesse an der Erhaltung der geschaffenen Werte hat hinter dem Integritätsinteresse des Nachbarn zurückzustehen.

Der unentschuldigte Überbau fällt gemäß §§ 946, 94 I 1 in das Eigentum des Nachbarn, dem das überbaute Grundstück gehört; das Eigentum am Gebäude wird also entlang der Grundstücksgrenze vertikal geteilt (Grundsatz der lotrechten Teilung).¹⁷ Der Nachbar kann Herausgabe dieses Gebäudeteils verlangen und ihn nutzen, falls das möglich sein sollte. Verwendungsersatz kann der Überbauende gemäß § 996 nicht verlangen, er kann allerdings den Überbau gemäß § 997 (Wegnahmerecht) beseitigen. Der Nachbar hat auch einen Anspruch auf Beseitigung gemäß § 1004; der Überbauende muss den Überbau abreißen. Allerdings soll unter den Voraussetzungen des § 275 II, den die Rechtsprechung wenig überzeugend auf alle Beseitigungsansprüche anwendet,¹⁸ ein Abriss für den Überbauenden unzumutbar sein können.¹⁹ Eine solche allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist jedoch der gesetzlichen Interessenabwägung in §§ 912 ff. nicht überlegen.²⁰ Wegen der Notwendigkeit einer groben Fahrlässigkeit bzw. eines Vorsatzes des Überbauenden kann Unzumutbarkeit zudem nur ganz ausnahmsweise angenommen werden, vgl. § 275 II 2.²¹ Nimmt man sie an, ist eine Geldrente für den Nachbarn analog § 912 II geboten.²²

c) *Entschuldigter Überbau*: Geduldet werden muss dagegen der entschuldigte Überbau, der in den §§ 912–916 geregelt ist. Unter „Gebäude“ i. S. v. § 912 sind Bauwerke aller Art zu verstehen, z. B. auch Brücken oder Scheunen; die *ratio legis* der §§ 912 ff. trifft auch auf sie zu;²³ ferner nicht nur Bauwerke auf der Erde, sondern auch solche unter der Erde (z. B. ein Keller oder eine Tiefgarage); der Überbau kann auch in der Luft geschehen, etwa durch einen hinüberraagenden Balkon. Entsteht der Überbau nicht schon „bei der Errichtung“ des Gebäudes, sondern erst später, etwa anlässlich einer baulichen Veränderung²⁴ oder wegen der allmählichen Neigung einer Mauer,²⁵ ist § 912 analog anzuwenden.²⁶ 13

¹⁷ H. M., vgl. BGH NJW 1985, 790 f.; Prütting Rn. 346; Baur/Stürmer § 25 Rn. 11; Vieweg/Werner § 9 Rn. 62.

¹⁸ Krit. dazu Kolbe, NJW 2008, 3618, 3619; s. auch § 23 Rn. 106.

¹⁹ BGH NJW 2008, 3122 Rn. 16 f.; NJW 2008, 3123 Rn. 19; NJW-RR 2010, 315; Staudinger/Roth, 2016, § 912 Rn. 75. Früher stützte die Rechtsprechung den Gedanken auf § 251 II; vgl. BGHZ 68, 350; dagegen mit Recht krit. Picker, AcP 176 (1976), 28, 52 ff., 56 ff.

²⁰ Krit. auch Wilhelm Rn. 1186; Katzenstein, JZ 2010, 633, 634; Gsell, LMK 2008, 266937; Maetschke, ZfIR 2015, 366.

²¹ So etwa bei schuldhaft verspäteter Geltendmachung des Beseitigungsanspruchs, vgl. BGH NJW 2008, 3123 Rn. 23 f.

²² Vgl. Kolbe, NJW 2008, 3618, 3620; s. auch Gsell, LMK 2008, 266937.

²³ Vgl. Wolff/Raiser § 55 Fn. 2; Jauernig/Berger § 912 Rn. 5. – Zäune und seitenoffene Carports sind dagegen keine Gebäude.

²⁴ So etwa, wenn bei zulässiger Grenzbebauung eine Wärmedämmung angebracht wird, BGH NJW-RR 2009, 24 Rn. 10. S. noch Rn. 55.

²⁵ BGH NJW 1986, 2639.

²⁶ Westermann/Westermann § 62 Rn. 5.

- 14 *aa) Voraussetzungen:* Ein Überbau ist gemäß § 912 I entschuldigt, wenn er ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit geschehen ist²⁷ und wenn der Nachbar dem Überbau nicht vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung widersprochen hat (Gedanke der Verschweigung). Der Widerspruch ist an den Bauherrn oder Bauleiter zu adressieren, er bedarf keiner Begründung.²⁸ Er muss sofort erfolgen, damit nicht bei vorangeschrittenem Bau größere Werte zerstört werden müssen.²⁹ Erfolgt kein rechtzeitiger Widerspruch, kommt es nicht darauf an, ob der Nachbar überhaupt eine Möglichkeit hatte, erfolgreich zu widersprechen.³⁰
- 15 *bb) Duldungspflicht:* Liegen die Voraussetzungen des § 912 I vor, so hat der Grundstücksnachbar³¹ den Überbau zu dulden; sein Abwehranspruch aus § 1004 ist also durch § 912 I ausgeschlossen. Man kann sich das vorstellen als eine durch § 912 I begründete gesetzliche Dienstbarkeit (Legalservitut), die dem Überbauenden das Recht gibt, das Bauwerk auf dem fremden Grundstück zu halten;³² die Duldungspflicht kann aber nicht als Belastung des überbauten Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden.³³ Der Überbau wird nicht wesentlicher Bestandteil des überbauten Grundstücks, sondern ist als dessen Scheinbestandteil (§ 95 I 2) wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks, fällt also ganz in das Eigentum des Überbauenden.³⁴ Dagegen bleibt der überbaute Grund im Eigentum des Nachbarn; er kann vom Überbauenden verlangen, dass dieser ihm den überbauten Grundstücksteil abkaufe, und zwar zu dem Wert, den er zur Zeit der Grenzüberschreitung hatte, § 915.
- 16 *cc) Geldrente:* Als Ausgleich für die Duldungspflicht steht dem Nachbarn ein Anspruch auf eine jährlich im Voraus zu entrichtende Geldrente zu, §§ 912 II, 913 II. Sie wirkt wie ein subjektiv-dingliches Recht, d. h. sie steht dem jeweiligen Eigentümer des überbauten Grundstücks zu und richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Stammgrundstücks, § 913 I. Sie geht allen anderen Rechten am Stammgrundstück vor, kann aber nicht im Grundbuch eingetragen werden, § 914 I, II. Sie verpflichtet den jeweiligen Eigentümer des Stammgrundstücks auch persönlich, §§ 914 III, 1108 I, so dass der Gläubiger nicht nur in das Grundstück, sondern auch in das übrige Vermögen des Schuldners vollstrecken kann. Die Höhe der Rente richtet sich nach dem Verkehrs- oder womöglich auch Nutzungswert des überbauten

²⁷ Baut der Eigentümer im Grenzbereich, hat er sich zuvor zu vergewissern, dass ihm der dazu notwendige Grund gehört, vgl. BGH NJW-RR 2009, 24 Rn. 12.

²⁸ BGH NJW 1972, 1751.

²⁹ Motive III, 284 f.

³⁰ BGH NJW 1986, 2639. Ob der Nachbar Kenntnis von der Grenzüberschreitung hatte, ist unerheblich, vgl. BGH NJW 1972, 1751.

³¹ D. h. der Eigentümer, aber auch ein Erbbauberechtigter oder der Inhaber einer Dienstbarkeit, § 916.

³² Baur/Stürner § 25 Rn. 13; Prütting Rn. 344; vgl. aber auch Wolff/Raiser § 55 II 1.

³³ Wolff/Raiser a. a. O.

³⁴ Motive III, 287; BGHZ 27, 197; BGH NJW-RR 2014, 973, 974 Rn. 23; Soergel/Klinck § 94 Rn. 16.

Grundstücks zur Zeit der Grenzüberschreitung, § 912 II 2, eine Anpassung an gestiegene Preise ist nicht vorgesehen und nicht möglich.³⁵

Besteht eine Duldungspflicht gemäß §§ 912 ff., scheiden andere Ersatzansprüche wie etwa § 823 oder §§ 989 ff. aus.³⁶

dd) Eigengrenzüberbau: Die §§ 912 ff. sind entsprechend anzuwenden auf den sogenannten Eigengrenzüberbau.³⁷ Wird ein Gebäude auf zwei zusammenhängenden Grundstücken eines Eigentümers errichtet, so hat der spätere Erwerber eines dieser Grundstücke den Überbau zu dulden. Welches Grundstück das Stammgrundstück ist, von welchem aus überbaut wurde, bestimmt sich nach dem Willen des Erbauers,³⁸ sonst nach der Größe, Lage und wirtschaftlichen Bedeutung der Gebäudeteile.³⁹ Ist ein Stammgrundstück nicht zu ermitteln, so wird das Eigentum am Gebäude entlang der Grundstücksgrenze geteilt.⁴⁰ Gleiches gilt bei einer Grundstücksteilung, die ein Gebäude durchschneidet.⁴¹ Grundsätzlich verläuft die Eigentumsgrenze am Gebäude vertikal über der Grundstücksgrenze, doch kann das bei abweichender Interessenlage auch anders liegen, ebenso wie beim entschuldigten Überbau (Rn. 15). Gehören Räume im Inneren des Gebäudes eindeutig zu einem bestimmten Teil des geteilten Grundstücks, so erstreckt sich das Eigentum daran auch auf diese inneren Räume.⁴² 17

Eine entsprechende Anwendung kommt auch bei einem Verstoß gegen eine bauordnungsrechtliche Abstandsregelung von der Grundstücksgrenze in Betracht (Grenzwich).⁴³

ee) Verschulden von Hilfspersonen: Sehr umstritten ist die Frage, ob und wie dem Eigentümer des Stammgrundstücks das Verschulden von Hilfspersonen beim Überbauen angerechnet werden kann. Baut ein Erbbauberechtigter über, so haftet er wie der Eigentümer selbst;⁴⁴ geschieht der Überbau durch einen Pächter oder durch einen nichtberechtigten Besitzer, so haftet der Eigentümer nicht, es sei denn, dass er dem Bau zugestimmt habe.⁴⁵ Nach der Ansicht des BGH haftet der Eigentümer nur für seine „Repräsentanten“, z. B. für seinen Architekten, und zwar gemäß § 166; für 18

³⁵ Motive III, 286; Westermann/Westermann § 62 Rn. 10.

³⁶ BGH NJW 1986, 2639, 2640.

³⁷ RGZ 160, 181; BGH NJW 1989, 221; NJW 1990, 1791; Palandt/Herrler § 912 Rn. 14.

³⁸ BGH NJW 1990, 1791.

³⁹ BGH NJW 1974, 794; NJW 1989, 221 f.; Palandt/Herrler § 912 Rn. 15.

⁴⁰ BGH NJW 1985, 790.

⁴¹ BGH NJW-RR 2014, 971 Rn. 5.

⁴² BGHZ 175, 253 Rn. 13; BGH NJW 2002, 54: Ein Grundstück mit Gaststätte und angebautem Wohnbereich war geteilt worden, der Eigentümer veräußerte den Grundstücksteil mit der Gaststätte. Im Inneren des Gebäudes verlief die Grenze zwischen Gaststätte und Wohnbereich aber keineswegs vertikal auf der neuen Grundstücksgrenze. Käufer und Käufer stritten um das Eigentum im Inneren des Gebäudes.

⁴³ OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 665.

⁴⁴ Vgl. etwa Westermann/Westermann § 62 Rn. 3.

⁴⁵ Vgl. BGHZ 15, 216; Wolff/Raiser § 55 I 2.

andere Personen wie Bauunternehmer, Arbeiter usw. hafte er nicht.⁴⁶ Eine andere Ansicht will § 831 anwenden.⁴⁷ Auszugehen ist hier davon, dass Überbauender derjenige ist, in dessen wirtschaftlichem Interesse das Gebäude errichtet wird,⁴⁸ nicht derjenige, der die handwerkliche Tätigkeit des Bauens verrichtet. Auf das Verschulden des Überbauenden kommt es in erster Linie an. Bedient er sich beim Bauen einer oder mehrerer Hilfspersonen (auch eines Bauunternehmers), so haftet er dem Nachbarn für ihr Verschulden gemäß § 278; denn er hat seine Verpflichtung aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis durch sie verletzt (Rn. 9).⁴⁹

3. Notweg

- 19 a) *Voraussetzungen:* Fehlt einem Grundstück die erforderliche Verbindung zu einem öffentlichen Weg, so kann der Eigentümer⁵⁰ von den Nachbarn verlangen, dass sie die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der notwendigen Verbindung dulden, § 917 I 1. Das Gesetz räumt dem Betroffenen ein Notwegrecht ein, wenn dies zur ordnungsgemäßen Nutzung des Grundstücks erforderlich ist. Das ist etwa dann zu bejahen, wenn ein Wohngrundstück nicht mit einem Kfz zu erreichen ist⁵¹ oder nur ein nicht öffentlicher Wirtschaftsweg den Zugang zum Grundstück ermöglicht.⁵² Dazu gehören aber nicht Gründe der Bequemlichkeit, wenn etwa ein Weg nur zu einer Wegeverkürzung führen würde.⁵³ Besteht ein anderes Wegerecht, ist ein Notwegrecht gleichfalls ausgeschlossen.⁵⁴ Die erforderliche „Verbindung“ zum öffentlichen Kanalnetz kann auch durch ein Notleitungsrecht für einen unterirdischen Kanal für Schmutz- und Regenwasser hergestellt werden.⁵⁵

Da das Gesetz die Einzelheiten des Notwegs nicht generell bestimmen kann,⁵⁶ etwa welches Nachbargrundstück belastet sein soll und in welchem Umfang, wie der Weg verlaufen soll usw., muss das Recht durch richterliches Urteil konkretisiert werden, wenn die Parteien sich nicht einigen können, § 917 I 2. Weder der Eigentümer des umschlossenen noch der des belasteten Grundstücks kann den Verlauf des Notwegs einseitig bestimmen.⁵⁷ Auch wenn mehrere Nachbargrundstücke gleich

⁴⁶ BGHZ 42, 69; BGH NJW 1977, 375; zust. MünchKomm/Brückner § 912 Rn. 16.

⁴⁷ Baur/Stürmer § 5 Rn. 17 f.; Soergel/Baur § 912 Rn. 9; Wellenhofer § 25 Rn. 35.

⁴⁸ BGH LM § 912 Nr. 7.

⁴⁹ Westermann § 64 II 3; Mühl, NJW 1960, 1133; MünchKomm/Säcker, 6. Aufl. 2013, § 912 Rn. 20.

⁵⁰ Auch einem dinglich Berechtigten steht ein Notweg zu, vgl. MünchKomm/Brückner § 917 Rn. 17, nicht aber sonstigen Besitzern, BGH NJW-RR 2006, 1160.

⁵¹ BGH NJW-RR 2009, 515 Rn. 24.

⁵² OLG Koblenz OLGZ 1992, 320.

⁵³ OLG Köln NJW-RR 1992, 213.

⁵⁴ RG JW 1925, 475.

⁵⁵ BGHZ 79, 307 Rn. 16.

⁵⁶ Vgl. Motive III, 292.

⁵⁷ RGZ 160, 185.

geeignet sind, die Anbindung an die öffentliche Straße zu gewähren, so steht doch die Auswahl nicht dem Eigentümer des umschlossenen Grundstücks zu, sondern dem Richter;⁵⁸ bei seiner Entscheidung hat der Richter aber die geäußerten Interessen der Beteiligten zu beachten.⁵⁹

Das Notwegrecht wirkt wie eine subjektiv-dingliche Dienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des berechtigten Grundstücks gegen den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks; es kann nicht im Grundbuch eingetragen werden.

b) *Geldrente*: Als Ausgleich kann der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Geldrente verlangen. Wegen ihrer Ausgestaltung verweist das Gesetz auf die Überbaurente, § 917 II. Der Anspruch auf die Notwegrente entsteht erst, wenn der Eigentümer des umschlossenen Grundstücks die Einräumung des Notwegs verlangt.⁶⁰ 20

c) *Ausschluss*: Das Recht auf einen Notweg besteht nicht, wenn der Eigentümer eine bestehende Verbindung zu einem öffentlichen Weg selbst durch eine willkürliche Handlung aufgehoben hat, § 918 I; auch sein Rechtsnachfolger ist daran gebunden.⁶¹ 21

Wird ein Grundstück zum Zweck der Veräußerung geteilt, so dass ein Teil vom öffentlichen Weg abgeschnitten wird, so trifft die Notwegpflicht den Eigentümer des anderen Teils, nicht einen sonstigen Nachbarn, § 918 II 1. Dasselbe gilt, wenn einem Grundstück die Verbindung zu einem öffentlichen Weg dadurch abgeschnitten wird, dass der Eigentümer zweier nebeneinander liegender Grundstücke eines davon veräußert, § 918 II 2.

4. Immissionen

a) *Imponderabilien*: Der Eigentümer kann Störungen aller Art gemäß § 1004 abwehren, er kann sich also auch gegen Immissionen zur Wehr setzen, d. h. dagegen, dass von anderen Grundstücken aus auf sein Grundstück störend eingewirkt wird. Eine Ausnahme bestimmt § 906 für die Immission von Imponderabilien. Darunter sind unwägbare Gegenstände zu verstehen, wie z. B. Erschütterungen, Wärme, Geräusche, Licht, Gase, Dämpfe, Rauch, Ruß, Gerüche;⁶² weiter etwa Elektrizität und Funken. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Immission vom Nachbargrundstück ausgeht oder von einem weiter entfernten Grundstück.⁶³ Grobimmissionen, also die 22

⁵⁸ So auch RGZ 160, 185; a. A. Soergel/Baur § 917 Rn. 8; MünchKomm/Brückner § 917 Rn. 31 ff.

⁵⁹ Vgl. Wolff/Raiser § 56 II b; Westermann/Westermann § 63 Rn. 74.

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1985, 1952.

⁶¹ Vgl. Motive III, 291.

⁶² Vgl. Motive III, 264; Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 580. Zur Bedeutung des § 906 für die Haftung nach dem Umwelthaftungsgesetz und nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz vgl. Petersen, Duldungspflicht und Umwelthaftung, 1996.

⁶³ RGZ 105, 216.

Einwirkung fester Körper,⁶⁴ fallen nicht unter § 906; gegen sie kann sich der Eigentümer immer nach § 1004 wehren (s. aber auch Rn. 42). Eine Ausnahme kann sich allenfalls aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ergeben (Rn. 38 ff.).

- 23 *aa) Natürliche Vorgänge, menschliche Tätigkeit:* Natürliche Vorgänge und menschliche Tätigkeiten sind von physikalischen Wirkungen begleitet, die sich im Luftraum auf natürliche Weise fortpflanzen und unkontrollierbar sind. Würde das Eigentum generell Schutz gegen solche Immissionen gewähren, so würden menschliche Tätigkeiten, insbesondere wirtschaftliche und gewerbliche, erheblich behindert werden. Das Gesetz schränkt daher das Grundeigentum dahin ein, dass es gegen die Immission von Imponderabilien kein Abwehrrecht gibt, solange diese nicht zu wesentlichen und ortsunüblichen Beeinträchtigungen führen.⁶⁵
- 24 *bb) Leitungen:* Aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass nur gegen die natürliche Einwirkung von Imponderabilien kein Abwehrrecht besteht, dass aber niemand berechtigt ist, Imponderabilien durch besondere Vorrichtungen (z. B. Leitungen) auf ein anderes Grundstück zu leiten,⁶⁶ § 906 III. Nicht erlaubt ist es etwa, Gase, Wärme oder Gerüche auf ein anderes Grundstück zu leiten oder eine Lichtreklame auf die Außenfassade des Nachbarhauses zu projizieren.⁶⁷
- 25 *cc) Negative Immissionen:* Das sind Einwirkungen, welche einem Grundstück z. B. Licht, Luft, Wind, Sonne, Radio- und Fernschwellen oder die Aussicht entziehen. Da es sich aber nicht um Immissionen auf das Nachbargrundstück handelt, ist § 906 auf sie nicht anwendbar.⁶⁸ Da § 906 das Abwehrrecht des § 1004 einschränkt, bedeutet das, dass § 1004 ohne Einschränkung anwendbar ist, wenn seine Voraussetzungen vorliegen.⁶⁹ Entscheidend ist also, ob das Eigentum das Recht auf ungehinderten Zugang von Sonne, Licht, Rundfunkwellen usw. umfasst sowie das Recht auf eine unverbaute Aussicht. Das ist nicht der Fall.⁷⁰ Jeder darf sein Grundstück im Rahmen der Gesetze nach Belieben nutzen, wenn er die Grundstücksgrenzen dabei nicht überschreitet.⁷¹ Wenn keine öffentlichrechtliche Vorschrift besteht,⁷² die als Schutzgesetz i. S. v. § 823 II fungieren kann, gibt es also gegen „negative Immissionen“ keinen Abwehranspruch. Allerdings kann auch hier das nachbarliche

⁶⁴ Dazu gehört auch ein Wasserzufluss, es sei denn, mit dem Wasser würden unwägbare Substanzen wie Unkrautvernichtungsmittel auf das Grundstück verbracht, vgl. BGHZ 90, 255.

⁶⁵ Vgl. Motive III, 268 ff.; Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 580.

⁶⁶ Vgl. Motive III, 265.

⁶⁷ Berg, JuS 1962, 74.

⁶⁸ S. nur BGH NJW-RR 2015, 1425 Rn. 12, 15.

⁶⁹ Das Problem liegt in § 1004, nicht in § 906, wie Baur/Stürner § 25 Rn. 18 zu Recht betonen.

⁷⁰ RGZ 98, 15; BGHZ 88, 344; BGH NJW 1991, 1672; OLG Düsseldorf NJW 1979, 2618; Palandt/Herrler § 903 Rn. 9; Baur/Stürner § 25 Rn. 26; Hinz, JR 1997, 139; vgl. aber auch Ostendorf, JuS 1974, 756 ff.; Reetz, Der Schutz vor negativen Immissionen als Regelungsaufgabe des zivilrechtlichen und des öffentlichrechtlichen Nachbarschutzes, 1996. – Nach BGH NJW-RR 2000, 1542, 1543 kann der Betreiber einer Windkraftenergieanlage sich nicht wehren gegen eine Abschattung und damit Reduktion der Windenergie durch eine andere Anlage.

⁷¹ Vgl. MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 138.

⁷² Vgl. etwa die Grenzregelungen in den Landesnachbargesetzen Rn. 54 ff.

Gemeinschaftsverhältnis die Nutzungsmöglichkeiten einschränken, wenn sonst den Nachbarn erhebliche Nachteile drohen.⁷³

dd) *Ideelle Immissionen*: Darunter versteht man Einwirkungen, die das sittliche oder ästhetische Empfinden des Nachbarn verletzen. Dazu gehört ein störend hässlicher Anblick auf dem Nachbargrundstück oder die Verletzung moralischer Empfindungen durch den Betrieb eines FKK-Clubs oder eines Bordells. Auch „ideelle Immissionen“ sind keine wirklichen Immissionen, § 906 ist nicht auf sie anwendbar.

Ob ein Abwehranspruch nach § 1004 gegen ideelle Immissionen geltend gemacht werden kann, ist umstritten. Gemäß der Rechtsprechung des BGH ist ein Abwehranspruch ausgeschlossen.⁷⁴ In der Tat kann man es nicht zulassen, dass jemand mit Hilfe des Abwehranspruchs aus § 1004 anderen seine ästhetischen oder auch übertrieben prüden Ansichten aufzwingt. Wer keine Gartenzwerge mag, sie für kitschig und geschmacklos hält, hat deswegen noch nicht das Recht, anderen das Aufstellen eines Gartenzwerge zu verbieten.⁷⁵ Andererseits besteht keine Berechtigung, die Anwendung des § 1004 generell auszuschließen, wenn die ideelle Immission eine objektive Beeinträchtigung des Eigentums darstellt.⁷⁶ Dabei liegt es nahe, die Wertung des § 906 entsprechend heranzuziehen und den Abwehranspruch bei wesentlichen, ortsunüblichen Störungen zu bejahen.⁷⁷

Ein Abwehranspruch ist immer dann zu bejahen, wenn durch die Störung der Wert des betroffenen Grundstücks in ortsunüblicher Weise vermindert wird. Wer in einer teuren und ruhigen Villengegend ein Haus gekauft hat, muss keinen Schrottplatz in seiner Nachbarschaft dulden;⁷⁸ durch den Schrottplatz wird er praktisch so gestellt, als hätte er im Industriegebiet gebaut, was der Gestörte nicht hinnehmen muss. Ähnlich ist es, wenn in einer Wohngegend ein Eros-Center seinen Betrieb aufnimmt.⁷⁹ Voraussetzung ist aber immer, dass der störende Betrieb nach außen in Erscheinung tritt. Ein Bordellbetrieb, der nach außen überhaupt nicht in Erscheinung tritt, mag zwar die Nachbarn empören, stellt jedoch keine Störung i. S. v. § 1004 dar.⁸⁰ Ein FKK-Betrieb, der nur unter bestimmten Voraussetzungen einsehbar ist, stört nicht; die Nachbarn müssen nicht aufs Dach steigen und müssen auch nicht ihr Fernglas mitnehmen, um sich zu entrüsten; sie können wegsehen. Spielt sich die Kultur der Freikörper jedoch unmittelbar vor den Wohnungsfenstern ab, so dass der Wohnungsinhaber in der war-

26

⁷³ Vgl. etwa RGRK/Augustin § 1004 Rn. 24; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 194.

⁷⁴ RGZ 76, 130; BGHZ 95, 307; ebenso etwa Palandt/Herrler § 903 Rn. 10; MünchKomm/Brückner § 906 Rn. 57; Soergel/Münch § 1004 Rn. 95; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 218.

⁷⁵ So zu Recht AG Hamburg-Harburg JZ 1988, 1032 f.; anders für gemeinschaftlich genutztes Mit Eigentum OLG Hamburg JZ 1988, 1033 f. Allgemein zum Gartenzwerge in der Rechtsprechung vgl. Schmittmann, MDR 2000, 753 f.

⁷⁶ So zu Recht AG Münster NJW 1983, 2886; Erman/Ebbing § 1004 Rn. 22 f.; Wellenhofer § 24 Rn. 10. Nach Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 218 ff. ist vor allem eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu erwägen.

⁷⁷ Vgl. Prütting Rn. 330.

⁷⁸ Vgl. Baur, JZ 1969, 432 f.; Grunsky, JZ 1970, 785 f.

⁷⁹ Vgl. Jauernig, JZ 1986, 606 ff.

⁸⁰ BGHZ 95, 307.

men Jahreszeit nicht aus dem Fenster sehen kann, ohne mehr oder minder ästhetische Nackedeis zu sehen, so darf er sich mit Recht gestört fühlen.

Wird der Wert des Grundstücks durch die Störung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt, so kann dennoch ein Abwehranspruch gegeben sein. Dabei sind sorgfältig die Interessen der Nachbarn gegeneinander abzuwägen; letztlich handelt es sich um eine Entscheidung nach dem lebendigen, sich stetig weiterentwickelnden Institut des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses.⁸¹ Lagert etwa jemand in schikanöser Weise Unrat an der Grundstücksgrenze ab, so dass nur der Nachbar, nicht aber er selbst den hässlichen Anblick hat, so kann Beseitigung verlangt werden.⁸²

- 27 *b) Wesentliche Einwirkungen:* Der Eigentümer kann die Einwirkung von Imponderabilien nicht verbieten, wenn sie die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nicht wesentlich beeinträchtigen, § 906 I 1. Eine Einwirkung ist wesentlich, wenn sie nach ihrer Eigenart, Stärke, Häufigkeit und Dauer in besonderem Maße geeignet ist, negative Auswirkungen hervorzurufen; wenn sie dem Nachbarn billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann. Maßstab ist dabei nicht das subjektive Empfinden des – vielleicht besonders empfindlichen – Gestörten, sondern das objektive Empfinden einer verständigen Durchschnittsperson.⁸³ Dabei sind die Natur und die Zweckbestimmung des Nachbargrundstücks zugrunde zu legen: Ein Krankenhaus wird regelmäßig in höherem Maße schutzwürdig sein als ein Wohnhaus, ein Wohnhaus schutzwürdiger als eine Fabrik.⁸⁴ Auf die Schutzwürdigkeit der emittierenden Anlage kommt es dagegen für die Frage der Wesentlichkeit nicht an.⁸⁵ Wird die Zweckbestimmung eines Grundstücks geändert, so kann das, was vorher eine unwesentliche Störung war, nunmehr eine wesentliche sein.

In der Regel ist eine Immission von Imponderabilien gemäß § 906 I 2 dann unwesentlich und zu dulden, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen des Bundes oder der Länder festgelegten Grenz- oder Richtwerte nicht überschritten werden.⁸⁶ Damit sind namentlich die gemäß §§ 7, 23 BImSchG erlassenen Verordnungen gemeint. Die gleiche Regelung gilt nach § 906 I 3 auch dann, wenn die Grenz- und Richtwerte von Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG (TA Luft, TA Lärm)⁸⁷ nicht überschritten werden.⁸⁸ Aber auch wenn dies nicht der Fall ist,

⁸¹ Vgl. Rn. 9.

⁸² AG Münster NJW 1983, 2886 f.; dazu auch MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 154 ff.

⁸³ Vgl. BGH JZ 1993, 1112 ff.; NJW-RR 2007, 168. Zur Brauchbarkeit dieses Kriteriums vgl. einerseits Vieweg, NJW 1999, 969 ff., andererseits Marburger, FS W. Ritter, 1997, 901, 914.

⁸⁴ So Wolff/Raiser § 53 II 1; Palandt/Herrler § 906 Rn. 17; zweifelnd Erman/Wilhelmi § 906 Rn. 17.

⁸⁵ BVerwG NVwZ 1983, 155 ff. Vgl. dazu aber das umstrittene Urteil des OLG Köln, NJW 1998, 764, das den Aufenthalt der in einem Heim für geistig Behinderte Untergebrachten im Freien zeitlich beschränkt, um die Lärmbelästigung der Anwohner in erträglichen Grenzen zu halten, sowie die Stellungnahmen dazu, etwa Quambusch, ZfS 1998, 161; Lachwitz, NJW 1998, 881 einerseits, Wassermann, NJW 1998, 730, andererseits. Das Urteil versucht in besonnener Weise, ein Zusammenleben von geistig behinderten und gesunden Menschen erträglich und auf diese Weise möglich zu machen.

⁸⁶ Zur Frage der Beweislast vgl. Marburger, FS W. Ritter, 1997, 901 ff.

⁸⁷ Vgl. dazu Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 6 Rn. 36 ff.; Marburger, DJT 56 (1986) I C 106 ff.

⁸⁸ § 906 I Satz 2 und 3 wurden 1994 eingefügt; dazu krit. Marburger, FS W. Ritter, 1997, 901; Hagen, ZfIR 1999, 413, 414 f.

kann eine wesentliche Beeinträchtigung vorliegen, weil z. B. die Lästigkeit eines Geräusches besonders hoch ist, z. B. bei besonders unangenehmen Geräuschen oder (bei Diskothekenmusik) wegen der rhythmischen Impulse.⁸⁹ Dagegen ist Musikausübung – von Berufs- wie Hobbymusikern – sozial üblich und daher zu dulden, wenn werktags nicht mehr als 2 bis 3 Stunden, sonn- und feiertags nicht mehr als 1 bis 2 Stunden gespielt wird und die Ruhezeiten (8 bis 12 sowie 14 bis 20 Uhr) eingehalten werden.⁹⁰ Die gemäß § 906 I 2 und 3 bestimmten Richtwerte stellen den aktuellen Stand der Technik dar; sind sie überholt, so können sie keine Verbindlichkeit beanspruchen. Andere Richtwerte können als Erfahrungswerte im Rahmen des § 906 I 1 von Bedeutung sein für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer Störung.⁹¹

c) Ortsüblichkeit: Ist eine Beeinträchtigung zwar wesentlich, wird sie aber durch eine ortsübliche Nutzung herbeigeführt, so besteht kein Anspruch auf Unterlassen, es sei denn, dass sie durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen verhindert werden könnte, § 906 II 1. Die Ortsüblichkeit wird durch einen Vergleich mit der Nutzung anderer Grundstücke des gleichen Bezirks ermittelt; sie ist dann gegeben, wenn im gleichen Bezirk eine Mehrheit von Grundstücken mit nach Art und Umfang annähernd gleich beeinträchtigender Wirkung auf andere Grundstücke genutzt wird.⁹² Die Ortsüblichkeit ist also nicht vom betroffenen, sondern vom emittierenden Grundstück aus zu beurteilen; auf die zeitliche Priorität (des emittierenden Grundstücks) kommt es für die Frage der Ortsüblichkeit nicht an.⁹³ Eine Schweinemästerei in einem Dorf kann also ortsunüblich werden, wenn sich das Dorf in Stadtnähe zu einem reinen Wohnbezirk entwickelt.⁹⁴

aa) Zumutbare Schutzmaßnahmen: Ist die Störung ortsüblich, kann sie aber durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen des Störers verhindert werden, so muss der Nachbar sie nicht dulden. Er kann vielmehr verlangen, dass der Störer diese Schutzmaßnahmen ergreift. Entscheidend für die Zumutbarkeit sind nicht die wirtschaftlichen Möglichkeiten des konkreten Störers, vielmehr richtet sich die Zumutbarkeit nach objektiven Maßstäben (vgl. § 906 II 1: „... Benutzern dieser Art ...“).⁹⁵ Die Kosten der Schutzmaßnahmen dürfen nicht unverhältnismäßig hoch sein und nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung führen.

bb) Aufopferungsanspruch: Ist die Beeinträchtigung ortsüblich und nicht durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen zu verhindern, so ist sie zu dulden; dafür kann der Eigentümer vom Benutzer des störenden Grundstücks einen angemessenen

⁸⁹ Ausf. MünchKomm/Brückner § 906 Rn. 114 ff.

⁹⁰ BGH NJW 2019, 773 (Trompete) m. Anm. Thiessen, JZ 2019, 824; BGHZ 139, 288, 293 (Saxofon in Wohnungseigentümergeinschaft).

⁹¹ Vgl. Müller/Gruber Rn. 159.

⁹² Palandt/Herrler § 906 Rn. 23; zum Begriff der Ortsüblichkeit vgl. auch Fehn/Laschet, UPR 1998, 7.

⁹³ BGHZ 15, 148; RGRK/Augustin § 906 Rn. 51; MünchKomm/Brückner § 906 Rn. 100; Klöhn, AcP 208 (2008), 777, 810; anders BGHZ 148, 261 (Hammerschmiede), der auf die Billigkeit abstellt.

⁹⁴ Vgl. BGHZ 15, 146; 67, 252.

⁹⁵ Erman/Wilhelmi § 906 Rn. 34; Baur/Stürner § 25 Rn. 28.

28

29

30

nen Ausgleich in Geld verlangen, falls die Einwirkung eine ortsübliche Nutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt, § 906 II 2; es handelt sich um einen Aufopferungsanspruch (s. auch Rn. 42).

31 *cc) Unterlassungsanspruch:* Gegen wesentliche und ortsunübliche Beeinträchtigungen besteht der Unterlassungsanspruch nach § 1004,⁹⁶ ebenso gegen Immissionen von Gegenständen, die keine Imponderabilien sind (s. Rn. 22, aber auch Rn. 42).

32 *d) Genehmigung:* Ein Duldungsanspruch kann sich außer aus § 906 auch aus § 14 BImSchG ergeben. Nach §§ 4 ff. BImSchG bedürfen bestimmte Betriebe einer behördlichen Genehmigung;⁹⁷ ist sie unanfechtbar geworden, so kann nicht mehr die Einstellung des Betriebes nach § 1004 verlangt werden. Die Nachbarn können im Genehmigungsverfahren ihre Interessen geltend machen; nachher können nur noch schützende Vorkehrungen verlangt werden. Soweit sie zum Schutz nicht ausreichen, muss der Grundeigentümer die Beeinträchtigungen dulden; er kann dafür Schadensersatz verlangen, § 14, 2 BImSchG.

33 *aa) Verpflichtungsklage:* Es bleibt noch die Möglichkeit nachträglichen Einschreitens der Behörde, etwa nach §§ 17–21 BImSchG. Ein solches Einschreiten kann der Nachbar zwar anregen, aber nur dann mit der Verpflichtungsklage erzwingen,⁹⁸ wenn eine drittschützende Norm verletzt ist und das Ermessen der Behörde auf null reduziert ist.

34 *bb) Unterlassungsanspruch:* Aber nicht jede behördliche Genehmigung eines Vorhabens schafft eine Duldungspflicht für die Nachbarn. Eine Baugenehmigung z. B. schließt Abwehransprüche der Nachbarn nach § 1004 keineswegs aus.⁹⁹ Bei der Erteilung einer Baugenehmigung wird nur geprüft, ob Vorschriften des öffentlichen Rechts entgegenstehen; die Belange der Nachbarn werden nicht in Betracht gezogen. Daher werden Baugenehmigungen aufgrund der landesrechtlichen Gesetze unter dem Vorbehalt privater Rechte Dritter erteilt.

Eine behördliche Genehmigung kann zivilrechtliche Abwehransprüche also nur ausschließen, wenn dies ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist. Für die Baugenehmigung fehlt es jedoch an einer dem § 14 BImSchG entsprechenden Regelung.

35 *e) Bauleitplan:* Ein Duldungsanspruch kann sich aus einem Bauleitplan ergeben.¹⁰⁰ Ist etwa ein bisheriges Wohngebiet als Gewerbegebiet ausgewiesen, so fragt sich, ob ein Nachbar nach § 1004 gegen einen neuangesiedelten Gewerbebetrieb vorgehen kann wegen wesentlicher und ortsunüblicher Immissionen; die Frage ist streitig. Der BGH lässt den Abwehranspruch zu, indem er für die Ortsüblichkeit allein auf die tatsächlich vorhandenen Umgebungsverhältnisse abstellt. Die planeri-

⁹⁶ Wesentlich und ortsunüblich ist etwa die Geruchsbelästigung durch eine Schweinemästerei in einem Wohngebiet, BGHZ 48, 31; die Geräuschbelästigung durch Freiluft-Operettenaufführungen in Wohngebieten, BGH JZ 1969, 635.

⁹⁷ Vgl. dazu Kloepfer (Fn. 87) § 15 Rn. 240; Marburger, DJT 56 (1986) I C 54 ff.

⁹⁸ Kloepfer (Fn. 87) § 15 Rn. 520.

⁹⁹ Vgl. etwa BayObLG NJW-RR 1991, 19; MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 218; Baur, JZ 1974, 660; Schmitz, NVwZ 1991, 1132 f. m. w. N.

¹⁰⁰ Vgl. dazu Marburger, DJT 56 (1986) I C 102 ff.

sche Zulässigkeit könne allenfalls Anhaltspunkt für die Ermittlung der ortsüblichen Nutzung sein.¹⁰¹

Bauleitpläne regeln aber nicht nur das Verhältnis des Eigentümers zur öffentlichen Gewalt, sondern auch das Verhältnis der Nachbarn untereinander;¹⁰² sie enthalten folglich bereits den Interessenausgleich, der nach § 906 angestrebt wird. Daher müssen Bauleitpläne als Inhalts- und Schrankenbestimmungen des betroffenen Eigentums angesehen werden,¹⁰³ so dass der privatrechtliche Abwehranspruch demnach beim Vorliegen eines Bauleitplans ausgeschlossen ist.¹⁰⁴

f) *Hoheitliches Handeln*: Eine Duldungspflicht kann sich aus öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen ergeben (vgl. Rn. 4 ff.); ferner dann, wenn der störende Eingriff auf einem hoheitlichen Handeln beruht, das nicht abgewehrt werden kann; in diesen Fällen steht dem Betroffenen ein Entschädigungsanspruch (wegen enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriffs) zu.¹⁰⁵ 36

g) *Allgemeininteresse*: Eine Duldungspflicht kann sich aus einem überwiegen- 37
den Allgemeininteresse ergeben. Aus der Tatsache, dass der Betrieb einer störenden Anlage im allgemeinen Interesse liegt, kann sich wegen der Sozialbindung des Eigentums eine Duldungspflicht ergeben, so dass der gestörte Grundstücksnachbar jedenfalls nicht Betriebseinstellung, sondern allenfalls schützende Vorkehrungen bzw. eine Entschädigung verlangen kann, entweder wegen enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriffs, wenn hoheitliches Handeln in Frage steht, oder aus dem bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch (Rn. 42), wenn es um privatwirtschaftliches Handeln geht.¹⁰⁶ Sogenannte „gemeinwichtige Betriebe“, bei denen die Rechtsprechung eine solche Duldungspflicht annimmt, sind z. B. öffentliche Straßen oder Versorgungseinrichtungen.

h) *Nachbarschaftliches Gemeinschaftsverhältnis*: Dieses kann eine Duldungs- 38
pflicht der Nachbarn erzeugen, vgl. Rn. 9.

aa) *Grobkörperliche Immissionen*: Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis 39
kann etwa die Duldung auch grobkörperlicher Immissionen verlangen. So kann ein Nachbar den Abbau von Gips durch Sprengungen nicht verbieten, auch wenn dabei bisweilen Gipsbrocken auf sein Haus fallen, wenn durch die Stilllegung des Abbaubetriebes die Existenz des Nachbarn vernichtet würde, während die Schäden am

¹⁰¹ BGHZ 41, 269 f.; BGH NJW 1983, 751; Baur JZ 1974, 660; MünchKomm/Brückner § 906 Rn. 92 f.

¹⁰² BVerwG NVwZ 1983, 155; Trzaskalik, DVBl 1981, 72; Schmitz, NVwZ 1991, 1131 f.

¹⁰³ Kleinlein, NVwZ 1982, 669; Peine, JuS 1987, 173; Breuer, DVBl 1983, 435.

¹⁰⁴ Friauf, DVBl 1971, 718; Breuer, DVBl 1983, 438; Schmitz, NVwZ 1991, 1132; anders die h. M. im zivilistischen Schrifttum.

¹⁰⁵ Vgl. BGHZ 59, 378 (Beeinträchtigung durch Militärflugzeuge); Papier, NJW 1974, 1797 ff.; MünchKomm/Brückner § 906 Rn. 107 ff.; Palandt/Herrler § 906 Rn. 39 ff.

¹⁰⁶ BGHZ 48, 98 (Staubimmissionen durch Autobahnbau); 54, 384 (Bau einer Fernstraße); 64, 220 (Verkehrslärm); 97, 114 (Verkehrslärm); NJW 1984, 1242; NJW 1990, 978 (Gastieftpeicher); NJW 2000, 2901 Rn. 14, 20 (Störungen durch benachbartes Drogenzentrum); Palandt/Herrler § 906 Rn. 36; Soergel/Münch § 1004 Rn. 271; MünchKomm/Brückner § 906 Rn. 107 ff.

Haus des Betroffenen relativ gering sind. Der Betroffene kann aber im Rahmen eines Aufopferungsanspruchs vollen Ersatz seiner Schäden verlangen (Rn. 42).¹⁰⁷

- 40 *bb) Tiere; Pflanzen:* Andere Duldungspflichten ergeben sich etwa bei – wirklichen oder eingebildeten – Störungen durch Tiere und Pflanzen. So muss der Nachbar es in Wohngegenden mit Gärten und Grünflächen dulden, wenn bisweilen ein Kater – und sei es ein schwarzer¹⁰⁸ – sein Grundstück betritt;¹⁰⁹ einen Pkw darf der Kater freilich nicht betreten, denn der ist dem Bürger heilig.¹¹⁰ Auch das Eindringen von Bienen kann der Nachbar nicht verbieten, soweit es ortsüblich ist;¹¹¹ die Abwägung der beiderseitigen Interessen kann freilich auch ergeben, dass der Nachbar die Bienen nicht auf seinem Grundstück dulden muss, wenn er etwa an einer gefährlichen Bienengiftallergie leidet und sein Nachbar 20 Bienenvölker hält.¹¹²

Ebenso kann der Nachbar sich nicht gegen das Herüberfallen von Blättern, Nadeln, Blüten, Blütenstaub und Samen von Bäumen wehren, wenn der Baumbewuchs ortsüblich ist.¹¹³ Ein Ausgleich, z. B. für die Dachreinigung, kann nur verlangt werden, wenn die Beeinträchtigung sonst unzumutbar wäre.¹¹⁴

- 41 *cc) Notwendigkeit einer Interessenabwägung:* Nochmals sei hier darauf hingewiesen, dass das Institut des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses kein Freibrief für Willkür ist, sondern eine sorgfältige Abwägung der Interessen anhand der gesetzlichen Wertung verlangt (s. schon Rn. 9). Zu einer Duldungspflicht kann man nur kommen, wenn dadurch die Interessen des Pflichtigen nur unerheblich beeinträchtigt werden im Verhältnis zu den Interessen des einwirkenden Nachbarn, die bei einem Verbot unbillig betroffen würden.

- 42 *i) Bürgerlich-rechtlicher Aufopferungsanspruch:* Sowohl bei einer Duldungspflicht aus Gründen überwiegenden Allgemeininteresses (Rn. 37) als auch bei einer solchen kraft nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses (Rn. 38 ff.) ist die Frage nach einem Anspruch auf Geldersatz zu prüfen. Ein solcher nachbarrechtlicher

¹⁰⁷ Vgl. BGHZ 28, 225; 58, 149.

¹⁰⁸ LG Oldenburg NJW-RR 1986, 883.

¹⁰⁹ Vgl. OLG Celle NJW-RR 1986, 821; OLG Köln NJW 1985, 2338; OLG Schleswig NJW-RR 1988, 1360; LG Oldenburg NZM 2012, 440; LG Bonn NJW-RR 2010, 310; LG Augsburg NJW 1985, 499 f.; AG Dietz NJW 1985, 2239 f.; AG Rheinsberg NJW-RR 1992, 408; a. A. zu Unrecht AG Passau NJW 1983, 2885; Dieckmann, NJW 1985, 2311 ff. mit dem Vergleichsfall, ein Nachbar gehe durch den Garten und werfe Knallerbsen ins Schlafzimmer, ein Verhalten, das man bei Katzen freilich bisher noch nicht beobachtet hat. Zu Nachbarstreitigkeiten um sonstige Tiere vgl. Palandt/Herrler § 906 Rn. 11.

¹¹⁰ LG Lüneburg, NZM 2000, 271.

¹¹¹ RGZ 161, 406; BGHZ 16, 366. Die Bienenhaltung auf dem Nachbargrundstück muss der Eigentümer eines Wohngrundstücks freilich nicht dulden, vgl. OLG Bamberg NJW-RR 1992, 406, 407.

¹¹² LG Ellwangen NJW 1985, 2339 f.

¹¹³ OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 204; OLG Düsseldorf NJW-RR 1990, 145; OLG Frankfurt NJW 1988, 2619; OLG Karlsruhe NJW 1983, 2886; LG Stuttgart NJW 1985, 2340; Müller, NJW 1988, 2587.

¹¹⁴ OLG Frankfurt, OLG Düsseldorf und OLG Karlsruhe a. a. O.; anders Britz, DÖV 1996, 505 ff., nach der § 906 I 1 lediglich Duldung der Zuführung von Imponderabilien vorschreibt, nicht aber die Duldung des Verbleibs.

Ausgleichsanspruch kann abgeleitet werden aus dem Rechtsgedanken der §§ 904, 2, 906 II 2; § 14, 2 BImSchG.¹¹⁵ Der Anspruch geht auf angemessenen Ausgleich in Geld nach den Grundsätzen über die Enteignungsentschädigung. Dabei ist § 906 entsprechend heranzuziehen, so dass der Anspruch nur in Betracht kommt bei wesentlichen Beeinträchtigungen, welche nicht durch zumutbare Maßnahmen verhindert werden können und welche das zumutbare Maß übersteigen.¹¹⁶

Ein Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 kommt nach der Rechtsprechung auch dann in Betracht, wenn der Betroffene rein *tatsächlich* nicht in der Lage war, gegen die rechtswidrige Einwirkung vorzugehen.¹¹⁷ Dies soll auch zugunsten und zu Lasten von berechtigten Besitzern gelten.¹¹⁸ Die Analogie liegt erstens darin, dass § 906 gerade nicht nur bei Imponderabilien, sondern auch bei Grobimmissionen angewandt wird, und zweitens in der Gleichstellung der tatsächlichen Unmöglichkeit, Abwehrrechte geltend zu machen, und damit eines faktischen Duldungszwangs mit der in § 906 allein geregelten rechtlichen Duldungspflicht. Beispiele sind etwa ein Wasserrohrbruch mit anschließender Grundstücksüberflutung,¹¹⁹ auf die Nachbargarage umgestürzte naturgeschützte Bäume¹²⁰ oder das Übergreifen eines Brandes wegen Dachinstallationsarbeiten.¹²¹ Weil der Anspruch aus § 906 II 2 nicht subsidiär gegenüber dem Anspruch aus § 823 I ist,¹²² wird hier in Wirklichkeit ein Schadensersatzanspruch ohne Verschulden bejaht und damit eine entscheidende gesetzgeberische Wertung aufgegeben.¹²³

¹¹⁵ BGHZ 48, 98; 90, 262; Palandt/Herrler § 906 Rn. 37 ff.

¹¹⁶ Zum nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch Süß, Die verschuldensunabhängige Haftung analog § 906 Absatz 2 Satz 2 BGB, 1998; Karsten, Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog im System der Ausgleichsansprüche, 1998; Schmidt, Der nachbarliche Ausgleichsanspruch, 2000; Maultzsch, Zivilrechtliche Aufopferungsansprüche und faktische Duldungszwänge, 2006.

¹¹⁷ Vgl. BGH WM 1985, 1041 (Wasserrohrbruch); BGHZ 97, 231 (eindringende Wurzeln); BGH NJW 1999, 2896 (Brandübergreif auf Nachbarhaus infolge Elektroleitungsdefekts); vgl. den Überblick bei BeckOGK/Klimke § 906 Rn. 363 ff. Das gilt auch für den Ersatz von Mobilien des Betroffenen, vgl. BGH NJW 2008, 992.

¹¹⁸ BGH NJW 2004, 775; BGHZ 198, 327 (Sondereigentümer als Geschädigter).

¹¹⁹ BGH NJW 2003, 2377; krit. Wieling LMK 2003, 183 f.; anders aber BGH NJW 2004, 775 mit Anm. Wieling, LMK 2004, 82 f. (Überflutung der gemieteten tiefergelegenen durch höhergelegene Praxis auf demselben Grundstück); wieder entgegengesetzt, weil es sich um gemietetes Wohnungseigentum handelte, BGH NJW 2014, 458 Rn. 15.

¹²⁰ BGH NJW 2004, 3701; krit. Wieling, LMK 2005, 26 f. (§ 906 II 2 als „Geheimwaffe“). S. zu von Bäumen ausgehenden Immissionen BGH NJW 2018, 1010 einerseits und BGH JZ 2020, 41 Rn. 32 andererseits.

¹²¹ BGH NJW 2018, 1542. Anders aber bei einer brandauslösenden Feuerwerksrakete, weil der notwendige Grundstücksbezug beim Abfeuern fehle, vgl. BGH NJW 2009, 3787 Rn. 21. Abl. aber für einen Blindgänger aus dem 2. Weltkrieg BGH NZM 2019, 893 Rn. 36 ff., wenn das Explosionsrisiko die Beteiligten gleichermaßen zufällig trifft.

¹²² Der BGH betont zwar an sich die Subsidiarität des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs, verneint diese jedoch dann, wenn das erforderliche Verschulden des Anspruchsgegners nicht vorliegt oder wenn es um deliktische Ansprüche gegen Dritte geht, vgl. auch BGH NJW 2014, 458 Rn. 5; NJW 2018, 1542 Rn. 14; MünchKommBrückner § 906 Rn. 213.

¹²³ Zu Recht krit. BeckOK/Fritzsche § 906 Rn. 90; BeckOGK/Klimke § 906 Rn. 371; Neuner, JuS

5. Grenzprobleme

- 43 Die folgenden Rechte zwischen den Nachbarn stehen nicht nur dem Grundstückseigentümer zu, sondern jedem berechtigten Grundstücksbesitzer, z. B. auch einem Mieter oder Pächter.
- 44 a) *Gefahrdrohende Anlagen*: Gemäß § 907 braucht der Grundstückseigentümer sogenannte „gefahrdrohende Anlagen“ nicht zu dulden, d. h. solche, von denen mit Sicherheit vorzusehen ist, dass ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Die Beeinträchtigung selbst braucht noch nicht vorzuliegen, § 907 gibt einen von § 1004 unabhängigen vorbeugenden Abwehranspruch; nach Errichtung der Anlage richtet sich der Anspruch auf Beseitigung. Beruht die Gefährdung lediglich auf einem Mangel der Anlage, so kann Beseitigung des Mangels verlangt werden. Der Begriff der „Einwirkung“ ist wie in § 906 zu verstehen. Der Anspruch wird ausgeschlossen durch § 907 I 2 und § 14 BImSchG.
- Bäume und Sträucher gelten nicht als gefährliche Anlagen, auf sie sind §§ 910, 923 und die Regelungen in den Nachbargesetzen der Länder anzuwenden.¹²⁴
- 45 b) *Gebäudeeinsturz*: Ein vorbeugender Abwehranspruch besteht weiter, wenn eine Gefahr durch Gebäudeeinsturz auf dem Nachbargrundstück droht, § 908.¹²⁵ Der Anspruch richtet sich gegen den, der nach erfolgter Schädigung gemäß §§ 836 I, 837, 838 haften würde; er verpflichtet den Schuldner dazu, vorkehrende Maßnahmen gegen die drohende Gefahr zu treffen.
- 46 c) *Vertiefungen*: Einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch sowie einen Beseitigungsanspruch gibt schließlich § 909, und zwar für den Fall, dass ein Nachbar sein Grundstück so vertieft, dass Nachbargrundstücke bzw. darauf befindliche Gebäude dadurch ihren Halt verlieren. Hauptanwendungsfälle sind Ausschachtungen auf einem Grundstück, außerdem bauliche Veränderungen, die zu einer Absenkung des Grundwasserspiegels führen.¹²⁶
- 47 d) *Wurzeln, Zweige*: § 910 I 1 gibt ein Selbsthilfe- und Aneignungsrecht für den Fall, dass Wurzeln von Bäumen oder Sträuchern in ein Nachbargrundstück eindringen. Sie gehören dem Nachbarn, von dessen Grundstück die Störung ausgeht. Das Selbsthilferecht tritt entgegen der h. M.¹²⁷ und im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers an die Stelle des Beseitigungsanspruchs aus § 1004.¹²⁸ Der Gestörte

2005, 487, 491; Roth, Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch, 2001, 42 f.; Maultzsch, Aufopferungsansprüche (Fn. 116), 249 ff.; Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht, 2009, 98 ff.; Katzenstein, FS Picker, 2010, 425 ff.; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 220.

¹²⁴ Vgl. Rn. 54 ff.

¹²⁵ Daneben kann der Nachbar auf baupolizeiliches Einschreiten klagen.

¹²⁶ BGHZ 57, 370; 69, 1. Keine analoge Anwendung, wenn durch Abbruch einer Mauer das Nachbargrundstück seinen Halt verliert, vgl. BGH NJW-RR 2012, 1160.

¹²⁷ Echte Rechtsschutzkonkurrenz: BGHZ 60, 241; 97, 231; BGH JZ 1992, 310; 2004, 627; MünchKomm/Brückner § 910 Rn. 19; Westermann/Eickmann § 65 Rn. 18.

¹²⁸ Wie hier Protokolle der 2. BGB-Kommission, in: Mugdan III, 592 f.: Der Beseitigungsanspruch sei unpraktisch und unbegründet, denn es liege kein widerrechtlicher Eingriff in das Eigentum vor;

darf die Wurzeln eigenmächtig abschneiden und behalten, soweit sie in sein Grundstück eingedrungen sind. Einer Fristsetzung bedarf es nach dem Gesetz nur für das Abschneiden von Zweigen; jedoch kann sich ein entsprechendes Erfordernis aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis bzw. der Rücksichtnahmepflicht aus § 242 ergeben, damit der Nachbar Schutzvorkehrungen für den Baumerhalt treffen kann.¹²⁹ Die Beseitigungskosten kann der Gestörte nicht nach § 683 (Geschäftsführung ohne Auftrag) oder nach § 812 ersetzt verlangen, da er nur ein eigenes Recht wahrnimmt.

Für überhängende Zweige gilt das gleiche Recht, doch muss der Gestörte dem Nachbarn vor der Ausübung der Selbsthilfe eine angemessene Frist setzen, die Störung selbst zu beseitigen, § 910 I 2.¹³⁰ Das Fristsetzungserfordernis soll dem Nachbarn gerade bei wertvollen Obstbäumen das Ausästen selbst ermöglichen.¹³¹ Das Selbsthilferecht muss schonend ausgeübt werden und nicht zur Unzeit, damit die Pflanzen nicht über das erforderliche Maß beeinträchtigt werden. Wenn ausnahmsweise das Abschneiden von Zweigen, an welchem Obst hängt, nicht zur Unzeit erfolgt und also zulässig ist, gehört das Obst dem Gestörten.¹³²

Das Selbsthilferecht besteht nicht, wenn die eingedrungenen Wurzeln oder Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen, § 910 II.¹³³

e) Überfall: Gemäß § 911, 1 gelten Früchte, die auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, als Früchte dieses Grundstücks; sie gehören also dessen Eigentümer. § 911 regelt daher eine Ausnahme von § 953, wonach abgetrennte Früchte dem Eigentümer der Hauptsache gehören. Fallen die Früchte auf ein öffentliches Grundstück, so gilt die Regel des § 953, vgl. § 911, 2.

§ 911 gibt dem Nachbarn nicht das Recht, die Früchte zu pflücken oder herabzuschütteln. Hängen die Früchte in sein Grundstück hinüber, so kann er sie sich nur zusammen mit dem Ast aneignen, wenn die Voraussetzungen des § 910 gegeben sind (Rn. 47).

f) Grenzzeichen: Die Nachbarn sind gegenseitig verpflichtet, an der Errichtung oder Instandsetzung fester Grenzzeichen mitzuwirken, § 919 I.¹³⁴ Wie die Abmarkung zu erfolgen hat, entscheiden die Landesgesetze, subsidiär die Ortsüblichkeit, § 919 II. Sofern die Nachbarn nichts anderes vereinbart haben, trägt jeder anteilig die Kosten.

denn der Baum wachse einfach aus natürlichen Gründen. Richtig auch Wilhelm, JZ 2004, 629 f. und im Ergebnis auch Gursky, JZ 1992, 312 ff.; Armbrüster NJW 2003, 3087, 3089; Larenz/Canaris, Schuldrecht, Besonderer Teil II, 13. Aufl. 1994, § 86 II 3 c.

¹²⁹ OLG Köln ZMR 1993, 567; Palandt/Herrler § 910 Rn. 2; BeckOGK/Vollkommer § 910 Rn. 9; Staudinger/Roth, 2016, § 910 Rn. 10.

¹³⁰ Schneidet der Nachbar die Zweige ohne Fristsetzung ab, so ist er nicht zum Schadensersatz verpflichtet, soweit der Schaden auch bei ordnungsgemäßer Fristsetzung eingetreten wäre, LG Gießen NJW-RR 1997, 655.

¹³¹ Protokolle der 2. BGB-Kommission, in: Mugdan III, 593.

¹³² Staudinger/Roth, 2016, § 910 Rn. 13, 25.

¹³³ Vgl. etwa AG Würzburg NJW-RR 2001, 953.

¹³⁴ Amüsant ist der sprachliche Lapsus in § 919 I bei der Bezeichnung des verschobenen Grenzsteins: „wenn ein Grenzzeichen ... verrückt geworden“.

50 g) *Grenzverwirrung*: Sind sich die Eigentümer der Nachbargrundstücke über den Grenzverlauf uneins, so kann jeder auf Feststellung der Grenze klagen, § 920. Diese „Grenzscheidungsklage“ hat durch die katastermäßige Erfassung der Grundstücke zu Anfang dieses Jahrhunderts erheblich an Bedeutung verloren. Für die Grenzfeststellung ist zunächst die Besitzgrenze entscheidend, § 920 I 1. Ist auch die Besitzgrenze nicht zu ermitteln, so wird von der streitigen Fläche jedem Nachbarn ein gleich großes Stück zugeteilt, § 920 I 2. Ergeben Umstände, namentlich die feststehende Größe der Grundstücke, dass die so ermittelte Grenze nicht korrekt sein kann, ist entsprechend diesen Umständen nach billigem Ermessen zu korrigieren, § 920 II.¹³⁵ Das Urteil wirkt konstitutiv,¹³⁶ es begründet das Eigentum am Grundstück ohne Eintragung im Grundbuch.

51 h) *Grenzanlagen*: Stehen Grenzanlagen ganz auf einem Grundstück, so gehören sie dem Grundeigentümer. Stehen sie auf der Grenze, so sind die §§ 912 ff. anzuwenden, soweit es sich um Bauwerke handelt (Rn. 10 ff.). Ansonsten ist das jeweilige (Allein-)Eigentum auf der Grenze lotrecht vertikal geteilt.¹³⁷

Als Beispiele für Grenzeinrichtungen nennt das Gesetz Zwischenräume, Raine, Winkel, Gräben, Mauern, Hecken,¹³⁸ Planken; auch ein gemeinsam benutzter Weg,¹³⁹ eine gemeinsame Giebelmauer¹⁴⁰ oder ein Zaun¹⁴¹ können eine Grenzanlage sein. Ungeschriebene Voraussetzung ist, dass beide Eigentümer der Grenzanlage zugestimmt haben;¹⁴² an diese Zustimmung sind ihre Rechtsnachfolger gebunden.¹⁴³ Da § 921 die Funktion hat, vor langer Zeit hergestellte Grenzanlagen außer Streit zu stellen, besteht zudem die Vermutung, dass eine solche Zustimmung vorgelegen hat, wenn die Grenzanlage für beide Eigentümer vorteilhaft ist.¹⁴⁴

§ 921 stellt die Vermutung auf, dass Grenzanlagen, die auf beiden Grundstücken stehen und dem Vorteil beider Grundstücke dienen, beiden Eigentümern zur Nutzung zur Verfügung stehen; etwas anderes gilt dann, wenn äußere Merkmale darauf hinweisen, dass die Einrichtung einem der Nachbarn gehört. Die gemeinsame Grenzanlage darf jeder Nachbar nutzen, und zwar ganz, nicht nur den auf seinem Grundstück befindlichen Teil, solange die Benutzung dem Zweck der Anlage entspricht und den Nachbarn in dessen Nutzung nicht beeinträchtigt, § 922, 1. Die

¹³⁵ Beispiel nach Wolff/Raiser § 57 II: Ist der streitige Grenzstreifen 3 a groß und steht es fest, dass die umstrittenen Grundstücke 60 und 30 a groß sind, messen aber die Grundstücke ohne jenen Streifen in Wahrheit nur 59 und 28 a, so muss der Grenzstreifen so verteilt werden, dass dem größeren Grundstück 1 a, dem kleineren 2 a zugeschlagen werden.

¹³⁶ Vgl. etwa Wolff/Raiser § 57 II; Staudinger/Roth, 2016, § 920 Rn. 17.

¹³⁷ Dazu BGHZ 204, 364 Rn. 8.

¹³⁸ BGH NJW 2000, 512.

¹³⁹ BGH NJW 2003, 1731; NJW 1990, 2555 (Durchfahrt).

¹⁴⁰ Nachbarwand, halbscheidige Kommunmauer; BGHZ 143, 1 Rn. 13; BGH NJW 2008, 2032. Die Nachbarwand steht auf der Grenze, beiderseitig ist an sie angebaut.

¹⁴¹ BGH NJW-RR 2018, 528 Rn. 5.

¹⁴² BGH NJW-RR 2018, 528 Rn. 6.

¹⁴³ BGH NJW-RR 2012, 346 Rn. 35.

¹⁴⁴ BGH NJW-RR 2018, 528 Rn. 11.

Unterhaltungskosten sind von den Nachbarn zu gleichen Teilen zu tragen, § 922, 2. Eine Änderung oder gar Beseitigung der Anlage bedarf der Zustimmung des anderen, solange er ein Interesse am Fortbestand der Anlage hat, § 922, 3. Wird das an eine Nachbarwand angrenzende Gebäude abgerissen, so sind die Auswirkungen des Abrisses auf die Wand zu beseitigen.¹⁴⁵ § 922, 3 schützt sogar das Erscheinungsbild der Grenzanlage nach außen.¹⁴⁶ Die Regeln der §§ 741 ff. (Gemeinschaft) sind anzuwenden, § 922, 4. So muss etwa der eine Nachbar nach § 745, 2 dulden, dass die gemeinsame Giebelmauer auf seiner noch unbebauten Seite isoliert wird.¹⁴⁷

Keine Grenzanlage ist die sog. Grenzwall, also eine Wall, deren Außenkante auf der Grundstücksgrenze verläuft, ohne sie zu überschreiten. An ihr besteht Alleineigentum nach § 94 I 1. Sie darf daher ohne Zustimmung des Nachbarn abgerissen werden.¹⁴⁸ Nach dem Abriss kann der Nachbar keine Außenisolierung verlangen.¹⁴⁹ Umgekehrt kann der Eigentümer der Grenzwall Ersatz nach § 823 I verlangen, wenn seine Wall durch den Abriss des angebauten Gebäudes beschädigt wird.¹⁵⁰

i) *Grenzbaum*: Ein Baum oder Strauch, der auf der Grenze steht, gehört beiden Nachbarn, und zwar soweit er auf dem jeweiligen Grundstück steht; es handelt sich um vertikal geteiltes Alleineigentum.¹⁵¹ Die Früchte gebühren den Nachbarn zu gleichen Teilen, ebenso der Baum, wenn er gefällt wird, § 923 I, III; dabei spielt es keine Rolle, ob er mehr auf dem einen oder anderen Grundstück gestanden hat. § 923 II regelt den Anspruch auf Beseitigung des Baumes. 52

j) *Unverjährbarkeit*: Die nachbarrechtlichen Ansprüche aus den §§ 907, 908, 909, 915, 917 I, 918 II, 919, 920 und 923 II sind gemäß § 924 unverjährbar. 53

6. Nachbarrecht der Länder

Gemäß Art. 124 EGBGB steht die Regelung des Nachbarrechts den Ländern zu.¹⁵² 54
Beispielhaft seien die folgenden Regelungen genannt:

¹⁴⁵ BGH Grundeigentum 2012, 1309 Rn. 10.

¹⁴⁶ Deshalb kann sogar eine ästhetische Anlage allein auf dem Grundstück eines Nachbarn unzulässig sein (Holzzaun vor dem Maschendrahtzaun, der Grenzanlage ist), vgl. BGH NJW-RR 2018, 528 Rn. 15, 18.

¹⁴⁷ BGH NJW 2008, 2032 Rn. 11. Wegen des überwiegenden Interesses des anderen Nachbarn allerdings auf dessen Kosten.

¹⁴⁸ BGH NJW-RR 2001, 1528, 1529.

¹⁴⁹ BGH NJW 2010, 1808; NJW-RR 2011, 515.

¹⁵⁰ BGH NJW-RR 2016, 588 Rn. 12 ff.

¹⁵¹ BGH NJW 2004, 3328, 3329.

¹⁵² Zu den einzelnen Gesetzen und der Literatur dazu vgl. Palandt/Herrler Art. 124 EGBGB. Zum Nachbarrecht der neuen Bundesländer vgl. Dehner, DDRZ 1991, 108 ff.

- 55** Die Nachbarrechtsgesetze der Länder enthalten u. a. Regelungen über Nachbar-¹⁵³ und Grenzwände (dazu Rn. 51),¹⁵⁴ über Zäune und sonstige Einfriedungen¹⁵⁵ sowie über Grenzabstände für Pflanzen.¹⁵⁶ Stehen etwa Bäume zu nahe an der Grenze, so sind sie zu entfernen, und zwar mit Stumpf, Stiel und Wurzeln.¹⁵⁷ Auch abweichende landesrechtliche Regeln von § 910 für überragende Zweige und eindringende Wurzeln sind zulässig, Artt. 122, 183 EGBGB.¹⁵⁸ Entsteht ein Überbau durch eine Wärmedämmung, so kann diese zu dulden sein.¹⁵⁹
- 56** Der Eigentümer eines höheren Gebäudes muss unter bestimmten Voraussetzungen dulden, dass der Nachbar, der ein niedrigeres Gebäude besitzt, Schornsteine, Lüftungsschächte oder Antennen an seinem Gebäude befestigt.¹⁶⁰
- 57** Den Nachbarn steht das sog. Hammerschlags- und Leiterrecht zu, wonach geduldet werden muss, dass ein Nachbar das andere Grundstück betritt und auch Leitern darauf aufstellt, um Reparatur- oder Reinigungsarbeiten an seinem Gebäude auszuführen.¹⁶¹ In entsprechender Anwendung dieses Rechts hat der Eigentümer es auch etwa zu dulden, dass der Ausleger eines Baukrans in den Luftraum seines Grundstücks ausschwenkt.¹⁶²
- 58** Nachbarn müssen das Führen von Wasser-, Abwasser- und Fernheizungsleitungen über ihr Grundstück dulden, wenn dies erforderlich ist, um den Anschluss des Nachbarn an diese Leitungen zu ermöglichen.¹⁶³
- 59** Fenster dürfen zum Nachbargrundstück hin angebracht werden, wenn das Gebäude einen bestimmten Abstand zur Grenze hat; andernfalls ist die Zustimmung des Nachbarn erforderlich.¹⁶⁴ Auch sog. ausblickgewährende Anlagen (Balkone) müssen Abstandsflächen zu den Nachbargrundstücken einhalten,¹⁶⁵ das Gleiche gilt für Aufschichten von Holz, Steinen u. ä.¹⁶⁶ und für schädendrohende oder störende Anlagen wie Jauchegruben, Futtersilos oder Bienenstöcke.¹⁶⁷

¹⁵³ Vgl. etwa §§ 3–12 LNRG RP; dazu auch MünchKomm/Brückner § 921 Rn. 16 ff.

¹⁵⁴ §§ 13–16 LNRG RP.

¹⁵⁵ Vgl. etwa § 11 NRG BW; §§ 39–42 LNRG RP; auch Hinz, JR 1997, 138.

¹⁵⁶ Etwa §§ 12–22 NRG BW; §§ 44–52 LNRG RP. Regelmäßig dürfen Bäume, Sträucher oder Hecken nicht in einer geringeren Entfernung als 0,50 m oder, falls sie über 2 m hoch sind, in einer geringeren Entfernung als 2 m von der Grenze stehen; dazu OLG Karlsruhe NJW-RR 2015, 148.

¹⁵⁷ Vgl. LG Bielefeld NJW-RR 2002, 525 zu § 41 NachbG NRW.

¹⁵⁸ §§ 23–26 NRG BW.

¹⁵⁹ § 7c I NRG BW, eine Geldrente ist entsprechend § 912 II zu zahlen. Zur Verweisung auf eine Innendämmung BayObLG MDR 2020, 161.

¹⁶⁰ § 7e NRG BW; §§ 17–20 LNRG RP.

¹⁶¹ Vgl. etwa § 7d NRG BW; §§ 21–24 LNRG RP.

¹⁶² OLG Frankfurt MDR 2011, 844.

¹⁶³ § 7f NRG BW; §§ 26–33 LNRG RP.

¹⁶⁴ Vgl. etwa § 3 NRG BW; §§ 34–36 LNRG RP.

¹⁶⁵ § 4 NRG BW.

¹⁶⁶ § 8 NRG BW.

¹⁶⁷ § 6 NRG BW.

Die Nachbarn müssen die Dachtraufe so anlegen, dass kein Regenwasser auf das Nachbargrundstück fließt. Aus besonderen Gründen kann aber ein Nachbar verpflichtet sein, die Zuleitung des Wassers zu dulden (Traufrecht).¹⁶⁸ 60

III. Erwerb und Verlust des Grundeigentums

1. Rechtsgeschäftlicher Erwerb des Grundeigentums

a) *Voraussetzungen:* Das Grundeigentum wird gemäß § 873 I durch Einigung und Eintragung im Grundbuch übertragen.¹⁶⁹ Die Einigung über die Grundeigentumsübertragung hat in der Form des § 925 I zu erfolgen und wird in dieser Vorschrift traditionsgemäß als *Auflassung* bezeichnet.¹⁷⁰ Die Auflassung ist bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien vor einer zuständigen Stelle zu erklären, § 925 I 1, welches nach § 925 I 2 der Notar ist;¹⁷¹ § 925 ordnet als Formvorschrift also die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien an. Sie können sich dabei durch Bevollmächtigte vertreten lassen.¹⁷² Auch Vertretung durch Vertreter ohne Vertretungsmacht ist möglich, das Geschäft wird durch formfreie¹⁷³ Genehmigung des Vertretenen wirksam, § 177 I. Veräußert ein Nichtberechtigter, der in eigenem Namen handelt, das Grundstück, kann der Eigentümer gleichfalls formfrei¹⁷⁴ genehmigen; die Verfügung kann auch gemäß den anderen Tatbeständen des § 185 wirksam werden. 61

¹⁶⁸ § 1 NRG BW; §§ 37 f. LNRG RP; Dehner, Nachbarrecht III, 2018, § 26; BGHZ 90, 255 (Sickerwasser).

¹⁶⁹ Vgl. das amtliche Grundbuchmuster im Anhang Rn. 3.

¹⁷⁰ Zur Geschichte vgl. Wieling, Wie Kaiser Konstantin die germanische Auflassung erfand, ZRG Germ. Abt. 124 (2007), 287.

¹⁷¹ Weitere zuständige Stellen sind die Gerichte, wenn es sich um eine Auflassung in einem gerichtlichen Vergleich oder in einem rechtskräftigen Insolvenzplan handelt, § 925 I 3. Ist der Beklagte zur Abgabe der Auflassungserklärung verurteilt worden, so reicht es aus, wenn der Kläger mit dem rechtskräftigen Urteil zum Notar geht und dort seine Erklärung abgibt, vgl. Wolff/Raiser § 61 I 2. Weiter zuständig sind die Konsularbeamten, wenn es sich um eine Auflassung im Ausland handelt (§ 12 Nr. 1 KonsG). Einer gleichzeitigen Anwesenheit bedarf es nach Landesrecht auch nicht, wenn das Grundstück durch einen Notar versteigert worden ist und die Auflassung noch in dem Versteigerungstermin stattfindet (§ 20 AGBGB RP) oder wenn es sich um ein buchungsfreies Grundstück handelt (§ 21 AGBGB RP; § 29 AGBGB BW).

¹⁷² Die Vollmacht für die Auflassung ist grundsätzlich formfrei, vgl. Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 167 Rn. 5.

¹⁷³ BGHZ 185, 218, 222.

¹⁷⁴ BGH NJW 1998, 1482, 1484. Anders als bei der unwiderruflichen Genehmigung ist bei einer bereits bindenden Einwilligung eine teleologische Reduktion der Formfreiheit gemäß § 182 II möglich; vgl. Wieling, LM § 183 BGB Nr. 5; HKK/Finkenauer §§ 182–185 Rn. 11.

Der Notar wird die Erklärungen regelmäßig gemäß §§ 8 ff. BeurkG beurkunden, erforderlich ist das jedoch für die Wirksamkeit der Auflassung nicht.¹⁷⁵ Denn § 925 verpflichtet zur gleichzeitigen Anwesenheit vor dem Notar, nicht zur notariellen Beurkundung. Ohne Beurkundung ist aber eine Eintragung im Grundbuch nicht zu erreichen, weil die Auflassungsurkunde vorgelegt werden muss, vgl. § 20 GBO (dazu oben § 19 Rn. 38).

Die Auflassung kann nicht unter einer Bedingung oder Befristung erklärt werden, § 925 II; geschieht das doch, so ist die Auflassung insgesamt unwirksam. Die vom Grundbuch zu fordernde Klarheit verträgt solche Nebenbestimmungen nicht. Eine Regelung wie beim Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen ist also beim Grundstückskauf nicht möglich; als Sicherung des Käufers kann stattdessen die Vormerkung dienen. Auch können die Parteien den Notar anweisen, die für die Eintragung erforderlichen Unterlagen (Auflassungsurkunde) erst nach Eintritt bestimmter Umstände herauszugeben.

Zur sog. Auflassungsanwartschaft § 20 Rn. 12 f.; zur Kettenauflassung § 20 Rn. 14. Auf die Geltung des absoluten Verfügungsverbots gemäß § 1365 für Ehegattengeschäfte ist hinzuweisen.¹⁷⁶

- 62 *b) Verpflichtungsgeschäft:* Aufgrund des Abstraktionsprinzips ist für die Auflassung das Bestehen eines wirksamen Verpflichtungsvertrags nicht erforderlich. Nach § 925a soll jedoch der Notar die Auflassung nur entgegennehmen, wenn die Urkunde über das Verpflichtungsgeschäft gemäß § 311b vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird.¹⁷⁷ Es handelt sich um eine Ordnungsvorschrift; wird eine Auflassung entgegen § 925a vorgenommen, so ist sie doch wirksam. Regelmäßig werden der Grundstückskaufvertrag, die Auflassung sowie die Eintragungsbewilligung gleichzeitig beurkundet.
- 63 *c) Auseinandersetzung:* Eine Auflassung und Eintragung sind erforderlich, wenn im Wege der Auseinandersetzung einer Gesamthandsgemeinschaft (Erbengemeinschaft, Gesellschaft) das Grundstückseigentum auf einen Gesamthänder zu Alleineigentum übertragen wird, wenn es auf mehrere oder alle zu Miteigentum nach Bruchteilen übertragen wird oder wenn es auf eine andere Gesamthandsgemeinschaft mit den gleichen Personen übertragen wird, etwa von der Erbengemeinschaft A, B und C auf die Gesellschaft, bestehend aus A, B und C. Dagegen bedarf es keiner Übereignung, wenn ein Grundstück einem rechtsfähigen Verein oder einer Gesellschaft gehört und Mitglieder (Gesellschafter) ein- oder austreten.¹⁷⁸
- 64 *d) Zubehör:* Der Kaufvertrag umfasst im Zweifel auch das Grundstückszubehör, § 311c; wenn es nicht verkauft sein soll, müssen die Parteien dies ausdrücklich erklären. Die Parteien können das Zubehör nach den §§ 929 ff. übereignen. § 926 I 1 erleichtert die Übereignung, indem er den Eigentumsübergang am Grundstückszubehör schon in dem Zeitpunkt anordnet, in welchem der Erwerber das Grundeigentum erwirbt; eine Übergabe oder ein Übergabesurrogat ist also nicht erforderlich.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Vgl. BGHZ 22, 312; Baur/Stürner § 22 Rn. 5.

¹⁷⁶ S. oben § 1 Rn. 31 sowie ausf. Baur/Stürner § 22 Rn. 17 ff.

¹⁷⁷ Zum Grundstückskaufvertrag vgl. Weirich/Ivo Rn. 155–204, 243–274; Reithmann, NJW 1992, 649 ff.

¹⁷⁸ Vgl. etwa MünchKomm/Kohler § 873 Rn. 22 ff.

¹⁷⁹ S. schon oben § 2 Rn. 50.

Vorausgesetzt ist dabei, dass die Parteien den Eigentumsübergang wollen, was vermutet wird, § 926 I 2. Vorausgesetzt ist ferner, dass das Zubehör dem Veräußerer gehört;¹⁸⁰ andernfalls wird der Erwerber erst mit dem Erwerb des Besitzes am Zubehör Eigentümer, und zwar gemäß den §§ 932–936, wenn er zur Zeit des Besitzenerwerbs noch gutgläubig ist, vgl. § 926 II.

e) *Öffentlichrechtliche Genehmigungen:* Auch von ihnen hängt der Grundstückserwerb ab. Gemäß dem Grundstücksverkehrsgesetz sind etwa Kauf und Auflassung eines landwirtschaftlichen Grundstücks im Interesse der staatlichen Bodenpolitik genehmigungspflichtig; vor der Genehmigung durch die Landwirtschaftsbehörde sind die Verträge schwebend unwirksam, wird die Genehmigung versagt, so sind sie nichtig.¹⁸¹ Das Vormundschaftsgericht muss Grundstücksgeschäfte Minderjähriger oder Betreuer genehmigt haben, §§ 1821 f., 1643, 1903 I, 1908i I, die Aufsichtsbehörde die Veräußerung durch eine Gemeinde.¹⁸² Gemäß den §§ 24 ff. BauGB steht den Gemeinden an den Grundstücken in ihrem Bezirk ein Vorkaufsrecht zu; der Notar holt das „Negativattest“ der Gemeinde ein, d. h. den Verzicht auf das Vorkaufsrecht. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts nach § 22 GrEStG¹⁸³ ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Grundeigentumserwerb; das Grundbuchamt nimmt aber die Übertragung nicht vor, wenn sie nicht vorgelegt wird.

65

2. Aufgebotsverfahren (Kontratabularersitzung)

a) *Voraussetzungen:* Ein eingetragener Grundstücksbesitzer kann das Grundeigentum sowie andere, zum Besitz berechtigende Grundstücksrechte durch Tabularersitzung gemäß § 900 I in 30 Jahren ersitzen, vgl. § 20 Rn. 84 ff. Daneben gibt es gemäß § 927 ein Aufgebotsverfahren, durch das der Eigentümer mit seinem Recht ausgeschlossen werden kann; herkömmlich (wenngleich nicht ganz präzise) nennt man dieses Verfahren auch Kontratabularersitzung, weil es sich um eine Ersitzung entgegen der Grundbuchlage (*contra tabulas*) handelt. Vorausgesetzt ist nämlich, dass ein anderer als der Besitzer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, kein Eigentümer eingetragen ist oder das Grundstück nicht verbucht ist.

66

Durch die Kontratabularersitzung soll nach dem Willen des Gesetzgebers einem Käufer, der sich nicht ins Grundbuch hat eintragen lassen, auch nach längerer Zeit die Möglichkeit gegeben werden, das Eigentum am Grundstück zu erwerben.¹⁸⁴ Voraussetzung dieser Ersitzung ist ein 30-jähriger Eigenbesitz am Grundstück, § 927 I 1; die Besitzzeit wird nach den §§ 938–944 berechnet, § 927 I 2. Guter

¹⁸⁰ LG Gießen NJW-RR 1999, 1538.

¹⁸¹ Ausf. Baur/Stürner § 27 Rn. 4 ff.

¹⁸² Vgl. etwa § 92 III GemO BW.

¹⁸³ Sie bescheinigt die Unbedenklichkeit der Eintragung, weil die Grunderwerbsteuer bezahlt, sichergestellt oder gestundet ist.

¹⁸⁴ Motive III, 329. Vgl. zum Zweck des Aufgebotsverfahrens Finkenauer, Eigentum und Zeitablauf, 2000, 129 ff.

Glaube des Besitzers ist nicht erforderlich; Voraussetzung ist aber weiter, dass entweder gar kein Eigentümer aus dem Grundbuch ersichtlich ist oder dass ein bloßer Bucheigentümer eingetragen ist. War der Eingetragene wirklich Eigentümer, so ist eine Ersitzung nur möglich, wenn er inzwischen gestorben¹⁸⁵ oder verschollen ist und wenn eine Grundbucheintragung, welche der Zustimmung des Eigentümers bedurfte, seit 30 Jahren nicht erfolgt ist, § 927 I 3. Dieses letztere Erfordernis ist gemäß der *ratio legis* dahin zu verstehen, dass ein Aufgebotsverfahren nur dann ausgeschlossen ist, wenn der wirkliche Eigentümer seine Zustimmung zu einer Grundbucheintragung gegeben hat; denn nur, wenn er selbst Rechtsgeschäfte im Hinblick auf das Grundstück vorgenommen hat, ist er schutzwürdig.¹⁸⁶ Auch herrenlose Grundstücke können Gegenstand eines Aufgebotsverfahrens sein, ausgeschlossen wird der Aneignungsberechtigte.¹⁸⁷

- 67 *b) Aufgebotsverfahren:* Die Kontratabularersitzung vollendet sich nicht einfach mit Zeitablauf, das Gesetz hat in § 927 I, II ein anderes Vorgehen gewählt. Nach Vollendung der Ersitzungszeit kann der Besitzer einen Ausschließungsbeschluss beim Amtsgericht beantragen, durch welchen der Eigentümer mit seinem Recht ausgeschlossen wird, also sein Eigentum verliert, § 927 I 1.¹⁸⁸ Das Verfahren ist in den §§ 442 ff. FamFG geregelt. Der Ausschließungsbeschluss wirkt nicht gegen den, der vor Erlass als Eigentümer eingetragen wurde oder für den ein Widerspruch eingetragen wurde, § 927 III. Durch den wirksamen Ausschließungsbeschluss wird das Grundstück herrenlos, der Besitzer erhält ein dingliches Aneignungsrecht, er kann sich als Eigentümer eintragen lassen und wird damit Eigentümer.¹⁸⁹ Rechte, die das Grundstück belasten, bleiben bestehen. Auch Eigentümer nicht gebuchter Miteigentumsanteile können ausgeschlossen werden;¹⁹⁰ einzelne Gesamthandsanteile dagegen nicht.¹⁹¹

Das Verfahren nach § 927 ist umständlich, die gesetzliche Regelung erscheint missglückt.¹⁹² Zwar hat der Gesetzgeber § 927 damit gerechtfertigt, dass er mit dieser Vorschrift dem Käufer, dem das Grundstück nicht aufgelassen wurde, die Möglichkeit zum Eigentumserwerb eröffnen wolle. Gleichzeitig jedoch hat er ein Aufgebotsverfahren des Käufers ausgeschlossen, solange der Verkäufer noch als

¹⁸⁵ D. h. also, wenn der Erblasser des jetzigen Eigentümers eingetragen ist.

¹⁸⁶ Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 139; a. A. die h. M., vgl. Staudinger/Pfeifer/Diehn, 2017, § 927 Rn. 11; BeckOGK/J. Weber § 927 Rn. 11. Auch der eingetragene Besitzer kann nach § 927 I 1 ein Aufgebot beantragen, wenn er noch nicht 30 Jahre eingetragen ist und daher eine Tabularersitzung nach § 900 I noch nicht vollendet ist; zu den einzelnen Fallgestaltungen Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 135 ff.

¹⁸⁷ Staudinger/Pfeifer/Diehn, 2017, § 927 Rn. 10; Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 135 f.

¹⁸⁸ Das Aufgebot kann auch ein einzelner Mitbesitzer beantragen, vgl. Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 133; anders die h. M., vgl. Staudinger/Pfeifer/Diehn, 2017, § 927 Rn. 8.

¹⁸⁹ Zu diesem Aneignungsrecht vgl. Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 143 ff.

¹⁹⁰ OLG Hamm FGPrax 2018, 238; BeckOGK/J. Weber § 927 Rn. 4; Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 154.

¹⁹¹ Eine Gesamthandsgemeinschaft als Eigentümerin kann dagegen ausgeschlossen werden, BeckOGK/J. Weber § 927 Rn. 4.

¹⁹² Vgl. dazu auch Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 156 f., 206 ff.

Eigentümer eingetragen ist, obwohl der Käufer nach der Verjährung der gegen ihn gerichteten Ansprüche ein Recht zum Besitz hat und dem Verkäufer nur ein *nudum ius* geblieben ist. Auch die Möglichkeit des Eigentümers, sein zum *nudum ius* gewordenes Eigentum noch durch Anmeldung im Aufgebotsverfahren geltend zu machen, steht dem Zweck der Vorschrift entgegen. Es ist daher eine Korrektur durch die Annahme eines außerordentlichen Aneignungsrechts vorzunehmen (Rn. 68).

c) *Außerordentliches Aneignungsrecht*: Ein Aneignungsrecht analog § 927 ist dann anzunehmen, wenn Eigentum und Besitz dauernd auseinanderfallen und kein Eigentumserwerb des Besitzers nach § 900 gegeben ist. In solchen Fällen, etwa in einem Dreipersonenverhältnis von Eigentümer, Bucheigentümer und Besitzer, kann der Besitzer nach § 927 vorgehen und den Eigentümer mit seinem Recht ausschließen, ohne dass dieser sein „nacktes Recht“ noch anmelden kann. Gleiches muss auch gelten, wenn der Käufer und Besitzer eines Grundstücks nach 10 Jahren seinen Anspruch auf Übereignung wegen Verjährung nicht mehr geltend machen kann, § 196. Er hat ein dauerndes Besitzrecht. Könnte der Eigentümer im Aufgebotsverfahren sein Eigentum noch anmelden, so würde ein Erwerb des Käufers verhindert, und Eigentum und Besitz fielen dauernd auseinander;¹⁹³ das aber sollte § 927 gerade verhindern.

68

3. Eigentumsaufgabe und Aneignung von Grundstücken

a) *Dereliktion*: Der Grundstückseigentümer kann sein Recht durch unbedingte und unbefristete Verzichtserklärung gegenüber dem Grundbuchamt aufgeben, etwa um den damit verbundenen künftigen Lasten (z. B. der Grundsteuer) zu entgehen. Die Rechtsaufgabe wird wirksam, wenn der Verzicht im Grundbuch eingetragen wird; damit wird das Grundstück herrenlos, § 928 I. Einer Besitzaufgabe bedarf es nicht. Sonstige Rechte am Grundstück bleiben bestehen,¹⁹⁴ weshalb es keiner Zustimmung der Rechtsinhaber zur Eigentumsaufgabe bedarf. Zwar enden mit der Dereliktion die Pflichten aus §§ 906 ff., nicht aber die zivilrechtliche Haftung aus § 1004 (Rn. 74). Es besteht die Möglichkeit, ein Aufgebot gemäß § 927 durchzuführen (Rn. 66).¹⁹⁵

69

Auch ein Miteigentumsanteil am Grundstück kann gemäß § 928 derelinquiert werden; anders als der BGH glaubt, zeigt die Entstehungsgeschichte der Norm eindeutig, dass der Gesetzgeber das Miteigentum im Hinblick auf die freie Verzichtbarkeit nicht anders behandeln wollte als das Eigentum.¹⁹⁶ Vorzugswürdig ist es,

¹⁹³ Vgl. dazu Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 197 ff.

¹⁹⁴ Vgl. RGZ 82, 74.

¹⁹⁵ Für eine teleologische Einschränkung des Dereliktionsrechts gibt es daher keinen Grund; anders Sliwiok/Born, NJW 2014, 1047, 1052.

¹⁹⁶ Vgl. Jakobs/Schubert, Sachenrecht I, 898; Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 702 f.; MünchKomm/Kanzleiter § 928 Rn. 3; Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 56, 84, 154 f.; Kanzleiter, NJW 1996, 905; Reichard, FS Otte, 2005, 265, 284; dagegen will die h. M. dem Eigentümer dieses

wenn der aufgegebene Miteigentumsanteil den anderen Miteigentümern anwächst; wegen der damit einhergehenden Belastung kann die Anwachsung jedoch zurückgewiesen werden.¹⁹⁷

- 70 *b) Aneignung:* Herrenlose Grundstücke sind nicht frei okkupierbar, vielmehr steht dem Fiskus des Bundeslandes, in dessen Gebiet das Grundstück liegt, ein dingliches Aneignungsrecht zu,¹⁹⁸ vgl. §§ 928 II, 958 II; die Aneignung geschieht durch Eintragung als Eigentümer aufgrund eines Antrags. Der Fiskus kann sein Aneignungsrecht auf einen Dritten übertragen, und zwar formlos;¹⁹⁹ verzichtet der Fiskus auf sein Aneignungsrecht, so wird das Grundstück frei okkupierbar, entsprechend § 958 I. Der Verzicht geschieht durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt oder einem Interessenten. Eigentümer wird, wer infolge seines Antrags als erster im Grundbuch eingetragen wird.²⁰⁰ Miet- und Pachtverhältnisse bestehen analog § 566 vom Bestehen des Aneignungsrechts an fort.²⁰¹

IV. Schutz des Grundeigentums

- 71 Das Grundeigentum ist wie das Eigentum an beweglichen Sachen gemäß den §§ 985–1003 geschützt (vgl. § 12). Zu beachten ist dabei, dass Bösgläubigkeit, etwa im Sinne des § 990, bei Grundstücken nur positive Kenntnis des Rechtsmangels bedeuten kann; grobe Fahrlässigkeit schadet dem Besitzer also nicht, wie sich aus § 892 ergibt; denn ein Verschulden, das sogar einem gutgläubigen Erwerb nicht im Wege steht, kann dem Besitzer, der auf die Richtigkeit des Grundbuchs vertraut, nicht vorgeworfen werden.²⁰²

1. Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung, § 1004

- 72 Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch des § 1004 geht auf die römische *actio negatoria* zurück, betrifft allerdings im Gegensatz zu dieser nicht nur Grundstücke, sondern auch bewegliche Sachen.²⁰³

Recht absprechen, mit nicht überzeugenden Gründen; zu ihr BGH NJW 1991, 2488; BGHZ 172, 209 und 338; KG NJW 1989, 42 f.; Baur/Stürner § 29 Rn. 24; Palandt/Herrler § 928 Rn. 1.

¹⁹⁷ Wieling § 8 III 3 b; dagegen für Herrenlosigkeit Reichard, FS Otte, 2005, 265, 284. Zur Aufgabe bei Wohnungseigentum § 24 Rn. 23.

¹⁹⁸ Zu dessen Inhalt vgl. Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 143 ff.

¹⁹⁹ RGZ 82, 74.

²⁰⁰ Vgl. BGH NJW 1990, 251.

²⁰¹ Finkenauer, Eigentum (Fn. 184), 150; nach a. A. aber der Aneignung, vgl. Ehlenz/Hell, ZfIR 2014, 171, 173.

²⁰² Das ist str., s. oben § 12 Rn. 23 m. w. N.

²⁰³ Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. Wieling § 12 VI; zur Gesetzgebungsgeschichte Kirchgeßner, Abwehr und Ausgleich von Eigentumsstörungen unter Nachbarn, 2018, 141 ff.

Der negatorische Anspruch gemäß § 1004 ordnet nur an, was sich aus dem Wesen des Eigentums als eines dinglichen Rechts ohnehin ergibt, vgl. § 903.²⁰⁴ Der Anspruch auf Herausgabe aus § 985 schützt den Eigentümer gegen jeden, der ihm den Besitz der Sache vorenthält; § 985 schützt das Recht des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, wozu in erster Linie das Recht gehört, die Sache zu besitzen. § 1004 schützt dagegen das Recht des Eigentümers, jeden Dritten von Einwirkungen auf die Sache auszuschließen. Der Dritte muss entweder als Handlungsstörer (Rn. 77 ff.) oder Zustandsstörer (Rn. 85 ff.) eine Störung zu verantworten haben (Rn. 75, 99), und die Beeinträchtigung muss rechtswidrig sein (Rn. 93). § 1004 gibt einen Anspruch auf Beseitigung (Rn. 98 ff.) und Unterlassung von Störungen (Rn. 103).

a) *Voraussetzungen:* Der negatorische Anspruch steht dem Eigentümer zu; auch ein Miteigentümer kann ihn geltend machen, § 1011. Der Grundstücksbesitzer (Mieter usw.) ist dagegen nach § 862 geschützt.²⁰⁵ 73

Der Anspruch aus § 1004 ist an das Eigentum gekoppelt, er kann also nur dem jeweiligen gestörten Eigentümer zustehen und ist nicht abtretbar. Veräußert der Eigentümer das beeinträchtigte Grundstück, so hat nur noch der neue Eigentümer den Anspruch aus § 1004.²⁰⁶ Bei Veräußerung nach Rechtshängigkeit des Anspruchs aus § 1004 sind die §§ 265, 266 ZPO zu beachten. 74

Der Anspruch aus § 1004 setzt einen Eingriff in die gemäß § 903 dem Eigentümer zustehenden Rechte voraus, d. h. eine *Störung* aufgrund menschlicher Verantwortung, nicht etwa nur ein Wirken von Naturkräften.²⁰⁷ Dabei spielt es keine Rolle, ob der Störer behauptet, zum Eingriff berechtigt zu sein oder nicht. Der Eingriff darf nicht in einer Besitzentziehung oder -vorenthaltung bestehen, sonst greift § 985 ein, nicht § 1004. Beeinträchtigungen i. S. v. § 1004 sind etwa Immissionen (Rn. 22–42), Ablagern von Material oder Unrat auf fremden Grundstücken, Beschmieren fremder Wände, Hereinragen von Gegenständen in ein Grundstück,²⁰⁸ Betreten eines fremden Grundstückes oder Parken darauf,²⁰⁹ Bekleben von Sachen mit Reklamepapieren, Einwerfen unerwünschten Reklamematerials in den Briefkasten,²¹⁰ Fremdbefüllung eines vermieteten Gastanks ohne Einwilligung des Eigentümers.²¹¹ Eine Störung liegt auch in der Herstellung oder gewerblichen Verbreitung von Fotoaufnahmen, 75

²⁰⁴ Vgl. Motive III, 423.

²⁰⁵ Nach Marburger, DJT 56 (1986) I C 115 ff. steht der Schutz auch Arbeitnehmern zu, die auf dem Grundstück beschäftigt sind.

²⁰⁶ Vgl. BGHZ 18, 223 ff.

²⁰⁷ Wenzel, NJW 2005, 241: Windbruch eines Baums. Entscheidend ist nach der neueren Rechtsprechung des BGH, ob den Eigentümer eine Sicherungspflicht, also eine Pflicht zu Vorkehrungen, traf. Sie wird bei Baumbrüchen nur bejaht, wenn die Gefährdung objektiv erkennbar war; vgl. Wenzel, a. a. O., 242.

²⁰⁸ Z. B. durch einen Schwenkkran, vgl. OLG Karlsruhe JuS 1993, 420 f.; dazu auch oben Rn. 57.

²⁰⁹ BGH NJW 2012, 3781.

²¹⁰ Vgl. BGH NJW 1989, 902.

²¹¹ BGH NJW 2003, 3702; krit. König, NJW 2005, 191.

nämlich wenn ohne Genehmigung des Eigentümers das Foto seines Bauwerks oder Gartens von seinem Grundstück aus gemacht wurde; anders liegt es, wenn das Foto von allgemein zugänglicher Stelle aus gemacht wurde.²¹²

76 Der Störer kann nach einer traditionellen Unterscheidung entweder Handlungsstörer (Verhaltensstörer, Rn. 77 ff.) oder Zustandsstörer sein. *Handlungsstörer* ist, wer durch sein Verhalten (Tun oder Unterlassen) unmittelbar oder mittelbar die Störung verursacht oder verursacht hat. *Zustandsstörer* ist, wer die Störung zwar nicht verursacht hat, aber Eigentümer (oder Besitzer) der störenden Sache ist; Voraussetzung ist, dass ihm die Störung zugerechnet werden kann; er haftet, weil er als Eigentümer (oder Besitzer) in der Lage ist, die Störung zu beseitigen (Rn. 85 ff.).²¹³

77 *aa) Handlungsstörer:* Die Störung kann in einer störenden Handlung selbst bestehen, z. B. im Erzeugen von Lärm, in einem Steinwurf in ein Fenster oder im Befahren eines fremden Grundstücks. Sie kann aber auch in einem störenden Zustand bestehen, der durch die Störungshandlung hervorgerufen wurde, etwa in einer auf fremdem Grundstück errichteten Anlage.²¹⁴ Diese Unterscheidung hat nichts mit derjenigen in Handlungs- und Zustandsstörer zu tun. Der Störende ist in beiden Fällen Handlungsstörer; die Störung muss von ihm jedoch adäquat verursacht worden sein.

78 Es ist unerheblich, ob der Handlungsstörer die Störung durch eigene Handlungen unmittelbar verursacht oder ob das mittelbar durch andere Personen geschieht.²¹⁵ Wer mit seinem Sportflugzeug im Tiefflug über Wohngebiete fliegt, stört unmittelbar durch Lärmerzeugung; wer eine Fliegerschule oder einen Sportflugplatz betreibt, stört durch mittelbare Lärmerzeugung, wenn die Flugschüler oder die startenden und landenden Flieger die Anwohner durch Lärm beeinträchtigen. Ebenso stört mittelbar durch Lärm, wer einen geräuschvollen Tennisbetrieb unterhält.²¹⁶ Handlungsstörer ist auch, wer seinen Gasthausbetrieb an einen Wirt verpachtet, der daraus eine lärmende Diskothek macht;²¹⁷ der Verpächter hat die Störung durch sein eigenes Verhalten herbeigeführt. Häufig wird der mittelbare Handlungsstörer dagegen unzutreffend als Zustandsstörer angesehen (Rn. 85). Für die Haftung aus § 1004 ist die Abgrenzung zunächst irrelevant; entscheidend wird sie aber für die Frage der Beendigung der Haftung (s. Rn. 83 einerseits, Rn. 91 andererseits).

²¹² BGH NJW 2011, 749 Rn. 13; das gilt auch, wenn der Eigentümer Grundstückszugang zu privaten Zwecken gestattet, vgl. BGH NJW 2013, 1809 Rn. 12 (jeweils zur Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg); zust. MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 125; abl. Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 229; Schack, JZ 2011, 375; inexistentes Recht am Bild der eigenen Sache. Zutr. zum Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch wegen der digitalen Massenerfassung von Straßenzügen durch Google Street View etc. MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 129.

²¹³ Die hergebrachte Unterteilung in Handlungs- und Zustandsstörer lehnen die Befürworter der Usurpationstheorie (Rn. 89) ab; für sie ist der Anspruchsgegner der, der gerade die dingliche Sachherrschaft beeinträchtigt.

²¹⁴ Vgl. auch § 5 Rn. 15.

²¹⁵ S. nur zum mittelbaren Handlungsstörer BGH NJW 1982, 440; BGHZ 144, 200; weitere Beispiele für mittelbare Handlungsstörer bei jurisPK/Hans, 8. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 15.

²¹⁶ Vgl. BGH NJW 1977, 1920; NJW 1983, 751.

²¹⁷ BGHZ 82, 440 sieht den Verpächter jedoch unzutreffend als Zustandsstörer.

Handlungsstörer ist zudem, wer eine Anlage, von der laufend Störungen ausgehen, zwar nicht selbst geschaffen hat, sie aber weiter *betreibt*, z. B. der Käufer oder Erbe, der eine übernommene störende Schweinemästerei oder eine Diskothek fortführt. Zur Abgrenzung von der Rechtsnachfolge beim Zustandsstörer Rn. 90. 79

Eine Störung kann auch im Bestreiten des Eigentums oder in der Behauptung liegen, es bestehe ein das Eigentum beschränkendes dingliches Recht. Ob in einer solchen Eigentumsanmaßung eine Störung i. S. v. § 1004 liegt, ist zwar umstritten, aber zu bejahen.²¹⁸ Behauptet also jemand, er habe eine Dienstbarkeit des Inhalts, seinen Pkw auf dem Nachbargrundstück zu parken, so steht dem Nachbarn immer ein Unterlassungsanspruch zu. Dagegen gewährt die Rechtsprechung den Anspruch nur dann, wenn eine „beeinträchtigende“ Eigentumsanmaßung besteht, d. h. sie gegenüber Dritten geäußert wurde; bei „schlichtem Bestreiten“ genüge eine Feststellungsklage;²¹⁹ warum deshalb die Leistungsklage abgewiesen werden sollte, ist nicht einzusehen. 80

Dem Handlungsstörer wird die störende Handlung und ein dadurch eingetretener störender Zustand allein deswegen zugerechnet, weil er durch sein Verhalten die Störung verursacht hat. Dem Stören durch aktives Tun ist gleichgestellt ein Unterlassen, wenn eine Pflicht besteht, die Störung zu verhindern,²²⁰ etwa wenn eine Gefahrensituation geschaffen wurde. Handlungsstörer durch Unterlassen ist etwa der Verpächter der Gaststätte, der gegen den Pächter und Betreiber der lärmenden Diskothek nicht vorgeht. Der Handlungsstörer muss die störende Handlung nicht in eigener Person vorgenommen haben; es reicht aus, wenn sie durch Gehilfen geschehen ist.²²¹ 81

Die Störung muss *adäquat kausal* auf die Handlung des Störers zurückgehen. Wird an der Grundstücksgrenze fachmännisch ein geeigneter und gesunder Baum angepflanzt, so liegt darin noch keine Störung des Nachbareigentums. Wird der Baum bei einem Orkan unvorhersehbarerweise auf das Nachbargrundstück geschleudert, so stört er nun das Eigentum des Nachbarn. Diese Störung geht zwar auf das Anpflanzen des Baumes zurück, doch war diese Handlung zwar kausal, aber nicht adäquat kausal, weil der Störungseintritt außerhalb jeder normalen Erwartung lag.²²² Eine Störung i. S. v. § 1004 ist nicht gegeben. Stürzt ein Baum aber infolge Alters oder Krankheit auf das Nachbargrundstück, so liegt eine adäquat kausale Störung vor, denn eine solche Entwicklung ist üblich und war zu erwarten.²²³ Wer sich ein Elektrogerät kauft, das im Lauf der Jahre ohne besondere Einwirkung des Eigentümers defekt wird und einen Brand auslöst, der auf das Nachbarhaus übergreift, ist nicht Handlungsstörer. Denn auch hier war mit der eingetretenen Störung nicht zu rechnen.²²⁴ 82

²¹⁸ Wie hier MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 106.

²¹⁹ BGH NJW 2006, 689; Ulrici, Jura 2006, 692.

²²⁰ Vgl. Wolff/Raiser § 87 I 2 c.

²²¹ Vgl. BGH NJW 1989, 902. Die Hilfspersonen selbst sind nur zum Unterlassen von Störungen verpflichtet, nicht aber zur Beseitigung.

²²² Vgl. BGH NJW 1993, 1855; NJW 2007, 432 Rn. 9.

²²³ BGH NJW 2003, 1732 Rn. 11.

²²⁴ Anders BGH NJW 1999, 2896, weil der Käufer auf das Geschehen Einfluss hätte nehmen können. Damit schließt sich der BGH im Ergebnis der Eigentumstheorie an (Rn. 87). Er entscheidet

- 83 Die Haftung aus § 1004 entfällt nicht dadurch, dass der Handlungsstörer das Eigentum an der störenden Sache aufgibt bzw. auf einen anderen überträgt. Hat etwa der Eigentümer E eines Grundstücks dieses durch auslaufendes Öl so sehr verseucht, dass die Beeinträchtigung auf andere Grundstücke übergreift, so haftet er als Handlungsstörer den Nachbarn auch dann noch auf Beseitigung, wenn er das Grundstück veräußert oder derelinquiert. Nur wenn er zur Beseitigung der Störung nicht mehr in der Lage ist, weil etwa ein neuer Eigentümer ihm dies nicht gestattet, so endet seine Haftung. Geldersatz, etwa nach § 280, kann aufgrund des § 1004 nicht verlangt werden.²²⁵
- 84 Mehrere Handlungsstörer, deren Tatbeiträge sich nicht trennen lassen, haften kumulativ, als Gesamtschuldner.²²⁶ Beseitigt einer die Störung, so kann er von den anderen einen Ausgleich gemäß § 426 verlangen, nach Maßgabe des jeweiligen Tatbeitrages.
- 85 *bb) Zustandsstörer:* Neben dem Handlungsstörer haftet auch der Zustandsstörer nach § 1004, d. h. der Eigentümer (oder Besitzer) der störenden Sache, der die Störung zwar nicht verursacht hat, dem sie aber doch zuzurechnen ist. Wer aber Zustandsstörer ist, ist nicht leicht zu bestimmen und umstritten.
- Als Zustandsstörer scheiden zunächst alle Personen aus, welche die Störung durch ihr Verhalten selbst verursacht haben, also Handlungsstörer sind. Das gilt auch für die mittelbaren Handlungsstörer, obwohl sie häufig auch als Zustandsstörer bezeichnet werden; ein solcher Sprachgebrauch macht aber eine Definition des Zustandsstörers unmöglich. Wer also etwa einen Flugplatz betreibt, ist wegen des Lärms der startenden und landenden Flugzeuge nicht Zustands-, sondern Handlungsstörer (Rn. 78).
- 86 Nach zutreffender h. M. ergibt sich im Zivilrecht (anders als im Polizeirecht, dazu Rn. 95) eine Haftung als Zustandsstörer aus § 1004 nicht allein daraus, dass jemand Eigentümer einer störenden Sache ist; Voraussetzung ist vielmehr, dass ihm die Störung *zuzurechnen* ist.²²⁷ Umstritten ist allerdings das Zurechnungskriterium:
- 87 *α) Eigentumstheorie:* Nach ihr genügt es, dass jemand Eigentümer (oder Besitzer) der störenden Sache ist.²²⁸ Sie ist für das Zivilrecht abzulehnen.²²⁹ Zwar ver-

sich freilich nicht für diese Theorie, sondern betont, der Störerbegriff sei begrifflich nicht zu klären, sondern nur von Fall zu Fall wertend festzustellen. Da das Gericht aber auch keine Wertungskriterien angibt, bleibt der Rechtsanwender ratlos.

²²⁵ Vgl. Motive III, 425; Wellenhofer § 24 Rn. 40; Olzen, Jura 1991, 281.

²²⁶ OLG Celle NJW 1988, 425; Erman/Ebbing § 1004 Rn. 139; Jauernig/Berger § 1004 Rn. 18; Herrmann, Der Störer nach § 1004 BGB, 1987, 564 ff.; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 371; MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 244.

²²⁷ Vgl. Baur/Stürner § 12 Rn. 14 ff.

²²⁸ Sie wird vertreten u. a. von Pleyer, AcP 156 (1957), 290; Kübler, AcP 159 (1960/61), 237 ff., 276 ff.; Prütting Rn. 574. Nach Herrmann, JuS 1994, 273, 278 ff.; dies. NJW 1997, 153 ff. soll sogar jeder Besitzer für die Beschaffenheit des Grundstücks haften.

²²⁹ So zutr. z. B. BGHZ 28, 112; 41, 399; 90, 266; BGH NJW 2007, 432 Rn. 11; NJW-RR 2011, 739, 740; Baur, AcP 160 (1961), 465, 477; Palandt/Herrler § 1004 Rn. 19; RGRK/Pikart § 1004 Rn. 55, 71; MünchKomm/Medicus, 4. Aufl. 2004, § 1004 Rn. 46; Erman/Ebbing § 1004 Rn. 124 ff. Der BGH verlangt aber, dass durch den maßgebenden Willen des Zustandsstörers der beeinträch-

pflichtet das Eigentum, vgl. Art. 14 II 1 GG, aber damit ist die Sozialbindung des Eigentums festgestellt, nicht die Pflicht zur Beseitigung von Störungen nach § 1004. Eine „Garantenstellung“ aus Eigentum besteht nicht, auch das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis kann keine Pflicht des Eigentümers zur Beseitigung der Störung begründen. Eine Haftung des E im Tankwagen-Fall (Rn. 88) aufgrund seines Eigentums wäre ein nichtakzeptables Ergebnis. Soweit die Billigkeit das fordert, wird man aber dem Gestörten das Recht zugestehen können, die Störung selbst zu beseitigen, was der Eigentümer dulden muss.²³⁰

Keinesfalls kann aber aus dem Eigentum die generelle Verpflichtung abgeleitet werden, Störungen, welche durch die Sache verursacht werden, zu beseitigen. Daher haftet der Eigentümer nicht für Störungen, die von seinem Grundstück infolge natürlicher Vorgänge ausgehen; gegen eindringendes Ungeziefer vom Nachbargrundstück etwa gibt es keinen Abwehranspruch.²³¹ Fallen von einem Felshang infolge Verwitterung Steinbrocken auf das Nachbargrundstück, so haftet der Eigentümer dafür nicht nach § 1004.²³² Fließt Wasser aufgrund des natürlichen Gefälles vom höher gelegenen Grundstück auf das darunterliegende, so trifft den Eigentümer des oberen Grundstücks keine Verpflichtung aus § 1004, selbst wenn das Wasser bei einem Wolkenbruch zu schweren Beeinträchtigungen des unteren Grundstücks führt. Etwas anderes würde gelten, wenn der Eigentümer des oberen Grundstücks das Wasser durch Gräben oder sonstige Vorrichtungen umleiten würde.²³³ Wenn in einen Naturtümpel Frösche einziehen und durch ihr Gequake die Nachbarn stören, haftet der Eigentümer des Tümpelgrundstücks dafür nicht; er haftet aber,²³⁴ wenn er (oder sein Rechtsvorgänger) den Tümpel angelegt hat, wobei aber § 906 zu beachten ist: Froschgequake in einem angelegten Teich können Nachbarn nicht verbieten, wenn die Störung unwesentlich oder ortsüblich ist;²³⁵ übermäßiges Gequake kann dagegen unterbunden werden,²³⁶ wenn nicht das Naturschutzrecht (§ 44 I BNatSchG) ein Entfernen der Frösche verhindert.²³⁷

tigende Zustand aufrechterhalten wird; treffend dagegen Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, 47.

²³⁰ Vgl. Baur, AcP 160 (1961), 465, 477.

²³¹ BGH NJW 1995, 2633; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 81; Erman/Ebbing § 1004 Rn. 127.

²³² Vgl. BGH NJW 1985, 1773 f.; Wellenhofer § 24 Rn. 20; Palandt/Herrler § 1004 Rn. 20; anders aber, wenn es nicht um das Wirken von Naturkräften geht: BGH NJW-RR 1996, 659.

²³³ Vgl. BGH NJW 1991, 2770; das bedeutet aber nicht, dass der Eigentümer keinerlei Veränderungen mehr auf dem Grundstück vornehmen dürfte; er darf z. B. – wie im BGH-Fall – die Art der landwirtschaftlichen Nutzung ändern.

²³⁴ Als Handlungsstörer.

²³⁵ OLG Schleswig NJW-RR 1986, 884.

²³⁶ RG JW 1910, 654 f.

²³⁷ LG Hanau NJW 1985, 500; BGH NJW 1993, 925 (zu § 20f a. F. BNatSchG); K. Schmidt, JuS 1993, 691. Eine Verurteilung ist möglich, wenn eine Ausnahmegenehmigung nach § 67 II BNatSchG in Betracht kommt, insbesondere ist eine Verurteilung des Störers zur Stellung dieses Antrags möglich. Scheidet eine Verurteilung des Störers aufgrund des Naturschutzes aus, so soll dem Gestörten nach BGH NJW 1993, 925, 928 auch kein Ausgleichsanspruch nach § 906 II 2 analog zustehen; das erscheint fraglich, da so die Interessen des Gestörten unberücksichtigt bleiben. Zum Anspruch aus § 823 vgl. BGH NJW 1993, 925, 927.

Widersprüchlich ist es, wenn die h. M. einerseits die Eigentumstheorie ablehnt, andererseits aber jeden als Zustandsstörer bezeichnet, der einen störenden Zustand aufrechterhält, den er nicht selbst geschaffen hat und den er abstellen könnte;²³⁸ mit solchen Formulierungen wird praktisch doch eine generelle Zustandshaftung des Eigentümers und Besitzers begründet.

88 Man kann den Gegensatz zu Störungen durch natürliche Vorgänge aber auch nicht einfach in Störungen durch menschliches Handeln sehen; denn nicht jedes menschliche Handeln löst eine Haftung des Eigentümers nach § 1004 aus. Das entscheidende Haftungskriterium liegt nicht in der Unterscheidung Naturereignis – menschliches Handeln, sondern in der Zurechenbarkeit der Störung. Das zeigt der folgende Tankwagen-Fall: Gelangt ein Tankwagen infolge überhöhter Geschwindigkeit auf das Grundstück des E und läuft hier so viel Öl aus, dass die Nachbargrundstücke beeinträchtigt werden, so haften zwar E und der Fahrer des Tankwagens nach Polizeirecht (Rn. 96). E haftet aber zivilrechtlich nicht nach § 1004, er ist weder Handlungs- noch Zustandsstörer, ihm ist der Unfall nicht zuzurechnen. Es genügt also nicht, dass irgendwer die Störung durch sein Verhalten herbeigeführt hat; vielmehr muss dieses Verhalten dem Grundstückseigentümer auch zuzurechnen sein; das ist hier aus keinem Gesichtspunkt der Fall. Aus diesem Grund haftet auch der Eigentümer eines Gebäudes, das im Krieg zerstört wurde und das deshalb die Nachbargrundstücke beeinträchtigt, nicht aus § 1004;²³⁹ der Krieg kann ihm nicht zugerechnet werden.

89 β) *Usurpationstheorie*: Nach ihr liegt eine Störung dann vor, wenn und solange der Störer durch sein Verhalten oder durch die räumliche Lage bzw. Ausstrahlung seiner Sache auf die Sache des Eigentümers einwirkt oder indem er die Einwirkung des Eigentümers auf seine Sache be- oder verhindert und deshalb eine ihm nach der Eigentumsordnung nicht zustehende Herrschaftsposition einnimmt.²⁴⁰ Es darf also nur die Anmaßung fremder Eigentümerbefugnisse (eine „Rechtsusurpation“), also ein Eingriff in die rechtliche Integrität des Eigentums abgewehrt werden, aber nur solange die Störung dauert. Der Beseitigungsanspruch gegen Einwirkungen bestehe nur, solange diese gegenwärtig seien; der neue schlechtere, vielleicht auch nur unwillkommenere Zustand sei keine fortdauernde Eigentumsbeeinträchtigung. Die Lehre ist der römischrechtlichen *actio negatoria* nachempfunden, der Klage des Eigentümers gegen denjenigen, der eine Dienstbarkeit (!) an der Sache zu haben behauptete.²⁴¹ Aber schon das gemeine Recht des 19. Jh. gab die Klage bei jeder Eigentumsstörung, gleich ob sie auf einer Rechtsanmaßung beruhte oder nicht.²⁴²

²³⁸ Vgl. etwa Palandt/Herrler § 1004 Rn. 19; Müller/Gruber Rn. 1190.

²³⁹ Vgl. etwa BGHZ 19, 130; 28, 112; Wolff/Raiser § 87 I 2; Baur/Stürmer § 12 Rn. 12 ff.

²⁴⁰ Zu ihr Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 229), 82, 129 und passim; ders., FS Gernhuber, 1993, 315; erneut ders., Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, 113 ff.; zust. Westermann/Gursky § 35 Rn. 3 f.; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 33; Wilhelm Rn. 1366, 1379 ff. („Habenshaftung“); Lobinger, JuS 1997, 981, 982; Sympathie auch bei MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 96, 98, 102.

²⁴¹ S. auch MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 95.

²⁴² Dazu Thier, in: Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, 2000, 407, 415.

Namentlich bei bloß „faktischen“ Usurpationen durch Immissionen und Imponderabilien war die römische *actio negatoria* zu eng.

Häufig wird gegen diese Lehre eingewendet, dass sie mit der Dereliktion der störenden Sache die Haftung des Störers enden lasse.²⁴³ Dieser Einwand verfängt indes nicht, weil auch nach hier vertretener Auffassung die Dereliktion den Anknüpfungspunkt für die Haftung als Zustandsstörer beendet (Rn. 91). Gegen die Theorie spricht aber entscheidend, dass der Wortlaut des § 1004 angesichts der industriellen Umwälzungen im 19. Jh. bewusst nicht auf Rechtsusurpationen beschränkt ist. Zudem ist es nicht begreiflich, warum der Dieb, der ein gestohlenen Kfz auf fremdem Grundstück abstellt, um ihn dort stehen zu lassen, nicht als Handlungsstörer haften soll, wohl aber der Eigentümer des Wagens, dessen Eigentum auf fremdem „lagert“;²⁴⁴ das führt zu einer nicht überzeugenden Einschränkung des Schutzes des Grundeigentümers. Gleiches gilt für den Stein, der durch ein Fenster geworfen wird, und nach dieser Lehre nicht einmal beseitigt werden müsste (Rn. 99). Ferner sieht sich die Theorie gezwungen, auch bei faktischen Rechtsusurpationen wie etwa in den Überschwemmungsfällen eine Störung anzunehmen. Der Hinweis darauf, hier verhalte sich der Emittent so, als stünde ihm eine entsprechende Dienstbarkeit zu (§ 1018 Var. 3),²⁴⁵ sticht nicht, weil einerseits z. B. die Überschwemmung eines Grundstücks auch nicht mittels § 1018 Var. 3 zum Inhalt einer Dienstbarkeit gemacht werden kann und andererseits der Gesetzgeber, wie dargelegt, gerade dieses Konzept aufgegeben hat. Warum also die Usurpationslehre geeignet sein soll, den Störerbegriff überzeugend zu bestimmen, ist unklar. Maßt sich E im Tankwagen-Fall (Rn. 88) Eigentümerrechte an den Nachbargrundstücken an, die doch durch das Öl auf seinem Grundstück gestört werden? Auch wie auf diese Weise Schadensersatz und Störungsbeseitigung besser unterschieden werden können, ist nicht ersichtlich.²⁴⁶ Der Gesetzgeber ist von der Theorie nicht ausgegangen, sondern hat eine eigenständige Regelung getroffen.

γ) *Verhältnismäßigkeit*: Vorgeschlagen wurde, die Haftung des Zustandsstörers wenigstens analog der Haftung des öffentlichrechtlichen Zustandsstörers nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beschränken.²⁴⁷ Danach darf dem störenden Grundstücksnachbarn eine Haftung nur etwa bis zum Verkehrswert des störenden Grundstücks zugemutet werden, wobei der Grad der Fahrlässigkeit des Störers zu berücksichtigen ist.²⁴⁸ Es ist jedoch durchaus nicht angebracht, diese für das öffentliche Recht entwickelte Entscheidung ins Zivilrecht zu übertragen.²⁴⁹ Denn der zi-

90

²⁴³ Abl. etwa Prütting Rn. 573a; Baur/Stürner § 12 Rn. 20; Neuner, JuS 2005, 385, 388; Baur, AcP 175 (1975), 177.

²⁴⁴ Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 229), 130.

²⁴⁵ Gursky, FS O. Werner, 2009, 444, 450.

²⁴⁶ Vgl. unten Fn. 274.

²⁴⁷ Neuner, JuS 2005, 385, 390.

²⁴⁸ BVerfG NJW 2000, 2573, 2575 für Altlasten.

²⁴⁹ Die Berücksichtigung verschiedener Verschuldens- und Fahrlässigkeitsgrade bei der Bemessung des finanziellen Ausgleichs gehört in die Zeit des vorwissenschaftlichen Rechts und ist dem

vilrechtliche Zustandsstörer kann im Unterschied zum öffentlichen Recht²⁵⁰ einfach sein Eigentum aufgeben, um seiner Haftung zu entgehen (Rn. 91).²⁵¹

- 91 δ) *Rechtsnachfolge*: Als Zurechnungskriterium für Zustandsstörer, welche also die Störung nicht selbst verursacht haben, ist im Zivilrecht nur die Rechtsnachfolge bekannt. Hat E sein Grundstück durch Öl so verseucht, dass die Nachbargrundstücke beeinträchtigt werden, so ist er Handlungsstörer. Veräußert er das Grundstück an K, so ist dieser als Rechtsnachfolger eines Handlungsstörers selbst Zustandsstörer; veräußert K das Grundstück an X, so ist X als Rechtsnachfolger eines Zustandsstörers selbst wieder Zustandsstörer. Die Zurechnung ergibt sich aus der Tatsache, dass jemand als Rechtsnachfolger eines Handlungs- oder Zustandsstörers den störenden Zustand aufrechterhält und nicht beseitigt.²⁵² Der Rechtsnachfolger eines Handlungsstörers ist aber wieder Handlungsstörer, wenn er eine störende Anlage selbst weiter betreibt; wer eine störende Schweinemästerei kauft und betreibt, ist Handlungsstörer (s. auch Rn. 79).

Zustandsstörer ist auch ein Rechtsnachfolger in den Besitz, der den störenden Zustand aufrechterhält, z. B. ein Mieter, Pächter oder sonstiger Besitzer. Da sich der Eigentümer durch Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft nicht der Verantwortlichkeit für sein Eigentum entziehen kann, haften Eigentümer und Besitzer nebeneinander.²⁵³

- 92 Die zivilrechtliche Haftung des Zustandsstörers endet entgegen der h. M., wenn er als Eigentümer das Eigentum aufgibt oder auf einen anderen überträgt oder wenn er als Besitzer den Besitz aufgibt.²⁵⁴ Da die Zustandshaftung an das Eigentum oder den Besitz der störenden Sache geknüpft ist, welche die Möglichkeit zur Beseitigung der Störung geben, endet die zivilrechtliche Haftung, wenn sie nicht mehr vorliegen. Anders liegen die Dinge im Polizeirecht (Rn. 95).

- 93 cc) *Tankwagen-Fall*: Wem eine Störung somit weder als Verursacher (Handlungsstörer) noch als Rechtsnachfolger eines Störers (Zustandsstörer) zuzurechnen ist, haftet nicht nach § 1004. Daher haftet E im Tankwagen-Fall (Rn. 88) zivilrecht-

deutschen Zivilrecht fremd, vgl. Wieling, Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1970, 26 ff.

²⁵⁰ Vgl. § 4 III 4 BBodSchG (s. unten Rn. 95).

²⁵¹ BVerfG NJW 2000, 2573 verband zwei Verfassungsbeschwerden zur gemeinsamen Entscheidung; die zweite betraf in Wirklichkeit einen mittelbaren Handlungsstörer, bei dem eine Haftungsbeschränkung durchaus nicht angebracht erscheint.

²⁵² Vgl. etwa Jauernig/Berger § 1004 Rn. 19; Erman/Ebbing § 1004 Rn. 130.

²⁵³ BGH NJW 1959, 2013; NJW 1967, 246.

²⁵⁴ Zutr. (allerdings auf der Grundlage der Usurpationslehre) Picker, Privatrechtssystem (Fn. 240), 1011 ff.; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 291; Katzenstein, AcP 211 (2011), 58, 79 mit Fn. 106; vgl. für die h. M. BGH NJW 2005, 1366 f.; NJW 2007, 2182 Rn. 10; NJW-RR 2013, 652 Rn. 14; Müller/Gruber Rn. 1207. Das gilt aber nur für die Haftung des Zustandsstörers, nicht für die des Handlungsstörers (oben Rn. 83): Wer Giftmüll auf ein fremdes Grundstück bringt, kann seiner Haftung aus § 1004 nicht dadurch entgehen, dass er den Müll derelinquiert; so aber die Usurpationstheorie (Rn. 89); dazu auch MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 87.

lich nicht für die Störungen, die das ausgelaufene Öl verursacht; er hat die Störung weder selbst verursacht noch ist er Rechtsnachfolger eines Störers.

dd) Rechtswidrigkeit: Die Beeinträchtigung muss nach h. M. rechtswidrig sein.²⁵⁵ Grundsätzlich ist jeder störende Eingriff in das Eigentum rechtswidrig. Beim Vorliegen einer Störung ist die Rechtswidrigkeit indiziert; das ergibt sich aus der negativen Formulierung in § 1004 II, wonach nur ausnahmsweise eine Duldungspflicht besteht.²⁵⁶ § 1004 II ist eine rechtshindernde Einwendung.²⁵⁷ Den Eigentümer kann eine Duldungspflicht aus einer Vielzahl von Gründen treffen, sie kann privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur sein, sich aus Vertrag oder aus Gesetz ergeben. Der Eigentümer kann etwa aufgrund eines Vertrags zur Duldung des Eingriffs verpflichtet sein, aufgrund einer Dienstbarkeit oder aufgrund nachbarrechtlicher Regelungen. Duldungspflichten ergeben sich beispielsweise aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis (Rn. 9), einem Überbau (Rn. 15), bei einem Notweg (Rn. 19), bei Immissionen (Rn. 22 ff.), aus den Nachbarrechtsgesetzen der Länder (Rn. 54 ff.).

Rechtswidrigkeit kann auch dann zu bejahen sein, wenn zunächst überhaupt keine rechtswidrige Störungshandlung vorgenommen wurde, wenn vielmehr aus einer ursprünglich rechtmäßigen Handlung und aus einem rechtmäßigen Zustand später eine rechtswidrige Störung wurde. Als Beispiel mag der krank oder alt gewordene Baum von Rn. 82 angeführt werden. Es ist also ausreichend, wenn der durch eine Handlung adäquat verursachte störende Zustand zur Zeit des Geltendmachens des negatorischen Anspruchs rechtswidrig ist.²⁵⁸ Ein solcher Fall ist etwa gegeben, wenn der Eigentümer einem Energieversorgungsunternehmen das Aufstellen eines Leitungsmastes gestattet, der spätere Käufer des Grundstücks aber Beseitigung verlangt; die *Gestattung*²⁵⁹ bindet nämlich den Einzelrechtsnachfolger des gestattenden früheren Eigentümers nicht; der Käufer kann Beseitigung gemäß § 1004 verlangen.²⁶⁰ Die Zurechenbarkeit ergibt sich aus dem Herstellen des – aktuell zwar rechtmäßigen, potentiell aber rechtswidrigen – störenden Zustands.

Die Beeinträchtigung muss *nicht schuldhaft* erfolgen. Dem Handlungsstörer wird die störende Handlung und ein dadurch eingetretener störender Zustand allein deswegen zugerechnet, weil er durch sein Verhalten die Störung verursacht hat, dem Zustandsstörer deswegen, weil er Rechtsnachfolger des Störers ist.

ee) Polizeirecht: Dagegen haftet nach Polizeirecht als Zustandsstörer jeder Eigentümer einer störenden Sache, nach den neueren Polizeigesetzen auch der Inha-

²⁵⁵ Vgl. etwa Wolff/Raiser § 87 I 2; Baur/Stürner § 12 Rn. 8; Westermann/Gursky § 35 Rn. 16; Palandt/Herrler § 1004 Rn. 12.

²⁵⁶ Baur/Stürner § 12 Rn. 8.

²⁵⁷ Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 482.

²⁵⁸ Vgl. Motive III, 424; RGRK/Pikart § 1004 Rn. 54; Palandt/Herrler § 1004 Rn. 12; Erman/Ebbing § 1004 Rn. 32; BGH JZ 1970, 702.

²⁵⁹ Sie ist jederzeit widerruflich; der Eigentümer muss eine Verwirkung nicht fürchten, vgl. BGH NJW-RR 2014, 1043 Rn. 20 f.

²⁶⁰ Vgl. BGH JZ 1976, 369 ff.; NJW-RR 2008, 827 Rn. 7.

94

95

96

ber der tatsächlichen Gewalt.²⁶¹ Das Polizeirecht nimmt im Interesse der öffentlichen Sicherheit keine Rücksicht darauf, ob jemandem der störende Zustand zuzurechnen ist;²⁶² es hält sich daher auch ohne weiteres an den Eigentümer oder Besitzer der störenden Sache, der die Störung beseitigen kann.²⁶³ Nach Polizeirecht könnte also E im Tankwagen-Fall (Rn. 88) auf Beseitigung der Störung in Anspruch genommen werden. Veräußert der Zustandsstörer die störende Sache, so endet nach Polizeirecht die Haftung.²⁶⁴ Dagegen besteht nach dem Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes die polizeirechtliche Haftung fort, wenn der Zustandsstörer die störende Sache derelinquiert.²⁶⁵ Allerdings ist die Formulierung in § 5 III POG RP, dass bei herrenlosen Sachen polizeilich der hafte, der das Eigentum aufgegeben hat, zu weit. Die Haftung als Zustandsstörer setzt nämlich voraus, dass jemand bei Eintritt der Störung Eigentümer oder Besitzer der störenden Sache ist. Erfasst werden muss also die spätere Eigentumsaufgabe. Hat dagegen jemand etwa das Eigentum und den Besitz an einem Grundstück aufgegeben und wird nun infolge eines Tankwagenunfalls das Grundstück mit Öl verseucht, so kann der frühere Eigentümer auch nach Polizeirecht nicht in Anspruch genommen werden; er ist für die Störung ebenso wenig haftbar zu machen wie ein vorübergehender Passant. Nach öffentlichem Recht ist jeder Handlungsstörer sowie jeder Grundeigentümer und Besitzer verpflichtet, den Boden von Schadstoffen zu befreien und zu sanieren; die Eigentumsaufgabe befreit von dieser Pflicht nicht.²⁶⁶

- 97 *ff) Vorrangige Haftung des Handlungsstörers:* Zwischen zivilrechtlicher Handlungs- und Zustandshaftung besteht nach h. M. keine Rangfolge; das ist jedenfalls für das Außenverhältnis richtig. Wenn also ein Handlungs- und ein Zustandsstörer zur Beseitigung der Störung verpflichtet sind, so haften sie nebeneinander. Immerhin ist aber der, der den störenden Zustand geschaffen hat, näher daran, die Störung zu beseitigen, als der, der die störende Anlage nur übernommen hat; ihn muss also im Innenverhältnis die Beseitigungspflicht letztlich treffen. Beispiel: Das Grundstück des V ist durch dessen Gewerbebetrieb mit Öl verseucht worden, so dass die Nachbargrundstücke dadurch beeinträchtigt werden; V hat das Grundstück an K veräußert, V ist Handlungs- und K Zustandsstörer. Die Nachbarn nehmen den K auf Beseitigung in Anspruch, nachdem die Ansprüche des K wegen Sachmangels gegen V verjährt sind, § 438. Der Schaden bliebe dem K, wenn er keinen Regressanspruch gegen V hätte. Ein solcher Anspruch ergibt sich aber aus §§ 433 I 2, 435, 437 Nr. 3,

²⁶¹ Vgl. Götz/Geis, Allg. Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Aufl. 2017, § 9 Rn. 55 ff., 59 ff.

²⁶² Vgl. Kloepfer/Thull, DVBl 1989, 1121. Daher ist auch der Versuch von Stichelbrock, AcP 197 (1997), 456 ff., den Störerbegriff des Zivilrechts dem des öffentlichen Rechts anzugleichen, wenig überzeugend; er berücksichtigt nicht die durchaus verschiedenen Ziele beider Rechtsordnungen.

²⁶³ Vgl. etwa § 7 PolG BW; § 5 I, II POG RP.

²⁶⁴ Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, § 21, 2 c; Ibler, in: Ennuschat/Ibler/Remmert, Öffentliches Recht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 218.

²⁶⁵ So z. B. § 5 III POG RP. Anders ist die Rechtslage nur in Baden-Württemberg und Sachsen, die eine entsprechende Regelung nicht kennen; vgl. Götz/Geis (Fn. 261) § 9 Rn. 74; zum Prüfungskatalog Württenberger/Heckmann/Tanneberger, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 5 Rn. 297 ff.

²⁶⁶ Vgl. § 4 III 4 BBodSchG.

280, 281 (Schadensersatz wegen Rechtsmangels), da V dem K das Grundstück nicht frei von Rechten Dritter verschafft hat.

Generell ist eine vorrangige Haftung des Handlungsstörers im Innenverhältnis zu bejahen, so dass der Zustandsstörer einen Rückgriff gegen ihn aus § 683 oder § 812 hat, wenn er die Störung selbst beseitigt. Das ist besonders wichtig in den Fällen, in welchen ein polizeilicher Zustandsstörer gezwungen wird, die Störung auf seine Kosten zu beseitigen. Zwar wird die Polizei gemäß ihrem pflichtgemäßen Ermessen bei gleicher Effektivität vorrangig den Handlungsstörer in Anspruch nehmen,²⁶⁷ doch ist das nicht zwangsläufig so,²⁶⁸ wenn etwa der Handlungsstörer zunächst nicht zu ermitteln ist. Verpflichtet die Polizei den Zustandsstörer zur Beseitigung, so kann dieser nach Bereicherungsrecht vom Handlungsstörer Ersatz verlangen. Zu flexibleren Ergebnissen kommt man mit der Anwendung des § 426, indem man im Außenverhältnis von einer Gesamtschuld des Handlungs- und Zustandsstörers ausgeht.²⁶⁹ Auf diese Weise können die Tatbeiträge der Beteiligten untereinander in Anschlag gebracht werden; regelmäßig wird dabei die Haftung im Innenverhältnis allein dem Handlungsstörer zukommen. Die Einwände gegen diese Lösung überzeugen nicht. Nimmt also im obigen Tankwagen-Beispiel (Rn. 88) die Polizei den E als Zustandsstörer auf Beseitigung in Anspruch, so kann er beim Eigentümer oder Fahrer des verunglückten Tankwagens Regress nehmen. Für die Fälle der Bodenverschmutzung hat § 24 II BBodSchG eine dem § 426 entsprechende Rückgriffsmöglichkeit auf mehrere Störer (vgl. dazu § 4 III BBodSchG) bereits angeordnet.²⁷⁰

b) Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch: § 1004 gewährt einen Anspruch auf Beseitigung der eingetretenen Beeinträchtigungen, § 1004 I 1. Wenn weitere Störungen zu befürchten sind, kann auf Unterlassung geklagt werden, § 1004 I 2. 98

aa) Beseitigungsanspruch: Er setzt nach § 1004 I 1 zunächst voraus, dass eine Beeinträchtigung bereits vorliegt. Sie kann entweder in einer gegenwärtigen Störung liegen oder in einem Zustand, aus dem sich jederzeit Beeinträchtigungen ergeben können. Der Anspruch richtet sich auf Beseitigung der Beeinträchtigung; problematisch ist die Abgrenzung von Störungsbeseitigung und Schadensersatz. Ist etwa der Blechschaden an einem Pkw eine Beeinträchtigung oder ein Schaden i. S. v. § 249? Wäre sie eine Beeinträchtigung i. S. v. § 1004, so könnte ohne Verschulden des Verletzers die Reparatur (Beseitigung der Beeinträchtigung) verlangt werden.²⁷¹ Die Abgrenzung hat nach den folgenden Aspekten zu erfolgen. 99

²⁶⁷ Vgl. BGH NJW 1981, 2458; Götz/Geis (Fn. 261) § 9 Rn. 92.

²⁶⁸ Vgl. Kloepfer/Thull, DVBl 1989, 1121.

²⁶⁹ So überzeugend Kloepfer/Thull a. a. O.; Finkenauer, NJW 1995, 432; Stickelbrock, AcP 197 (1997), 503 f. gegen BGH NJW 1981, 2457 f.; NJW 2014, 2730 Rn. 14; Harms, NJW 1999, 3668, will dem sanierenden Grundstückseigentümer nur den Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag zugestehen, und zwar nach der bedenklichen h. M. selbst dann, wenn er die Sanierung als eigenes Geschäft betrieben hat.

²⁷⁰ Vgl. dazu Pützenbacher, NJW 1999, 1137 ff.; zum Bundesbodenschutzgesetz allgemein Vierhaus, NJW 1998, 1262 ff.

²⁷¹ Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 89 Rn. 10; zur Abgrenzung auch Taupitz, FS Hagen, 1999, 469.

100 § 1004 greift nur dann ein, wenn eine *gegenwärtige Störung* oder Beeinträchtigung vorliegt.²⁷² Er bezweckt nicht die Wiederherstellung des vorigen Zustands, sondern Beseitigung der Störungsquelle für die Zukunft.²⁷³ Beeinträchtigungen durch Lärm oder Geruch, ein hässlicher Anblick im Sinne der ideellen Immission sind so lange Störungen, wie sie vorliegen; hören sie auf, so endet auch die Störung. Ebenso bedeutet die Kontaminierung des Bodens mit schädlichen Stoffen eine dauernde Gefahr und Beeinträchtigung.²⁷⁴ Eine gegenwärtige Störung liegt auch dann vor, wenn Sachen gegen den Willen des Eigentümers auf dessen Grundstück gebracht werden bzw. sich dort befinden, etwa Abfall, heruntergeschwemmter Sand, eingedrungenes Öl,²⁷⁵ ein umgefallener Baum des Nachbarn, ein Überbau usw. Ist durch ein störendes Ereignis aber eine Sache beschädigt worden, ist etwa der Nachbarbaum auf ein Dach gefallen und hat es beschädigt, so sind die Zerstörungen am Dach zwar Schäden, sie stellen aber keine Störung dar.²⁷⁶ Der Zustand des Dachs, wie er gegenwärtig ist, ist zwar gestört, er stört aber das Eigentum nicht weiter. Auch der Blechschaden an einem Pkw stellt keine gegenwärtige Störung dar, ebenso wenig ein vom Störer auf fremdem Grund aufgeworfener Graben.²⁷⁷ Wird durch einen Stein eine Fensterscheibe eingeworfen, so kann der Gestörte nach § 1004 die Beseitigung des Steines, aber nicht das Einsetzen einer neuen Scheibe verlangen. Dringen Wurzeln von angepflanzten Bäumen auf das Nachbargrundstück vor und beschädigen einen Tennisplatz, so kann der Nachbar Beseitigung der Wurzeln verlangen, aber nicht die Instandsetzung des Tennisplatzes.²⁷⁸ Entsteht ein Schaden aber zwangsläufig erst bei der nach § 1004 geschuldeten Beseitigung der Störung, so ist dieser Schaden zu ersetzen.²⁷⁹

Dagegen ist die Rechtsprechung in diesen Fällen geneigt, Ersatz für die genannten Schäden zu gewähren, ohne dass ein Verschulden nachzuweisen wäre (sog. Wiederbenutzbarkeitstheorie): Geschuldet sei nicht nur die isolierte Beseitigung der

²⁷² RGRK/Pikart § 1004 Rn. 33; MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 83; Soergel/Münch § 1004 Rn. 63 ff.

²⁷³ Vgl. Baur/Stürner § 12 Rn. 7; Erman/Ebbing § 1004 Rn. 82.

²⁷⁴ Vgl. BGH NJW 1996, 845. Dagegen zu Unrecht Lobinger, JuS 1997, 981, 983, der als Anhänger der Usurpationslehre in der Beseitigung des kontaminierten Erdreichs einen Schadensersatz sieht und keinen Gegenstand des Beseitigungsanspruchs. Das wäre richtig, wenn sich die schädlichen Substanzen nicht mehr auf dem Grundstück befänden und nur das Erdreich beeinträchtigt wäre. Es geht indessen um die Beseitigung der schädlichen Stoffe selbst, die sich freilich mit dem Erdreich verbunden haben. Sie müssen nach § 1004 beseitigt werden. Dagegen müssen vernichtete Anpflanzungen nur unter den Voraussetzungen des § 823, also insbesondere bei Vorliegen von Verschulden, ersetzt werden.

²⁷⁵ Ebenso Baur, JZ 1964, 354 ff.; Soergel/Mühl, 12. Aufl. 1990, § 1004 Rn. 29; a. A. Gursky, JR 1989, 397 ff.

²⁷⁶ Baur, AcP 160 (1961), 465, 490.

²⁷⁷ Vgl. Picker, JZ 1976, 371.

²⁷⁸ So zutreffend Medicus, FS Hagen, 1999, 157; Roth, JZ 1998, 94 ff.; anders BGH NJW 1997, 2234. Jedoch sind die Kosten für das Aufreißen des Platzes zur Beseitigung der darunterliegenden Wurzeln noch von § 1004 umfasst, vgl. Wolf, Negatorische Beseitigung und Schadensersatz, 2005, 421.

²⁷⁹ Vgl. BGH NJW 2005, 1366 f.

Störungsquelle (also etwa der eingedrungenen Wurzeln), sondern die anschließende Wiederherstellung des in seiner Benutzbarkeit beeinträchtigten Grundstückszustands (z. B. des Tennisplatzbelages).²⁸⁰

Schadensersatz kann aus § 1004 nicht verlangt werden, doch ist die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs, etwa aus § 823 I, neben § 1004 möglich, wenn Verschulden vorliegt; § 1004 ist nach h. M. auch ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 II.²⁸¹ Hat der Eigentümer die Beeinträchtigung mitverschuldet oder auch nur mitverursacht, so ist § 254 entsprechend anwendbar.²⁸²

bb) Kein Anspruch auf bestimmte Maßnahmen: Was gemäß § 1004 konkret verlangt werden kann, hängt von der gegebenen Situation ab. Wird etwa ein Nachbar durch den von einem Sportplatz ausgehenden Lärm gestört, so dass er gegen den Sportplatzbetreiber einen Abwehranspruch hat, so kommt etwa das Anbringen lärmmindernder Einrichtungen in Betracht; weiter das Verbot bestimmter Betätigungen, etwa der Benutzung von Megaphonen und Startschusspistolen; ferner die zeitliche Beschränkung der lärm erzeugenden Tätigkeit; schließlich kommt im Extremfall auch die völlige Einstellung des Sportbetriebes als Abhilfemaßnahme in Betracht.²⁸³ Der Störer kann unter diesen Möglichkeiten, soweit sie zum Schutz des gestörten Nachbarn ausreichen, wählen. Der gestörte Grundstücksnachbar kann also nur allgemein Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, nicht aber bestimmte Maßnahmen,²⁸⁴ außer wenn nur eine Maßnahme in Betracht kommt.²⁸⁵

cc) Beseitigungskosten: Die Kosten der Beseitigung trägt der Störer.²⁸⁶ Ist der Eigentümer auf eigene Kosten tätig geworden, haftet ihm der Störer nach Bereicherungsrecht, gegebenenfalls auch nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag.²⁸⁷

c) Unterlassungsanspruch: § 1004 I 2 gibt einen Anspruch auf Unterlassung. Der Eigentümer muss eine rechtswidrige Störung seines Eigentums nicht dulden, er muss auch nicht warten, bis eine Störung sich verwirklicht. Vielmehr kann er vorbeugend vom Störer Unterlassung verlangen und gegen ihn klagen, § 1004 I 2. Nach zutreffender h. M. besteht diese Möglichkeit entgegen dem Wortlaut des § 1004 I 2

²⁸⁰Wenzel, NJW 2005, 241, 243.

²⁸¹BGHZ 104, 6 Rn. 38; anders Gursky, NJW 1971, 782, 787; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 422 (unnötig).

²⁸²Vgl. etwa RGZ 138, 329; BGH WM 1964, 1104; JuS 1997, 1042; Palandt/Herrler § 1004 Rn. 44; a. A. Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 407; MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 256 ff. und Medicus, FS Hagen, 1999, 157 mit der Begründung, der Beseitigungsanspruch sei unteilbar. Da es entscheidend aber um die Kosten der Beseitigung geht, die sehr wohl teilbar sind, liegt eine Anwendung des § 254 nahe.

²⁸³Vgl. Schmitz, NVwZ 1991, 1128 f.

²⁸⁴BGHZ 67, 253; Mattern, WM 1979, 34; Prütting Rn. 576.

²⁸⁵Vgl. Jauernig/Berger § 1004 Rn. 9.

²⁸⁶Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 392. Im Tennisplatzfall (Rn. 9) will Vollkommer, NJW 1999, 3539 f. dem Gestörten einen Ersatzanspruch analog § 867, 2 gegen den Störer geben. Da es bei § 867 aber nicht um eine Eigentumsstörung geht, ist das *tertium comparationis* unklar.

²⁸⁷BGHZ 60, 243; 97, 231; Palandt/Herrler § 1004 Rn. 30; Baur/Stürner § 12 Rn. 22; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 397.

(,... weitere Beeinträchtigungen ...“) nicht nur dann, wenn bereits Störungen eingetreten sind; es kann auch zur Verhinderung der ersten Störung auf Unterlassen geklagt werden.²⁸⁸ Voraussetzung für den Anspruch ist, dass bereits eine Beeinträchtigung droht, dass also die konkrete Gefahr einer unmittelbar bevorstehenden Störung bzw. der Wiederholung einer Störung besteht.

Über die Rechtsnatur des Unterlassungsanspruchs besteht Streit. Eine Meinung sieht in ihm einen normalen materiellrechtlichen Anspruch,²⁸⁹ nach anderer Ansicht soll es sich um eine prozessuale Klagemöglichkeit ohne einen zugrunde liegenden Anspruch handeln.²⁹⁰ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers handelt es sich um einen künftigen Anspruch, der eigentlich noch nicht fällig und klagbar ist, §§ 257–259 ZPO, aber in § 1004 I 2 durch positive Bestimmung für klagbar erklärt wird.²⁹¹ Praktische Bedeutung hat der Streit nicht.

105 d) *Anwendbarkeit von Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts*: Fraglich ist die Anwendbarkeit der Vorschriften aus dem Allgemeinen Schuldrecht auf den Anspruch aus § 1004. Da § 1004 keinen Anspruch auf Schadensersatz gibt, sind die §§ 249 II 2 und 251 nicht anwendbar.²⁹² Direkt sind die §§ 275–285 als auf schuldrechtliche Ansprüche, nicht auf die dinglichen Rechtsverwirklichungsansprüche gemünzten Vorschriften nicht anwendbar. Da nach ganz h. M. die Unmöglichkeit einer Beseitigung den Beseitigungsanspruch ausschließt, darf man § 275 I nur dann analog anwenden, wenn man sich bewusst ist, dass damit keine Aussage über die anderen Vorschriften der §§ 275–285 gemacht ist.²⁹³

106 Umstritten ist, ob den Ansprüchen aus § 1004 die Einrede des § 275 II wegen Unzumutbarkeit entgegengesetzt werden kann.²⁹⁴ Der für Leistungsansprüche konzipierte § 275 II ist für den dinglichen Anspruch aus § 1004 unpassend.²⁹⁵ Weil er zu einer dauerhaften Einrede führt, wäre der Bestand des Rechts selbst in Frage gestellt.²⁹⁶ Zudem würde seine Anwendung sogar dazu führen, dass die Störung im Ergebnis entschädigungslos Bestand hätte; bejaht man dennoch eine solche dauerhafte Sperrung des Anspruchs aus § 1004, ist eine Geldrente analog §§ 906 II 2, 912 II, 917 II zu gewähren.

²⁸⁸ Vgl. etwa BGHZ 2, 394; BayObLG NJW-RR 1987, 1040; Münzberg, JZ 1967, 689; Wellenhofer § 24 Rn. 34.

²⁸⁹ H. M., vgl. etwa Münzberg, JZ 1967, 692 f.; Larenz/Canaris, Schuldrecht, Besonderer Teil II, 13. Aufl. 1994, § 87 I 2; Jauernig/Berger § 1004 Rn. 10; Baur, JZ 1966, 382.

²⁹⁰ Vgl. etwa Esser/Weyers, Schuldrecht II, 8. Aufl. 1998/2000, § 62 IV; zum Streit eingehend Loy, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozessrecht, 2018, 159 f.

²⁹¹ Vgl. Motive III, 426 f.

²⁹² BGH LM § 1004 Nr. 14; Baur/Stürner § 12 Rn. 21; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 348; MünchKommRaff § 1004 Rn. 247; Soergel/Münch § 1004 Rn. 312; Wolf (Fn. 278), 422; a. A. BGHZ 62, 391; BGH DB 1974, 673; DB 1977, 908; Erman/Ebbing § 1004 Rn. 100.

²⁹³ Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 375.

²⁹⁴ Bejahend BGH NJW 2008, 3122; NJW 2008, 3123; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 386 f.

²⁹⁵ Staudinger/Gursky, 2013, § 1004 Rn. 155 („systemsprengend“); Gsell, LMK 2008, 266937; Staudinger/Klinck, Eckpfeiler, Rn. U 215.

²⁹⁶ Katzenstein, JZ 2010, 633, 634 spricht zu Recht von „Rechtsentzug“.

§§ 280, 281 passen gleichfalls nicht auf § 1004, wie auch nicht auf § 985.²⁹⁷ Eine Anwendung wird vorgeschlagen, wenn er Ersatz dafür begehrt, dass er die Beeinträchtigung hinnimmt oder wenn der gestörte Eigentümer (nach Fristsetzung) zur Selbsthilfe schreitet und dafür die Kosten ersetzt verlangt.²⁹⁸ Denn nach § 281 IV müsste der Primäranspruch (also derjenige aus § 1004) erlöschen, wenn Schadensersatz begehrt wird. Der Anspruch aus § 1004 kann jedoch nicht untergehen, solange das beeinträchtigte Eigentum besteht, weil Eigentum und Anspruch nicht zu trennen sind; im Falle der Selbsthilfe ist die Störung bereits beseitigt, damit aber auch die Grundlage des Beseitigungsanspruchs, so dass dieser entgegen § 281 IV durch das Schadensersatzverlangen nicht untergehen kann.²⁹⁹ 107

Die Verzugsvorschriften sind auf dingliche Ansprüche, also auch auf § 1004 anwendbar, wie § 990 II zeigt. Kommt also der Störer mit der Beseitigung in Verzug, hat er nach §§ 280, 286 Ersatz zu leisten. Das Haftungsprivileg des § 990 II für den gutgläubigen unrechtmäßigen Besitzer ist aber dann anzuwenden, wenn der Störer zugleich Besitzer ist, also etwa auf dem von ihm zu Unrecht besessenen Grundstück z. B. Müll gelagert hat. Hier ist das Haftungsprivileg sowohl auf § 985 als auch auf § 1004 anzuwenden.³⁰⁰ 108

e) *Verjährung, Verwirkung*: Auf die Verjährung des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 wendet die h. M. die regelmäßige Frist von 3 Jahren an, §§ 195, 199.³⁰¹ Dies stützt sie vor allem auf eine (unmaßgebliche) Bemerkung im Regierungsentwurf zur Schuldrechtsmodernisierung 2002.³⁰² Eine unterschiedliche Verjährung der Schutzansprüche aus dem Eigentum, der Vindikation einerseits (§ 197 I Nr. 2: 30 Jahre) und des negatorischen Anspruchs andererseits, ist jedoch system- und sachwidrig.³⁰³ Eine analoge Anwendung des § 197 I Nr. 2 ist daher geboten, zumal die Rechtsprechung eine solche Analogie nunmehr im Sonderfall des § 1028 gleichfalls befürwortet.³⁰⁴ Ist das Eigentum eingetragen, findet § 902 Anwendung (§ 20 Rn. 89). Bei einem Anspruch auf Unterlassen ist dagegen eine Verjährung nicht denkbar; denn entweder endet im Laufe der Jahre die drohende Gefahr, oder aber sie besteht weiter und begründet immer wieder neu einen Unterlassungsanspruch.³⁰⁵ 109

Im Ausnahmefall ist nach h. M. der Beseitigungsanspruch verwirkbar.³⁰⁶

f) *Schutz sonstiger Rechte*: Ebenso wie das Eigentum sind auch alle anderen dinglichen Rechte nach § 1004 geschützt. Das ergibt sich bereits daraus, dass § 1004 nur den Zustand herstellen will, der dem Inhalt des dinglichen Rechts entspricht 110

²⁹⁷ Dazu § 1 Rn. 4; anders Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 415, 418 f.

²⁹⁸ Für eine Anwendung OLG Karlsruhe NJW 2012, 1520, 1521 f.; Bezzenberger, JZ 2005, 373, 376 f.

²⁹⁹ Vgl. Staudinger/Gursky, 2013, § 1004 Rn. 168; a. A. Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 419.

³⁰⁰ Staudinger/Gursky, 2013, § 1004 Rn. 165.

³⁰¹ Arg. e contr. § 197 I Nr. 2; anders jedoch, wenn § 902 anwendbar ist (dazu § 20 Rn. 88).

³⁰² BT-Drucks. 14/6040, 105 f.

³⁰³ Staudinger/Gursky, 2013, § 1004 Rn. 201; Picker, FS F. Bydlinski, 2002, 269, 300 ff.

³⁰⁴ BGH NJW 2014, 3780 Rn. 13, 22 f.; dazu § 25 Rn. 18.

³⁰⁵ S. auch Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 474.

³⁰⁶ MünchKomm/Raff § 1004 Rn. 270; BGH NJW-RR 2014, 1043 Rn. 17.

(Rn. 72). Bei einigen dinglichen Rechten verweist das Gesetz auf den Schutz des Eigentums durch § 1004, etwa bei der Dienstbarkeit, §§ 1027, 1090 II, beim Nießbrauch, § 1065, beim Pfandrecht, § 1227, beim Erbbaurecht, § 11 I 1 ErbbauRG, beim Wohnungseigentum, § 34 II WEG. In anderen Fällen gibt das Gesetz eigene Unterlassungsansprüche, die dem aus § 1004 entsprechen, so in § 1053 dem Eigentümer gegen den Nießbraucher, in § 1134 dem Hypothekar gegen den Eigentümer. Darüber hinaus ist § 1004 auf alle dinglichen Rechte anwendbar, auch z. B. auf verdinglichte Rechte nach § 1007.³⁰⁷

Weiter sind auch absolute Rechte, die keine dinglichen Rechte sind, gegen Beeinträchtigungen geschützt. Das ergibt sich aus der absoluten Natur dieser Rechte, deren Inhalt die Abwehrmöglichkeit gegen Eingriffe von außen umfasst. Geschützt sind durch positive Regelung etwa das Namensrecht, § 12, das Patent, § 139 PatG, das Urheberrecht, § 97 UrhG, die Marke, § 14 MarkenG, der Firmenname, § 37 HGB. Darüber hinaus sind alle absoluten Rechte in analoger Anwendung des § 1004 gegen Beeinträchtigungen geschützt.³⁰⁸

Schließlich sind auch alle absolut geschützten Rechtsgüter und Rechtspositionen in analoger Anwendung des § 1004 geschützt, etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht³⁰⁹ und der „eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb“.³¹⁰

Geschützt gemäß § 1004 (eventuell in analoger Anwendung) sind also alle Rechtsgüter, die auch in § 823 I geschützt sind, weswegen der Unterlassungsanspruch bisweilen auch aus dieser Norm begründet wird, wobei auf ein Verschulden zu verzichten ist.

Darüber hinaus gibt die Rechtsprechung einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch immer dann, wenn eine nach Deliktsrecht geschützte Rechtsposition bedroht ist, z. B. gemäß §§ 823 II, 824. Man spricht in solchen Fällen von einem *quasinegatorischen Anspruch*.³¹¹

Geschützt gegen Beeinträchtigungen ist auch der Besitz, § 862 (vgl. § 5 Rn. 15–17).

- 111** g) *Rechtsweg*: Für den Anspruch aus § 1004 ist regelmäßig der ordentliche Rechtsweg gemäß § 13 GVG eröffnet. Geht jedoch die Störung von der öffentlichen Hand aus – z. B. von dem öffentlichen Sportplatz einer Gemeinde –, so ist zu unterscheiden. Die öffentlichrechtlichen Körperschaften haben auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge die Wahl, ob sie sich bei der Verwendung und Nutzung eines Grundstücks des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts bedienen wollen.³¹² Im zweiten Fall stellt sich der Gebrauch des Eigentums als ein öffentlichrechtliches Verwaltungshandeln dar; die Verwaltungsgerichte, nicht die ordentlichen Gerichte, sind zur Entscheidung über den Folgenbeseitigungsanspruch zuständig.³¹³

³⁰⁷ Vgl. § 13 Rn. 19 ff.

³⁰⁸ H. M., vgl. etwa Wellenhofer § 24 Rn. 44.

³⁰⁹ Vgl. etwa BGH NJW 1984, 1886; Palandt/Herrler § 1004 Rn. 4.

³¹⁰ Vgl. Jauernig/Berger § 1004 Rn. 2.

³¹¹ Vgl. etwa Palandt/Herrler § 1004 Rn. 4; Wellenhofer § 24 Rn. 44; Funcke, Die sogenannte actio quasinegatoria, 2010.

³¹² BGHZ 41, 264 ff.; BGH DVBl 1968, 148; RGRK/Pikart § 1004 Rn. 16 ff.

³¹³ Vgl. Baur/Stürner § 12 Rn. 26; Palandt/Herrler § 1004 Rn. 50; Schmitz, NVwZ 1991, 1127.

2. Öffentlichrechtliche Abwehransprüche

Der Gestörte kann privatrechtlich aus § 1004 gegen den Störer vorgehen; daneben hat er in einigen Situationen auch aufgrund eines öffentlichrechtlichen Anspruchs die Möglichkeit, von der zuständigen Behörde ein Vorgehen gegen den Störer zu verlangen.³¹⁴ 112

a) *Nachbarklage*: Wird z. B. eine Baugenehmigung für einen Bau erteilt, welcher das Eigentum des Nachbarn rechtswidrig stören würde, so kann der Nachbar gemäß § 42 I (1) VwGO die Baugenehmigung anfechten.³¹⁵ Voraussetzung für den Erfolg der Klage ist, dass die Baugenehmigung gegen eine drittschützende Vorschrift verstößt, also gegen eine Vorschrift, die nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern wenigstens auch dem Schutz des Nachbarn zu dienen bestimmt ist.³¹⁶ Dazu gehören z. B. die Bestimmungen über Bauabstände oder die Festsetzungen in einem Bebauungsplan, die erkennbar den Schutz des Nachbarn bezwecken (z. B. Ausweisung eines Gebietes als reines Wohngebiet, Festsetzung von Lärmschutzeinrichtungen). 113

b) *Verpflichtungsklage*: Daneben kann der Grundstückseigentümer versuchen, gegen die störende Nutzung direkt vorzugehen: Er kann mit einer Verpflichtungsklage gemäß § 42 I (2) VwGO ein behördliches Einschreiten verlangen, wenn die Errichtung einer störenden Anlage genehmigt worden ist, obwohl sie materiell bau-rechtswidrig ist. Wenn die Baugenehmigung jedoch bestandskräftig geworden ist, kann eine Betriebseinstellung nicht mehr verlangt werden, wohl aber das Anbringen immissionsmindernder Einrichtungen.³¹⁷ 114

c) *Unterlassungsklage*: Dem gestörten Eigentümer steht ferner ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch zu, wenn die störende Nutzung eines Grundstücks nicht mehr von der Baugenehmigung gedeckt ist. Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen sind dieselben wie beim privatrechtlichen Anspruch aus § 1004.³¹⁸ Voraussetzung des öffentlichrechtlichen Unterlassungsanspruchs ist, dass die Nutzung des Grundstücks in öffentlichrechtlicher Form erfolgt; andernfalls greift der privatrechtliche Unterlassungsanspruch ein. 115

d) *Verhältnis zum Privatrecht*: Privatrechtliche und öffentlichrechtliche Abwehransprüche können nebeneinander geltend gemacht werden.³¹⁹ 116

³¹⁴ Ausführlich hierzu Schlotterbeck, NJW 1991, 2669 ff.; Schoch, Jura 2004, 317 ff.

³¹⁵ Die Baugenehmigung ist ein begünstigender Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung; zum einstweiligen Rechtsschutz vgl. die §§ 80, 80a VwGO.

³¹⁶ Palandt/Herrler § 903 Rn. 14 ff.; Marburger, DJT 56 (1986) I C 17 ff.; Schmitz, NVwZ 1991, 1135.

³¹⁷ Vgl. Schmitz, NVwZ 1991, 1135.

³¹⁸ Vgl. OVG Hamburg NJW 1986, 2333.

³¹⁹ Palandt/Herrler § 903 Rn. 24; Breuer, DVBl 1983, 433 f.

3. Anspruch auf Schadensersatz

- 117 Ebenso wie das Eigentum an beweglichen Sachen ist auch das Grundeigentum nach den §§ 823 ff. geschützt. Fraglich ist, ob dieser Schutz auch für Fremdbesitzer eines Grundstücks gilt. Die Fremdbesitzer einer beweglichen Sache haben gemäß § 1007 ein dingliches Recht und sind daher nach § 823 I geschützt (§ 13 Rn. 25); denn § 823 schützt absolute Rechte, zu denen auch die dinglichen Rechte gehören. Für Grundstücke gilt § 1007 aber nach seinem Wortlaut und h. M. nicht, durch Besitzübertragung kann an Grundstücken kein dingliches Recht begründet werden, auch wenn ein obligatorischer Anspruch auf Besitz besteht; dingliche Rechte an Grundstücken entstehen nur durch Einigung und Eintragung im Grundbuch, vgl. § 873 I.³²⁰ Daher könnte an sich ein Fremdbesitzer bei Beschädigungen des Grundstücks keinen Schadensersatzanspruch aus § 823 I haben. Eine Ausnahme wird man aber zugunsten des Mieters oder Pächters eines Grundstücks machen müssen. Der Gesetzgeber hat in §§ 566, 581 II zu erkennen gegeben, dass er – aus sozialen Gründen – die Position des Grundstücksmieters und -pächters verdinglichen will. Aus diesem Grund ist es angemessen, den Grundstücksbesitz des Mieters oder Pächters auch unter den Schutz des § 823 I zu stellen.³²¹ Daher ist entgegen der h. M. § 1007 auch auf den berechtigten Fremdbesitzer eines Grundstücks anwendbar (§ 13 Rn. 21).

³²⁰ Nach h. M. ist ein berechtigter Fremdbesitzer generell nach § 823 I geschützt, gleich ob es sich um eine bewegliche Sache handelt oder um ein Grundstück; vgl. etwa Palandt/Sprau § 823 Rn. 13; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht II, 43. Aufl. 2019, § 45 Rn. 13; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 76 Rn. 8.

³²¹ So im Ergebnis auch BGHZ 79, 237; BGH NJW 1984, 2569 f.

Teil 8: Grundeigentumsähnliche Rechte

§ 24. Erbbaurecht, Wohnungseigentum und Bergwerkseigentum



a) *Grundeigentumsähnliche Rechte*: Als „grundstücksgleiche Rechte“ bezeichnet man ungenau solche Grundstücksrechte, welche wie das Eigentum ein umfassendes und dauerndes oder doch länger andauerndes Nutzungsrecht am Grundstück geben und die dadurch rechtlich dem Grundeigentum so angenähert werden, dass für sie ein eigenes Grundbuch geführt wird.¹ Natürlich kann ein Recht einem Grundstück weder gleich noch ähnlich sein, wohl aber kann es dem Grundeigentum ähnlich sein, weshalb die genannten Rechte hier als „grundeigentumsähnlich“ bezeichnet werden. Es handelt sich um das Erbbaurecht, um das Wohnungseigentum und um das Bergwerkseigentum. Dazu gehören ferner die in der ehemaligen DDR nach §§ 287–294 ZGB begründeten Nutzungsrechte, welche das Errichten und Halten eines Gebäudes auf fremdem Boden gestatteten (Gebäudeeigentum).²

b) *Bedeutung des Wohnraums*: Die Wohnung ist das räumliche Lebenszentrum des Menschen, sie bildet regelmäßig den Mittelpunkt seines persönlichen Daseins. Daher resultiert das verständliche Interesse des wohnenden Menschen, diese Räumlichkeiten möglichst nicht nur aufgrund eines schuldrechtlich eingeräumten Rechts zu haben, das vom Vermieter unter mehr oder weniger einfachen Voraussetzungen kündbar ist. Erstrebenswert ist vielmehr eine sichere und dauerhafte, möglichst auf Lebenszeit angelegte absolute Rechtsposition wie die des Eigentümers. Andererseits gehört Wohnraum zu den knappen Wirtschaftsgütern und hat deshalb einen entsprechend hohen Wert; nicht jeder ist in der Lage oder bereit, das Geld für den

¹ Vgl. dazu Motive III, 36 f.; auch Hess, AcP 198 (1998), 489, 497 ff. Sie entsprechen in etwa dem *dominium utile*, dem Untereigentum der seit dem Mittelalter bekannten Aufteilung des Eigentums in *dominium directum* (Obereigentum) und *dominium utile* (Untereigentum), vgl. Wieling § 8 II 1 b.

² Diese Nutzungsrechte bestehen gemäß Art. 233 § 4 I EGBGB weiter, auch wenn sie nicht im Grundbuch eingetragen sind, vgl. § 4 II, und werden nach den Grundsätzen der §§ 873 ff. übertragen. Die Gebäude stehen im Eigentum des Inhabers des Nutzungsrechts, sie sind sonderrechtsfähig, vgl. Art. 231 § 5 I 1 EGBGB; vgl. schon oben § 19 Rn. 21; dazu Weimar, DDRZ 1991, 50 ff.; v. Craushaar, DDRZ 1991, 359 ff.; Weber II § 3 Rn. 95 ff.

Erwerb eines Grundstücks aufzubringen. Die Rechtsordnung hat sich diesem Bedürfnis nach dinglichen Wohnungsrechten nicht verschlossen.

Das rechtliche Problem liegt dabei darin, dass nach § 94 I 1 Gebäude grundsätzlich wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind, auf dem sie errichtet sind, und dass nach § 93 wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Das bedeutet, dass grundsätzlich der Eigentümer des Grundstücks auch Eigentümer des darauf errichteten Wohngebäudes ist. Ferner kann es am Grundstück und am gesamten Gebäude als einer einheitlichen Sache nur eine einheitliche Rechtslage geben, § 93; besondere Rechte an Teilen davon sind grundsätzlich nicht möglich. Ausnahmen hiervon sind nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung möglich.

I. Erbbaurecht

1. Begründung des Erbbaurechts

- 3 Das Erbbaurecht ermöglicht dem Inhaber das Errichten und Halten eines Gebäudes auf fremdem Grund. Dadurch spart der Erbbauberechtigte den Kaufpreis für das Grundstück, hat aber andererseits, wenn vereinbart, ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen zu entrichten (Erbbauzins), § 9 ErbbauRG.³ Das Erbbaurecht ist ein veräußerliches und vererbliches dingliches Recht an einem Grundstück, § 1 I ErbbauRG.⁴ Es wird bestellt gemäß § 873 I durch Einigung und Eintragung, und zwar entweder zeitlich unbeschränkt oder (regelmäßig) auf eine bestimmte Zeit, häufig auf 99 Jahre. Die Einigung bedarf nicht der Form des § 925, vgl. § 11 I ErbbauRG.⁵ Das Erbbaurecht kann nur an der ersten Rangstelle begründet werden, § 10 I 1 ErbbauRG. Eine auflösende Bedingung ist unzulässig, § 1 IV 1 ErbbauRG, ein Verstoß macht die Bestellung unwirksam;⁶ ebenfalls unwirksam ist eine schuldrechtliche Vereinbarung, dass der Erbbauberechtigte beim Eintreten bestimmter Umstände auf das Erbbaurecht verzichten müsse. Eine aufschiebend bedingte Bestellung des Erbbaurechts ist zulässig, ebenso ist eine aufschiebende und auflösende Befristung möglich. Ein Vertrag, mit welchem sich jemand zur Bestellung des Erbbaurechts verpflichtet, bedarf der Form des § 311b I, vgl. § 11 II ErbbauRG.

³Zumeist beträgt dieser Zins zwischen 4 und 7 % des Bodenwerts jährlich.

⁴Die §§ 1012–1017 sind durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2001 aufgehoben worden, gelten aber gemäß § 38 ErbbauRG weiter für Erbbaurechte, die vor dem 22.1.1919 bestellt worden sind. Die ErbbauVO von 1919 ist 2007 in das inhaltsgleiche ErbbauRG umbenannt worden.

⁵Der Eigentümer kann sich auch selbst ein Erbbaurecht bestellen, vgl. BGH NJW 1982, 2381 und oben § 1 Rn. 11.

⁶Nach BGHZ 52, 269; Palandt/Wicke, ErbbauRG § 1 Rn. 13 kann ein Erbbaurecht auch nicht auf Lebenszeit des Berechtigten bestellt werden. Das gewünschte Ergebnis kann aber durch die Vereinbarung eines Heimfallanspruchs für den Fall des Todes des Berechtigten erreicht werden, vgl. Rn. 12.

Das Erbbaurecht wird grundbuchrechtlich wie das Grundeigentum behandelt. Für das Erbbaurecht wird ein besonderes Grundbuchblatt (Erbbaugrundbuch) angelegt, § 14 ErbbauRG; darin werden Übertragungen und Belastungen des Erbbaurechts eingetragen.

Praktisch wird das Erbbaurecht häufig gewählt, um auf Grundeigentum der öffentlichen Hand städtischen Wohnungsbau zu fördern, aber auch um Industrie anzusiedeln.

2. Inhalt des Erbbaurechts

a) *Gebäude; Erbbauzins*: Das Erbbaurecht berechtigt den Inhaber, das Grundstück in Besitz zu nehmen und darauf ein Gebäude zu errichten oder zu haben. Die Art und der Umfang der Bebauung müssen in etwa festgelegt sein. Das Erbbaurecht kann auch auf die Teile des Grundstücks erstreckt werden, die nicht bebaut werden sollen, die aber dem Inhaber als Garten, Wiese, Parkplatz, Abstellfläche usw. dienen sollen, § 1 II ErbbauRG. Eine entsprechende Vereinbarung wird Inhalt des Erbbaurechts und bedarf daher der Eintragung. Unterbleibt eine solche Vereinbarung, so bleibt das Nutzungsrecht für den nicht bebauten Teil des Grundstücks dem Eigentümer. 4

Inhalt des Erbbaurechts werden auch die in § 2 ErbbauRG aufgezählten Vereinbarungen zwischen dem Grundeigentümer und dem Inhaber des Erbbaurechts, wenn sie im Grundbuch eingetragen werden. Das bedeutet, dass diese Abreden auch für und gegen Rechtsnachfolger des Bestellers und Erwerbers des Erbbaurechts gelten. Ebenfalls wird die Vereinbarung über den Erbbauzins Inhalt des Erbbaurechts, doch haftet der Inhaber des Erbbaurechts dafür nicht nur mit diesem Recht, sondern nach den Regeln der Reallast auch persönlich, § 9 I 1 ErbbauRG, § 1108 BGB. Der Erbbauzins kann wie eine Reallast mit einer Wertsicherungsvereinbarung abgesichert werden, § 9 I 1 ErbbauRG, § 1105 I 2 BGB. Eine übermäßige Erhöhung des Erbbauzinses aufgrund Vereinbarung verhindert § 9a ErbbauRG.⁷

b) *Gebäude als Bestandteil*: Das vom Erbbauberechtigten errichtete oder gehaltene Gebäude ist gemäß § 95 I 2 kein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks; es ist vielmehr nach der Fiktion des § 12 I 1 ErbbauRG wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts, die Vorschrift entspricht dem § 95 I 2.⁸ Der Inhaber des Erbbaurechts wird also Eigentümer des Gebäudes, selbst wenn es mit fremdem Material erbaut wird, §§ 946, 94 I 1, 95 I 2; § 12 II (1) ErbbauRG. Wenn das Gesetz in § 12 II (2) ErbbauRG sagt, Bestandteile des Erbbaurechts seien nicht Bestandteile des Grundstücks, so ist damit ein richtiger Gedanke inkorrekt ausgedrückt. Das aufgrund des Erbbaurechts errichtete Gebäude ist sehr wohl Bestandteil des Grundstücks, aber nicht bezogen auf das Eigentum, sondern bezogen auf das Erbbaurecht: Der Inhaber des Erbbaurechts, nicht der Grundstückseigentümer wird Eigentümer der wesentli- 5

⁷Zur Anpassung des Zinses an veränderte Umstände wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage MünchKomm/Finkenauer § 313 Rn. 191 m. w. N.

⁸Vgl. § 2 Rn. 39.

chen Grundstücksbestandteile. Hier wie auch an anderen Stellen spricht das Gesetz von der Sache statt vom Eigentum daran.

- 6 c) *Schutz*: Das Erbbaurecht ist wie das Eigentum geschützt, § 11 I 1 ErbbauRG, der Berechtigte kann also die Rechte aus den §§ 985–1004 geltend machen. Bei deliktischen Eingriffen sind die §§ 823 ff. anzuwenden.

3. Übertragung, Belastung und Inhaltsänderung des Erbbaurechts

- 7 a) *Übertragung*: Das Erbbaurecht ist übertragbar, die Übertragung geschieht gemäß § 873 I durch Einigung und Eintragung im Erbbaugrundbuch. Die Übertragung kann nicht unter einer Bedingung oder Befristung erfolgen, andernfalls ist sie unwirksam, § 11 I 2 ErbbauRG. Die Verpflichtung zur Übertragung des Erbbaurechts unterliegt der Formvorschrift des § 311b I, vgl. § 11 II ErbbauRG. Als Inhalt des Erbbaurechts kann vereinbart werden, dass die Veräußerung des Erbbaurechts nur mit Zustimmung des Grundeigentümers erfolgen kann, §§ 5 f. ErbbauRG; unter den Voraussetzungen des § 7 ErbbauRG besteht ein Anspruch auf Zustimmung.

- 8 b) *Belastung*: Da gemäß § 11 I 1 ErbbauRG das Erbbaurecht wie das Grundeigentum behandelt wird, kann es mit beschränkten dinglichen Rechten belastet werden, § 873 I, durch Einigung und Eintragung im Erbbaugrundbuch. Es kann etwa eine Dienstbarkeit oder eine Hypothek am Erbbaurecht bestellt werden; das Grundeigentum wird dadurch nicht belastet. Es kann als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden, dass der Inhaber des Erbbaurechts dieses nur mit Zustimmung des Grundeigentümers belasten darf, § 5 II ErbbauRG.

Kommt es zur Vollstreckung in das Erbbaurecht, so wird dadurch das Grundeigentum nicht betroffen, § 8 ErbbauRG. Bei der Zwangsversteigerung wird das Erbbaurecht versteigert, nicht das Eigentum am Grundstück.

- 9 c) *Inhaltsänderung*: Der Inhalt des Erbbaurechts kann nachträglich geändert werden, und zwar durch Einigung und Eintragung im Erbbaugrundbuch, vgl. § 11 I 1 ErbbauRG, § 877.

4. Erlöschen des Erbbaurechts

- 10 a) *Erlöschen*: Das Erbbaurecht erlischt durch Zeitablauf.⁹ Mit dem Erlöschen geht das Eigentum am Gebäude auf den Grundstückseigentümer über, § 12 III ErbbauRG. Der Eigentümer muss dem früheren Inhaber des Erbbaurechts eine Entschädigung zahlen, § 27 I 1 ErbbauRG. Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung sowie über deren Ausschluss können zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht

⁹ Wegen der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Belastungen des Erbbaurechts vgl. § 29 ErbbauRG, wegen der laufenden Miet- und Pachtverträge vgl. § 30 ErbbauRG.

werden, § 27 I 2 ErbbauRG.¹⁰ Zur Abwendung der Entschädigungspflicht kann der Grundeigentümer dem Erbbauberechtigten vor Ablauf des Erbbaurechts eine Verlängerung des Rechts auf die voraussichtliche Lebensdauer des Bauwerks anbieten; lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, so erlischt die Entschädigungspflicht, § 27 III ErbbauRG. Durch Zerstörung des Gebäudes erlischt das Erbbaurecht nicht, § 13 ErbbauRG.

b) Aufhebung: Das Erbbaurecht kann gemäß § 875 aufgehoben werden, aber nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers, § 26 ErbbauRG. 11

c) Heimfallrecht: Als Inhalt des Erbbaurechts kann ein Heimfallrecht des Grundeigentümers vereinbart werden. Es bedeutet, dass der Grundeigentümer beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen¹¹ vom Erbbauberechtigten verlangen kann, dass dieser das Erbbaurecht auf ihn übertrage, § 2 Nr. 4 ErbbauRG. Der Heimfall stellt somit ein dingliches Erwerbsrecht dar, welches das Erbbaurecht belastet und das mit dem Grundeigentum untrennbar verbunden ist, § 3 ErbbauRG. 12

Ein solches Heimfallrecht kann etwa vereinbart werden bei Rückstand mit dem Erbbauzins,¹² Verzögerung der Bebauung, Vernachlässigung des Bauwerks, unbefugter Nutzungsänderung, Insolvenz des Erbbauberechtigten, Tod des Grundeigentümers oder Erbbauberechtigten. Der Heimfallanspruch verjährt in sechs Monaten, § 4 ErbbauRG.

Verlangt der Grundeigentümer Erfüllung, so muss der Erbbauberechtigte ihm das Recht gemäß § 873 I durch Einigung und Eintragung übertragen. Er hat dafür einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung, § 32 I 1 ErbbauRG; im Übrigen gilt dasselbe wie bei der Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf, §§ 32, 33 ErbbauRG. Mit der Übertragung auf den Grundeigentümer erlischt das Erbbaurecht nicht, der Grundeigentümer kann es auf einen Dritten übertragen. Auch die Grundpfandrechte, welche das Erbbaurecht belasten, bleiben bestehen, soweit sie nicht dem Grundeigentümer zustehen, § 33 ErbbauRG.

II. Wohnungseigentum

Das Wohnungseigentum nach dem Gesetz über das Wohnungseigentum von 1951 (WEG)¹³ ermöglicht es, an einem Teil eines Gebäudes, der Wohnung, ein Sondereigentum zu begründen.¹⁴ Der Wohnungseigentümer muss also weder das ganze 13

¹⁰ Dient das Gebäude zur „Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise“, so beträgt die Entschädigung zwingend mindestens 2/3 des Werts, § 27 II ErbbauRG.

¹¹ Sie können auch mit unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben werden, vgl. BGH NJW-RR 2003, 1524.

¹² Vgl. aber § 9 IV ErbbauRG.

¹³ Zum 1.11.2020 trat eine umfassende Novelle in Kraft, die im Folgenden bereits berücksichtigt ist.

¹⁴ Bis 1900 konnte landesrechtlich auch sog. Stockwerkseigentum gebildet werden, das nach Art. 182, 1 EGBGB fortbesteht. Es ist ein Sondereigentum an einem Stockwerk oder einer Wohnung, verbunden mit einem Miteigentumsanteil am Grundstück und an gemeinsam genutzten Gebäudeteilen.

Grundstück noch das ganze Gebäude zu Eigentum erwerben. Damit ist eine Ausnahme von der Regel der §§ 93, 94 geschaffen, dass an einer einheitlichen Sache nur ein einheitliches Eigentum bestehen kann und dass das Gebäude dem Grundeigentümer gehört (§ 2 Rn. 37). Die Wohnungseigentümer haben alleiniges Sondereigentum an ihren Wohnungen sowie einen Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum, § 1 II WEG. Das Sondereigentum an einer Wohnung kann auf außerhalb des Gebäudes liegende Grundstücksflächen wie Terrassen und Gärten erstreckt werden, solange die Wohnung nur wirtschaftliche Hauptsache bleibt, § 3 II WEG. Gemeinschaftliches Eigentum ist nach § 1 V WEG das Grundstück und das Gebäude, soweit sie nicht im Sondereigentum oder Eigentum Dritter stehen. Dazu gehören Teile, Anlagen und Einrichtungen wie das Treppenhaus, die Waschküche etc. Wohnungseigentum kann auch auf der Grundlage eines Erbbaurechts bestellt werden, § 30 WEG (Wohnungserbbaurecht).¹⁵ Besteht das Sondereigentum an sonstigen, nicht Wohnzwecken dienenden Räumen, spricht man von Teileigentum (§ 1 III WEG), das dem Wohnungseigentum inhaltlich gleicht.

Da Grundstück und Gebäude einer gemeinschaftlichen Verwaltung bedürfen, ist jeder Wohnungs- bzw. Teileigentümer zugleich zwangsläufig Mitglied der Eigentümergemeinschaft.

1. Entstehung des Wohnungseigentums

- 14 Wohnungseigentum kann gemäß § 2 WEG auf zweierlei Art entstehen, durch einen Vertrag mehrerer Miteigentümer (Rn. 15) oder durch Teilung (Rn. 16).
- 15 a) *Vertragliche Begründung:* Gehört das Grundstück mehreren Miteigentümern, so können sie Wohnungseigentum dadurch begründen, dass sie sich dahin einigen, dass jedem von ihnen Sondereigentum an einer bestimmten, abgeschlossenen Wohnung in einem bestehenden oder noch zu errichtenden Gebäude eingeräumt wird, § 3 I, III WEG; das Sondereigentum entsteht gemäß § 4 I WEG mit der Eintragung im Grundbuch, also womöglich schon vor Errichtung des Gebäudes. Das Sondereigentum kann darüber hinaus auf Stellplätze, § 3 I 2, sowie Gärten und Terrassen erstreckt werden, § 3 II. Der räumliche Umfang des Sondereigentums und der gemeinschaftlichen Gebäudeteile ist durch eine Bauzeichnung zu bestimmen, welche der Eintragungsbewilligung gemäß § 7 IV 1 Nr. 1 WEG beizufügen ist (Aufteilungsplan). Das gilt gemäß § 7 IV 1 Nr. 2 WEG auch für die Bescheinigung der Baubehörde nach § 3 III WEG, dass die Wohnung in sich abgeschlossen ist.¹⁶ Die Einigung folgt den Regeln der Auflassung,¹⁷ sie ist in der Form des § 925 zu erklä-

¹⁵ Das Wohnungserbbaurecht ist zu unterscheiden vom Dauerwohnrecht, mit welchem ein Erbbaurecht belastet wird (§ 25 Rn. 32).

¹⁶ Abgeschlossenheit der Wohnung setzt etwa eine Abgrenzung zu den anderen Wohnungen durch Wände und Decken, einen eigenen, abschließbaren Zugang ins Freie und ein Treppenhaus bzw. einen Vorraum voraus, vgl. Müller/Gruber Rn. 4117.

¹⁷ § 23 Rn. 61.

ren, § 4 II 1 WEG, und bedingungs- und befristungsfeindlich, § 4 II 2 WEG. Für den Verpflichtungsvertrag gilt § 311b entsprechend, § 4 III WEG. Für jeden Miteigentumsanteil mit Sondereigentum wird von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt angelegt (Wohnungsgrundbuch), § 7 I WEG. Das Grundbuchblatt des Grundstücks wird von Amts wegen geschlossen, § 7 I 3 WEG.

Sind bei der vertraglichen Begründung des Wohnungseigentums einzelne Miteigentumsanteile mit einem Grundpfandrecht belastet, so bedarf es analog §§ 876 f. der Zustimmung der Grundpfandgläubiger, weil nach Begründung des Wohnungseigentums nicht mehr der Miteigentumsanteil am Grundstück belastet ist, sondern ein Miteigentumsanteil verbunden mit einem Sondereigentum an bestimmten Räumen, die für den Inhaber des belasteten Miteigentumsanteils ungünstig liegen können.¹⁸

b) *Vorratsteilung*: Steht das Grundstückseigentum einem Alleineigentümer zu, so kann er das Wohnungseigentum durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt begründen, § 8 I WEG; die Erklärung bedarf keiner Form. Auf diese Weise wird das Volleigentum aufgespalten, der Eigentümer behält die einzelnen Miteigentumsanteile in Form der Wohnungseigentumsanteile (zunächst) in seiner Hand. Die Begründung wird wirksam, sobald die Wohnungsgrundbücher angelegt sind, § 9a I 2 WEG. War das Grundstück mit einem Grundpfandrecht belastet, besteht dieses als Gesamtgrundpfandrecht gemäß § 1132 (evtl. i. V. m. § 1192 I) fort,¹⁹ weshalb eine Zustimmung der Grundpfandgläubiger zur Aufteilung mangels Inhaltsänderung analog §§ 876 f. nicht erforderlich ist. 16

2. Inhalt und Schutz des Wohnungseigentums

a) *Sonder- und Miteigentum*: Sondereigentum kann an Wohnräumen bestehen sowie an sonstigen, nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen, etwa Kellerräumen, Stellplätzen und Ladengeschäften, schließlich auch an den zu diesen Räumen gehörenden Gebäudeteilen, soweit sie nicht für den Bestand oder die Sicherheit des Gebäudes erforderlich sind, §§ 1 I, II, 3, 5 I, II WEG, also etwa an nichttragenden Wänden, Innentüren oder am Fußbodenbelag. Grundsätzlich im Sondereigentum stehen auch die Heizkörper innerhalb eines Sondereigentums.²⁰ Das Sondereigentum an der Wohnung oder an Räumen kann auf außerhalb des Gebäudes liegende Grundstücksflächen wie Terrassen oder Gärten erstreckt werden (Rn. 13); für diesen Fall ordnet § 5 I 2 WEG die entsprechende Geltung des § 94 an. 17

¹⁸ BGH NJW 2012, 1226 Rn. 10; Staudinger/C. Heinze, 2018, § 877 Rn. 62.

¹⁹ BGH NJW 2012, 1226 Rn. 8 f.; Baur/Stürner § 29 Rn. 2.

²⁰ Bärmann/Armbrüster, Wohnungseigentumsgesetz, 14. Aufl. 2018, § 5 Rn. 88; BGH NJW 2011, 2958, 2960 geht von bloßer Sonderrechtsfähigkeit bei entsprechender Teilungserklärung oder Vereinbarung aus.

Miteigentum nach Bruchteilen besteht am Grundstück,²¹ ferner an allen Gebäudeteilen, die für den Bestand und die Sicherheit des Gebäudes erforderlich sind, etwa an Fundamenten, Außenwänden, tragenden Mauern, Fenstern, Kaminen oder am Dach, § 5 II WEG. Selbst wenn diese Gebäudeteile zu Räumen in Sondereigentum gehören, wie etwa Außenwände, sind sie zwingend Miteigentum aller Gemeinschaftler; dem Sondereigentümer gehören dagegen die Tapete und die Farbe des Innenanstrichs.²² Die Wohnungseingangs- und Balkontür gehört mit Rahmen und Schloss zum gemeinschaftlichen Eigentum. Das gilt auch von ihrer Innenseite, weil sie räumlich und funktional das Gemeinschaftseigentum abgrenzt und als einheitliche Sache nicht (vertikal) getrennt werden kann.²³

Miteigentum besteht schließlich an allen dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienenden Anlagen und Einrichtungen, § 5 II WEG, z. B. am Treppenhaus, am Flur, an den Kellergängen, am Speicher und am Fahrstuhl. Auch die Zentralheizung und die zentralen Versorgungsleitungen stehen bis zum jeweiligen Einzelabzweig in gemeinschaftlichem Eigentum, ab dort jedoch im Sondereigentum. Sondereigentum sind auch die innerhalb einer Wohnung verlaufenden Leitungen, soweit sie ausschließlich für diese bestimmt sind.

- 18** *b) Wohnungseigentümergeinschaft:* Die Wohnungseigentümer sind, was das gemeinschaftliche Eigentum angeht, Mitglieder einer Bruchteilsgemeinschaft (vgl. § 10 I WEG) und bilden zugleich die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft, § 9a I 1 WEG. Auf das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander sind subsidiär die Vorschriften über die Gemeinschaft anzuwenden, §§ 741–758, doch gehen ihnen die Sonderregelungen der §§ 9a–29 WEG vor, vgl. § 10 I 1 WEG. Diese Sonderregeln gelten auch für das Verhältnis des einzelnen Wohnungseigentümers zur Wohnungseigentümergeinschaft.

Die Wohnungseigentümergeinschaft entsteht mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher, § 9a I 2. Sie kann auch nur aus einer Person bestehen, nämlich aus dem teilenden Alleineigentümer (Rn. 16). Wer einen vorgemerkten Anspruch auf Übertragung von Wohnungseigentum gegen den teilenden Eigentümer hat und außerdem den Besitz erhalten hat, gilt als Wohnungseigentümer, § 8 III.

Die Pflichten der Wohnungseigentümer regelt § 14 WEG; gemäß § 19 II WEG können Pflichten durch Mehrheitsbeschluss begründet werden (Hausordnung, Rücklage etc.). Verletzt ein Miteigentümer in grober Weise seine Pflichten, so dass den anderen die Gemeinschaft mit ihm nicht mehr zugemutet werden kann, so kann die Wohnungseigentümergeinschaft von ihm verlangen, dass er sein Wohnungseigentum veräußert, § 17 I WEG.

Zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ist gemäß § 18 I, II die Wohnungseigentümergeinschaft verpflichtet; sie geschieht durch ihre beiden Organe, die Wohnungseigentümerversammlung (§§ 23 ff. WEG) und den zu bestellenden

²¹ Auch an seinen unbebauten Flächen wie Garten und Hof, soweit daran kein Sondereigentum begründet wurde.

²² Vgl. etwa Bärmann/Armbrüster, Wohnungseigentumsgesetz, 14. Aufl. 2018, § 5 Rn. 90, 116.

²³ Vgl. BGH NJW 2014, 379 (str.).

Verwalter (§§ 26 ff. WEG). Die Eigentümerversammlung entscheidet durch Mehrheitsbeschluss, wenn es um die ordnungsgemäße Verwaltung geht, §§ 19 I, 25 I WEG. Dagegen müssen grundlegende Nutzungsregelungen durch allseitige Vereinbarung, § 10 I 2 WEG, bzw. in der Teilungserklärung zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden, § 15 I WEG. Das gilt etwa für die Begründung von Sondernutzungsrechten (vgl. § 5 IV 2 WEG) am gemeinschaftlichen Eigentum, z. B. für Kfz-Stellplätze. Solche Vereinbarungen bedürfen der Eintragung ins Wohnungsgrundbuch, sollen sie dingliche Wirkung haben, also für und gegen Einzelrechtsnachfolger wirken, § 10 III 1 WEG.

Beschlüsse über bauliche Veränderungen am Miteigentum dürfen nicht getroffen werden, wenn sie die Wohnanlage grundlegend umgestalten oder einen Wohnungseigentümer gegenüber anderen unbillig benachteiligen und dieser nicht einverstanden ist, § 20 IV WEG. Der einzelne Wohnungseigentümer hat Anspruch auf eine bauliche Veränderung, wenn sie dem Gebrauch durch behinderte Menschen, dem Laden elektrischer Kfz, dem Einbruchsschutz oder der Herstellung eines Internetanschlusses durch Glasfaser dienen, § 20 II WEG, ggf. auf seine Kosten, vgl. § 21 WEG. Ein Wiederaufbau kann im Falle der Zerstörung des unversicherten Gebäudes zu mehr als der Hälfte nicht beschlossen werden, § 22 WEG.

c) *Verwaltung*: Der Verwalter hat namentlich die Beschlüsse der Wohnungseigentümer durchzuführen und die erforderlichen Maßnahme für eine ordnungsgemäße Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zu treffen, § 27 WEG. Er vertritt die Wohnungseigentümergeinschaft nach außen und gegenüber den einzelnen Wohnungseigentümern, § 9b I WEG. Zudem hat er jährlich einen Vermögensbericht, eine Jahresabrechnung sowie einen Wirtschaftsplan aufzustellen; die Wohnungseigentümer beschließen über die Vorschüsse zur Kostentragung und über die Rücklage, § 28 WEG. Der Verwalter wird auf höchstens fünf Jahre, bei der ersten Bestellung auf höchstens drei Jahre mit Stimmenmehrheit bestellt, § 26 II 1 WEG. 19

d) *Schutz*: Wird das Wohnungseigentum beeinträchtigt, so ist der Wohnungseigentümer durch die Ansprüche aus §§ 823 ff., 985–1004 geschützt, da es sich beim Wohnungseigentum um echtes Eigentum im Sinne des § 903 handelt, vgl. § 13 I WEG. Soweit das gemeinschaftliche Eigentum betroffen ist oder eine einheitliche Rechtsverfolgung es erfordert, dass die Rechte aus dem Sondereigentum nur gemeinschaftlich geltend gemacht werden, ist die Wohnungseigentümergeinschaft zur Rechtsausübung berechtigt, § 9a II WEG. Rechte des einzelnen Wohnungseigentümers macht sie in gesetzlicher Prozessstandschaft geltend.²⁴ 20

e) *Haftung*: Im Außenverhältnis haftet die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer; dem Gläubiger haftet das Gemeinschaftsvermögen; das gemeinschaftliche Eigentum und das Sondereigentum sind davon nicht erfasst. Daneben haftet der einzelne Wohnungseigentümer nur gemäß § 9a IV WEG nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils. 21

²⁴ Baur/Stürmer § 29 Rn. 18a.

3. Übertragung, Belastung und Aufhebung des Wohnungseigentums

- 22 Das Sondereigentum ist untrennbar mit dem dazugehörigen Miteigentum verbunden, beides zusammen bildet das Wohnungseigentum, §§ 1 II, 6 I WEG. Das Sondereigentum ist wesentlicher Bestandteil des Miteigentumsanteils, es kann nur zusammen mit dem Miteigentum veräußert oder belastet werden, § 6 I WEG; Rechte am Miteigentumsanteil erstrecken sich automatisch auch auf das Sondereigentum an der Wohnung, § 6 II WEG. Das Wohnungseigentum kann gemäß §§ 873 I, 925 durch Einigung und Eintragung im Wohnungsgrundbuch übertragen werden,²⁵ gemäß § 873 I kann es auch belastet werden, etwa mit einem Grundpfandrecht.²⁶ Es kann gemäß § 13 I WEG auch vermietet oder verpachtet werden. Die Veräußerung kann im Wege der Vereinbarung und Eintragung von der Zustimmung der anderen Miteigentümer abhängig gemacht werden, um sie vor unerwünschten Erwerbern zu schützen, § 12 WEG. Gemäß § 12 II 1 WEG darf die Zustimmung aber nur aus wichtigem Grund versagt werden.
- 23 Die Aufhebung des Wohnungseigentums ist im Gegensatz zu § 749 nur durch übereinstimmende Vereinbarung aller Wohnungseigentümer in der Form des § 4 I WEG möglich, § 11 WEG; es entsteht Miteigentum aller bisherigen Wohnungseigentümer.

Die Aufgabe von Wohnungseigentum nach § 928 ist entgegen der h. M. zulässig (vgl. § 23 Rn. 69). Eine Aufhebung nach §§ 749 ff. BGB, § 4 I WEG besteht neben der Verzichtsmöglichkeit gemäß § 928.

III. Bergwerkseigentum

- 24 Grundsätzlich erstreckt sich das Recht eines Grundstückseigentümers auch auf die unterirdischen Teile seines Grundstücks, § 905, 1, also auch auf die dort befindlichen Bodenschätze. Davon macht jedoch das Bergrecht, geregelt im Bundesberggesetz (BBergG) von 1980,²⁷ eine Ausnahme. Nach § 3 ist zwischen grundeigenen und bergfreien Bodenschätzen zu unterscheiden: *Grundeigene* Bodenschätze gehören dem Grundstückseigentümer, z. B. Ton, Dachschiefer, Quarz, Kies und Torf (§ 3 IV BBergG). *Bergfreie* Bodenschätze dagegen gehören dem Grundeigentümer nicht; sie sind die wertvolleren und abschließend in § 3 III BBergG aufgezählten Bodenschätze, z. B. Gold, Platin, Silber, Kupfer, Zink, Zinn, Stein- und Braunkohle. Sie können nur unter den Voraussetzungen des Bergrechts gewonnen werden. Während mit Beginn der Neuzeit das königliche Bergregal zurückgedrängt wurde und

²⁵ Der Verpflichtungsvertrag bedarf der Form des § 311b I.

²⁶ Durch Verfügung aller Wohnungseigentümer kann daneben auch das Grundstück insgesamt mit einem Gesamtgrundpfandrecht an den einzelnen Miteigentumsanteilen belastet werden.

²⁷ BGBl. I 1310.

jeder schürfen und sich im Erfolgsfall das Bergwerkseigentum hat verleihen lassen können (Bergbaufreiheit, vgl. preuß. BergbauG von 1865), herrscht nach dem BBergG das Konzessionssystem: Zum Aufsuchen bergfreier Bodenschätze bedarf es einer Erlaubnis (§ 7 BBergG); zu ihrer Aufsuchung und Gewinnung einer Bewilligung oder des Bergwerkseigentums (§§ 8 f. BBergG).

Das Bergwerkseigentum ist nach § 9 BBergG das ausschließliche Recht, auf bestimmten Grundstücken Bodenschätze aufzusuchen, zu gewinnen und sich anzueignen. An bergfreien Bodenschätzen besteht also ein Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers unter Ausschluss des Grundeigentümers, der eine entsprechende Duldungspflicht hat. Das Bergwerkseigentum entsteht gemäß § 17 I 1 BBergG durch die Zustellung der sog. Berechtsamsurkunde, in der u. a. der Name des Bergwerkseigentümers, die auszubeutenden Bodenschätze und das auszubeutende Bergwerksfeld genannt sind. Auf die staatliche Verleihung hat der Antragsteller einen Anspruch, wenn kein Versagensgrund vorliegt (§§ 6, 13, 16 f. BBergG). Das Bergwerkseigentum wird deklaratorisch im Grundbuch eingetragen, § 17 III BBergG, für das Bergwerkseigentum wird ein eigenes Grundbuchblatt (Berggrundbuch) angelegt,²⁸ die Vorschriften des BGB über dingliche Rechte (§§ 873 ff.) sind anwendbar (§ 9 BBergG). Die Übertragung des Bergwerkseigentums etwa geschieht durch dingliche Einigung und Eintragung in das Berggrundbuch, gutgläubiger Erwerb nach § 892 ist möglich,²⁹ ebenso eine Ersitzung nach § 900.³⁰ Geschützt ist das Bergwerkseigentum nach den §§ 985 ff.

Durch das Bergwerkseigentum werden die Rechte des Grundeigentümers weitgehend eingeschränkt. Der Bergwerksberechtigte kann auf dem Grundstück etwa Gruben anlegen und Einrichtungen schaffen für die Lagerung und den Transport der gewonnenen Bodenschätze; er kann sogar zwangsweise Abtretung des Grundstückseigentums, also eine Enteignung, verlangen, vgl. §§ 8 f., 77 ff. BBergG.

Für Bergschäden haftet der Bergwerkseigentümer auf Schadensersatz, §§ 114 ff. BBergG; es handelt sich um eine Gefährdungshaftung.

²⁸ S. § 19 Rn. 21. Daneben existiert zur Orientierung über die Bergwerksrechte ein sog. Berechtsamsbuch nebst einer Berechtsamskarte mit den Bergwerksfeldern gemäß § 75 BBergG, in das die zuständige Behörde Erlaubnisse, Bewilligungen und das Bergwerkseigentum einträgt.

²⁹ Vgl. Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 25. Ein gutgläubig lastenfreier Erwerb des Grundstücks nach Löschung des Bergwerkseigentums aus dem Berggrundbuch ist dagegen unmöglich, weil auch die Eintragung in das Berggrundbuch nicht konstitutiv ist, vgl. OLG Frankfurt Rpfleger 1996, 336.

³⁰ Vgl. Finkenauer, Eigentum und Zeitablauf, 2000, 118.

Teil 9: Nutzungs- und Erwerbsrechte an Grundstücken

§ 25. Nutzungs- und Erwerbsrechte an Grundstücken



I. Grunddienstbarkeiten

Die Grunddienstbarkeit (Servitut)¹ ist ein dingliches Recht an einem Grundstück, 1
kraft dessen der Inhaber berechtigt ist, das Grundstück in gewisser Weise zu nutzen.² Sie schränkt also den Gebrauch des Grundeigentums ein und überträgt das Gebrauchsrecht insoweit auf den Inhaber der Dienstbarkeit; dieser kann verlangen, dass der Eigentümer ihm den Gebrauch gestatte oder einen bestimmten Gebrauch unterlasse.

Als dingliches Recht lastet die Dienstbarkeit auf dem Grundstück; sie kann (anders als die Reallast) als Hauptinhalt im Grundsatz keine persönliche Verpflichtung des Eigentümers begründen, irgendeine Leistung zu erbringen oder etwas zu tun; denn: *servitus in faciendo consistere nequit*.³ Grunddienstbarkeiten haben eine hohe praktische Relevanz im baulichen und gewerblichen Bereich mit Durchleitungs-, Wege-, Garagen- und Stellplatzrechten, Gewerbe- und Baubeschränkungen sowie Regelungen des Immissionsrechts.⁴

a) *Begriffe*: Die Dienstbarkeit kann gemäß § 1018 erstens das Recht zum In- 2
halt haben, das dienende Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, also entweder gewisse Handlungen darauf vorzunehmen („Benutzungsdienstbarkeit“, Var. 1), z. B. über das Grundstück zu gehen oder darauf Kies abzubauen (*servitus faciendi*) oder auf dem Grundstück eine Anlage zu halten (*servitus habendi*).⁵ Sie

¹Die Servitut ist, anders als BGH NJW-RR 2012, 346 Rn. 12, 15, 19 meint, nicht Neutrum, sondern Femininum (so richtig aber daselbst Rn. 30).

²Vgl. dazu eingehend Hess, AcP 198 (1998), 489 ff.

³„Eine Dienstbarkeit kann nicht in einem Tun bestehen.“ Beispiele: keine Pflicht des Eigentümers zur Herstellung eines Bauwerks, zu einer Bepflanzung (BGH WM 1985, 1003, 1004) oder zum Bezug von Fernwärme (BGH MittBayNot 1984, 126).

⁴Adamczyk, MittRhNotK 1998, 105.

⁵Man fasst diese Dienstbarkeiten, vom Eigentümer aus gesehen, zusammen als *servitutes, quae in patiendi consistunt*, „Dienstbarkeiten, die auf ein Dulden gehen“.

kann zweitens zum Inhalt haben, dem Eigentümer bestimmte Handlungen auf seinem Grundstück zu verbieten, z. B. ein Gebäude zu errichten⁶ („Unterlassungsdienstbarkeit“; *servitus prohibendi*, Var. 2)⁷. Drittens kann sie dem Eigentümer des dienenden Grundstücks verbieten, ein Recht, das sich aus seinem Eigentum gegenüber dem herrschenden Grundstück gemäß §§ 903, 1004 ergibt, auszuüben („Ausschließungsdienstbarkeit“, Var. 3); das kann Einwirkungs- und Abwehrrechte sowie Ausgleichsansprüche betreffen. S. sogleich Rn. 7.

- 3 *b) Grund- und persönliche Dienstbarkeiten:* Das Gesetz unterscheidet gemäß dem römischen Recht zwischen Grunddienstbarkeiten (Prädialservituten) und persönlichen Dienstbarkeiten (Personalservituten). Eine Grunddienstbarkeit ist stets mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden: Sie steht nicht irgendeinem Berechtigten zu, sondern dem jeweiligen Eigentümer des „herrschenden“ Grundstücks; sie kann vom Eigentum am herrschenden Grundstück nicht getrennt werden.⁸ Sie belastet das „dienende“ Grundstück. Dagegen steht die persönliche Dienstbarkeit einer bestimmten Person als solcher zu. Das alte deutsche Recht nannte Rechte, die mit einem Grundstück verknüpft sind, Gerechtigkeiten. Eine Grunddienstbarkeit, über ein fremdes Grundstück zu gehen, ist demnach eine Wegegerechtigkeit, eine Dienstbarkeit, auf einem fremden Grundstück Kies abzubauen, eine Kiesabbaugerechtigkeit. Der Umfang der Gerechtigkeiten ging aber über den Inhalt der Dienstbarkeiten hinaus, insbesondere bezeichneten sie das mit einem Grundstück verbundene Recht, eine bestimmte Tätigkeit (Beruf) auszuüben, die nicht jedermann freistand; so gab es etwa Apothekengerechtigkeiten, Barbiergerechtigkeiten, Bierbraugerechtigkeiten usw.

Rechte, die mit einem Grundstück verbunden sind, werden als subjektiv-dingliche Rechte bezeichnet⁹; sie sind nicht nur objektiv dinglich, weil sie als dingliches Recht auf dem betroffenen Objekt (Sache) lasten, sondern sind auch subjektiv dinglich, weil das Subjekt des Rechts, d. h. sein Inhaber, dinglich dadurch bestimmt ist, dass er Eigentümer des herrschenden Grundstücks sein muss.¹⁰ Subjektiv-dinglich sind immer die Grunddienstbarkeiten, § 1018; Vorkaufsrechte und Reallasten können als subjektiv-dingliche Rechte bestellt werden, §§ 1094 II, 1105 II (Rn. 36, 40).

- 4 *c) Baulast:* Abzugrenzen sind die Grunddienstbarkeiten von Baulasten, ihrem öffentlichrechtlichen Gegenstück. Mit der Bestellung einer Baulast können Bauge-nehmigungshindernisse beseitigt werden, etwa der Zugang zu einem Baugrundstück über ein fremdes Grundstück gesichert, die Verlegung von Versorgungsleitungen

⁶ Als völliges Bauverbot für bestimmte Grundstücksteile, OLG Neustadt NJW 1958, 635; als beschränktes Bauverbot, z. B. für bestimmte Bebauungsart mit Bauhöhenbegrenzung, BGH JZ 1967, 322.

⁷ *Servitutes, quae in non faciendo consistunt*, „Dienstbarkeiten, die auf ein Nichttun gerichtet sind“.

⁸ Die Grunddienstbarkeit gilt gemäß § 96 als Bestandteil des herrschenden Grundstücks, vgl. § 2 Rn. 25.

⁹ Sie werden auch Realrechte genannt, vgl. Wolff/Raiser § 2 IV 2.

¹⁰ Eine Grunddienstbarkeit ist daher selbständig nicht übertragbar (§§ 96, 93; oben § 2 Rn. 25); vielmehr geht sie über, wenn das Eigentum am herrschenden Grundstück übertragen wird.

gewährleistet oder ein baurechtlich erforderlicher Abstand auf das Nachbargrundstück verlegt werden.¹¹ Sie sind (außer in Bayern, das sie nicht kennt) in den Landesbauordnungen geregelt und begründen grundstücksbezogene Pflichten des Eigentümers gegenüber der Baubehörde, die auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind, das über das gesetzliche Maß hinausgeht und baurechtlich relevant ist. Bestellt wird eine Baulast durch öffentlichrechtliche Verpflichtungserklärung des Eigentümers, neben die in den meisten Bundesländern eine konstitutive Eintragung im *Baulastenverzeichnis* tritt.¹² Einen Schutz des guten Glaubens gibt es jedoch nicht; ein gutgläubig lastenfreier Erwerb bei unrichtiger Löschung der Baulast ist nicht möglich. Die Verpflichtung geht auch auf die Rechtsnachfolger im Grundstückseigentum über. Rechte aus der Baulast gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks erwirbt nur die Behörde, nicht der Begünstigte¹³; dieser kann sich mit einer inhaltsgleichen Grunddienstbarkeit absichern.

Das Baulastenrecht wird zutreffend für verfehlt getadelt.¹⁴ Die Einrichtung eines zweiten Verzeichnisses, das nicht einmal überall konstitutiv wirkt, erhöht nur den Arbeitsaufwand für den Erwerber, der sich Sicherheit über die Rechtslage eines Grundstücks verschaffen will.¹⁵ Auch die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Baulast sind keineswegs ausgeräumt, sie gefährden aus den genannten Gründen die Rechtssicherheit.¹⁶

1. Bestellung der Grunddienstbarkeit

Die Grunddienstbarkeit wird durch formlose Einigung des Eigentümers und des Erwerbers sowie Eintragung in das Grundbuch bestellt; die Eintragung erfolgt wie immer beim belasteten Grundstück.¹⁷ Die Grunddienstbarkeit soll auch im Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks vermerkt werden,¹⁸ doch hat dies für die Entstehung der Grunddienstbarkeit keine Bedeutung.¹⁹ Der Eigentümer kann die Grunddienstbarkeit auch für sich selbst bestellen, wenn er Eigentümer des

¹¹ BGH NJW 1981, 980 ff.; Westermann/Eickmann § 121 Rn. 4.

¹² Anders aber § 72 LBO BW, wonach die Eintragung nicht konstitutiv ist.

¹³ BGH NJW 1984, 124; NJW 1993, 2741, 2743; Lorenz, NJW 1996, 2612, 2613; Effer-Uhe, ZfBR 2007, 646, 647; anders aber Fülle, DVBl. 1965, 270, 273.

¹⁴ Haegele/Schöner/Stöber Rn. 3197 ff.; AlternKomm/v. Schweinitz Vor § 873 Rn. 47.

¹⁵ Zur Eintragungsfähigkeit der Baulast im Grundbuch § 19 Rn. 9.

¹⁶ Vgl. Wieling § 2 II 4 d a. E. mit Kritik an BVerfG NJW 1991, 713, das die Verfassungsmäßigkeit mit unzut. Argumentation behauptet.

¹⁷ Zur Unmöglichkeit, ein Wegerecht durch langandauernde Übung gewohnheitsrechtlich zu begründen, BGH NJW 2020, 1360.

¹⁸ Sog. Aktivvermerk, vgl. § 19 Rn. 14.

¹⁹ Auch ein gutgläubiger Erwerb ist nur aufgrund der Eintragung der Dienstbarkeit beim dienenden Grundstück möglich, nicht aufgrund des Vermerks beim herrschenden, vgl. BayObLG NJW-RR 1987, 790; Lüke, JuS 1988, 524 f.; Schmidt, JuS 1988, 154.

herrschenden und des dienenden Grundstücks ist. Eine solche Eigentümergrundschuld entsteht durch Erklärung des Grundeigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung, entsprechend § 1196 II.²⁰

Die Bestellung kann unter einer Bedingung²¹ oder Befristung erfolgen. Geschieht das nicht, so ist die Grunddienstbarkeit zeitlich unbegrenzt; der zugrundeliegende schuldrechtliche Bestellsungsvertrag bedarf keiner Form.

- 6 Die Grunddienstbarkeit kann nicht an einem Miteigentumsanteil des dienenden Grundstücks bestellt werden, wohl aber an allen Miteigentumsanteilen zugleich.²² Die Grunddienstbarkeit belastet das gesamte dienende Grundstück, eine Bestellung nur für einen realen Grundstücksteil ist gemäß dem materiellen Spezialitätsprinzip und entgegen dem bloß dem formellen Recht angehörenden § 7 II GBO nicht möglich.²³ Eine unechte Teilbelastung des Grundstücks durch rechtsgeschäftliche Bestellung oder entsprechende tatsächliche Ausübung ist jedoch zulässig, wie § 1023 I zeigt.²⁴ Der Inhalt der Grunddienstbarkeit kann aber so vereinbart werden, dass das Nutzungsrecht sich auf einen Teil des Grundstücks beschränkt, etwa an bestimmter Stelle des Grundstücks ein Gebäude halten zu dürfen.²⁵

2. Inhalt der Grunddienstbarkeit

- 7 a) *Arten gemäß § 1018:* Die Grunddienstbarkeit kann gemäß § 1018 Var. 1 in der Berechtigung bestehen, das dienende Grundstück „in einzelnen Beziehungen“ zu nutzen, also bestimmte Handlungen darauf vornehmen zu dürfen, z. B. darüber zu gehen und zu fahren (Wegegerechtigkeit), Kies, Torf oder Holz zu entnehmen, Wasser zu schöpfen und abzuleiten, Abwässer zuzuleiten, auf dem Grundstück Waren entladen oder Kraftwagen waschen oder reparieren zu dürfen. Sie kann darin bestehen, bestimmte Anlagen auf dem Grundstück halten zu dürfen, etwa Elektrizitäts-, Gas- oder Fernwärmeleitungen, Windkraftanlagen, Schienen, Gebäude. Man spricht hier von einer *Benutzungsdienstbarkeit*, der eine entsprechende Duldungsverpflichtung des Eigentümers entspricht. Zulässig ist auch eine Benutzungsdienstbarkeit durch Kombination verschiedenartiger Nutzungsbefugnisse.²⁶

Die Grunddienstbarkeit kann ferner nach § 1018 Var. 2 das Recht geben, bestimmte (tatsächliche) Handlungen des Eigentümers zu verbieten, z. B. Gebäude überhaupt zu errichten, Gebäude bestimmter Art (z. B. eine Fabrik) zu errichten oder Gebäude in bestimmter Weise, etwa Höhe, zu errichten, Grenzanlagen (Mau-

²⁰ Vgl. § 20 Rn. 26; auch BGHZ 41, 209; Wellenhofer § 29 Rn. 4.

²¹ Etwa der Entrichtung einer vereinbarten Gegenleistung.

²² Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 39.

²³ Anders die h. M. (s. nur Staudinger/Picker, 2019, § 890 Rn. 59), vgl. aber ausf. § 20 Rn. 43; Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 41.

²⁴ Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 33, 61.

²⁵ Vgl. etwa MünchKomm/Mohr § 1018 Rn. 14, 24; Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 33.

²⁶ BGH NJW-RR 2015, 208 Rn. 17.

ern, Zäune, Hecken) zu errichten oder ein Gewerbe oder bestimmte Gewerbe auf dem Grundstück zu betreiben. Auch die Einhaltung von Grenzabständen, die über die nachbarrechtlichen Grenzabstände hinausgehen, kann so gesichert werden. Die Grunddienstbarkeit schränkt also die Handlungsfreiheit ein, welche das Grundeigentum dem Eigentümer gibt.²⁷ Man spricht hier von einer *Unterlassungsdienstbarkeit*.

Nach § 1018 Var. 3 kann die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen werden, das sich aus dem Eigentumsrecht an dem dienenden Grundstück ohne die Verpflichtung aus der Dienstbarkeit gegenüber dem herrschenden Grundstück ergäbe (§§ 903, 1004). Eine solche *Ausschließungsdienstbarkeit* wird häufig zu nachbarrechtlichen Regelungen gebraucht, etwa um dem Berechtigten wesentliche, nicht ortsübliche Emissionen auf das dienende Grundstück oder baurechtlich unzulässige Anlagen (Zäune, Fenster und dergl.) zu gestatten.

Eine Kombination mehrerer Inhalte ist zulässig. Eine Benutzungsdienstbarkeit nach Var. 1 kann also z. B. mit einer Unterlassungsdienstbarkeit nach Var. 2 verbunden werden. Das ist notwendig, wenn dem Berechtigten ein auch den Eigentümer ausschließendes Abbaurecht auf dem dienenden Grundstück eingeräumt werden soll (Rn. 15).

b) *Positives Tun*: Grundsätzlich kann die Grunddienstbarkeit den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht zu einem positiven Tun verpflichten (Rn. 1). Dieses Prinzip ist in § 1021 I 1 dahin aufgelockert, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks zur Unterhaltung einer Anlage (Erhaltung einer Mauer, eines Zauns, eines Waldstreifens) verpflichtet werden kann, welche aufgrund der Dienstbarkeit dort gehalten wird. Die Unterhaltungspflicht geht dann soweit, wie es das (Benutzungs-)Interesse des Berechtigten, also sein Interesse an der Erhaltung der Gebrauchsfähigkeit und Funktionsgerechtigkeit der Anlage, es erfordert. Wirkung gegen Einzelrechtsnachfolger des Eigentümers des dienenden Grundstücks hat die Übernahme einer solchen Unterhaltungspflicht nur, wenn sie im Grundbuch dieses Grundstücks eingetragen ist.²⁸ 8

c) *Vorteil*: Die Grunddienstbarkeit muss einen Inhalt haben, der für das herrschende Grundstück von Vorteil ist,²⁹ § 1019; ein Vorteil nur für den Eigentümer reicht nicht aus. Das bedeutet, dass der Inhalt der Grunddienstbarkeit für jeden Eigentümer vorteilhaft sein muss, nicht nur gerade für den jetzigen; das Bedürfnis, dem die Grunddienstbarkeit nachkommen will, muss also in der Beschaffenheit des herrschenden Grundstück eine objektive Grundlage haben.³⁰ Die Grunddienstbarkeit etwa, Holz, Wasser usw. zu entnehmen, geht nur soweit, als die Materialien für das herrschende Grundstück benötigt werden, um etwa dort ein Gebäude zu errichten. Die Abgrenzung nach den genannten Kriterien ist aber schwierig und unsicher. 9

²⁷ Vgl. OLG München ZfIR 2015, 303 Rn. 18; Stürmer, AcP 194 (1994), 265.

²⁸ Wilhelm Rn. 1963.

²⁹ Es muss sich aber nicht um einen wirtschaftlichen Nutzen handeln, auch Annehmlichkeiten bei der Benutzung des Grundstücks reichen aus, vgl. Motive III, 481; Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 54.

³⁰ Motive III, 481; RGZ 30, 207.

Kann etwa die Grunddienstbarkeit auch zugunsten eines auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gewerbebetriebs bestellt werden, etwa dass der Inhaber einer Baustoffhandlung für diese Kies vom dienenden Grundstück entnehmen darf? Der entnommene Kies dient nicht dem herrschenden Grundstück, sondern dem darauf betriebenen Gewerbe. Die Dienstbarkeit dient sicherlich dem jetzigen Eigentümer, aber nicht einem anderen, der auf dem herrschenden Grundstück vielleicht ein anderes oder gar kein Gewerbe ausüben will. Dennoch soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch zugunsten eines auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gewerbebetriebes eine Grunddienstbarkeit möglich sein;³¹ Voraussetzung dafür ist aber, dass das Gewerbe im herrschenden Grundstück eine objektive Verkörperung gefunden hat, etwa in einer Anlage oder in Gebäuden.

- 10 aa) „Sicherungsdienstbarkeit“: Problematisch ist, inwieweit Gewerbebetriebsverbote, Konkurrenzbeschränkungen und -verbote mit Hilfe von Grunddienstbarkeiten durchgesetzt werden können. Man spricht hier – analog der Sicherungsgrundschuld – von einer „Sicherungsdienstbarkeit“, weil sie eine obligatorische Ausschließlichkeitsbindung sichern sollen; sie wird gemäß der „Sicherungsabrede“ nur dann ausgeübt, wenn der Eigentümer z. B. einer obligatorischen Abnahme- und Vertriebsverpflichtung nicht genügt. Jedenfalls kann zugunsten eines Villengrundstücks die Grunddienstbarkeit bestellt werden, dass auf einem Nachbargrundstück überhaupt kein Gewerbe betrieben werden darf; das gereicht einem jeden Eigentümer zum Vorteil. Eine Grunddienstbarkeit, keine Tankstelle zu betreiben, kann zwar zugunsten eines Grundstücks mit einer Tankstelle bestellt werden, nicht aber zugunsten eines Ziegeleigrundstücks;³² denn es fehlt auf dem Ziegeleigrundstück an jedem objektiven Hinweis auf ein Bedürfnis für dieses Verbot. Zugunsten eines Brauereigrundstücks kann die Grunddienstbarkeit bestellt werden, dass auf dem dienenden Grundstück nur eine Gastwirtschaft als Gewerbe betrieben werden darf oder dass nur der Eigentümer des herrschenden Grundstücks dort eine Gaststätte betreiben darf.

- 11 bb) „Bezugsdienstbarkeit“: Unzulässig ist dagegen nach h. M. eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks Waren einer bestimmten Sorte nur vom Eigentümer des herrschenden Grundstück beziehen darf;³³ dass etwa der Inhaber einer Gaststätte sein Bier nur von der Brauerei beziehen darf, die sich auf dem herrschenden Grundstück befindet. Das Argument, hier werde nicht ein Recht ausgeschlossen, das aus dem Eigentum entspringe, sondern die allgemeine Handlungsfreiheit,³⁴ kann allerdings nicht überzeugen. Zwar ist es ein Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit, dass der Gastwirt Bier eines beliebigen Brauers umsetzen kann, aber auf seinem Grundstück kann er das nur, weil er dessen Eigentümer ist; er übt damit sowohl die allgemeine Handlungsfreiheit wie sein Recht aus dem Grundstückseigentum aus.³⁵ Auf einem fremden Grund-

³¹ Vgl. Motive a. a. O.

³² Vgl. OLG München NJW 1957, 1765; Baur/Stürmer § 33 Rn. 13.

³³ Vgl. etwa Baur/Stürmer § 33 Rn. 14 ff.; Palandt/Herrler § 1018 Rn. 24.

³⁴ BGHZ 29, 244; Wellenhofer § 29 Rn. 11; Erman/Grziwotz § 1018 Rn. 17.

³⁵ Vgl. Planck/Strecker § 1018 Erl. 2 b; Wolff/Raiser § 106 II 2; MünchKomm/Mohr § 1018 Rn. 34; Joost, NJW 1981, 309.

stück würde ihm die allgemeine Handlungsfreiheit nichts nützen, er bedürfte einer besonderen Berechtigung, dort ein Gewerbe überhaupt und in der gewünschten Art zu betreiben. Sein Eigentum gibt ihm diese Möglichkeit, sie kann durch eine Dienstbarkeit untersagt werden.

Dennoch ist der h. M. im Ergebnis zuzustimmen; die Grunddienstbarkeit, in einem bestimmten Betrieb (Gaststätte, Tankstelle) nur Produkte eines bestimmten Lieferanten zu vertreiben, ist deswegen unwirksam, weil sie im Ergebnis auf ein positives Tun des Eigentümers des dienenden Grundstücks gerichtet ist,³⁶ dass er nämlich die Ware von dem bestimmten Produzenten beziehen soll.

Die h. M. lässt aber die beiden folgenden Umgehungen zu: Die Parteien bestellen entweder erstens eine Dienstbarkeit mit dem *negativen* Inhalt, dass auf dem Grundstück ohne Zustimmung des Berechtigten überhaupt keine Produkte bestimmter Art (Biere, Mineralöle) vertrieben werden dürfen; mittels Abrede lassen sie davon eine Ausnahme zugunsten der Produkte des Berechtigten der Dienstbarkeit zu, die bezogen und vertrieben werden dürfen und müssen. Verstößt der Eigentümer gegen seine schuldrechtliche Bezugspflicht, kann der Berechtigte gemäß der Sicherungsabrede jederzeit die Unterlassungsdienstbarkeit geltend machen. Oder die Parteien bestellen zweitens eine Dienstbarkeit mit dem *positiven* Inhalt, dass nur der Berechtigte seine Produkte auf dem Grundstück vertreiben darf, und kombinieren das mit der schuldrechtlichen Abrede, dass der Eigentümer die Produkte des Berechtigten abnehmen und vertreiben darf. Auch hier kann der Berechtigte die Abrede jederzeit durchsetzen, indem er die Dienstbarkeit geltend macht und seine Produkte selbst vertreibt. Weil eine solche „Sicherungsdienstbarkeit“ im Ergebnis dem Eigentümer die Möglichkeit nimmt, zwischen verschiedenen Bezugsquellen zu wählen, indem sie ihn indirekt, aber nicht weniger effektiv nötigt, allein die Waren des Berechtigten zu beziehen, führt sie zu einer unzulässigen Verpflichtung zu einem positiven Tun; sie ist daher entgegen der h. M. unwirksam.³⁷

d) *Schonung der Eigentümerinteressen*: Die Grunddienstbarkeit muss so ausgeübt werden, dass dabei die Interessen des Eigentümers des dienenden Grundstücks, auch Nichtvermögensinteressen, tunlichst geschont werden, § 1020, 1.³⁸ Beispielsweise hat der Wegeberechtigte Verunreinigungen, die mit der Ausübung eines Wegerechts entstanden sind, unverzüglich zu beseitigen.³⁹ Denselben Gedanken entspringt es, dass der Eigentümer (auf seine Kosten) gemäß § 1023 I sogar die

12

³⁶ So zu Recht BayObLG MDR 1980, 579; MünchKomm/Mohr § 1018 Rn. 45 m. w. N. in Fn. 334; Prütting Rn. 893 f.

³⁷ Zutr. BayObLG MDR 1980, 579; BayObLG MDR 1982, 936; Prütting Rn. 893 f.; Wilhelm Rn. 1989 („Nötigungsdienstbarkeit“); Westermann/Gursky § 122 Rn. 6; MünchKomm/Mohr § 1018 Rn. 52 gegen BGH NJW 1979, 2149; NJW 1981, 343; NJW 1985, 2475; NJW 1988, 2364 f.; NJW-RR 2003, 733; Baur/Stürmer § 33 Rn. 19; Brehm/Berger, § 22 Rn. 7; Kaiser, Die Eignung der Dienstbarkeit als Vertriebsinstrument der Brauerei- und Mineralölwirtschaft, 2014, 99 f.

³⁸ Eine umfassende Abwägung der Interessen von Eigentümer und Berechtigtem verlangt BGH NJW-RR 2015, 785, 786.

³⁹ OLG Hamm OLGE 18, 147, 148.

Verlegung des Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit verlangen kann, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn „besonders beschwerlich“ ist und sich der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit auf einen realen Teil des Grundstücks beschränkt. Die neue Stelle muss wirtschaftlich gleichwertig sein und dem Berechtigten im Wesentlichen die gleichen Vorteile und Annehmlichkeit bieten.⁴⁰

- 13 e) *Auslegung*: Der Inhalt der Grunddienstbarkeit, d. h. ihr Umfang, ist durch Auslegung zu ermitteln.

aa) *Objektivierende Auslegung*: Die Auslegung muss objektivierend erfolgen, weil das Grundbuch zuverlässig über den Bestand der Rechte Auskunft geben muss. Es kommt demnach darauf an, welches für einen unbefangenen Beobachter die nächstliegende Bedeutung von Grundbucheintragung und in Bezug genommener Eintragungsbewilligung (§ 874) ist.⁴¹ Umständen, die so nicht erkennbar sind, darf nach h. M. nur dann Rechnung getragen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen für jeden im Zeitpunkt der Eintragung ohne weiteres ersichtlich sind, wie etwa die tatsächliche Lage und Verwendungsart des herrschenden und dienenden Grundstücks oder die tatsächliche Handhabung des Rechts bei nicht eindeutigen Wortlaut,⁴² solange dies nicht zu einer Inhaltsänderung der Dienstbarkeit führt (*arg.* § 877). Da die genannten und andere tatsächliche Umstände für einen späteren Erwerber nicht ohne weiteres erkennbar sind, spricht alles dafür, entgegen der h. M. nur auf die Eintragung und die Bewilligung abzustellen.⁴³ Die tatsächliche Ausübung der Grunddienstbarkeit beeinflusst ihren Inhalt nicht: Übt der Eigentümer des herrschenden Grundstücks sein Recht nicht aus, bleibt es ihm dennoch erhalten. Überschreitet er dessen inhaltliche Grenzen, kann der Eigentümer des dienenden Grundstücks dies unterbinden. Übt der Berechtigte sein Recht nicht so intensiv aus, wie es ihm zusteht, verzichtet er nicht auf einen Teil seines Rechts, weil es dazu einer Eintragung nach § 875 bedürfte.

Ist für ein Wohnhaus eine Fahr- und Wegerechtigkeit bestellt, so kann nicht nur der Eigentümer des herrschenden Grundstücks über das dienende Grundstück fahren und gehen; dieses Recht steht auch seinen Familienmitgliedern zu, aber auch Mietern, Besuchern, Lieferanten im üblichen Umfang usw. Ein Wegerecht für einen Gasthausbetrieb erlaubt auch den Gästen und Lieferanten den Zugang.

bb) *Anpassung*: Der Inhalt der Grunddienstbarkeit ist nicht ein für alle Mal festgelegt, sondern kann sich im Laufe der Zeit nach den jeweiligen Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks ändern. Ihr Zweck zur Zeit der Bestellung ist maßgebend für eine Anpassung an neue Erfordernisse, die sich aus der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung ergeben. Dabei darf sich – unter Einhaltung der

⁴⁰ Eine analoge Anwendung der Vorschrift zur Begründung eines Anspruchs des Dienstbarkeitsberechtigten auf Verlegung der Ausübung kommt nach BGH NJW 2015, 1750 Rn. 21 nicht in Betracht; s. aber auch sogleich Rn. 13.

⁴¹ BGH NJW 1985, 385, 386; BGH BeckRS 2014, 14867. Dagegen für eine Orientierung an den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen Staudinger/Weber, 2017, § 1018 Rn. 140 f.

⁴² BGH NJW 1960, 673; DNotZ 1989, 562 Rn. 23.

⁴³ Ausf. Rein, WM 2018, 1536, 1538.

Grenzen des § 1020, 1⁴⁴ – nur die *Benutzungsintensität* verändern, grundsätzlich nicht aber die *Benutzungsart*, also nur eine quantitative, jedoch nicht eine qualitative Erweiterung stattfinden. Will der Berechtigte die Benutzungsart ändern, ist an einen Anspruch analog dem Verlegungsanspruch aus § 1023 zu denken. Der Vorteil der Anwendung des § 1023 liegt darin, dass der Dienstbarkeitsinhalt sich nicht wegen § 242 „automatisch“ ändert (und außerhalb des Grundbuchs, so dass auch die Regeln über den gutgläubigen Erwerb keine Anwendung finden können), sondern eine rechtsgeschäftliche Änderung mit Eintragung zu erfolgen hat, § 877.⁴⁵

Die Bedarfssteigerung darf zudem nach h. M. nicht auf eine zum Bestellungszeitpunkt unvorhersehbare oder auf eine willkürliche Nutzungsänderung zurückzuführen sein.⁴⁶ Ein Wegerecht zu einem Gasthaus, zu welchem vor 100 Jahren nur vereinzelte Pferdedroschken und ansonsten Spaziergänger kamen, berechtigt nun zum Zugang mit Kraftwagen.⁴⁷ Hier wird die (gleichbleibende) Nutzungsart dem technischen Fortschritt angepasst. Hat der Eigentümer dagegen sein Wohngrundstück in einen Campingplatz umgestaltet, so muss der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht das Befahren durch die Campinggäste dulden. Wird aus Ackerland, zu dessen Gunsten ein Wegerecht bestellt war, ein Gartenbaubetrieb mit Verkaufsstelle, liegt gleichfalls eine willkürliche Änderung der Nutzungsart vor.⁴⁸ Eine Nutzungsänderung ist jedoch dann nicht willkürlich, wenn die Grunddienstbarkeit bereits zugunsten eines Gewerbebetriebs bestellt war und der Berechtigte zu einem anderen, die Benutzung nicht erschwerenden Industriezweig oder Gewerbe übergeht.⁴⁹ Daher kann ein Wegerecht für einen schön gelegenen, aber aufgrund der allgemeinen Entwicklung unrentabel gewordenen Mühlenbetrieb für einen jetzt dort betriebenen Ausflugsgasthof fortbestehen.

f) *Begleitschuldverhältnis*: Die Rechtsprechung geht wie beim gesetzlichen Nachbarrecht und Nießbrauch davon aus, dass zwischen dem Inhaber der Grunddienstbarkeit und dem Eigentümer des dienenden Grundstücks ein auf § 242 gegründetes Gemeinschaftsverhältnis, das sog. Begleitschuldverhältnis, mit Pflichten zur gegenseitigen Rücksichtnahme besteht. Gesetzliche Ausprägungen dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses sollen die Nebenpflichten in §§ 1020–1023, 1025, 1 sein.⁵⁰ Diesen Vorschriften entnimmt man auch den Gedanken, dass auf die Dienst-

14

⁴⁴ Rein, WM 2018, 1536, 1539.

⁴⁵ Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 91.

⁴⁶ BGHZ 44, 171, 172 f.; 145, 16, 21; BGH NJW 1959, 2059, 2060; NJW-RR 2003, 1235, 1236; MünchKomm/Mohr § 1018 Rn. 61 ff. Zur Anpassung von Dienstbarkeiten Ricken, WM 2001, 979 ff.; Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 88 ff.; Rein, WM 2018, 1536, 1539 f.

⁴⁷ S. auch BGH NJW 2014, 3780 Rn. 7.

⁴⁸ BGH NJW-RR 2003, 1235, 1236.

⁴⁹ Dehner, Nachbarrecht III, 2018, B § 31, 12a; s. auch OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 663.

⁵⁰ BGHZ 95, 144, 146; 106, 348, 350; MünchKomm/Mohr § 1018 Rn. 1; abl. Wolff/Raiser § 107 Fn. 3; Ulshöfer, Das sogenannte gesetzliche Begleitschuldverhältnis, Ansprüche bei der Grunddienstbarkeit, 2015, 165 ff., 192 ff.

barkeit bezogene Nebenpflichten, sogar ein positives Tun des Eigentümers des dienenden Grundstücks, vereinbart werden können.⁵¹

Nach § 1020, 2 trifft den Berechtigten die Pflicht, die von ihm zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem dienenden Grundstück gehaltene Anlage „in ordnungsmäßigem Zustand zu erhalten“. Diese Unterhaltungspflicht besteht aber nur, soweit das (Integritäts-)Interesse des Eigentümers reicht und wenn nicht abweichend eine Unterhaltungspflicht des Eigentümers nach § 1021 I 1 vereinbart wurde (Rn. 8). Nach § 1021 I 2 hat bei entsprechender Vereinbarung der Berechtigte die Anlage zu unterhalten, soweit das (Benutzungs-)Interesse des Eigentümers reicht.⁵² Benutzt der Eigentümer die Anlage mit und wurde keine Vereinbarung nach § 1021 I 2 getroffen, besteht nach dem BGH eine hälftige Kostentragungspflicht analog §§ 748, 742.⁵³

Wenn der Berechtigte seine bauliche Anlage („getragene Anlage“) auf einer baulichen Anlage des Eigentümers (der „tragenden Anlage“) hält (das ist die gemeinrechtliche *servitus oneris ferendi*), hat der Eigentümer nach § 1022, 1 die tragende Anlage zu unterhalten, soweit es das Interesse des Berechtigten erfordert. Ein Beispiel ist etwa das Recht, einen Teil eines Bauwerks (einen Balken, eine Mauer) auf das Bauwerk eines Nachbarn zu stützen.

- 15 g) *Ausschließlichkeit der Nutzung*: Die Grunddienstbarkeit gibt ein Nutzungsrecht nur „in einzelnen Beziehungen“. Der Eigentümer ist daher berechtigt, das dienende Grundstück weiterhin in denselben Beziehungen mitzubedenutzen, soweit dadurch nicht die Rechte aus der Dienstbarkeit beeinträchtigt werden. Der Eigentümer ist etwa berechtigt, neben dem Berechtigten Steine zu brechen oder sein Vieh weiden zu lassen, weil die Grunddienstbarkeit nicht zu einer ausschließlichen Benutzung berechtigt.⁵⁴ Soll der Eigentümer von den der Grunddienstbarkeit unterliegenden Nutzungen gänzlich ausgeschlossen werden, genügt eine Dienstbarkeit nach § 1018 Var. 1 nicht, sondern es ist zudem eine Unterlassungsdienstbarkeit gemäß § 1018 Var. 2 erforderlich (Ausschließlichkeitsklausel).⁵⁵ Der Eigentümer kann das ihm zustehende Mitbenutzungsrecht auch weitervermieten oder -verpachten.

3. Schutz der Grunddienstbarkeit

- 16 a) *Negatorischer und deliktischer Schutz*: Wird der Inhaber einer Dienstbarkeit in deren Ausübung gestört, so stehen ihm gegen den Störer die in § 1004 bezeichneten Rechte auf Beseitigung und Unterlassen der Störung zu, § 1027. Wird etwa ein Wegerecht dadurch beeinträchtigt, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks

⁵¹ Vgl. Staudinger/Weber, 2017, § 1018 Rn. 142 ff., 152 f.

⁵² Auch die Übernahme der Verkehrssicherungspflicht durch den Berechtigten nach § 1021 I 2 ist eintragungsfähig, vgl. BayObLG NJW-RR 1990, 600, 601.

⁵³ BGH NJW 2005, 894, 897.

⁵⁴ Eigentümer und Berechtigter haben Anspruch auf Vereinbarung einer Ausübungsregelung analog § 745 II, vgl. BGH NJW 2008, 3703 Rn. 26.

⁵⁵ Staudinger/Weber, 2017, § 1018 Rn. 74, 93.

den Durchgang sperrt, so kann der Berechtigte Beseitigung verlangen. Wird eine Dienstbarkeit durch einen entschuldigten Überbau beeinträchtigt, finden gemäß § 916 die §§ 912–914 Anwendung.⁵⁶

Der Anspruch aus §§ 1027, 1004 unterliegt wegen § 902 I 1 nach Auffassung der Rechtsprechung dann nicht der Verjährung, wenn es um die Verwirklichung des Rechts selbst und nicht nur um eine Störung in der Ausübung geht;⁵⁷ diese Unterscheidung kann jedoch kaum trennscharf gemacht werden, wie die Entscheidung des BGH selbst zeigt.⁵⁸ Bei eingetragenen Rechten sollte man daher stets zur Unverjährbarkeit nach § 902 gelangen.⁵⁹

Den Anspruch auf Herausgabe des Besitzes entsprechend § 985 gewährt das Gesetz dem Inhaber der Dienstbarkeit nicht, weil er regelmäßig keinen (Sach-)Besitz am Grundstück hat.⁶⁰ Hat aber der Inhaber der Grunddienstbarkeit ein Recht zum Besitz, etwa ein Recht zum Halten eines Gebäudes auf dem fremden Grundstück, so ist ihm auch der Anspruch auf Einräumung des Besitzes entsprechend § 985 zu gewähren.⁶¹ Bei schuldhafter Beeinträchtigung ist der Schadensersatzanspruch nach § 823 I gegeben.

b) *Rechtsbesitz*: An Dienstbarkeiten ist unter den Voraussetzungen des § 1029 17 ausnahmsweise ein Rechtsbesitz möglich (oben § 7). Wird dieser Rechtsbesitz gestört, so stehen dem Besitzer der Dienstbarkeit die possessorischen Ansprüche nach §§ 861, 862 zu.

4. Beendigung der Grunddienstbarkeit

Die Grunddienstbarkeit erlischt, wenn der Inhaber sie nach § 875 aufgibt und sie im 18 Grundbuch gelöscht wird. Weitere Erlöschensgründe sind etwa der Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins gemäß §§ 158 II, 163, der endgültige Wegfall des Vorteils nach § 1019, der Eintritt objektiver Unmöglichkeit einer Rechtsausübung oder ein gutgläubig lastenfreier Erwerb. Die nicht eingetragene Dienstbarkeit erlischt mit der Verjährung des Anspruchs des Berechtigten gegen den Eigentümer aus der Grunddienstbarkeit, etwa auf Duldung, § 901.⁶² Diese Verjährung muss entsprechend § 197 I Nr. 2 in 30 Jahren eintreten, denn der Anspruch aus der Grunddienstbarkeit „zielt auf die Verwirklichung des dinglichen Rechts“, ebenso wie beim Eigentum der Anspruch aus § 985.⁶³ Das gleiche gilt für den

⁵⁶ Vgl. zum unentschuldigten Überbau § 23 Rn. 12.

⁵⁷ BGHZ 187, 185 Rn. 19 ff.; BGH NJW 2014, 3780 Rn. 11.

⁵⁸ Ebenso Amann, DNotZ 2015, 164, 169.

⁵⁹ Dehner (Fn. 49) B § 41, 4.

⁶⁰ Vgl. Motive III, 489.

⁶¹ Vgl. MünchKomm/Mohr § 1027 Rn. 1, 10.

⁶² Vgl. § 20 Rn. 90.

⁶³ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, 105 zu § 197; Finkenauer, in: Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, 289, 292 f.

Beseitigungsanspruch aus §§ 1027, 1004, wenn eine eingetragene Dienstbarkeit durch eine Anlage auf dem dienenden Grundstück gestört wird. Der Beseitigungsanspruch aus §§ 1027, 1004 verjährt analog § 197 I Nr. 2 in 30 Jahren, womit gemäß § 1028 I auch die Grunddienstbarkeit erlischt.⁶⁴ Im Übrigen gilt für Ansprüche aus eingetragenen Dienstbarkeiten § 902. Zur Teilung des dienenden Grundstücks und zum Erlöschen nach § 1025 vgl. § 20 Rn. 42.

5. Altrechtliche Grunddienstbarkeiten und Mitbenutzungsrechte der DDR

- 19 a) *Altrechtliche Dienstbarkeiten:* Altrechtlich wird eine Grunddienstbarkeit genannt, wenn sie nach altem Recht ohne Eintragung im Grundbuch bestellt wurde, etwa nach dem Gemeinen Recht, dem Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten, dem sächsischen BGB oder einem anderen Partikularrecht.⁶⁵ Art. 184, 1 EGBGB gewährleistet das Fortbestehen eines solchen Rechts mit seinem Inhalt und bisherigen Rang,⁶⁶ auch wenn es nicht im Grundbuch eingetragen ist. Einzige Voraussetzung für seine Fortgeltung unter dem BGB ist, dass es wirksam nach altem Recht entstanden ist. Dazu muss es entweder vor Inkrafttreten des BGB oder gemäß Art. 189 I EGBGB während der Zeit zwischen dem Inkrafttreten des BGB und der Anlegung des Grundbuchs entstanden sein.⁶⁷ Bestellt wurde eine Grunddienstbarkeit nach altem Recht z. B. durch formlosen Vertrag, letztwillige Verfügung, Ersitzung oder unvordenkliche Verjährung.⁶⁸

Das Recht, nach dem die Dienstbarkeit bestellt wurde, gilt nicht nur für die Rechtsentstehung, sondern auch für die Auslegung des Bestellungsvertrags sowie den Inhalt und Rang des Rechts.⁶⁹ Inhalt und Rang des Rechts verändern sich jedoch nach den Regeln des BGB, also gemäß § 877 bzw. § 880.⁷⁰ Auch gelten die Grundsätze für die Anpassung der Grunddienstbarkeit an die Bedürfnisse der Grundstückseigentümer bei veränderten tatsächlichen Umständen (s. Rn. 13).⁷¹ Allerdings haben die Eigen-

⁶⁴ So auch BGH NJW 2014, 3780; für eine dreijährige Verjährung dagegen Westermann/Eickmann § 121 Rn. 26.

⁶⁵ Ein Überblick über die verschiedenen Partikularrechte mit Bezug auf Grunddienstbarkeiten bieten Johow/Achilles, 964 ff. Ausf. zum Übergangsrecht Rein, *Altrechtliche Grunddienstbarkeiten*, 2020.

⁶⁶ Staudinger/J. Höhle/U. Höhle, 2018, Art. 184 EGBGB Rn. 1.

⁶⁷ Als angelegt gilt ein Grundbuch für einen Grundbuchbezirk, wenn gemäß Art. 186 I EGBGB eine entsprechende landesherrliche Verordnung erging.

⁶⁸ Dazu Soergel/Hartmann, 12. Aufl. 1996, Art. 184 EGBGB Rn. 1.

⁶⁹ Staudinger/J. Höhle/U. Höhle, 2018, Art. 184 EGBGB Rn. 4, 10 f., 14, 15, 17; MünchKomm/Säcker, 5. Aufl. 2010, Art. 184 EGBGB Rn. 3.

⁷⁰ Planck/Planck, 3. Aufl. 1905, Art. 184 EGBGB Erl. 5c; Staudinger/J. Höhle/U. Höhle, 2018, Art. 184 EGBGB Rn. 17.

⁷¹ RGZ 126, 370; BayObLG NJW-RR 1998, 304.

tümer des herrschenden und des dienenden Grundstücks gemäß Art. 187 I EGBGB das Recht, eine Eintragung zu verlangen. Überdies gelten für altrechtliche Grunddienstbarkeiten nach Art. 184, 2 EGBGB die §§ 1020–1028.⁷² Den Rechtsbesitz an einer nicht eingetragenen altrechtlichen Grunddienstbarkeit schützt Art. 191 II EGBGB.

Ist die Grunddienstbarkeit nicht eingetragen, geht sie gemäß Art. 189 III EGBGB nach altem Recht unter, zum Beispiel durch Nichtausübung für eine bestimmte Zeit (*non usus*).⁷³ Abweichende Regelungen zum Erlöschen von nicht eingetragenen altrechtlichen Grunddienstbarkeiten traf z. B. Bayern.⁷⁴ Art. 187 I EGBGB nimmt sie vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus, so dass sie nicht durch gutgläubig lastenfreien Erwerb nach § 892 untergehen können. Ein Erlöschen ist nur in dem Fall möglich, dass eine Dienstbarkeit zunächst im Grundbuch eingetragen und sodann wieder gelöscht worden ist.⁷⁵ Altrechtliche Dienstbarkeiten sind daher eine für den Eigentümer des dienenden Grundstücks gefährliche Irregularität.⁷⁶ Gemäß Art. 187 II EGBGB kann daher landesrechtlich eine Eintragungsfrist für altrechtliche Grunddienstbarkeiten bestimmt werden, um den öffentlichen Glauben des Grundbuchs wiederherzustellen.⁷⁷

b) *Mitbenutzungsrechte*: In der DDR bestanden seit dem Inkrafttreten des ZGB der DDR am 1.1.1976 neben den nach BGB begründeten Dienstbarkeiten gemäß §§ 321 f. ZGB sog. Mitbenutzungsrechte, die entweder aufgrund eines schriftlichen Vertrags oder, bei Wege- oder Überfahrtrechten, auch nach Eintragung im Grundbuch entstehen konnten.⁷⁸ Soweit sie zu ihrer Entstehung der Zustimmung des Eigentümers bedurften, bestehen sie auch ohne Grundbucheintragung fort, Art. 233 § 5 I EGBGB.⁷⁹ Mitbenutzungsrechte erlöschen, wenn die Voraussetzungen ihrer Begründung entfallen, sie vier Jahre nicht ausgeübt worden sind, oder nach §§ 5, 6, 8 GBBerG.⁸⁰ Ein gutgläubiger Wegerwerb eines nicht eingetragenen Mitbenutzungsrechts gemäß § 892 ist seit dem 1.1.2001 möglich.⁸¹ Landesrecht kann nach Art. 233 § 5 IV EGBGB bestimmen, dass Mitbenutzungsrechte mit einem dem BGB entsprechenden Inhalt (als Grund- oder persönliche Dienstbarkeit) einzutragen sind.

20

⁷² RGZ 1, 334, 336 f.; BayObLGZ 1962, 24, 37; BayObLGZ 1959, 478, 484.

⁷³ Zum Erlöschen nach Gemeinem Recht Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, 1095 ff.

⁷⁴ Vgl. zum Erlöschen durch Nichtausübung gemäß § 57 I i. V. m. § 56 II, III AGBGB Bayern BayObLG NJW-RR 1998, 304; OLG Zweibrücken NJW-RR 2003, 1316.

⁷⁵ BGHZ 104, 139; NJW-RR 2012, 346.

⁷⁶ Krit. Finkenauer, ZNR 23 (2001), 220, 239.

⁷⁷ Das ist z. B. in Baden-Württemberg gemäß § 31 I AGBGB geschehen; die Frist endete am 31.12.1977 mit Ausnahme für Schafweide- und Fischereirechte. In den neuen Ländern galt nach § 8 I GBBerG eine Frist bis zum 31.12.1995; sie wurde bis zum 31.12.2000 verlängert, vgl. BGH VIZ 2003, 488, 489.

⁷⁸ Zum Übergangsrecht Rein, Altrechtliche Grunddienstbarkeiten, 2020.

⁷⁹ Ausf. Böhringer, Rpfleger 1997, 244 ff.

⁸⁰ Staudinger/Weber, 2017, Vor §§ 1018–1029 Rn. 15.

⁸¹ Böhringer, BWNotZ 2008, 70, 75.

II. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten

- 21 *a) Bestellung:* Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit wird gemäß § 873 durch Einigung und Eintragung für eine bestimmte Person oder mehrere Personen⁸² bestellt; sie ist an diese gebunden und kann daher nicht vererbt (§§ 1090 II, 1061, 1) und grundsätzlich auch nicht übertragen werden (§ 1092 I 1).⁸³ Nur die Ausübung der Dienstbarkeit kann – wie beim Nießbrauch – einem anderen durch schuldrechtlichen Vertrag überlassen werden (etwa Miete, Pacht), aber nur, wenn der Eigentümer dies (formlos) gestattet hat, § 1092 I 2.⁸⁴

Steht die persönliche Dienstbarkeit dagegen einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft zu,⁸⁵ so ist sie wie ein Nießbrauch gemäß §§ 1092 II, 1059a übertragbar, nämlich wenn eine Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen der juristischen Person erfolgt oder ein von ihr betriebenes Unternehmen übertragen wird, dessen Zwecken die Dienstbarkeit zu dienen geeignet ist. Darüber hinaus ist eine persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1092 III dann übertragbar, wenn die juristische Person auf einem Grundstück eine Anlage betreiben darf, die der Fortleitung von Elektrizität, Gas, Fernwärme, Wasser, Abwasser, Öl oder Rohstoffen, der Telekommunikation, dem Transport von Produkten zwischen Betriebsstätten eines oder mehrerer Unternehmen oder der Straßen- oder Eisenbahnanlagen dient.⁸⁶

- 22 *b) Anwendung der Grunddienstbarkeitsvorschriften:* Auf die persönliche Dienstbarkeit sind die Regeln über Grunddienstbarkeiten entsprechend anzuwenden (§ 1090 II). Inhaltlich gilt daher für die persönliche Dienstbarkeit auch § 1018; es gibt also persönliche Benutzungs-, Unterlassungs- und Ausschlussdienstbarkeiten; es gilt für den Inhalt und Auslegung der Dienstbarkeit das in Rn. 7 ff. Ausgeführte.⁸⁷

§ 1019 ist nicht anwendbar. Das Gesetz verlangt also ausdrücklich keinen Vorteil für den Berechtigten; er muss aber ein rechtsschutzwürdiges Interesse haben.⁸⁸ Es genügt ein jeder (auch nur ideeller) Vorteil für den Berechtigten, auch bloße Annehmlichkeiten; selbst die Wahrung fremder Belange ist zulässig, etwa die Förderung öffentlicher Interessen.⁸⁹ Gemäß § 1091 bestimmt sich der Umfang der persönlichen

⁸² Unter Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses (§ 47 I GBO).

⁸³ Dazu mit Recht krit. Schmolke, AcP 208 (2008), 515, 549.

⁸⁴ Dazu Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 140 ff.

⁸⁵ S. zuletzt BGH NJW 2019, 2016: unbefristete Dienstbarkeit an eine juristische Person.

⁸⁶ Dazu Bassenge, NJW 1996, 2777 ff.

⁸⁷ Zum Verbot bestimmter Tätigkeiten vgl. Göz, Die beschränkte persönliche Verbotsdienstbarkeit, 1997.

⁸⁸ RGZ 111, 384, 392; Westermann/Gursky § 122 Rn. 1.

⁸⁹ BGHZ 41, 209. So etwa bei Dienstbarkeiten zugunsten einer Gemeinde: BayObLG NJW 1965, 1484 (Grundstück darf nur als Parkplatz benutzt werden); BGH NJW 1984, 924 (Belastung mit dem Inhalt, ein bestimmtes Gewerbe nicht auszuüben). Wohnungsbelegungsdienstbarkeiten sichern im öffentlichen Interesse, dass nur Personen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen (etwa Studenten), eine Wohnung nutzen dürfen (dazu Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 190 f.).

Dienstbarkeit nach den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten. Der Inhalt ist somit flexibler, da die Voraussetzung fehlt, dass die Dienstbarkeit den Bedürfnissen eines Grundstücks dienen muss.

Die persönlichen Dienstbarkeiten haben vor allem in Form von Leitungsrechten und Wettbewerbsverboten eine hohe Relevanz. Sie werden gegenüber Grunddienstbarkeiten bevorzugt, weil sie nicht den Beschränkungen des § 1019 unterliegen und, bestellt zugunsten einer juristischen Person, die zeitliche Grenze keine Rolle spielt.⁹⁰ Zur Abgrenzung vom Nießbrauch Rn. 24.

c) *Erlöschen*: Die persönliche Dienstbarkeit erlischt spätestens mit dem Tod des Berechtigten. Für juristische Personen gelten die §§ 1092 II, 1059a–d. 23

III. Nießbrauch

a) *Inhalt*: Der Grundstücksnießbrauch gewährt ein umfassendes subjektiv-persönliches Nutzungsrecht am Grundstück unter Ausschluss des Eigentümers. Für den Nießbrauch an Grundstücken gibt es in den §§ 1030–1066 wenige spezielle Vorschriften; im Übrigen sind die gemeinsamen Regeln für den Nießbrauch an beweglichen Sachen und an Grundstücken anzuwenden (dazu § 14 Rn. 1 ff.). 24

Der Grundstücksnießbrauch ist von einer persönlichen (Benutzungs-)Dienstbarkeit nach §§ 1090 I, 1018 I abzugrenzen, zumal wenn er nach § 1030 II durch Ausschluss einzelner Nutzungen beschränkt ist. Nach einer formalen Abgrenzung ist darauf abzustellen, wie die Eintragung in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung lautet, ob dem Berechtigten also nur eine einzige oder wenige spezifizierte Benutzungsarten zugewiesen wurden (dann Benutzungsdienstbarkeit) oder eine (mehr oder weniger) umfassende Zuweisung erfolgte (dann Nießbrauch).⁹¹ Nach anderer Auffassung ist eine Dienstbarkeit materiell dann zu bejahen, wenn dem Eigentümer noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung verbleibt⁹² oder zumindest dem Berechtigten nicht die einzig wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsart des Grundstücks zusteht, wie es z. B. beim Recht, ein Freizeitzentrum auf dem gesamten Grundstück zu betreiben, der Fall ist.⁹³ Größere Rechtssicherheit schafft allein die formale Abgrenzung; denn der Rechtsverkehr kann eine wirtschaftliche (Rest-) Nutzbarkeit des Eigentums kaum beurteilen.⁹⁴ Sie ist daher vorzugswürdig.

b) *Bestellung*: Der Nießbrauch an Grundstücken wird gemäß § 873 I durch Einigung und Eintragung im Grundbuch bestellt. Bei mehreren Berechtigten ist das dieser mehrfachen Berechtigung zugrundeliegende Rechtsverhältnis gemäß § 47 25

⁹⁰ Westermann/Eickmann § 121 Rn. 3 für Energieversorgungsunternehmen.

⁹¹ Schöner, DNotZ 1982, 416, 420; Adamczyk, MittRhNotK 1998, 105, 113; Palandt/Herrler § 1018 Rn. 15.

⁹² Hub, Der Inhalt von Dienstbarkeiten, 1966, 41 ff., 47.

⁹³ OLG Köln Rpfleger 1982, 61; s. auch BayObLG NJW 1965, 1484.

⁹⁴ Westermann/Gursky § 121 Rn. 6; Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 200.

GBÖ anzugeben.⁹⁵ Für die Bestellung eines Eigentümers Nießbrauchs ist eine einseitige Erklärung des Eigentümers erforderlich (§ 20 Rn. 26). Gutgläubiger Erwerb gemäß § 892 ist möglich, ebenso eine Buchersitzung nach 30 Jahren gemäß § 900 II (§ 20 Rn. 86). Art. 184, 1 EGBGB gewährleistet das Fortbestehen eines Nießbrauchs, der wirksam nach dem Recht vor Inkrafttreten des BGB bestellt wurde, mit seinem Inhalt und bisherigen Rang, auch wenn er nicht im Grundbuch eingetragen ist. Ein gutgläubig lastenfreier Erwerb ist in diesem Fall allerdings zulässig, denn Art. 187 EGBGB gilt nur für Dienstbarkeiten.

26 *c) Besitzrecht:* Der Nießbraucher ist zum Besitz berechtigt, § 1036 (§ 14 Rn. 2). War das Grundstück zum Zeitpunkt der Nießbrauchsbestellung schon an einen Mieter oder Pächter überlassen, tritt der Nießbraucher nach § 567 in die Vermieterstellung ein, § 101 ist für die Verteilung des Mietzinses zwischen Eigentümer und Nießbraucher anwendbar.

27 *aa) Nutzungsziehungsrecht:* Dem Recht des Nießbrauchers, unter Ausschluss des Eigentümers alle Nutzungen des Grundstücks zu ziehen, korrespondiert eine entsprechende Duldungspflicht des Eigentümers. Der Nießbraucher hat Anspruch auf den Miet- oder Pachtzins, § 99 III, selbst wenn der Eigentümer den Vertrag abgeschlossen hat. Von einzelnen Nutzungen kann der Nießbraucher allerdings dinglich ausgeschlossen werden, § 1030 II. Das Nutzungsrecht erstreckt sich auf alle wesentlichen Bestandteile des Grundstücks. Unwesentliche Bestandteile teilen grundsätzlich das rechtliche Schicksal des Grundstücks, können aber bei der Bestellung vom Nießbrauch ausgenommen werden. Subjektiv-dingliche Rechte nach § 96 (Dienstbarkeiten, Überbaurechte etc.) werden vom Nießbrauch erfasst; es gelten hier die Regeln über den Nießbrauch an Rechten.⁹⁶ Der Nießbrauch erstreckt sich nach § 1031 auf das Zubehör eines Grundstücks, wenn nichts anderes vereinbart ist. Aus §§ 1031, 926 I 2 ergibt sich, dass im Zweifel das dem Eigentümer gehörige⁹⁷ Zubehör mit erfasst sein soll. Waren die Parteien über die Erstreckung auf das Zubehör einig, erwirbt der Grundstücksnießbraucher nach § 873 auch einen Nießbrauch an den bei der Bestellung vorhandenen Zubehörsachen, § 926 I 1. Dieser erlischt im Zweifel mit der rechtsgeschäftlichen Aufhebung des Grundstücksnießbrauchs, § 1062.

28 *bb) Nutzungsänderung; Unterhaltskosten:* Der Nießbraucher hat die bisherige wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks gemäß § 1036 II aufrechtzuerhalten. Für diese Bestimmung ist der Wille des Eigentümers entscheidend, also etwa für die Umwandlung eines Acker- in ein Waldgrundstück. Auch ohne Zustimmung des Eigentümers darf der Nießbraucher dagegen innerhalb der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks Anlagen zur Gewinnung von Bodenbestandteilen (Kies, Sand etc.) neu errichten, § 1037 II. Bei einem für einen Wald oder ein Bergwerk bestehenden Nießbrauch können Eigentümer und Nießbraucher einen verbindlichen Wirtschaftsplan verlangen, § 1038.

⁹⁵ Finkenauer, in: Schreiber/Ruge, Kap. 11 Rn. 207.

⁹⁶ Motive III, 499; Staudinger/Heinze, 2017, § 1030 Rn. 10.

⁹⁷ Sonst gilt § 926 II.

Gemäß § 1041 hat der Nießbraucher die gewöhnlichen Unterhaltungskosten zu tragen, also etwa die Beseitigung von Schäden am Hausdach.⁹⁸ Zu nicht mehr gewöhnlichen Unterhaltungskosten zählt dagegen z. B. der Wiederaufbau des Gebäudes.⁹⁹ Wendet der Nießbraucher sie dennoch auf, erstreckt sich der Nießbrauch zum Beispiel auf das neu errichtete Gebäude.¹⁰⁰ Jedoch ist auch der Eigentümer nicht verpflichtet, diese außergewöhnlichen Kosten zu tragen. Wenn trotz laufender Erhaltung und ordnungsgemäßer Benutzung eine Wertminderung durch Abnutzung eintritt, haftet dafür der Nießbraucher nicht, § 1050.¹⁰¹ Nimmt der Grundstücksnießbraucher selbst eine außergewöhnliche Reparatur vor, so darf er dazu nach § 1043 gemäß den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft auch Bestandteile verwenden, die seinem Fruchtziehungsrecht nicht unterliegen. Außerdem kann er für Verwendungen, zu denen er nicht verpflichtet war, vom Eigentümer zum Zeitpunkt der Verwendung nach § 1049 I i. V. m. §§ 683 f. Ersatz verlangen, auch vor Beendigung des Nießbrauchs.

cc) Inventar: Ist Gegenstand des Nießbrauchs ein Grundstück samt Inventar (etwa ein landwirtschaftliches Grundstück, ein Hotel, eine Fabrik), darf der Nießbraucher im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft über die Inventarstücke verfügen, § 1048 I 1. Sollte die Verfügung außerhalb der genannten Grenze liegen, verbieten Wortlaut und Systematik des BGB, das keinen Schutz des guten Glaubens an die Verfügungsmacht kennt, den Schutz eines gutgläubigen Erwerbers, der meint, von einem ordnungsgemäß wirtschaftenden Nießbraucher zu erwerben.¹⁰² Nach § 1048 I 2 trifft den Nießbraucher für den gewöhnlichen Abgang eine Ersatzbeschaffungspflicht; mit der Einverleibung in das Inventar werden Ersatzstücke Eigentum des Inventareigentümers kraft dinglicher Surrogation. 29

d) Erlöschen: Der Nießbrauch an Grundstücken erlischt rechtsgeschäftlich, wenn der Berechtigte auf ihn gemäß §§ 875, 876 verzichtet. Durch Vereinigung von Eigentumsrecht und Nießbrauch erlischt er dagegen anders als bei beweglichen Sachen¹⁰³ gemäß § 889 nicht. Zudem sind ein gutgläubig lastenfreier Erwerb nach § 892 und eine „Versitzung“ nach § 901, 1 möglich. 30

In Miet- und Pachtverhältnisse, die der Nießbraucher über die Dauer des Nießbrauchs hinaus abgeschlossen hat, tritt der Eigentümer nach §§ 1056 I, 566 ein, wenn die Sache dem Mieter/Pächter bereits überlassen war.¹⁰⁴ Bei Beendigung des Nießbrauchs hat der Eigentümer jedoch nach § 1056 II 1 ein Sonderkündigungsrecht unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist. Die Kündigungsschutzbestimmungen bei der Wohnraummiete gemäß §§ 573 ff. gelten, weil es sich bei der Kündigung nach § 1056 II um eine ordentliche Kündigung handelt.¹⁰⁵

⁹⁸ Staudinger/Heinze, 2017, § 1041 Rn. 10.

⁹⁹ BGH LM § 1090 Nr. 10.

¹⁰⁰ BGH JZ 1964, 369.

¹⁰¹ BGH NJW 2009, 1810, 1811; Staudinger/Heinze, 2017, § 1041 Rn. 2.

¹⁰² Richtig Wolff/Raiser § 116 IV Rn. 12; a. A. z. B. Soergel/Stürmer § 1048 Rn. 3.

¹⁰³ Dazu § 14 Rn. 10.

¹⁰⁴ BGHZ 109, 111 Rn. 10.

¹⁰⁵ Staudinger/Heinze, 2017, § 1056 Rn. 16.

IV. Wohnungsrecht und Dauerwohnrecht

- 31 a) *Wohnungsrecht*.¹⁰⁶ Es ist ein Spezialfall einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, § 1093.¹⁰⁷ Die Vorschriften über die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090–1092) finden daher Anwendung. Es handelt sich um ein dingliches Recht, das durch Einigung und Eintragung im Grundbuch entsteht, § 873; die Räume, die dem Wohnungsrecht unterliegen, sind dabei konkret anzugeben. Das Recht ist weder veräußerlich noch vererblich; es kann auch für eine juristische Person bestellt werden.¹⁰⁸

Anders als ein Nießbrauch berechtigt das Wohnungsrecht nur zum eigenen Wohnen, nicht zum Vermieten;¹⁰⁹ immerhin darf der Berechtigte seine Familie und (Pflege-)Personal in die Wohnung aufnehmen, § 1093 II. Das Wohnungsrecht schließt den Wohnungseigentümer von einer Nutzung aus, § 1093 I 1; ist dagegen eine Mitbenutzung des Eigentümers gewollt, ist für den Berechtigten eine persönliche Dienstbarkeit nach § 1090 zu bestellen. Die Nutzungsbefugnis des Wohnungsberechtigten erstreckt sich nach § 1093 III auch auf die zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen, wenn nur ein Teil des Gebäudes dem Wohnungsrecht unterliegt. Der Berechtigte ist zur Unterhaltung der Wohnung verpflichtet.¹¹⁰

Im Übrigen ist neben §§ 1090–1092 weitgehend Nießbrauchsrecht anzuwenden, § 1093 I 2. Zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer entsteht daher ein gesetzliches Schuldverhältnis.¹¹¹ Der Wohnungsberechtigte hat ein Besitzrecht, § 1036 I, und ein Benutzungsrecht am Zubehör, § 1031. Mangels Verweisung auf § 1047 ist er nicht verpflichtet, die öffentlichen Lasten des Grundstücks zu tragen; es obliegt ihm auch keine Versicherungspflicht.

Das Wohnungsrecht erlischt mit dem Tod des Berechtigten, §§ 1090 I 2, 1061. Es erlischt auch, wenn das Gebäude zerstört wird; der Eigentümer ist zu einem Wiederaufbau nicht verpflichtet.

Das Wohnungsrecht nach § 1093 ist insbesondere geeignet als Teil eines Alten-teilsvertrags („Leibgedingsvertrags“, „Austrags“), mit dem der Überlassende altersbedingt ein Grundstück oder ein Gewerbe auf einen Nachfolger überträgt.¹¹² Er er-

¹⁰⁶ So die gesetzliche Überschrift seit 2002; gleichbedeutend spricht man auch von „Wohnrecht“.

¹⁰⁷ Zur Abgrenzung vom Mietvertrag Finkenauer, in: Schreiber/Ruge Kap. 11 Rn. 159 f.

¹⁰⁸ BGHZ 46, 253, 257.

¹⁰⁹ Es sei denn, der Eigentümer hätte die Vermietung nach § 1092 I 2 gestattet. Problematisch ist, ob eine Wohnung vermietet werden darf und wem der Mietzins zusteht, wenn der Berechtigte etwa durch eine Heimunterbringung am Wohnen gehindert ist; dazu Finkenauer, in: Schreiber/Ruge Kap. 11 Rn. 174; ders., AcP 213 (2013), 619, 633.

¹¹⁰ Soll der Eigentümer dazu verpflichtet sein, die Wohnung in gebrauchsfähigem Zustand zur Verfügung zu stellen, ist eine Wohnungsreallast zu bestellen; dazu Finkenauer, in: Schreiber/Ruge Kap. 11 Rn. 291.

¹¹¹ Zu seinem Inhalt Finkenauer, in: Schreiber/Ruge Kap. 11 Rn. 169 sowie oben Rn. 28 und § 14 Rn. 4 ff.

¹¹² Zusätzliche Leistungen des Übernehmers an den Überlassenden (Naturalien, Pflegekosten) können durch eine Reallast abgesichert werden, vgl. Wilhelm Rn. 1999; Finkenauer, in: Schreiber/Ruge Kap. 11 Rn. 292 ff.

hält im Gegenzug ein auf seine Person zugeschnittenes Wohnungsrecht. Auf diesen Vertrag sind gemäß Art. 96 EGBGB die landesrechtlichen Vorschriften über Anteilsverträge anzuwenden.¹¹³

b) *Dauerwohnrecht*: Gemäß §§ 31–42 WEG kann ein Dauerwohnrecht als vererbliches und veräußerliches dingliches Wohnungsrecht an einer abgeschlossenen Wohnung bestellt werden. Die Bestellung geschieht gemäß § 873 I durch formlose Einigung und Eintragung, ebenso die Veräußerung des Dauerwohnrechts; das Grundgeschäft bedarf nicht der Form des § 311b I. Der Berechtigte darf die Wohnung unter Ausschluss des Grundstückseigentümers nutzen, insbesondere bewohnen, aber auch vermieten. Das Dauerwohnrecht ist eine besondere Art Dienstbarkeit. Es kann auch an einem Wohnungseigentum oder an einem Erbbaurecht bestehen. 32

V. Reallasten

1. Begriff und Inhalt der Reallast

a) *Geschichte*: Die Reallast war dem römischen Recht nicht bekannt, sie stammt aus dem mittelalterlichen deutschen Recht.¹¹⁴ Die Formen der Grundabhängigkeit – „Hand- und Spanndienste“, „Zehnten“, „Fronen“ etc. – waren vielfältig; erst mit der Bauernbefreiung des 19. Jh. wurden viele dieser sog. Gerechtigkeiten abgelöst.¹¹⁵ 33

b) *Inhalt*: Die Reallast ist ein dingliches Recht am Grundstück, kraft dessen dem Berechtigten wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind, § 1105 I. Bei den wiederkehrenden Leistungen kann es sich um Geld- oder Sachleistungen handeln. Praktische Bedeutung hat die Reallast insbesondere im Anteilsrecht zwecks dinglicher Absicherung der Leistungen des Übernehmers an den Überlassenden;¹¹⁶ das Recht ging früher häufig auf Sachleistungen: Der Überlassende erhielt von den Früchten des belasteten Gutes ein bestimmtes Quantum zum Lebensunterhalt; heute wird die Reallast meist auf Geldrenten bestellt. 34

Die wiederkehrenden Leistungen sind „aus dem Grundstück“ zu entrichten. Das bedeutet ebenso wie in §§ 1113, 1191, 1199 lediglich, dass das Grundstück für die Verpflichtung haftet; der Berechtigte kann das Grundstück daher durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung verwerten;¹¹⁷ die Reallast ähnelt somit, wenn sie auf eine Geldrente geht, der Rentenschuld.¹¹⁸ Sie ist ein Verwertungs-, kein Nut-

¹¹³ Vgl. zu den landesrechtlichen Regelungen MünchKomm/Habersack Art. 96 EGBGB Rn. 2.

¹¹⁴ Zur Geschichte der Reallast vgl. Motive III, 572 ff.

¹¹⁵ S. ausf. MünchKomm/Mohr § 1105 Rn. 1.

¹¹⁶ S. auch soeben Fn. 112.

¹¹⁷ Vgl. § 29 Rn. 13–16.

¹¹⁸ Dazu § 33 Rn. 35.

zungsrecht, weil der Berechtigte zur Einwirkung auf das Grundstück nicht befugt ist.¹¹⁹ Die Leistungen müssen daher auch nicht, anders als die Formulierung vermuten ließe, in einer Verbindung zum Grundstück stehen; es können daher auch beliebige Naturalleistungen, die nicht aus dem Grundstück gewonnen werden können, Inhalt der Reallast sein.¹²⁰ Anders als bei der Rentenschuld haftet aber bei der Reallast der jeweilige Eigentümer auch persönlich für die einzelnen, während der Zeit seines Eigentums fällig gewordenen Leistungen, auch wenn er nicht der Besteller ist; er kann deshalb nicht nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück in Anspruch genommen werden, sondern haftet auch mit seinem Vermögen auf die Leistung, wenn nichts anderes vereinbart ist, vgl. § 1108.¹²¹ Für rückständige Leistungen haften beide, der alte Eigentümer wegen § 1108 und der neue wegen § 1107 als Gesamtschuldner.¹²²

- 35 c) *Stamm- und Einzelrecht*: Zu unterscheiden ist demnach die Reallast als Ganzes gemäß § 1105 als Quelle und Zusammenfassung aller schon fälligen und künftig fällig werdenden Ansprüche auf die Einzelleistungen (das „Stamm“- oder „Mutterrecht“) von dem Anspruch auf die Einzelleistungen, die aus dem Stammrecht hervorgehen, § 1107.¹²³ Sowohl das Stammrecht wie das Recht auf die Einzelleistungen sind dinglich, während der zugleich entstehende Anspruch gegen den jeweiligen Eigentümer gemäß § 1108 persönlicher Natur ist. Gemäß § 1107 gelten die für Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften für den Anspruch auf die Einzelleistungen. Damit sind nicht nur die Bestimmungen gemeint, die direkt von Hypothekenzinsen sprechen, sondern alle Bestimmungen, die für Hypothekenzinsen bedeutsam sind.¹²⁴

2. Bestellung und Übertragung der Reallast

- 36 a) *Bestellung*: Die Reallast entsteht durch formlose Einigung und Eintragung im Grundbuch, § 873. Sie wird in der Regel nicht als isoliertes dingliches Recht bestellt, sondern zur Sicherung einer vorher getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarung, in welcher der Grundstückseigentümer sich zur Erbringung bestimmter Leistungen verpflichtet (sog. Sicherungsreallast).¹²⁵ Bedingte und befristete Bestellung

¹¹⁹ MünchKomm/Mohr § 1105 Rn. 9; Westermann/Gursky § 123 Rn. 5; anders für Naturalleistungen Baur/Stürner § 35 Rn. 7.

¹²⁰ Zu den möglichen Leistungsinhalten Finkenauer, in: Schreiber/Ruge Kap. 11 Rn. 262 ff.

¹²¹ Der Anspruch aus § 1108 ist nicht zu verwechseln mit dem schuldrechtlichen Anspruch, der durch die Reallast gesichert ist, vgl. Rn. 34.

¹²² MünchKomm/Mohr § 1105 Rn. 4, § 1108 Rn. 4, 9.

¹²³ § 1107 spricht unpräzise nur von der Erbringung der „einzelnen Leistungen“, nicht von einem entsprechenden Anspruch; richtig dagegen § 1111 II.

¹²⁴ Das sind im Einzelnen: §§ 1118, 1120–1130, 1134 f., 1142–1144, 1147–1150, 1154 III, 1156–1159, 1164–1167, 1177 II, 1178, 1181.

¹²⁵ Vgl. dazu Preißmann, Die Reallast, 1995, insb. 171 ff.; Finkenauer, in: Schreiber/Ruge Kap. 11

sind möglich, aber auch zeitlich unbeschränkte Reallasten können bestellt werden. Die Reallast kann nach § 1105 I für eine bestimmte natürliche oder juristische Person bestellt werden (subjektiv-persönliche Reallast) oder gemäß § 1105 II für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks (subjektiv-dingliche Reallast).¹²⁶ Die subjektiv-persönliche Reallast ist nicht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden, § 1111 I, während die subjektiv-dingliche Reallast untrennbar mit dem herrschenden Grundstück verbunden ist, § 1110.

b) Übertragung: Die Übertragung des Anspruchs auf bereits fällige Leistungen (Rückstände) geschieht bei der subjektiv-persönlichen wie bei der subjektiv-dinglichen Reallast gemäß §§ 1107, 1159 I, 398 durch einfache Abtretung. Soweit Ansprüche auf die einzelnen Leistungen abtretbar sind, ist auch der persönliche Anspruch aus § 1108 abtretbar. 37

Ist die Reallast für eine bestimmte Person bestellt, also subjektiv-persönlich, so kann sie veräußert und vererbt werden. Die Vererbbarkeit entfällt, wenn die Reallast auf Lebenszeit des Inhabers, also auflösend bedingt bestellt ist; die Veräußerlichkeit entfällt gemäß § 1111 II, wenn der Anspruch auf die einzelnen wiederkehrenden Leistungen nicht übertragbar ist, etwa weil er höchstpersönlich oder unpfändbar ist, §§ 399 f. Ansprüche auf noch nicht fällige Leistungen müssen nach §§ 1107, 1154 III, 873 übertragen werden.

Die subjektiv-dingliche Reallast kann dagegen als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks nur zusammen mit diesem veräußert werden, §§ 96, 93¹²⁷ (str.).

3. Schutz und Erlöschen der Reallast

Die Reallast ist negatorisch durch den Unterlassungsanspruch aus §§ 1107, 1134 f. geschützt.¹²⁸ Sie erlischt u. a. mit Eintritt einer Befristung oder Bedingung, durch „Versitzung“ gemäß § 901, Aufhebung nach § 875, die subjektiv-persönliche Reallast zudem mit dem Tod des Berechtigten. 38

Anders als bei einer Rentenschuld¹²⁹ kann der Verpflichtete nicht verlangen, die Reallast durch die einmalige Zahlung einer Geldsumme abzulösen; ihm kann jedoch eine entsprechende Befugnis unter Eintragung ins Grundbuch gewährt werden.

Rn. 290. Als schuldrechtliche Abrede kommen vor allem ein Grundstückskauf oder eine Übergabearrede in Betracht, in deren Rahmen der Übernehmer sich zur Zahlung einer Geldrente verpflichtet.

¹²⁶ Eine nachträgliche Umänderung ist nicht möglich, §§ 1110, 1111 I.

¹²⁷ Wie hier NK/Reetz § 1110 Rn. 1; s. auch § 2 Rn. 25.

¹²⁸ Dazu § 29 Rn. 1, 4.

¹²⁹ Vgl. § 33 Rn. 35.

VI. Vorkaufsrecht

- 39 Ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht für Kaufgegenstände aller Art ist in den §§ 463–473 geregelt. Für Grundstücke ist in den §§ 1094–1104 die Möglichkeit eines dinglichen Vorkaufsrechts begründet;¹³⁰ es stammt aus dem mittelalterlichen deutschen Recht („Näherrecht“).¹³¹ Ein dingliches Vorkaufsrecht setzt die Vereinbarung eines schuldrechtlichen nicht voraus, dieses kann aber neben jenem vereinbart werden.¹³²
- 40 a) *Bestellung*: Das Vorkaufsrecht ist ein beschränktes dingliches Recht am ganzen Grundstück oder an bestehenden Miteigentumsanteilen.¹³³ Es wird nach § 873 I durch formlose Einigung¹³⁴ und Eintragung bestellt, entweder subjektiv-persönlich zugunsten einer bestimmten Person, § 1094 I,¹³⁵ oder als subjektiv-dingliches Recht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks, § 1094 II;¹³⁶ eine nachträgliche Änderung ist nicht möglich, § 1103. Das Vorkaufsrecht kann auf das Zubehör erstreckt werden, was im Zweifel anzunehmen ist, § 1096; es kann für lediglich einen Verkaufsfall bestellt werden (was im Zweifel anzunehmen ist) oder für mehrere oder alle, § 1097; es greift ein, wenn der Eigentümer oder ein Rechtsnachfolger das Grundstück verkauft;¹³⁷ ein Verkauf durch einen Bucheigentümer ist dem gleichzustellen.¹³⁸ Das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht ist nur zusammen mit dem Grundstück übertragbar,¹³⁹ das subjektiv-persönliche ist nicht übertragbar, es sei denn, dass etwas anderes vereinbart wäre, §§ 473, 1098 I 1.
- 41 b) *Anwendung der §§ 463–473*: Auf das dingliche Vorkaufsrecht sind gemäß § 1098 I 1 die Regeln über das schuldrechtliche Vorkaufsrecht anzuwenden. Das Vorkaufsrecht gibt seinem Inhaber ein Gestaltungsrecht, so dass er durch einseitige, formlose Erklärung den Grundeigentümer zur Übereignung des Grundstücks an ihn verpflichten kann. Das Gestaltungsrecht entsteht, wenn der Eigentümer, der das

¹³⁰ Guter Überblick bei Omlor/Diebel, JuS 2017, 1160.

¹³¹ Näherrechte sind Erwerbs- und Vorkaufsrechte für Familienangehörige, die „näher“ an einer Sache sind, welche an einen Familienfremden veräußert wurde, vgl. Mitteis/Lieberich, Deutsches Privatrecht, 8. Aufl. 1978, 104 f.

¹³² BGH NJW 2014, 622.

¹³³ Es kann auch derart bestellt werden, dass der Berechtigte bei dem Verkauf des Grundstücks nur eine hinreichend bestimmte reale Teilfläche oder einen noch zu bildenden Miteigentumsanteil an dem Grundstück erwerben darf, BGH NJW 2014, 3024 Rn. 15, 19.

¹³⁴ So nunmehr zutr. BGH NJW 2016, 2035; dagegen verlangte BGH NJW 1991, 205, 206 irrig eine notarielle Beurkundung.

¹³⁵ Es ist dann im Zweifel nicht übertragbar und vererbbar, vgl. §§ 1098, 473.

¹³⁶ Hier geschieht eine Übertragung durch Übereignung des herrschenden Grundstücks.

¹³⁷ Beispiel: E hat dem K ein Vorkaufsrecht eingeräumt, dann verschenkt er das Grundstück an S; das Vorkaufsrecht greift nicht ein (Rn. 41). S verkauft das Grundstück an X; K kann jetzt das Vorkaufsrecht ausüben.

¹³⁸ So Wolff/Raiser § 126 V 1 nach Fn. 29.

¹³⁹ Es gilt nach §§ 96, 93 als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks.

Vorkaufsrecht bestellt hat, oder ein Rechtsnachfolger das Grundstück verkauft,¹⁴⁰ § 463; ein anderer Veräußerungsvertrag, etwa Schenkung oder Tausch, löst das Gestaltungsrecht nicht aus. Das Gestaltungsrecht wird ausgeübt durch formlose Erklärung gegenüber dem Grundstückseigentümer, der das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück verkauft hat, § 464; dieser hat den Abschluss des Kaufvertrags dem Berechtigten unverzüglich mitzuteilen, doch genügt auch die Mitteilung des Käufers, § 469. Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts innerhalb der nach § 469 II 1 bestehenden Zweimonatsfrist kommt zwischen dem verkaufenden Eigentümer und dem Vorkaufsberechtigten ein Kaufvertrag mit dem gleichen Inhalt zustande, wie er mit dem ursprünglichen Käufer abgeschlossen wurde, § 464 II; der Verkäufer wird beiden verpflichtet. Das Vorkaufsrecht sichert die Forderung des Vorkaufsberechtigten aus § 433 I 1 in gleicher Weise ab wie eine Vormerkung, § 1098 II. Der Vorkaufsberechtigte hat dem Verkäufer den Kaufpreis zu zahlen. Ist aber der Käufer bereits Eigentümer, so muss ihm der Vorkaufsberechtigte den Kaufpreis, soweit er ihn dem Verkäufer gezahlt hat, erstatten; andernfalls kann der Käufer die Zustimmung zur Eintragung des Vorkaufsberechtigten verweigern, § 1100, 1.

c) *Vormerkungswirkung*: Hat der Verkäufer das Grundstück nicht an den Vorkaufsberechtigten, sondern an den Käufer übereignet, so kann sich der Vorkaufsberechtigte das Eigentum in gleicher Weise beschaffen wie beim Vorliegen einer Vormerkung (§ 1098 II).¹⁴¹ Er kann vom Verkäufer nach § 433 I 1 die Erklärung der Auflassung verlangen, auch wenn dieser nicht mehr Eigentümer ist; die Veräußerung ist ihm gegenüber unwirksam, § 883 II; vom jetzigen Eigentümer kann er nach § 888 I die Bewilligung seiner Eintragung verlangen, doch hat dieser wegen des schon gezahlten Kaufpreises ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1100. Ist das Eigentum nach der Übereignung an den Käufer an dritte Personen gelangt oder ist es mit dinglichen Rechten belastet worden, so sind ebenfalls die Regeln über die Vormerkung anzuwenden (§ 22 Rn. 18 ff.).

d) *Belastungen vor dem Vorkaufsfall*: Ist das Grundstück vor dem Eintritt des Vorkaufsfalls mit dinglichen Rechten belastet worden, so sollen diese nach h. M. absolut wirksam sein und nicht von der Vormerkungswirkung des § 1098 II erfasst werden. Danach tritt die Vormerkungswirkung des Vorkaufsrechts also erst mit dem Vorkaufsfall ein.¹⁴² Das wird damit begründet, dass der Kaufpreis wegen der Belastung gemindert und der Vorkaufsberechtigte deswegen nicht schutzbedürftig sei: Er solle nicht berechtigt sein, aufgrund der Vormerkung die Beseitigung der Belastung zu verlangen, und zugleich nur zur Zahlung des geminderten Kaufpreises verpflichtet sein. Aus dem Gesetz lässt sich eine solche erst verspätet einsetzende

¹⁴⁰ Ein Verkauf an einen gesetzlichen Erben mit Rücksicht auf sein Erbrecht löst im Zweifel das Vorkaufsrecht nicht aus, § 470. Bei einer Umgehung des Vorkaufsrechts durch eine kaufähnliche Vertragsgestaltung kann dagegen der Vorkaufsfall ausgelöst werden, OLG Hamm NJW-RR 2012, 1484.

¹⁴¹ Vgl. zur Wirkung § 22 Rn. 18 ff.

¹⁴² Vgl. etwa RGZ 53, 162, 110, 27; BGHZ 60, 275, 293 f.; Planck/Strecker § 1098 Erl. 3 b β; Soergel/Stürner § 1098 Rn. 4; Staudinger/Schermaier, 2017, § 1098 Rn. 16; RGRK/Roth § 1098 Rn. 11; Erman/Grziwotz § 1098 Rn. 7.

Wirksamkeit der Vormerkung nicht ableiten, sie beachtet nicht die gesetzliche Regelung: Das Vorkaufsrecht lässt zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verkäufer einen Kaufvertrag so entstehen, wie er zwischen dem Verkäufer und dem Käufer verabredet war. Hat der Verkäufer das Grundstück dem Käufer als unbelastet zu einem erhöhten Kaufpreis verkauft, so kann der Vorkaufsberechtigte nach Eintritt in den Vertrag aufgrund seiner Vormerkung die Beseitigung der Belastung verlangen, §§ 1098 II, 883 II, 888. Er hat den Anspruch auf Auflassung eines unbelasteten Grundstücks und muss den erhöhten Kaufpreis zahlen. Hat der Verkäufer dagegen das Grundstück als belastet zu einem geminderten Kaufpreis verkauft, so tritt der Vorkaufsberechtigte in diesen Vertrag ein. Die Beseitigung der Belastung kann er aufgrund der Vormerkungswirkung des Vorkaufsrechts nicht verlangen, da er keinen Anspruch auf Beseitigung der Belastung hat, der durch eine Vormerkung gesichert sein könnte.

Aus den geschilderten Wirkungen des Vorkaufsrechts ergibt sich, dass kein Grund besteht, die Vormerkungswirkung des Vorkaufsrechts anders zu behandeln als jede andere Vormerkung auch. Das Vorkaufsrecht sichert einen bedingten Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks, es entfaltet seine Wirkung vom Zeitpunkt der Eintragung an, sobald die Bedingung eintritt,¹⁴³ ebenso wie eine Vormerkung für einen bedingten Anspruch ihre Wirkung vom Zeitpunkt der Eintragung entfaltet, wenn die Bedingung eintritt.¹⁴⁴

- 44 e) *Verhältnis zwischen Berechtigtem und Käufer*: § 1100, 1 gibt dem Käufer ein Zurückbehaltungsrecht (vgl. Rn. 41), außerdem gewährt ihm § 1100, 2 einen Kaufpreiserstattungsanspruch gegen den Berechtigten, der unterdessen als Eigentümer eingetragen ist. Darüber hinaus regelt § 1100 implizit einen Herausgabeanspruch des Berechtigten, und zwar bereits vor der Umschreibung des Grundstücks, wenn der Käufer in den Besitz des Grundstücks gelangt ist. Zwischen Berechtigtem und Käufer bestehen nach h. M. schon vor Rechtshängigkeit entsprechend §§ 987 ff., 994 ff. Ansprüche auf Nutzungs-, Verwendungs- und Schadensersatz.¹⁴⁵

- 45 f) *Erlöschen*: Das Vorkaufsrecht erlischt mit dem Tod des Berechtigten, wenn es subjektiv-persönlich und unvererblich war (Rn. 40), überdies wenn eine auflösende Bedingung oder Befristung eingetreten ist. Zudem erlischt es, wenn es sich um ein nur für einen Vorkaufsfall bestelltes Vorkaufsrecht handelt, mit seiner Ausübung, aber auch Nichtausübung.¹⁴⁶ Auf das Vorkaufsrecht kann auch einseitig nach § 875 verzichtet werden. Ist ein Vorkaufsrecht für eine Vielzahl von Fällen bestellt, ist auch nur ein einseitiger Verzicht auf die Rechtsausübung in einem einzigen Vorkaufsfall möglich, ein Erlassvertrag, wie ihn die h. M. fordert,¹⁴⁷ ist dazu nicht notwendig, weil an den Verzicht auf die Rechtsausübung nicht höhere Anforderungen

¹⁴³ So Wieling/Klinck, AcP 202 (2002), 745; dem folgend MünchKomm/Westermann § 1098 Rn. 7, freilich mit unzutreffender Begründung.

¹⁴⁴ Vgl. § 22 Rn. 7.

¹⁴⁵ Staudinger/Schermaier, 2017, § 1100 Rn. 11.

¹⁴⁶ MünchKomm/Westermann § 1094 Rn. 15.

¹⁴⁷ Dazu MünchKomm/Westermann § 1094 Rn. 15.

als an den Rechtsverzicht gestellt werden können.¹⁴⁸ Durch Konsolidation erlischt wegen § 889 das Vorkaufsrecht nicht.¹⁴⁹ Ein Ausschlussbeschluss gegen den unbekannten Berechtigten ist nach § 1104 möglich.

g) *Gesetzliche Vorkaufsrechte*: Sie werden z. B. durch die §§ 24–28 BauGB be- 46
gründet, vgl. oben § 23 Rn. 65.

¹⁴⁸ Zu dieser Unterscheidung Schurig, Das dingliche Vorkaufsrecht, 1975, 175 f.; Staudinger/Schermaier, 2017, § 1094 Rn. 37.

¹⁴⁹ Zu einem dinglich gesicherten schuldrechtlichen Vorkaufsrecht im Beerbungsfall ausf. oben § 22 Rn. 32.

Teil 10: Grundpfandrechte

§ 26. Bedeutung, Regeln und Arten der Grundpfandrechte



Der Ausdruck „Grundpfandrecht“ findet sich im BGB nicht; er hat sich als Oberbegriff zu Hypothek, Grund- und Rentenschuld erst später herausgebildet. Johows Vorentwurf regelte in Anlehnung an das preußische Recht nur die nichtakzessorische Grundschuld, die er als „Hypothek“ bezeichnete.¹ Die erste BGB-Kommission schuf daneben die akzessorische Hypothek und fasste das Mobiliarpfand, die akzessorische Hypothek und die nichtakzessorische Grundschuld im 9. Abschnitt unter der Überschrift „Pfandrecht und Grundschuld“ zusammen.² Dabei war man sich bewusst, dass die Grundschuld zwischen Hypothek und Fahrnispfand eigentlich systemwidrig eingeordnet ist,³ da sie kein Pfandrecht im strengen Sinne darstellt; aus Gründen des Sachzusammenhangs und weil die Grundschuld denselben wirtschaftlichen Zwecken dient wie die Hypothek, hat man dies in Kauf genommen. Die zweite BGB-Kommission führte schließlich auch die Rentenschuld ein. Was die Systematik der Regelung betrifft, so hielt die erste BGB-Kommission die Aufstellung eines allgemeinen Teils für alle Pfandrechte zwar für möglich, doch meinte man, dass damit die Regelung weder übersichtlicher noch brauchbarer werde.⁴ Stattdessen regelte man zunächst die Hypothek und verwies bei der Grundschuld unter Hervorhebung der Abweichungen hierauf, § 1192 I; für die Rentenschuld als Unterfall der Grundschuld verwies man auf diese, § 1200 I.

Den Grundpfandrechten kommt im Wirtschaftsleben eine herausragende Bedeutung zu; bei nahezu jedem privaten Bauvorhaben werden zur Finanzierung Grundpfandrechte herangezogen, ebenso beim Erwerb eines Hauses oder einer Eigentumswohnung. Aber auch größere Kredite, die sich nicht auf ein Grundstück beziehen, werden durch Grundpfandrechte gesichert, etwa Investitions- und Produktionskredite. Pfandbriefbanken – öffentliche oder private Banken, die die

¹ Auch einige Landesrechte vor Erlass des BGB bezeichneten nichtakzessorische Grundstücksbelastungen als „Hypothek“, vgl. Motive III, 604 ff.

² Motive III, 595.

³ Motive III, 596 f.

⁴ Motive III, 596.

Voraussetzungen des PfandBG von 2005 für das Pfandbriefgeschäft erfüllen – betreiben die Ausgabe von Krediten gegen Grundpfandrechte als Geschäft. Die nötigen Geldmittel beschaffen sich diese Banken durch die Ausgabe und den Verkauf von *Pfandbriefen* (§ 1 I 2 PfandBG), die an der Börse gehandelt werden und mit Hypothekenbriefen nicht verwechselt werden dürfen. Bei Pfandbriefen handelt es sich um Inhaberschuldverschreibungen (§ 793), die darin verbrieften Forderungen werden durch die von der Bank erworbenen Grundpfandrechte gesichert.⁵

I. Gemeinsame Regeln für Grundpfandrechte

1. Verwertungsrecht

- 2 Grundpfandrechte geben dem Inhaber nach herrschender und zutreffender Ansicht ein dingliches Verwertungsrecht; er kann daraus die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück betreiben, § 1147, falls er nicht anderweitig befriedigt wird. Die Grundpfandrechte geben dem Inhaber nach h. M. also nicht etwa einen Zahlungsanspruch gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks;⁶ ein solcher Anspruch kann sich allenfalls aus der mit dem Grundpfandrecht gesicherten Forderung ergeben.⁷ Das Grundpfandrecht gibt dem Inhaber nur ein Verwertungsrecht, kraft dessen er die Duldung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung⁸ verlangen kann.⁹ Man kann das auch so ausdrücken: Der Eigentümer des belasteten Grundstücks schuldet dem Inhaber des Grundpfandrechts nichts, er haftet nur, und zwar mit dem belasteten Grundstück, nicht mit seinem restlichen Vermögen.¹⁰

⁵ Dazu Baur/Stürner § 36 Rn. 28 ff.

⁶ BGH NJW 2011, 451 Rn. 20; Baur/Stürner § 36 Rn. 62. Eine abweichende Ansicht (vgl. etwa Westermann/Eickmann § 92 Rn. 3) bejaht eine Zahlungspflicht des Eigentümers, die allerdings nur durch die Vollstreckung in das Grundstück durchgesetzt werden könne. Sie ist abzulehnen. Die Kontroverse ist nicht ohne praktische Bedeutung, wie bisweilen angenommen wird: Beispiel: E hat sein Grundstück im Wert von 100.000 € bereits mit Hypotheken zu 100.000 € belastet. Sein Freund F bittet ihn, seinem Gläubiger G eine weitere Hypothek über 20.000 € zu bestellen; das geschieht. Als die Forderung des G fällig wird, glaubt E, beraten im Sinne der Mindermeinung, er sei zur Zahlung von 20.000 € an G verpflichtet; er zahlt. Das Grundstück wird für 100.000 € versteigert und das Geld an die vorrangigen Hypothekare ausgezahlt. Nach der Mindermeinung kann E die 20.000 € nicht von G kondizieren, da er zur Zahlung verpflichtet war. Gemäß der zutreffenden h. M. kann er das gezahlte Geld von G kondizieren. Das ist auch richtig; ein dingliches Recht wie die Hypothek ergreift nur die damit belastete Sache, es begründet aber keine persönliche Verpflichtung des Eigentümers, den Hypothekar aus seinem sonstigen Vermögen zu befriedigen. Eine Ausnahme macht kraft gesetzlicher Anordnung (§ 1108) lediglich die Reallast, vgl. § 25 Rn. 39 ff.

⁷ Das ist nicht anders als beim Fahrnispfand.

⁸ Gemäß §§ 866 I ff. ZPO und den Regeln des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (ZVG).

⁹ Das ist mit der etwas undeutlichen Formulierung „aus dem Grundstück zahlen“ in §§ 1113, 1191, 1199 gemeint.

¹⁰ Weirich/Ivo Rn. 1295.

Ein durch dingliche Rechte gesicherter Kredit wird als Realkredit bezeichnet, der Gläubiger vertraut auf den Wert der ihm als Sicherheit dienenden Sachen; Grundpfandrechte sind die wirtschaftlich bedeutendste Art des Realkredits. Weil es sich um dingliche Sicherheiten handelt, spielt es keine Rolle, wer Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, ob das Grundstück nach der Bestellung des Grundpfandrechts veräußert oder ob sonstwie darüber verfügt wurde. Dagegen kann sich der Gläubiger beim Personalkredit nur auf die Kreditwürdigkeit von Personen verlassen; er vertraut auf die Zahlungsfähigkeit seines Schuldners, eines Bürgen, eines der Schuld Beitretenden usw.

Grundpfandrechte bieten somit dem Gläubiger beachtliche Vorteile. Einmal braucht er in aller Regel nicht zu befürchten, dass das Grundstück an Wert verliert und seine Sicherheit dadurch gefährdet wird; zum anderen muss er sich nicht um das rechtliche Schicksal seiner Sicherheit kümmern. Schließlich kann er im Falle der Insolvenz des Schuldners vor den nicht dinglich gesicherten Gläubigern Befriedigung aus dem Grundstück verlangen, vgl. §§ 10 I Nr. 4, 5 ZVG, 49 InsO.

2. Arten der Tilgung

Gemeinsam ist den Grundpfandrechten weiter, dass sie die Grundstücke immer mit einer bestimmten Geldsumme belasten, vgl. §§ 1113 I, 1191 I, 1199 I: „... eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen“.¹¹ Der Umfang der Belastung und Haftung ist also von vornherein festgelegt.¹² Um diese Belastung zu tilgen, hat man verschiedene Modelle entwickelt.

a) *Tilgungshypothek*: Man unterscheidet dabei die Abzahlungshypothek und die Amortisationshypothek. In beiden Fällen kann der Gläubiger das Recht nicht kündigen, solange der Schuldner seiner Verpflichtung zur Zahlung der Raten nachkommt.¹³

aa) *Abzahlungshypothek*: Bei ihr zahlt der Schuldner monatlich (oder jährlich) eine feste Summe zur Tilgung (Amortisation) des Kredits und eine weitere Summe zur Tilgung der angefallenen Zinsen. Mit fortschreitender Tilgung fallen weniger Zinsen an, die monatliche Belastung wird geringer.

bb) *Amortisationshypothek*: Bei ihr zahlt der Schuldner durchgehend gleichbleibende Monatsbeträge (oder Jahresbeträge, Annuitäten), die gleichzeitig der Tilgung der angefallenen Zinsen sowie des Kapitals dienen. Mit fortschreitender Amortisation fallen immer weniger Zinsen an, die dadurch ersparten Zinsen werden der Amortisation zugeschlagen, die Kapitaltilgung wird mit jeder Zahlung höher. Die Belastung wird folglich schneller abgetragen als bei der Abzahlungshypothek.

b) *Fälligkeitshypothek*: Hier werden keine Tilgungsraten gezahlt, vielmehr wird das gesamte Kapital zu einem bestimmten, vereinbarten Datum fällig; dann

¹¹ Zur Bedeutung dieser Formulierung Rn. 2.

¹² Vgl. aber § 27 Rn. 48 (Zinsen).

¹³ Vgl. Jauernig/Berger Vor § 1113 Rn. 9.

ist das gesamte Grundpfandrecht auf einmal zu tilgen. In der Zwischenzeit sind nur die Zinsen zu entrichten. Gewählt wird diese Variante, wenn der Grundpfandgläubiger das Geld bis zur Fälligkeit nicht benötigt und der Schuldner zu diesem Zeitpunkt einen Geldeingang erwartet, z. B. die Auszahlung einer Lebensversicherung, Abfindung oder dergleichen.

- 8 *c) Kündigungshypothek:* Bei ihr muss die Fälligkeit erst durch eine Kündigung herbeigeführt werden;¹⁴ die Schuld ist dann auf einmal zu tilgen. Da hierbei aber weder der Gläubiger noch der Schuldner sicher disponieren können, wann mit dem Geldeingang bzw. mit der Zahlungspflicht zu rechnen ist, wird diese Art der Tilgung in der Praxis kaum noch vereinbart.
- 9 *d) Rentenschuld:* Eine besondere Tilgungsregelung gilt für die Rentenschuld (§ 33 Rn. 35). Durch die Rentenschuld kann eine dauernde Rente (z. B. eine Leibrente nach §§ 759 ff.) gesichert werden, aber auch eine Zahlungspflicht über eine feste Summe, die in gleichmäßigen Raten zu tilgen ist.¹⁵ Auf jeden Fall muss ein Betrag bestimmt werden, durch welchen die Rentenschuld abgelöst werden kann, § 1199 II; durch Zahlung dieser Ablösesumme wird die Rentenschuld getilgt.
- 10 *e) Höchstbetragshypothek:* Sie nimmt eine Sonderstellung ein, § 1190. Es wird bei der Bestellung der Hypothek lediglich der Höchstbetrag festgelegt, innerhalb dessen sich die Hypothek bewegen soll; bestimmt ist also nur die obere Grenze. Die Bestimmung der zu sichernden Forderung bleibt einem späteren Zeitpunkt vorbehalten. Die Höchstbetragshypothek wurde früher bestellt, um Kontokorrentkredite abzusichern, deren Saldo naturgemäß wechselt. Sie ist heute weitgehend von der Grundschild verdrängt.

3. Hypotheken- und Grundschildbrief

- 11 Für die Grundpfandrechte gilt wie für alle dinglichen Rechte das Prinzip der Publizität,¹⁶ § 873 I. Sie können grundsätzlich nur entstehen, wenn sie im Grundbuch eingetragen werden.¹⁷ Der Grundpfandgläubiger darf der Eintragung in das Grundbuch Vertrauen schenken, §§ 892, 893; er wird in seinem guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs geschützt.

Außer dem Grundbuch gibt es bei Grundpfandrechten als Publizitätsstatbestand den Hypotheken- und Grundschildbrief, § 1116 I, wenn nämlich das Recht als Briefrecht bestellt wurde, was nach § 1116 II 1 im Zweifel der Fall ist.¹⁸ Der Brief erleichtert Verfügungen über das Grundpfandrecht und macht es damit verkehrsfreundlicher. Der Inhaber des Hypothekenbriefs kann sich z. B. schnell flüssige Mittel

¹⁴ Unabdingbare Kündigungsmöglichkeiten durch den Schuldner regeln §§ 489, 490 II.

¹⁵ Im letzteren Fall wird die Rentenschuld regelmäßig befristet bestellt werden.

¹⁶ Vgl. § 1 Rn. 17, 25.

¹⁷ Vgl. aber die Ausnahmen in § 1287, 2; § 848 II 2 ZPO (Sicherungshypotheken).

¹⁸ Lediglich bei der Sicherungshypothek ist die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen, § 1185 I.

verschaffen, indem er seine Forderung gegen den Hypothekenschuldner schriftlich abtritt und den Brief übergibt, § 1154 I; eine Eintragung im Grundbuch ist nicht erforderlich. Diese einfache Verfügungsmöglichkeit erhöht die Zirkulationsfähigkeit des Grundpfandrechts.¹⁹ Der Brief hat auch Teil am öffentlichen Glauben des Grundbuchs, er ermöglicht einen gutgläubigen Erwerb, die §§ 1140, 1155 ergänzen insofern die §§ 892, 893, 1138.²⁰ Das Verfahren der Brieferteilung und den Briefinhalt regeln die §§ 56 ff., 70 GBO. Damit Grundbuch und Brief stets übereinstimmen, bestimmt die GBO, dass Eintragungen im Grundbuch auch auf dem Brief vermerkt werden sollen und der Brief hierzu vorzulegen ist, vgl. §§ 41 f., 61 ff. GBO.

Die heutige Praxis der Banken und Sparkassen zieht jedoch weitgehend das Buchrecht vor.²¹ Die Kreditinstitute erhalten die Grundpfandrechte nur fiduziarisch, dürfen sie also nicht weiterveräußern; damit verlieren aber die Vorteile des Briefrechts ihre Bedeutung. Da die Kreditinstitute auch die Kosten der Herstellung des Briefs und dessen Aufbewahrung vermeiden wollen, wird daher meist nach § 1116 II 1 die Erteilung des Briefs ausgeschlossen. Schließlich haben die Kreditinstitute andere Wege der Refinanzierung als die Veräußerung des Grundpfandrechts, z. B. durch die Spareinlagen, die ihnen mittel- und langfristig zur Verfügung stehen.

Die Umwandlung eines Briefrechts in ein Buchrecht (§ 1116 II 2) und umgekehrt (§ 1116 III) ist möglich.

4. Sicherheit der Grundpfandrechte

Wichtig für den wirtschaftlichen Wert eines Grundpfandrechts ist dessen Rang, der sich nach den §§ 879 ff. bestimmt.²² Das höherrangige Recht wird vor dem nachrangigen befriedigt; so wird zunächst die erstrangige Hypothek voll befriedigt, bevor die zweitrangige überhaupt zum Zuge kommt, §§ 10 I Nr. 4, 11 I ZVG. Erst-rangigkeit eines Grundpfandrechts allein genügt jedoch nicht, um dem Gläubiger eine vollständige Sicherheit zu geben. Vielmehr muss hinzukommen, dass im Falle der Zwangsvollstreckung neben dem Grundpfandrecht auch die Kosten des Verfahrens durch den Versteigerungserlös gedeckt sind, vgl. §§ 44 I, 109 I ZVG. Um dies sicherzustellen, sollte das Grundpfandrecht den Beleihungswert des Grundstücks nicht überschreiten, d. h. nicht über den Wert hinausgehen, der einem Grundstück unter Berücksichtigung aller Umstände beigemessen werden kann (Marktwert).²³

12

¹⁹ Andererseits braucht der Hypothekenschuldner den Brief nur Zug um Zug gegen Valutierung des Darlehens auszuhändigen.

²⁰ Zum gutgläubigen Erwerb § 27 Rn. 22 ff.

²¹ Privatleute als Geldgeber kommen kaum noch in Betracht.

²² Vgl. § 21 Rn. 1 ff.

²³ § 16 PfandBG.

Darüber hinaus dürfen Pfandbriefbanken²⁴ und Sparkassen²⁵ nur Grundpfandrechte im Rahmen der Beleihungsgrenze akzeptieren, d. h. innerhalb der ersten 60 % des Beleihungswerts. Geschäftsbanken haben ebenfalls Richtlinien für die Beleihung von Grundstücken, die aber eine größere Flexibilität ermöglichen.

Bausparkassen sind vertragsgemäß bereit, auf eine erstrangige Sicherheit für ihre Bauspardarlehen zu verzichten, um so den Sparern die Finanzierung ihrer Bauvorhaben zu erleichtern. Die Belastung darf allerdings auch hier den Beleihungswert nicht übersteigen. Das verbleibende Risiko eines Ausfalls tragen die Bausparer solidarisch, indem sie durch ihre Leistungen es der Bausparkasse ermöglichen, Gelder zu erwirtschaften, die solche Einbußen abdecken. Der Staat begnügt sich bisweilen mit einem drittrangigen Grundpfandrecht, um den Wohnungsbau zu fördern; das Ausfallrisiko trägt der Steuerzahler.

Da die erste Hypothek im Regelfall große Sicherheit bietet, ist sie meist zu relativ günstigen Bedingungen zu bekommen; je unsicherer ein Grundpfandrecht ist, umso ungünstiger sind die Kreditbedingungen. Auf jeden Fall ist jedoch eine Hypothek an dritter Rangstelle innerhalb der Beleihungsgrenze wirtschaftlich besser als eine an erster Stelle, die den Beleihungswert überschreitet.

II. Unterschiede zwischen Hypothek und Grundschuld

1. Hypothek

- 13 a) *Akzessorietät*: Voraussetzung für das Bestehen einer Hypothek ist eine Forderung, vgl. § 1113 I: „... wegen einer ihm zustehenden Forderung ...“; die Forderung soll durch die Hypothek gesichert werden. Die Hypothek ist akzessorisch,²⁶ d. h. in ihrem Bestand abhängig von einer zu sichernden Forderung. Ohne Belang ist der Entstehungsgrund der Forderung, auch muss der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht der Schuldner der gesicherten Forderung sein, vgl. etwa §§ 1142 I, 1143 I; die Hypothek kann also auch für die Schuld eines anderen bestellt werden. Die gesicherte Forderung muss auf die Leistung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sein.

Die Höhe der Hypothek richtet sich aufgrund der Akzessorietät nach dem Bestand der Forderung: Entsteht die Forderung nicht, so entsteht auch keine Hypothek; der Eigentümer erwirbt die eingetragene Hypothek als Eigentümergrundschuld, §§ 1163 I 1, 1177 I 1. Verringert sich die Forderung, so ermäßigt sich einerseits entsprechend der Wert der Hypothek, andererseits entsteht in Höhe der

²⁴ § 14, 22 II PfandBG.

²⁵ Vgl. etwa § 22 sächs. VO über die Beleihungsgrundsätze für Sparkassen.

²⁶ Die Akzessorietät der Hypothek zeigt sich z. B. in § 1153: Wird die Forderung abgetreten, geht die Hypothek automatisch über, Forderung und Hypothek sind untrennbar miteinander verbunden.

getilgten Forderung eine Eigentümergrundschuld. Erlischt die Forderung, so entsteht gleichfalls eine Eigentümergrundschuld, §§ 1163 I 2, 1177 I 1.²⁷

Wächst die gesicherte Forderung über die für die Hypothek vereinbarte und im Grundbuch eingetragene Geldsumme hinaus, etwa durch die Aufstockung eines Darlehens, so wächst die Hypothek nicht mit, da sie nur für die vereinbarte Summe bestellt worden ist. Die Hypothek kann allerdings dadurch über die vereinbarte Haftungsgrenze hinausgehen, dass sie auch Nebenforderungen sichert, §§ 1118, 1146.

b) *Forderungsfiktion nach § 1138*: Der Grundsatz der Akzessorietät ist jedoch aufgelockert, um der Hypothek so die gewünschte Verkehrsfähigkeit zu verschaffen. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs würde dem Erwerber einer eingetragenen Hypothek wenig nützen, wenn die dazugehörige Forderung nicht besteht, vgl. § 1153 II. Daher bestimmt § 1138, dass die §§ 891 bis 899 für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung Anwendung finden. Somit darf der Gutgläubige vom Bestand der Forderung ausgehen, zu seinen Gunsten wird das Bestehen einer Forderung fingiert, damit er die Hypothek kraft seines guten Glaubens erwerben kann.²⁸ Hypotheken, für die § 1138 gilt, besitzen daher eine besondere Umlauffähigkeit. Sie werden folglich *Verkehrshypotheken* genannt. Ausführlich zur Funktionsweise des § 1138 unten § 27 Rn. 11, 25 f., 28, 42.

Streng durchgeführt wird dagegen der Grundsatz der Akzessorietät bei der *Sicherungshypothek*; sie ist nicht auf Verkehrsfähigkeit ausgelegt und kann daher nicht als Briefrecht bestellt werden, § 1185 I. Das Recht aus der Sicherungshypothek bestimmt sich ausschließlich nach der Forderung, § 1184;²⁹ § 1138 ist nicht anwendbar.

c) *Gesamthypothek*: Für dieselbe Forderung kann an einem Grundstück nur eine Hypothek bestellt werden.³⁰ Dagegen kann für ein und dieselbe Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken bestellt werden: Gesamthypothek,³¹ § 1132 I 1. Es besteht nur eine einzige Hypothek, die aber mehrere Grundstücke umfasst.³² Die belasteten Grundstücke können verschiedenen Eigentümern gehören. Der Hypothekengläubiger (Hypothekar) kann seinen Anspruch aus der Gesamthypothek in beliebiger Weise durchsetzen, das Gesetz lässt ihm alle Möglichkeiten offen, vgl. § 1132 I 2. Er kann die Zwangsvollstreckung wahlweise in ein einzelnes Grundstück betreiben, und zwar auf den ganzen Betrag oder aber nur auf einen Teilbetrag. Er kann die Zwangsvollstreckung aber auch in mehrere oder alle Grundstücke betreiben. Der Gesamthypothekar hat damit eine erheblich größere Sicherheit als der Inhaber einer Verkehrshypothek an einem einzelnen Grundstück.

²⁷ Zur Eigentümergrundschuld Rn. 17 ff.

²⁸ Das gilt jedoch nicht, wenn dem Erwerber bekannt ist, dass die gesicherte Forderung nicht besteht, vgl. BeckOGK/Kiehnle § 1138 Rn. 21; Kiehnle, Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens in der württembergischen Pfandgesetzgebung von 1825/1828 und im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004, 470 gegen RG JW 1936, 804 Nr. 15.

²⁹ Vgl. zur Sicherungshypothek § 31 Rn. 1 ff.

³⁰ Es kann aber neben der Hypothek für dieselbe Forderung noch eine Grundschuld bestellt werden.

³¹ Vgl. zur Gesamthypothek § 31 Rn. 9 ff.

³² Statt einer Gesamthypothek besteht auch die Möglichkeit, die Forderung aufzuteilen und für jeden Teilbetrag eine Hypothek eintragen zu lassen.

2. Grundschild

- 16 Im Gegensatz zur Hypothek setzt die Grundschild für ihr Bestehen keine zu sichernde Forderung voraus, § 1191 I; sie ist nicht akzessorisch.³³ Wird sie, wie regelmäßig, zur Sicherung einer Forderung bestellt („Sicherungsgrundschild“ gemäß § 1192 Ia 1)³⁴, setzt ihr Bestehen zwar gleichfalls keine Forderung voraus; sie ist jedoch in ihrer Durchsetzung akzessorisch zur Forderung.³⁵ Außer Anwendung bleiben wegen ihrer fehlenden Akzessorietät diejenigen Vorschriften des Hypothekenrechts, die auf der Verknüpfung zwischen Forderung und Pfandrecht beruhen, § 1192 I. So ist es für den Bestand der Grundschild unschädlich, wenn die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschild bestellt ist, geringer wird oder auch gänzlich erlischt.³⁶ Auch zur Entstehung der Grundschild ist das Bestehen einer Forderung nicht erforderlich. Dieser Umstand macht die Grundschild für die Kreditinstitute interessant, die aus diesem Grund weitgehend die Grundschild der Hypothek vorziehen. Ihnen steht damit ein Sicherungsmittel zur Verfügung, das die verschiedensten Verbindlichkeiten eines Kunden sichern kann.

Die Grundschild kann auch zugunsten des Grundstückseigentümers bestellt werden, § 1196 I, es entsteht eine Eigentümergrundschild. Sie kann auch zugunsten des jeweiligen Briefinhabers bestellt werden, § 1195, 1. Das bietet den Vorteil erhöhter Umlauffähigkeit, da eine Übertragung der Grundschild einfach durch Einigung und Übergabe des Briefs nach § 929 erfolgt, § 1195, 2. Praktische Bedeutung hat diese Art der Grundschild aber nicht erlangt.

III. Eigentümergrundpfandrecht

- 17 Normalerweise wird ein Grundpfandrecht zugunsten eines Gläubigers bestellt, um dessen Forderung zu sichern. Das Verwertungsrecht steht also nicht dem Eigentümer, sondern einer anderen Person zu; man spricht daher von einem *Fremdgrundpfandrecht*.
- 18 a) *Berechtigung*: Ist die Verbindlichkeit aus einer Hypothek aber nie entstanden oder auch erloschen, so steht dem Dritten das eingetragene Recht nicht zu; es wird dem Eigentümer selbst zugeordnet.³⁷ Man spricht dann von einem Eigentümergrundpfandrecht. Das Eigentümergrundpfandrecht steht dem zu, der im Augenblick der Vollendung seines Entstehungstatbestandes wirklicher Eigentümer des Grund-

³³ Eine Gegenüberstellung Hypothek – Grundschild bringen Goertz/Roloff, JuS 2000, 762 ff.; Braun/Schultheiß, JuS 2013, 871 ff., 973 ff.

³⁴ Eingeführt durch das Risikobegrenzungs-gesetz zum 20.8.2008.

³⁵ Näheres dazu § 33 Rn. 1 ff.

³⁶ Die Sicherungsgrundschild kann nach Erlöschen der Forderung zur Sicherung anderer Forderungen weiterverwendet werden.

³⁷ Der Eigentümer kann verlangen, dass seine Eigentümergrundschild im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen wird.

stücks ist, also nicht dem Bucheigentümer. Veräußert der Eigentümer später das Grundstück, so bleibt er weiter Inhaber des Eigentümergrundpfandrechts, das sich zum Fremdgrundpfandrecht wandelt; ein einmal begründetes Eigentümergrundpfandrecht steht also nicht dem jeweiligen Eigentümer zu.

Das Eigentümergrundpfandrecht kann entweder rechtsgeschäftlich (Rn. 19) oder gesetzlich (Rn. 20) begründet werden.

b) *Rechtsgeschäftliche Bestellung*: Der Eigentümer kann gemäß § 1196 I eine Eigentümergrundschuld für sich selbst bestellen.³⁸ Diese Eigentümergrundschuld kann er dadurch verwerten, dass er sie später einem Gläubiger zur Sicherung einer Forderung abtritt, eventuell unter Umwandlung in eine Hypothek. Das ist z. B. sinnvoll, um eine Rangstelle für einen späteren Gläubiger zu sichern. 19

c) *Gesetzliche Begründung*: Eigentümergrundpfandrechte entstehen gesetzlich einmal infolge von Mängeln bei der Begründung der Hypothek, aber auch aus anderen Gründen. So steht die Hypothek dem Eigentümer zu, solange die Forderung, für die sie bestellt worden ist, nicht entstanden ist, § 1163 I 1, oder der Hypothekenbrief dem Hypothekar nicht ausgehändigt wurde, § 1163 II. Können diese Hemmnisse noch beseitigt werden, handelt es sich um eine *vorläufige* Eigentümerhypothek. *Endgültig* steht dem Eigentümer die Hypothek zu, sobald die Forderung getilgt³⁹ ist oder sonstwie erlischt, § 1163 I 2, wenn der Kredit nicht mehr valutiert wird oder wenn der Hypothekar auf das Grundpfandrecht verzichtet, § 1168 I. Ebenso erwirbt der Eigentümer die Hypothek, wenn er selbst anstelle des Schuldners den Gläubiger befriedigt, §§ 1143 I 1, 412, 401 I, 1153. Eine Eigentümergrundschuld entsteht auch dann, wenn das beabsichtigte Fremdgrundpfandrecht nicht entstehen kann, weil etwa der Erwerber nicht geschäftsfähig ist. 20

Die dem Eigentümer zustehende Hypothek verwandelt sich in eine Eigentümergrundschuld, wenn diesem nicht auch die Forderung zusteht, § 1177 I 1. Ist der Eigentümer gleichzeitig Gläubiger der Forderung,⁴⁰ so bleibt zwar die Hypothek als Eigentümerhypothek bestehen, doch sind auch hier die Vorschriften über die Eigentümergrundschuld anzuwenden, § 1177 II.

³⁸ Vgl. § 33 Rn. 25 ff.

³⁹ Bei der Tilgungshypothek wird mit jeder gezahlten Rate die Hypothek des Gläubigers geringer und die Eigentümergrundschuld des Eigentümers größer.

⁴⁰ Etwa wenn der Eigentümer anstelle des Schuldners den Gläubiger befriedigt. Der Eigentümer erwirbt nach § 1143 durch Legalzession die Forderung und damit gemäß §§ 412, 401 die Hypothek am eigenen Grundstück.

§ 27. Hypothek



Das BGB behandelt im achten Abschnitt des dritten Buchs in den §§ 1113–1203 die Grundpfandrechte, im ersten Titel des achten Abschnitts die Hypothek¹, §§ 1113–1190. Davon regeln die §§ 1113–1183 die Verkehrshypothek (laut § 1186 die „gewöhnliche“ Hypothek), die §§ 1184–1190 den Sonderfall der Sicherungshypothek.²

I. Bestellung der Hypothek

1. Objekte der Hypothek

Mit einer Hypothek belastet werden können Grundstücke, vgl. § 1113 I, ferner Miteigentumsanteile nach Bruchteilen an einem Grundstück, § 1114. Dagegen kann ein Gesamthandseigentümer sein Recht nicht belasten, weil es beim Gesamthandseigentum keine gesonderten Anteile gibt.³ Gemäß dem Spezialitätsprinzip kann ein realer (also ein in der Natur abgegrenzter) Grundstücksteil nach hier vertretener Auffassung nicht mit einer Hypothek belastet werden; es muss, wenn nicht das ganze Grundstück, sondern nur ein Grundstücksteil mit einem dinglichen Grundstücks-

¹*Hypotheka* bedeutet im Griechischen das Daruntergesetzte, also das, was unter ein Pfandrecht gesetzt wurde, ebenso wie man im deutschen Recht das Pfandrecht „Satzung“ nannte und noch heute von „versetzen“ spricht.

²Einen Überblick über das Hypothekenrecht gibt Büdenbender, JuS 1996, 665 ff.; Fälle finden sich bei Reischl, JuS 1998, 125 ff.; Braun/Schultheiß, JuS 2013, 871 ff.; Tratt, JuS 2017, 764.

³Vgl. § 8 Rn. 12.

recht belastet werden soll, das Grundstück gemäß § 7 I GBO vorher geteilt werden.⁴ Es können aber mehrere Grundstücke oder Miteigentumsanteile mit einer Hypothek belastet werden, es entsteht dann eine Gesamthypothek. Daneben können auch grundeigentumsähnliche Rechte⁵ mit einer Hypothek belastet werden, z. B. das Erbbaurecht, §§ 11, 18 ff. ErbbauRG, oder das Wohnungseigentum, §§ 6 f. WEG.

2. Forderung

- 3 Die Hypothek ist wie das Pfandrecht akzessorisch, d. h. sie ist in ihrem Bestand von der zu sichernden Forderung abhängig; ohne eine Forderung kann die Hypothek nicht entstehen. Die Forderung muss auf die Leistung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sein, vgl. §§ 1113 I, 1115 I.⁶ Häufig ist der Darlehensrückzahlungsanspruch aus § 488 I 2 mit einer Hypothek gesichert. Die Forderung kann auch künftig oder bedingt sein, § 1113 II. Für eine Forderung kann an einem Grundstück nur eine Hypothek bestellt werden.⁷ Die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, kann nachträglich ausgewechselt werden, § 1180 I, durch Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer und Eintragung im Grundbuch.⁸
- 4 a) *Gläubiger und Schuldner:* Gläubiger der Forderung und Inhaber der Hypothek müssen identisch sein, die Forderung des Gläubigers wird durch die ihm zustehende Hypothek gesichert. Dies gilt nicht nur bei der Bestellung der Hypothek, sondern gemäß § 1153 II auch für ihre Übertragung; die Hypothek kann nicht ohne die Forderung, die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragen werden. Gläubiger der Forderung kann auch eine Gläubigermehrheit sein, etwa im Falle einer Gesamtgläubigerschaft, §§ 428 ff.; die Hypothek steht dann der Gläubigermehrheit zu. Dagegen können Schuldner der Forderung und Eigentümer des belasteten Grundstücks verschiedene Personen sein. So kann etwa der Grundstückseigentümer E für die Schuld des Schuldners S eine Hypothek an seinem Grundstück bestellen. Zu einem Auseinanderfallen von Schuldner und Grundstückseigentümer kommt es auch, wenn der persönliche Schuldner sein mit einer Hypothek belastetes Grundstück veräußert, ohne dass eine Schuldübernahme erfolgt. Zahlt in diesen Fällen einer der beiden, so entstehen gegebenenfalls Ausgleichsansprüche, wenn im Innenverhältnis der andere zur Zahlung verpflichtet war.⁹
- 5 b) *Anforderungen an die Forderung:* Die Forderung muss nach Gläubiger, Schuldner und Schuldgrund *bestimmt* sein. Der Gläubiger der zu sichernden Forderung und damit der Inhaber der Hypothek muss feststehen, er muss im Grundbuch

⁴Dazu oben § 20 Rn. 43; wie hier MünchKomm/Eickmann, 6. Aufl. 2013, § 1114 Rn. 9; anders die h. M., vgl. MünchKomm/Lieder § 1114 Rn. 9.

⁵Vgl. dazu § 24 Rn. 1.

⁶Eine Ausnahme bildet die Höchstbetragshypothek, § 1190 (dazu § 31 Rn. 4).

⁷Vgl. § 26 Rn. 15.

⁸Vgl. Rn. 20.

⁹Vgl. Rn. 43 ff.

eingetragen werden, § 1115 I. Ebenso muss der Schuldner der Forderung vertraglich festgelegt sein. Das gleiche gilt auch vom Schuldgrund, die Art der zu sichernden Forderung muss also bestimmt sein.¹⁰ Gesichert werden können Forderungen aller Art, z. B. aus Darlehen, Kaufvertrag, abstraktem Schuldanerkennnis, Delikt, Bereicherung usw.; auch öffentlichrechtliche Ansprüche können gesichert werden. Die Forderung muss – trotz § 1115 – nicht primär auf eine Geldleistung gehen, vgl. den Wortlaut von § 1113 I: „... zur Sicherung einer ihm zustehenden Forderung ...“. Die Forderung muss aber in eine Geldforderung übergehen können, etwa indem sie sich bei Verletzung der Primärobligation in eine Schadensersatzforderung umwandelt, z. B. nach §§ 280 ff., oder wenn eine Vertragsstrafe für den Fall der Nichtleistung versprochen ist.¹¹ Sie muss allerdings in eine Geldforderung übergegangen sein, bevor die Hypothek in der Zwangsvollstreckung verwertet werden kann, vgl. § 14 ZVG.¹² Dabei gibt der gemäß § 1113 I zu bestimmende und gemäß § 1115 I im Grundbuch einzutragende Geldbetrag die Grenze der Haftung des Grundstücks an. Es handelt sich in solchen Fällen um eine Hypothek für eine bedingte Forderung.¹³

Gemäß § 1113 II kann die Forderung *künftig* oder *bedingt* sein. Auch in diesem Fall muss aber die Forderung bezüglich des Gläubigers, des Schuldners, des Schuldgrundes und des Geldbetrags durch die dingliche Einigung bestimmt sein. Bedingt ist eine Forderung, wenn ihr Entstehungstatbestand bereits vorliegt, das Entstehen der Forderung aber noch von einer Bedingung abhängt. Bei einem künftigen Anspruch fehlen noch die Voraussetzungen für die Entstehung. Dennoch kann nach dem Willen des Gesetzes auch ein solcher Anspruch durch eine Hypothek gesichert werden, wenn nur Gläubiger, Schuldner, Schuldgrund (etwa: Darlehen) und Geldbetrag feststehen und die künftige Forderung bestimmbar ist oder eine gewisse Gewähr für ihr Entstehen gegeben ist.¹⁴ Dagegen will eine verbreitete Lehre eine Forderung nur dann als „künftige Forderung“ i. S. v. § 1113 II gelten lassen, wenn bereits sichere Voraussetzungen für ihr Entstehen geschaffen sind („gesicherter Rechtsboden“).¹⁵ Das widerspricht dem Gesetz und ist hier ebenso abzulehnen wie bei § 883 I 2 und § 1204 II.¹⁶

Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung kann erst dann entstehen, wenn die Forderung entsteht.¹⁷ Vorher steht sie gemäß §§ 1163 I 1, 1177 I 1 dem Grundstückseigentümer als Eigentümergrundschuld zu; mit Entstehen der Forderung verwandelt sie sich in eine Fremdhypothek.

¹⁰ Die mit dem Bestimmtheitsgrundsatz verbundenen Probleme können dadurch vermieden werden, dass der Schuldner ein abstraktes Schuldversprechen abgibt und dieses hypothekarisch sichert, vgl. Baur/Stürner § 37 Rn. 18; Heinze, AcP 211 (2011), 105.

¹¹ Wolff/Raiser § 134 Anm. 4; Westermann/Eickmann § 93 Rn. 9.

¹² Es gilt nichts anderes als beim Pfandrecht, vgl. § 15 Rn. 5.

¹³ Vgl. MünchKomm/Lieder § 1113 Rn. 48.

¹⁴ BGH NJW 1955, 544; Soergel/Konzen § 1113 Rn. 15.

¹⁵ BeckOGK/Kern § 1113 Rn. 92 f.; zutr. dagegen MünchKomm/Lieder § 1113 Rn. 60 ff.; Wilhelm Rn. 1586.

¹⁶ Vgl. § 22 Rn. 8 und § 15 Rn. 7.

¹⁷ Von künftigen oder bedingten Forderungen zu unterscheiden sind noch nicht fällige Forderungen; hier entsteht die Hypothek sofort mit Eintragung.

- 6 c) *Fehlen der Forderung; Sicherungsvertrag*: Ist die Forderung aus irgendwelchen Gründen nicht entstanden, so entsteht wegen des Akzessorietätsgrundsatzes keine Fremdhypothek; stattdessen entsteht gemäß §§ 1163 I 1, 1177 I 1 eine Eigentümergrundschuld. Ist ein Darlehen gegeben, der Darlehensvertrag aber unwirksam, so ist streitig, ob statt des Darlehensanspruchs der Bereicherungsanspruch durch die Hypothek gesichert ist. Die besseren Gründe sprechen für eine derartige Sicherung, tritt doch der Bereicherungsanspruch gerade an die Stelle der nicht entstandenen Forderung und stellt wirtschaftlich genau ihren Wert dar.¹⁸ Entscheidend ist freilich, ob nach dem hypothetischen Willen der Parteien die Hypothek auch den Bereicherungsanspruch sichern sollte; ob also die Parteien die Sicherung des Bereicherungsanspruchs vereinbart hätten, wenn sie gewusst hätten, dass der Darlehensvertrag nichtig ist,¹⁹ vgl. § 140.

Die Forderung ist nicht die *causa* der Hypothek, diese findet ihren Rechtsgrund nicht in der Forderung. Rechtsgrund der Hypothek ist vielmehr ein Verpflichtungsvertrag, der sog. Sicherungsvertrag, durch welchen sich der Grundstückseigentümer verpflichtet, eine Hypothek zu bestellen; ein solcher Vertrag kann konkludent geschlossen werden. Liegt er nicht vor, so kann auch die wirksam bestellte Hypothek kondiziert werden.

3. Dinglicher Bestellungsvertrag

- 7 a) *Einigung und Eintragung*: Die Hypothek entsteht durch Einigung und Eintragung, § 873 I; die Einigung ist formlos wirksam.²⁰ Gemäß § 1115 müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung, der Zinssatz²¹ und gegebenenfalls der Geldbetrag anderer Nebenleistungen im Grundbuch eingetragen werden. Geschieht das nicht, so kann die Hypothek nicht entstehen; es entsteht eine Eigentümergrundschuld. Wegen sonstiger Inhaltsbestimmungen der Hypothek kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, § 874, und zwar gemäß § 1115 I (2) auch zur Bezeichnung der Forderung. Aus der Eintragungsbewilligung ergeben sich z. B. die Tilgungsmodalitäten und die Kündigungsmöglichkeiten. Bezugnahmen nach § 874 werden aber nur insoweit Inhalt des Grundbuchs, als sie das dingliche Recht in seinem Inhalt konkretisieren, nicht soweit es sich um rein schuldrechtliche Abreden handelt.²²

¹⁸ Heck § 84 II 4; Baur/Stürner § 37 Rn. 48; a. A. Staudinger/Wolfsteiner, 2015, § 1113 Rn. 25.

¹⁹ Vgl. Palandt/Herrler § 1113 Rn. 16; Jauernig/Berger § 1113 Rn. 8.

²⁰ Die Eintragungsbewilligung des Eigentümers ist dem Grundbuchamt jedoch in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen, § 29 I 1 GBO.

²¹ Auch die Angabe eines Höchstzinssatzes ist zulässig, vgl. BGH NJW 1983, 2262 f., aber selbst bei variablen Zinsen nicht erforderlich, wenn der Ausgangswert der Basiszinssatz ist, vgl. BGH NJW 2006, 1341 f. Zur Zulässigkeit eines Zinsbeginns ab Grundbucheintragung BGH MDR 2000, 849.

²² Vgl. BGHZ 21, 34 ff.

Ist die dingliche Einigung aus irgendeinem Grund unwirksam, so kann keine Hypothek entstehen. Streitig ist, ob (analog § 1163 I 1, II) wenigstens eine Eigentümergrundschild entsteht, wenn die Erklärung des Eigentümers wirksam ist. Vorzugswürdig ist die Ansicht, dass eine solche Eigentümergrundschild anzunehmen ist, damit dem Eigentümer der Rang des Rechts gewahrt bleibt.²³

b) *Buchhypothek*: Wenn eine Buchhypothek bestellt werden soll, so müssen die Parteien weiter im dinglichen Vertrag vereinbaren, dass die Erteilung eines Briefs ausgeschlossen sein soll; der Ausschluss muss im Grundbuch eingetragen werden, § 1116 II.²⁴ Die Bestellung einer Buchhypothek ist nach der gesetzlichen Regelung die Ausnahme; ist nichts vereinbart, so entsteht eine Briefhypothek, vgl. § 1116 I, II 1. Die Buchhypothek kann nachträglich in eine Briefhypothek umgewandelt werden, und zwar durch Einigung, Eintragung und Erstellung sowie Übergabe des Hypothekenbriefs, §§ 1116 III, 1117. 8

Bei der Buchhypothek, die für ein Darlehen bestellt wird, gewährt das Gesetz dem Schuldner eine einfache Form der Sicherung für den Fall, dass das Geld vom Gläubiger nicht ausgezahlt wird. In dieser Situation entsteht zwar mangels Forderung nur eine Eigentümergrundschild, vgl. §§ 1163 I 1, 1177 I, es besteht aber die Gefahr, dass bei der Abtretung der angeblichen Hypothek ein gutgläubiger Erwerber die Hypothek nach §§ 892, 1138 erwirbt. § 1139 ermöglicht dem Eigentümer auf einfache Weise die Eintragung eines Widerspruchs, der den gutgläubigen Erwerb ausschließt: Der Eigentümer kann ohne weitere Voraussetzung innerhalb eines Monats nach Eintragung der Hypothek die Eintragung eines Widerspruchs verlangen mit der Begründung, das Darlehen sei nicht ausgezahlt worden.²⁵ Einer Bewilligung des Widerspruchs durch den Gläubiger oder einer einstweiligen Verfügung wie in § 899 II bedarf es nicht. Wird der Widerspruch noch innerhalb des Monats eingetragen, so wirkt er sogar auf den Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek zurück. Es handelt sich bei dieser Regelung um einen Anwendungsfall der römischen *exceptio non numeratae pecuniae* („Einrede des nicht ausgezahlten Geldes“); bei einer Briefhypothek besteht für sie kein Bedürfnis, weil der Eigentümer bis zur Auszahlung des Geldes den Brief zurückbehalten kann.

c) *Briefhypothek*: Wird nichts Gegenteiliges vereinbart, so entsteht eine Briefhypothek, § 1116 I, II 1; sie ist der Regelfall der Hypothek. Die Briefhypothek vereinfacht Verfügungen über die Hypothek und erhöht so die Umlauffähigkeit. Die Entstehung der Briefhypothek verlangt zusätzlich zur Einigung und Eintragung gemäß §§ 873 I, 1115 I die Übergabe des Hypothekenbriefs durch den Grundstücks- 9

²³ Vgl. Baur/Stürner § 36 Rn. 108; Staudinger/Wolfsteiner, 2015, § 1196 Rn. 5; Gerhardt, Immobile Sachenrecht § 8 Fall 46. Nach Heck § 84 I entsteht eine Eigentümergrundschild immer dann, wenn ein nichtiges Grundpfandrecht im Grundbuch eingetragen ist und eine nachfolgende Hypothek eingetragen wurde. Gegen eine Eigentümergrundschild jedoch Palandt/Herrler § 1163 Rn. 1; Erman/Wenzel § 1163 Rn. 6.

²⁴ Vgl. für die insofern gleich behandelte Buchgrundschild das amtliche Muster im Anhang zu 25.

²⁵ Nach Ablauf eines Monats ist ein Widerspruch nur noch nach der allgemeinen Vorschrift des § 899 möglich.

eigentümer an den Gläubiger, § 1117 I 1.²⁶ Das Grundbuchamt händigt den Brief dem Eigentümer aus, § 60 I GBO, dieser hat die Möglichkeit, den Brief bis zur Auszahlung des Darlehens zurückzuhalten. Vor der Briefübergabe entsteht die Hypothek nicht, das eingetragene Recht steht dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu, §§ 1163 II, 1177 I. Vor der Briefübergabe kann der Gläubiger auch nicht als Nichtberechtigter über die Hypothek verfügen, vgl. § 1154 I. Über den Inhalt des Hypothekenbriefs § 26 Rn. 11.

Der Eigentümer des Grundstücks muss dem Gläubiger den Hypothekenbrief übergeben, § 1117 I 1. Ausreichend sind aber gemäß § 1117 I 2 auch Übergabesurrogate: die *brevi manu traditio* (§ 929, 2); die Vereinbarung eines Besitzkonstituts (§ 930); die Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931); auch ein Geheißerwerb ist möglich.²⁷ Die Übergabe wird vermutet, wenn der Gläubiger im Besitz des Hypothekenbriefs ist, § 1117 III. Weiter kann die Übergabe auch durch die Vereinbarung ersetzt werden, dass der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, § 1117 II. Bereits diese Abrede, nicht erst die Aushändigung des Briefs durch das Grundbuchamt an den Gläubiger, ersetzt nach dem Gesetz die Briefübergabe.²⁸ Falls es also für die Entstehung der Hypothek nur noch an der Briefübergabe fehlt, entsteht das Grundpfandrecht bereits mit der Aushändigungsabrede. Die Aushändigungsvereinbarung bedarf keiner Form, die entsprechende Anweisung an das Grundbuchamt muss aber in einer notariell beglaubigten Urkunde nachgewiesen werden, § 60 II GBO.²⁹ Die Kreditinstitute bestehen regelmäßig auf einer solchen Aushändigungsvereinbarung.

Die Briefhypothek kann nachträglich in eine Buchhypothek umgewandelt werden, § 1116 II 2; dazu ist die Einigung darüber sowie die Eintragung erforderlich. Wollten die Parteien ursprünglich eine Buchhypothek bestellen, erfolgte aber keine entsprechende Eintragung gemäß § 1116 II, so entsteht gemäß § 140 eine Briefhypothek. Haben die Parteien umgekehrt eine Briefhypothek vereinbart, ist aber eine Buchhypothek eingetragen, so entsteht mangels Einigung über den Ausschluss des Briefs keine Buchhypothek; eine Briefhypothek kann aber erst mit der Übergabe des Briefs entstehen; bis dahin besteht gemäß § 1163 II eine Eigentümergrundschuld.³⁰

- 10 d) *Gesetzlicher Erwerb*: Eine Hypothek kann nicht ersessen werden, § 900 II. Sie kann aber von Gesetzes wegen entstehen, z. B. wenn ein Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks ver- oder gepfändet wird (§ 1287, 2; § 848 II 2 ZPO). Das Pfand-

²⁶ Es handelt sich um eine reine Besitzübertragung am Hypothekenbrief, nicht um eine Übereignung. Das Eigentum richtet sich nach § 952.

²⁷ Geheißerwerb am Brief reicht auch zum gutgläubigen Erwerb der Hypothek aus, vgl. Reinicke/Tiedtke, NJW 1994, 345; zur Vertretung bei der Übergabe BGH NJW-RR 1993, 369.

²⁸ Die Erstellung eines Briefs ist in diesem Fall nicht erforderlich, vgl. Staudinger/Wolfsteiner, 2015, § 1117 Rn. 20.

²⁹ Zu den Fällen, in denen keine Aushändigungsabrede besteht, das Grundbuchamt aber entsprechend angewiesen worden ist, oder in denen zwar eine Aushändigungsvereinbarung getroffen worden ist, aber keine Anweisung an das Grundbuchamt erfolgt ist, vgl. Baur/Stürner § 37 Rn. 34 f.

³⁰ Vgl. etwa Baur/Stürner § 37 Rn. 39; Wolff/Raiser § 133 V 2.

recht am Übereignungsanspruch wandelt sich mit der Erfüllung um in eine Sicherungshypothek am Grundstück; eine Eintragung dieser Hypothek ist nicht erforderlich, aber als Berichtigung möglich. Eine Hypothek entsteht weiter, wenn gemäß §§ 866 f. ZPO wegen einer Geldforderung eine Zwangshypothek auf ein Grundstück des Schuldners eingetragen wird. Ein Bauunternehmer erwirbt für seine Forderungen von Gesetzes wegen zwar keine Hypothek am Baugrundstück, wohl aber einen Anspruch auf eine solche Hypothek, § 650e. Das gilt auch für einen Architekten, § 650q I.

4. Gutgläubiger Erwerb der Hypothek (Ersterwerb)

Bei der Hypothek ist ein gutgläubiger Ersterwerb möglich, d. h. ein gutgläubiger 11
Erwerb einer Hypothek bei ihrem ersten Bestellungsakt.³¹ Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine Brief- oder Buchhypothek handelt, um eine Verkehrs- oder Sicherungshypothek. Voraussetzung ist neben dem Bestehen einer zu sichernden Forderung (§ 1113) nach § 892 I, dass der Besteller der Hypothek, der als Nichtberechtigter verfügt, im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, der Erwerber gutgläubig ist und kein Widerspruch eingetragen ist.

Besteht allerdings eine zu sichernde Forderung nicht, so kommt ein gutgläubiger Erwerb nicht in Betracht, da eine Forderung nicht gutgläubig erworben werden kann und ohne Forderung die Hypothek nicht bestehen kann. § 1138 ist nur beim Zweit-, nicht Ersterwerb einer Hypothek anwendbar.³² Hat in einem solchen Fall (wenn keine Forderung besteht) ein nichtberechtigter Bucheigentümer eine Hypothek bestellt, so entsteht gemäß §§ 1163 I 1, 1177 I eine Eigentümergrundschild; sie steht allerdings dem wirklichen Eigentümer des Grundstücks zu, nicht dem Bucheigentümer.

II. Übertragung, Belastung und Inhaltsänderung der Hypothek

Die Hypothek kann nicht selbständig übertragen werden. Gemäß der gesetzlichen 12
Regelung, die auf dem Grundsatz der Akzessorietät beruht, wird nicht die Hypothek, sondern die gesicherte Forderung übertragen; die Hypothek geht als ein Akzidens (Anhängsel) der Forderung von Gesetzes wegen mit über, § 1153 I. Forderung und Hypothek können also immer nur zusammen abgetreten werden, § 1153 II, nicht das eine oder das andere. Eine Vereinbarung, wonach nur die Forderung, nicht aber die Hypothek auf den Erwerber übertragen werden soll, ist daher unwirksam.

³¹ Zum gutgläubigen Zweiterwerb vgl. Rn. 22 ff.; zum entscheidenden Zeitpunkt für den guten Glauben § 20 Rn. 66 a. E.

³² Vgl. Rn. 25.

Wirtschaftlich wird dagegen die Hypothek als die Hauptsache und die Forderung als etwas Nebensächliches angesehen,³³ man spricht daher unbefangen von der Übertragung oder Abtretung der Hypothek³⁴ statt (richtigerweise) von der Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung. Wird die Hypothek „abgetreten“, ist dies regelmäßig als Abtretung der Forderung i. S. v. § 1153 zu verstehen. Obwohl also die Hypothek durch Forderungszession übertragen wird, folgt die Form der Übertragung den Regeln des Sachenrechts (§ 873), nicht den Regeln der Forderungszession.³⁵

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Parteien das vereinbart haben, § 399. In einem solchen Fall kann auch die Hypothek nicht übergehen. Die Vereinbarung über den Ausschluss der Abtretbarkeit kann im Grundbuch eingetragen werden. Unterbleibt das, so wirkt die Abrede nicht gegen einen gutgläubigen Erwerber, der Forderung und Hypothek erwerben kann.³⁶

1. Abtretung der Forderung

13 Die Übertragung der Hypothek geschieht durch Zession der gesicherten Forderung, für welche § 1154 die Einhaltung besonderer Formvorschriften vorschreibt.

14 Die *Buchhypothek* wird gemäß § 1154 III entsprechend § 873 übertragen. Erforderlich ist also neben der dinglichen Einigung über die Zession der Forderung auch deren Eintragung im Grundbuch. Die Übertragung der *Briefhypothek* erfordert zunächst ebenfalls eine Einigung über den Übergang der hypothekarisch gesicherten Forderung gemäß § 398,³⁷ wobei die Erklärung des Zedenten, die Abtretungserklärung, gemäß § 1154 I 1 (1) schriftlich erfolgen muss, während die des Erwerbers formlos sein kann. Die Abtretungserklärung muss den Zedenten, den Zessionar sowie die Forderung bezeichnen, so dass deren Identität mit der im Grundbuch eingetragenen feststellbar ist; sie muss ferner den Abtretungswillen erkennen lassen. Hinzukommen muss die Übergabe des Hypothekenbriefs, § 1154 I 1 (1). Eine Eintragung im Grundbuch ist nicht erforderlich, wohl aber zur Berichtigung möglich. Gemäß § 1154 I 1 (2) ist auf die Briefübergabe § 1117 anwendbar, d. h. die Übergabe kann durch Übergabesurrogate ersetzt werden;³⁸ die Briefübergabe kann auch durch die Aushändigungsvereinbarung nach § 1117 II ersetzt werden, wenn sich das Grundbuchamt im Besitz des Briefs befindet.

Die Schriftform der Abtretungserklärung (nicht also diese selbst) kann dadurch ersetzt werden, dass die Abtretung im Grundbuch eingetragen wird, § 1154 II.³⁹

15 Die Abtretungserklärung kann statt in Schriftform auch in öffentlich beglaubigter Form erfolgen, der Gläubiger kann Erteilung in dieser Form verlangen,

³³ Was die Verfasser des BGB keineswegs verkannt haben, vgl. Motive III, 705.

³⁴ Oder Pfändung oder Tilgung der Hypothek.

³⁵ Vgl. Motive III, 705.

³⁶ Vgl. Prütting Rn. 682.

³⁷ Die Einigung ist auch vor Briefübergabe bindend, vgl. BeckOGK/Kiehnle § 1154 Rn. 5.

³⁸ Vgl. § 27 Rn. 9.

³⁹ Vgl. das Grundbuchmuster im Anhang zu 37.

§ 1154 I 2, sie gewährt ihm erhebliche Vorteile. Die Beglaubigung der Abtretungserklärung erhöht die Legitimationswirkung des Hypothekenbriefs, vgl. etwa §§ 1160 f., sie ermöglicht sogar einen gutgläubigen Erwerb außerhalb des Grundbuchs, vgl. § 1155.⁴⁰

2. Belastung der Hypothek

Eine Hypothek kann nicht nur übertragen, sondern auch mit Rechten belastet werden; in Betracht kommen Pfandrecht und Nießbrauch. Die Belastung erfolgt dadurch, dass die hypothekarisch gesicherte Forderung verpfändet oder mit einem Nießbrauch belastet wird.⁴¹ Das geschieht gemäß §§ 1069, 1274 unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Abtretung der Hypothek (Rn. 13 ff.). Eine Briefhypothek wird z. B. verpfändet durch schriftliche Verpfändungserklärung und Briefübergabe an den Gläubiger, § 1154 I 1. Die Pfändung der Hypothek erfolgt nach §§ 829, 830 ZPO.⁴² 16

3. Inhaltsänderung der Hypothek

Inhaltsänderungen bedeuten eine Verfügung über die Hypothek und sind zulässig; sie erfolgen gemäß der allgemeinen Regel des § 877 durch Einigung und Eintragung, wenn nicht besondere Vorschriften eingreifen. 17

a) *Umwandlung der Hypothek*: Jedes Grundpfandrecht kann in ein anderes Grundpfandrecht umgewandelt werden, z. B. eine Hypothek in eine Grundsuld (§ 1198), eine Buchhypothek in eine Briefhypothek (§ 1116 III), eine Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek (§ 1186) usw. Die Umwandlung geschieht gemäß § 877 durch Einigung und Eintragung; die Zustimmung ranggleicher oder nachstehender Rechtsinhaber ist nicht erforderlich. 18

b) *Änderung der Forderung oder der Zahlungsbedingungen*: Eine Inhaltsänderung der Hypothek ist auch die Änderung der Zahlungsbedingungen, z. B. des Zinssatzes, der Modalität der Kündigung, der Abzahlung usw.; auch die vertragliche Herabsetzung oder Aufstockung der gesicherten Forderung gehört hierher. Solche Verfügungen geschehen ebenfalls durch Einigung und Eintragung nach § 877.⁴³ 19

Soweit die Inhaltsänderung die Hypothek *abschwächt*, so dass sie geringer wird, ist gemäß §§ 877, 876 die Zustimmung Dritter erforderlich, die ein Recht (z. B. ein Pfandrecht) an der Hypothek haben; man kann eine solche Änderung auch als Teilaufhebung der Hypothek gemäß § 875 verstehen. Wird die Hypothek durch die Än-

⁴⁰ Vgl. Rn. 28 ff.

⁴¹ Vgl. § 16 Rn. 3, 15.

⁴² Vgl. dazu Baur/Stürner § 38 Rn. 126.

⁴³ Bei Briefrechten muss gemäß §§ 41 f. GBO der Brief vorgelegt werden, doch ist das lediglich eine Ordnungsvorschrift, die keinen Einfluss auf das materielle Recht hat.

derung *verstärkt* oder erweitert, so steht das ihrer teilweisen Neubegründung gleich; dadurch werden die gleich- und nachstehenden Rechtsinhaber beeinträchtigt. Die Wirksamkeit der Rechtsänderung ihnen gegenüber hängt also von ihrer Zustimmung ab. Ist zweifelhaft, ob ein Beteiligter durch die Verfügung betroffen ist, so ist seine Zustimmung zu fordern.

- 20 c) *Auswechslung der Forderung*: Die Forderung, welche durch die Hypothek gesichert wird, kann ausgewechselt werden, so dass die Hypothek nun eine andere Forderung sichert. Es handelt sich um eine besondere Art der Inhaltsänderung, die in § 1180 geregelt ist. Die Auswechslung geschieht durch Einigung und Eintragung im Grundbuch, § 1180 I 2. Soweit ein Dritter ein Recht an der Hypothek hat, muss er der Forderungsauswechslung zustimmen, §§ 1180 II 2 (2), 876. Gleich- und nachstehende Berechtigte müssen nicht zustimmen, wenn die neue gesicherte Forderung nicht höher ist als die alte. Ist sie höher, so rückt die Hypothek nur in dem Umfang an den alten Rang, den sie vorher hatte; der Rest kommt an die letzte Stelle. Nur wenn alle Zwischenberechtigten zustimmen, kann die Hypothek ganz den alten Rang einnehmen. Steht die neue gesicherte Forderung nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zu, so muss dieser der Forderungsauswechslung zustimmen, weil er seine Hypothek verliert, § 1180 II. Die alte Forderung ist nun ein ungesicherter Anspruch, auf den nur das Schuldrecht anzuwenden ist.
- 21 d) *Teilung der Hypothek*: Eine Hypothek kann dadurch geteilt werden, dass man die Forderung teilt, § 1151. Bei einer Briefhypothek treten Teilbriefe an die Stelle des bisherigen Briefs. Ein eigenes Rechtsgeschäft für die Teilung gibt es nicht, sie ist regelmäßige Folge eines anderen Rechtsgeschäfts. So geschieht die Teilung etwa aufgrund Teilabtretung, Teilpfändung, Teilinhaltsänderung, Teilübergang auf einen Dritten nach §§ 268 III, 426 II, 1143.⁴⁴ Beide Teilrechte haben gleichen Rang, eine Rangänderung kann erfolgen durch einseitige Erklärung des Hypothekars gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung, solange er noch Inhaber beider Teilhypotheken ist; andernfalls sind Einigung und Eintragung erforderlich, § 880 II 1. Die gemäß § 880 II 2 erforderliche Zustimmung des Eigentümers ist jedoch nach § 1151 in jedem Fall entbehrlich.

4. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten (Zweiterwerb)

- 22 Wie jedes andere dingliche Recht kann auch eine angeblich bereits bestehende Hypothek gutgläubig erworben werden,⁴⁵ wovon § 1138 als selbstverständlich ausgeht. Dem gutgläubigen Erwerb steht daher keineswegs die Tatsache entgegen, dass die

⁴⁴Daraus schließt die h. M., dass es eine Teilung nur in den erwähnten Formen der Teilabtretung usw. geben könne, nicht als „reine“ Teilung. Es gibt jedoch keinen Grund, dem Hypothekar die Teilung seines Rechts zu verwehren, durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung; richtig BeckOGK/Kiehle § 1151 Rn. 2.

⁴⁵Zum gutgläubigen Ersterwerb vgl. Rn. 11.

Hypothek nicht rechtsgeschäftlich übertragen wird:⁴⁶ Übertragen wird die gesicherte Forderung, die Hypothek geht von Gesetzes wegen mit über.

a) *Buchberechtigter ist Forderungsinhaber*: Der gutgläubige Erwerb der Hypothek macht keine Schwierigkeiten, wenn dem veräußernden Nichtberechtigten zwar die Forderung, nicht aber die Hypothek zusteht. 23

Beispiel: G hat eine Forderung gegen S, B bestellt G dafür eine Hypothek. G weiß, dass der als Eigentümer im Grundbuch eingetragene B nur Bucheigentümer, nicht wirklicher Eigentümer ist. G hat die Hypothek nach § 892 I daher nicht erworben (Rn. 11). Tritt G sie an den gutgläubigen Z ab, so erwirbt jedoch Z die Forderung (weil G ja Forderungsinhaber war) und auch gutgläubig gemäß § 892 I die Hypothek. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine Buch- oder Briefhypothek handelt, um eine Verkehrs- oder Sicherungshypothek oder in welcher Form (bei einer Briefhypothek) die Abtretung erfolgt. § 892 überwindet so den *Mangel des dinglichen Rechts*.

b) *Buchberechtigter ist nicht Forderungsinhaber*: Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, wenn dem Veräußerer auch die Forderung nicht zusteht; dabei sind die Fälle zu unterscheiden, dass die Forderung überhaupt nicht besteht oder nicht in der im Grundbuch ausgewiesenen Höhe (Rn. 25) oder dass sie (mit der Hypothek) einem anderen als dem Veräußerer zusteht (Rn. 26). 24

aa) *Inexistenz der Forderung*: Da nach der Regelung des Gesetzes nicht die Hypothek, sondern nur die gesicherte Forderung übertragen wird, käme ein gutgläubiger Erwerb beim Fehlen der Forderung eigentlich nicht in Betracht, zumal eine nicht bestehende Forderung grundsätzlich nicht gutgläubig erworben werden kann. Jedoch hat das Gesetz aus Gründen der Verkehrssicherheit bei Verkehrshypotheken gemäß § 1138 auch hier einen gutgläubigen Erwerb zugelassen. Allerdings gilt das nur für die Verkehrshypothek; auf die Sicherungshypothek ist § 1138 nicht anwendbar, vgl. § 1185 II. § 1138 hilft also, den *Mangel der Forderung* zu überwinden. Dieser Mangel besteht, wenn die Forderung gar nicht besteht oder wenn im Grundbuch eine höhere Forderung ausgewiesen ist, als sie in Wirklichkeit besteht. 25

Beispiel: G hat dem E ein Darlehen versprochen, E hat für G eine Buchhypothek bestellt. G zahlt das Darlehen nicht aus, sondern tritt die Hypothek an den gutgläubigen Z ab. Z kann die nicht existierende Forderung nicht gutgläubig erwerben. Damit ist eigentlich auch der Erwerb der akzessorischen Hypothek ausgeschlossen, da diese nicht ohne die Forderung erworben werden kann, § 1153 II. Hier hilft jedoch § 1138, wonach § 892 „für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung“ gilt. Diese Vorschrift wird oft missverstanden: Sie ermöglicht keinen gutgläubigen Erwerb der Forderung, denn § 892 soll nur „für“ die Hypothek gelten, d. h. für den Erwerb der Hypothek, nicht „für“ die Forderung bzw. deren Erwerb. Das bedeutet zunächst, dass Z nicht die Forderung erworben hat,⁴⁷ § 892 gilt gemäß § 1138 nicht für die Forderung. Z hat also keinen Zahlungsanspruch gegen E. § 892 gilt aber („für“ den Hypothekenerwerb) auch „in Ansehung der Forderung“, d. h. der gutgläubige Erwerber wird für den Erwerb der Hypothek so gestellt, als bestünde die

⁴⁶ Vgl. zur entsprechenden Diskussion beim Pfandrecht § 15 Rn. 47.

⁴⁷ Vgl. Motive III, 694.

Forderung (in der vom Grundbuch ausgewiesenen Höhe).⁴⁸ Dann steht § 1153 II dem Erwerb der Hypothek nicht mehr im Wege; die Forderung wird also für den Zweck des Erwerbs der Hypothek fingiert.⁴⁹ Z hat zwar nicht die Forderung erworben, wohl aber die Hypothek; er hat also keinen Zahlungsanspruch gegen E, wohl aber einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Die Hypothek besteht also ohne eine zu sichernde Forderung.⁵⁰ Die forderungsentkleidete Hypothek ist aber nach dem Zweck des § 1138 wie eine forderungsbekleidete Hypothek zu behandeln, z. B. bei einer weiteren Veräußerung durch Z.

Der *Mangel des dinglichen Rechts* und der *Mangel der Forderung* lassen sich auch kombinieren.

Beispiel: G hat dem Bucheigentümer B ein Darlehen versprochen, B hat dem bösgläubigen G dafür eine Buchhypothek bestellt. G zahlt das Darlehen nicht aus, sondern tritt die Hypothek an den gutgläubigen Z ab. Hier hat G die Hypothek wegen § 892 nicht erworben, und außerdem ist auch eine Forderung nicht entstanden. Z kann wegen § 892 die Hypothek erwerben, die Forderung wird nach § 1138 fingiert.

- 26 *bb) Dritter ist Forderungsinhaber:* Noch problematischer ist der Fall, dass eine Forderung zwar besteht, Hypothek und Forderung aber einem anderen als dem Veräußerer zustehen.

Beispiel: G hat dem E ein Darlehen ausgezahlt, zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs hat E dem G eine Buchhypothek bestellt. G hat die Hypothek an den geschäftsunfähigen A übertragen, A an den gutgläubigen B, B an den gutgläubigen C. A und B haben wegen der Geschäftsunfähigkeit des A weder die Forderung noch die Hypothek erworben; beide standen noch dem G zu. Was hat C erworben?

Würde man es hier dabei belassen, dass C nach §§ 1138, 892 die Hypothek ohne die Forderung gutgläubig erwirbt,⁵¹ so bliebe die Forderung bei G. Dem Schuldner E stünden zwei Gläubiger gegenüber: G hätte einen Zahlungsanspruch gegen ihn, C den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Damit geriete der Schuldner in die Gefahr, zweimal in Anspruch genommen zu werden. Nach einer Ansicht kann es bei diesem Ergebnis bleiben, denn die angebliche Gefahr der doppelten Inanspruchnahme bestehe in Wirklichkeit nicht.⁵² Zwar müsse E die Zwangsvollstre-

⁴⁸ Das gilt jedoch nicht, wenn dem Erwerber bekannt ist, dass die gesicherte Forderung nicht besteht, vgl. BeckOGK/Kiehnle § 1138 Rn. 21; Kiehnle, Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens in der württembergischen Pfandgesetzgebung von 1825/1828 und im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004, 470 gegen RG JW 1936, 804 Nr. 15.

⁴⁹ Evtl. auch nur teilweise. Beispiel: Im Grundbuch ist eine Hypothek in Höhe von 300.000 € eingetragen, 50.000 € sind bereits zurückgezahlt. In dieser Höhe ist eine Eigentümergrundsschuld entstanden. Der gutgläubige Erwerber der Hypothek erwirbt diese wegen § 1138 über 300.000 €.

⁵⁰ BeckOGK/Kiehnle § 1138 Rn. 18. Nach anderer Meinung entsteht eine Grundsschuld, vgl. etwa Wolff/Raiser § 137 II 3.

⁵¹ Was voraussetzt, dass B im Grundbuch eingetragen ist. Zum gutgläubigen Erwerb für den Fall, dass die Hypothek außerhalb des Grundbuchs übertragen wird, vgl. Rn. 27.

⁵² Vgl. etwa Heck § 96, 7; Petersen/Rothenufer, WM 2000, 657 ff.; MünchKomm/Lieder § 1153 Rn. 16 ff.; BeckOGK/Kiehnle § 1138 Rn. 17; Lieder, JuS 2017, 1051, 1054 ff.

ckung durch C dulden, aber er müsse keineswegs auch an G zahlen. Das ist richtig, denn gemäß § 1161 müsste G zum Geltendmachen der Forderung den Hypothekenbrief vorlegen, was er nicht kann, da dieser sich bei C befindet. Zudem ergibt sich aus der schuldrechtlichen Sicherungsabrede zwischen E und G, dass E nur gegen Rückerstattung der Hypothek zur Zahlung verpflichtet sein soll. Die Forderung ist also für G ohne Wert, E muss sie nicht fürchten. Da jedoch die Forderung für G ohne Wert ist,⁵³ kann man sie auch dem C zusprechen,⁵⁴ wobei die Gründe hierfür eher ästhetischen Charakter haben: Es wird so der Normalzustand einer forderungsbekleideten Hypothek hergestellt, während die Trennung von Forderung und Hypothek ganz ungewöhnlich wäre. Den kleinen Schönheitsfehler, dass damit eine Forderung gutgläubig erworben wird, kann man getrost in Kauf nehmen, da auch sonst gutgläubiger Forderungserwerb nicht gänzlich ausgeschlossen ist.⁵⁵ Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb ist auch hier, dass es sich um eine Verkehrshypothek handelt.

§ 1138 verweist außer auf §§ 892, 893 auch auf § 891 und auf §§ 894 ff. Das bedeutet, dass für die Geltendmachung der Hypothek auch die Existenz der eingetragenen Forderung widerleglich vermutet wird. Wird dagegen die Forderung selbst geltend gemacht, so ist § 891 nicht anwendbar; der Gläubiger muss die Forderung nachweisen. Auch die Existenz der dem Eigentümer gemäß § 1137 zustehenden Einreden wird vermutet, soweit sie eingetragen sind. Wenn die Forderung nicht besteht, so hat der Eigentümer deswegen einen Berichtigungsanspruch, § 894; ebenso, wenn eine Einrede nicht oder fehlerhaft eingetragen ist. In diesen Fällen kann der Eigentümer gemäß § 899 auch einen Widerspruch eintragen lassen.

c) *Briefhypothek*: Die Briefhypothek kann ohne Eintragung im Grundbuch übertragen werden, so dass der Inhaber der Hypothek nicht im Grundbuch ausgewiesen ist; das Grundbuch ist in diesen Fällen unrichtig. Wie ist in solchen Fällen ein gutgläubiger Erwerb möglich, wenn der gute Glaube sich nicht auf den Rechtsschein des Grundbuchs stützen kann?

27

Beispiel: G hat dem E ein Darlehen ausgezahlt, zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs hat E dem G eine Briefhypothek bestellt. G habe sie durch Einigung, schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe an den geschäftsunfähigen A übertragen, A in gleicher Weise an B, B in gleicher Weise an den gutgläubigen C. Was kann dem C sein guter Glaube nutzen, da B nicht im Grundbuch eingetragen ist und es somit an einem Rechtsschein für dessen Berechtigung fehlt? § 892 ist jedenfalls nicht anwendbar:

aa) *Zusammenhängende Legitimationskette*, § 1155: Wenn die Briefhypothek aus Gründen der Verkehrserleichterung auch außerhalb des Grundbuchs übertragen werden kann, so wäre die gesetzliche Regelung unvollständig, wenn es nicht auch einen Schutz des guten Glaubens gäbe; er findet sich in § 1155, 1. Danach steht der nicht im Grundbuch eingetragene Eigenbesitzer eines Hypothekenbriefs einem Eingetra-

28

⁵³ Anders Kiehle (Fn. 48), 516 ff.

⁵⁴ So die sog. „Einheits“- , „Mitlauf“- oder „Mitreißtheorie“ der heute h. M., vgl. Baur/Stürner § 38 Rn. 28; Prütting Rn. 694; Gottwald Fall 156.

⁵⁵ So etwa nach § 405, nach § 2366 und im Wertpapierrecht.

genen gleich, wenn eine zusammenhängende Legitimationskette öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen von ihm bis auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführt.⁵⁶ Während § 1154 I die nur privatschriftliche Abtretung für die Zession genügen lässt, ist für § 1155 I also die Beglaubigung der Abtretungserklärungen und deren lückenlose Rückführung auf einen im Grundbuch Eingetragenen entscheidend. Die letzte Abtretungserklärung, also die an den jetzigen Inhaber des Briefs und potenziellen gutgläubigen Erwerber, muss nicht öffentlich beglaubigt sein; es reicht als Rechtsschein für einen gutgläubigen Erwerb, dass die Legitimationskette bis zum Vormann des gutgläubigen Erwerbers reicht. Waren also die Abtretungserklärungen öffentlich beglaubigt, so wird in unserem Beispiel C so behandelt, als wäre B im Grundbuch als Hypothekar eingetragen. C kann also gutgläubig gemäß §§ 1155, 892, 1138 die Hypothek erwerben, auch wenn die Zession B-C nur privatschriftlich erfolgte;⁵⁷ Kenntnis des C vom Rechtsscheinstatbestand, d. h. von der Existenz der Legitimationskette, ist für den gutgläubigen Erwerb auch hier nicht erforderlich.⁵⁸

Ist die Legitimationskette durch eine nur privatschriftliche Abtretungserklärung *unterbrochen*, so bleibt die Legitimationswirkung jedenfalls bis zu dieser Abtretung erhalten. Fraglich ist die Legitimationswirkung nachfolgender, wieder beglaubigter Abtretungen.

Beispiel: Es übertrage A die Hypothek an B, B an C, C an D und D an E, und alle Abtretungen bis auf die privatschriftliche zwischen B und C wurden beglaubigt. Es ist danach zu unterscheiden, ob die privatschriftliche Zession B-C wirksam war. War sie unwirksam, so ist durch sie die Legitimationskette endgültig unterbrochen; weder D noch E können sich auf § 1155 berufen. War sie dagegen nachweislich wirksam, d. h. hat sie die Hypothek übertragen, so kommt nachfolgenden beglaubigten Zessionen wieder die Legitimationswirkung des § 1155 zu;⁵⁹ E kann sich also auf § 1155 berufen. Entsprechendes gilt, falls die Kette durch einen Erbfall unterbrochen wird: Hat er das Recht wirklich übertragen, bleibt die Legitimationswirkung späterer beglaubigter Abtretungen erhalten.⁶⁰

- 29 *bb) Fälschung der beglaubigten Urkunden:* Streitig ist die Lage, wenn eine der beglaubigten Urkunden gefälscht war, d. h. wenn die Beglaubigung nicht von einem Notar stammt. Nach einer Ansicht zerstört eine solche Fälschung die Legitimationswirkung und schließt einen gutgläubigen Erwerb aus.⁶¹ Die h. M., welche auch einer gefälschten Urkunde die Legitimationswirkung zuspricht, wenn die Fälschung nur unerkennbar ist, ist jedoch angesichts des von §§ 1155, 892 bezweckten Erwerberschutzes vorzuziehen.⁶²

⁵⁶ Ist ein Stellvertreter eingeschaltet, muss neben seiner Abtretungserklärung auch die Vollmacht in öffentlich beglaubigter Form vorliegen, vgl. BeckOGK/Kiehnle § 1155 Rn. 15. Gemäß § 1155, 2 stehen der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung ein gerichtlicher Überweisungsbeschluss sowie ein beglaubigtes Anerkenntnis eines gesetzlichen Übergangs der Hypothek gleich.

⁵⁷ Von C könnte in diesem Fall aber keiner gutgläubig erwerben.

⁵⁸ Vgl. § 10 Rn. 12.

⁵⁹ Prütting Rn. 689; Westermann/Eickmann § 104 Rn. 14; Baur/Stürner § 38 Rn. 37; a. A. BeckOGK/Kiehnle § 1155 Rn. 10, 13, der u. a. den Wortlaut des § 1155 anführt.

⁶⁰ BeckOGK/Kiehnle § 1155 Rn. 14; Prütting Rn. 689.

⁶¹ Vgl. etwa Palandt/Herrler § 1155 Rn. 4; Baur/Stürner § 38 Rn. 34.

⁶² Vgl. RGZ 85, 61; 86, 263; 93, 44; Prütting Rn. 689; Bülow Rn. 287. Für eine Differenzierung

cc) *Anwendbarkeit der §§ 891–899*: § 1155 verweist nicht allein auf §§ 892 f., sondern auf die §§ 891–899 insgesamt. Es wird also nach § 891 vermutet, dass dem nach § 1155 Legitimierten die Hypothek zusteht. Schwierig ist es, sich eine Grundbuchberichtigung zugunsten des Berechtigten nach § 894 oder einen Widerspruch zu seinen Gunsten gemäß § 899 vorzustellen. Ist der Berechtigte (der Briefhypothekar) noch im Grundbuch eingetragen und wurde die Hypothek in der Folge beglaubigt abgetreten, hilft ihm eine Grundbuchberichtigung nichts; denn das Grundbuch weist ihn ja nach wie vor als Berechtigten aus. Richtigerweise kann er analog § 892 eine Berichtigung auf dem Hypothekenbrief sowie einen einem Widerspruch entsprechenden Vermerk verlangen.⁶³ **30**

d) *Widerspruch zwischen Grundbuch und Brief*: Fraglich ist die Legitimationswirkung, wenn Buch und Brief sich widersprechen. Grundsätzlich ist bei einer Abweichung der Inhalt des Grundbuchs maßgebend, denn nur dieses genießt öffentlichen Glauben. Der Brief allein hat keinen Anteil am öffentlichen Glauben, etwas anderes gilt nur im Zusammenhang mit der Legitimationskette beglaubigter Abtretungserklärungen nach § 1155, wobei der öffentliche Glaube letztlich wieder auf dem Grundbuch beruht. Niemand kann sich also gegenüber dem richtigen Grundbuch auf einen abweichenden Hypothekenbrief berufen. **31**

Wenn der Brief auch keinen öffentlichen Glauben begründen kann, so kann er doch andererseits die Rechtsscheinswirkung des Grundbuchs zerstören, § 1140: Ergibt sich aus dem Brief die Unrichtigkeit des Grundbuchs, so ist gutgläubiger Erwerb nach §§ 892 f. ausgeschlossen. Ist etwa H im Grundbuch als Inhaber einer Hypothek verzeichnet, ist diese aber zur Hälfte bereits abgezahlt, so könnte ein gutgläubiger Erwerber von H die Hypothek in vollem Umfang erwerben. Ein solcher Erwerb ist aber ausgeschlossen, wenn der Eigentümer die Teilzahlung auf dem Hypothekenbrief vermerkt hat.⁶⁴ Dabei ist unerheblich, ob der Erwerber den Briefinhalt kennt oder nicht.

§ 1140 gilt gemäß § 1157, 2 auch für Einreden gegen die Hypothekenforderung, soweit diese sich aus Grundbuch oder Hypothekenbrief ergeben.

III. Geltendmachen der Hypothek

1. *Legitimation des Gläubigers*

Zur Geltendmachung der Hypothek ist deren Inhaber berechtigt. Den dinglichen Anspruch aus § 1147 (= die Hypothekenforderung) kann er aber erst bei Fälligkeit der gesicherten Forderung geltend machen, es sei denn, es läge ein Fall des § 1133 vor (§ 29 Rn. 2). **32**

nach Unwirksamkeitsgrund (Unwirksamkeit bei Fälschung der Beglaubigung und Wirksamkeit bei Fälschung der Abtretungserklärung) BeckOGK/Kiehnle § 1155 Rn. 9; Lieder, AcP 210 (2010), 857, 883 ff.

⁶³ BeckOGK/Kiehnle § 1155 Rn. 39.

⁶⁴ Vgl. § 1145.

Es ist für den Schuldner und Eigentümer oft nicht leicht erkennbar, wer Inhaber der Hypothek ist. Wer sich z. B. aus einer Hypothek gemäß § 1147 durch Zwangsvollstreckung befriedigen will, muss also beweisen, dass er Hypothekengläubiger ist.

- 33 a) *Buchhypothek*: Bei einer Buchhypothek gilt zugunsten des eingetragenen Hypothekars gemäß § 891 die Vermutung, dass er Inhaber der Hypothek sei; wer etwas anderes behauptet, muss es beweisen. Die Vermutung gilt für die Hypothek gemäß § 1138 auch dahin, dass die Forderung besteht. Will der Hypothekar dagegen den gesicherten Zahlungsanspruch geltend machen, so gelten diese Vermutungen nicht, er muss seinen Anspruch beweisen. Denn gemäß § 1138 gilt § 891 nur für die Hypothek in Ansehung der Forderung, nicht für die Forderung.
- 34 b) *Briefhypothek*: Wird eine Briefhypothek geltend gemacht, so ergibt sich die Legitimation des Hypothekars aus dem Besitz des Briefs in Verbindung mit der Eintragung im Grundbuch.⁶⁵ Der Grundstückseigentümer kann der Geltendmachung der Hypothek nach § 1160 I (1) widersprechen, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt. Ist der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so ergibt sich seine Legitimation erst aus der Vorlage des Briefs sowie der beglaubigten Abtretungsurkunden nach § 1155, vgl. § 1160 I (2).⁶⁶ Kann der Gläubiger sich auf diese Weise legitimieren, so kann der Eigentümer ohne Bedenken an ihn leisten, er wird auch dann frei, wenn es sich um einen Nichtberechtigten handelt, vgl. §§ 893, 1155. Wird aber die gesicherte Forderung geltend gemacht, so gelten diese Vorschriften nicht.
- 35 c) *Forderung*: Ist der Eigentümer gleichzeitig der persönliche Schuldner, so muss der Gläubiger gemäß § 1161 auch dann, wenn er nur die schuldrechtliche Forderung geltend macht, den Hypothekenbrief und eventuell die beglaubigten Abtretungserklärungen vorlegen, wie es § 1160 I für das Geltendmachen der Hypothek bestimmt. Das soll den Eigentümer/Schuldner davor bewahren, zweimal leisten zu müssen, einmal an den durch den Brief ausgewiesenen Hypothekar und dann an den Gläubiger der Forderung.
- 36 d) *Befreiung des Eigentümers*: Der Eigentümer kann also sowohl bei der Buch- wie bei der Briefhypothek sicherstellen, dass er mit befreiender Wirkung an den Hypothekengläubiger leistet oder an den, der als solcher ausgewiesen ist. Daher verwehrt ihm § 1156 bei einer Verkehrshypothek die Berufung auf die §§ 406–408.⁶⁷
- Beispiel: G hat gegen S eine Forderung über 50.000 €, E hat dem G auf Bitten des S dafür eine Hypothek bestellt. G hat die Hypothek unter Briefübergabe an Z abgetreten. Als Forderung und Hypothek fällig werden, zahlt S, der von der Abtretung nichts weiß, die 50.000 € an G. S ist gemäß § 407 freigeworden, Z hat gegen ihn keinen Anspruch mehr. Gemäß § 1156, 1 kann sich jedoch E gegen die Hypo-

⁶⁵ Kündigt der Gläubiger die Hypothek oder mahnt er den Eigentümer, so kann dieser die Erklärungen unverzüglich zurückweisen, wenn der Gläubiger nicht den Brief und eventuell die beglaubigten Abtretungserklärungen vorlegt, § 1160 II.

⁶⁶ Kann der Hypothekar diese beglaubigten Erklärungen nicht beibringen, so kann er die Hypothek erst geltend machen, wenn er sich im Wege der Grundbuchberichtigung im Grundbuch hat eintragen lassen.

⁶⁷ Bei einer Sicherungshypothek ist § 1156 nicht anwendbar, vgl. § 1185 II.

theckenforderung nicht auf § 407 berufen, die Hypothek besteht weiter, und auch die zu sichernde Forderung gilt gegenüber E als weiterbestehend.⁶⁸ Z kann von ihm die Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen.

Nach § 1156 gehen also Forderung und Hypothek bei der Erfüllung durch den persönlichen Schuldner getrennte Wege; die Forderung erlischt nach § 407, die Hypothek bleibt bestehen, die Akzessorietät der Hypothek ist aufgehoben. Das Weiterbestehen der Hypothek kann aber auch für den persönlichen Schuldner gefährlich werden, wenn der Gläubiger die Hypothek gegen den Eigentümer erfolgreich geltend macht und dieser beim persönlichen Schuldner Regress nimmt. Wird in unserem Beispiel E von G in Anspruch genommen und zahlt er, so kann er nach § 670 bei S Regress nehmen, da er dem G die Hypothek im Auftrag des S bestellt hat. S muss also die Möglichkeit haben sicherzustellen, dass mit der Zahlung nicht nur die Forderung erlischt, sondern auch die Hypothek sich nach §§ 1163 I 2, 1177 in eine Eigentümergrundschuld verwandelt. Er kann also von G den Nachweis verlangen, dass er Inhaber der Hypothek sei. S kann entweder ins Grundbuch sehen, wenn G darin als Inhaber der Hypothek eingetragen ist, oder aber von G die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der beglaubigten Abtretungserklärungen verlangen, § 1167. Mit der Zahlung durch S werden S und E frei.

Fraglich ist die Rechtslage, wenn in unserem Fall G die Hypothek gemäß §§ 1154, 1155 an G₁ abgetreten hat, dann G₁ an G₂, wobei G₁ den Brief bei sich behält und den Besitz des Briefs gemäß §§ 1154, 1117, 930 durch Besitzkonstitut auf G₂ überträgt. Was geschieht, wenn nun G₁ die Forderung gegen S geltend macht unter Vorlage des Hypothekenbriefs und der beglaubigten Abtretungserklärung des G und wenn S zahlt? G₁ ist durch den Brief und die beglaubigte Abtretungserklärung des G als Inhaber der Hypothek ausgewiesen, also muss die Leistung an G₁ gemäß §§ 1155, 893 wie eine Leistung an den wirklichen Gläubiger G₂ gelten, S wird frei und die Hypothek wird zur Eigentümergrundschuld.

Eine Ausnahme von der Regel des § 1156, 1 gilt für die Kündigung der Hypothek.⁶⁹ Wird sie dem alten Gläubiger gegenüber erklärt, muss sie der neue Gläubiger gemäß § 1156, 2 gegen sich gelten lassen, falls nicht die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist.

2. Einreden gegen die dingliche Hypothekenforderung

a) *Einreden des Eigentümers:* Dass der Schuldner der gesicherten Forderung die ihm gegen die Forderung zustehenden Einreden gegen den Gläubiger geltend machen kann, ist selbstverständlich; ebenso, dass der Eigentümer die ihm gegen die Hypothek zustehenden Einreden geltend machen kann. Aufgrund der Akzessorietät kann aber auch der Eigentümer gegen die Hypothekenforderung die Einreden

⁶⁸ Vgl. Palandt/Herrler § 1156 Rn. 1.

⁶⁹ Dazu unten § 29 Rn. 7, 10.

erheben, die dem Schuldner gegen die gesicherte Forderung zustehen, § 1137.⁷⁰ Es ist also zu unterscheiden zwischen den Einreden gegen die Hypothekenforderung, die dem Eigentümer unmittelbar zustehen (Rn. 38), und den Einreden, die gegen die gesicherte Forderung bestehen und die der Eigentümer gemäß § 1137 geltend machen kann (Rn. 39).⁷¹

- 38 *aa) Einreden gegen die Hypothekenforderung:* Sie können mit dinglicher Wirkung begründet werden durch Einigung und Eintragung im Grundbuch, § 877 (Inhaltsänderung). Hat etwa E dem G für dessen Forderung gegen S eine Hypothek bestellt und hat G dem E die Hypothek auf fünf Jahre gestundet durch Einigung und Eintragung, so ist dadurch der Inhalt der Hypothek abgeändert worden; G kann fünf Jahre nicht gegen E vorgehen; E kann die Einrede der Stundung erheben.⁷² Gegen S aber kann G die Forderung geltend machen, da er sie nicht gestundet hat.

Hat G dem E die Hypothek durch einen nur persönlich wirkenden Vertrag – also ohne Eintragung im Grundbuch gemäß § 877 – gestundet, so kann E ebenfalls die Einrede der Stundung erheben. Auch hier wirkt die Stundung nicht gegen den persönlichen Schuldner S.

- 39 *bb) Einreden gegen die gesicherte Forderung:* Hat G dagegen nur dem S die Forderung gestundet, so kann S sich darauf berufen, aber gemäß § 1137 I 1 auch E; G kann gegen beide vor dem Ablauf der Stundungsfrist nicht vorgehen. Verzichtet S auf die Einrede, so kann E sie dennoch geltend machen, § 1137 II.

Bestimmte Einreden des persönlichen Schuldners sind allerdings ausgenommen und können vom Eigentümer nicht geltend gemacht werden. Dazu gehören die Einrede der Verjährung, § 216 I, und die Einrede der beschränkten Erbenhaftung, § 1137 I 2. Andererseits kann der Eigentümer gemäß § 1137 I 1 auch die dem Bürgen nach § 770 zustehenden Einreden geltend machen. Er braucht also die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück nicht zu dulden, solange der persönliche Schuldner anfechten oder aufrechnen kann.⁷³

- 40 *b) Einreden gegenüber dem Zessionar bzw. Hypothekenerwerber:* Wird die Hypothek übertragen, so kann der Schuldner der gesicherten Forderung gemäß § 404 die gegen den bisherigen Gläubiger bestehenden Einreden auch gegen den Zessionar geltend machen; auch der Eigentümer kann die Einreden gegen die Forderung gegen den neuen Hypothekar geltend machen, § 1137 I 1. Bestanden dinglich wirkende Einreden gegen die Hypothekenforderung, so kann der Eigentümer sie nach einer Übertragung der Hypothek selbstverständlich auch gegen den Erwerber geltend machen. Aber auch nur durch persönliche Vereinbarung begründete Einreden gegen die Hypothekenforderung kann der Eigentümer gegen einen Erwerber geltend machen, § 1157, 1. Die Vorschrift nimmt den Gedanken des § 404 auf, dass

⁷⁰ Vgl. auch § 1211 beim Pfandrecht und § 768 bei der Bürgschaft.

⁷¹ Zu den Einreden gegen eine Hypothek vgl. auch Coester-Waltjen, Jura 1991, 186 ff.

⁷² Weitere mögliche Einreden des Eigentümers können etwa sein die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320), der Bereicherung (§ 821), der unerlaubten Handlung (§ 853), des Rücktritts oder der Minderung (§ 438 IV), die Einrede, dass der Gläubiger zuerst Befriedigung aus der Forderung suchen muss oder dass dem Eigentümer ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

⁷³ Gleiches gilt für den Rücktritt, vgl. Prütting Rn. 670.

sich die Stellung des Schuldners durch eine Zession nicht verschlechtern soll. Erfasst sind damit Beschränkungen der Geltendmachung der Hypothek in zeitlicher Hinsicht (Stundung), in inhaltlicher Hinsicht (nur Zwangsverwaltung, keine Zwangsversteigerung) oder in gegenständlicher Hinsicht (keine Verwertung bestimmten Grundstückszubehörs).⁷⁴ Die Einrede kann aber auch die Geltendmachung der Hypothek insgesamt ausschließen, etwa bei einem vertraglichen Anspruch des Eigentümers gegen den Gläubiger auf einen Verzicht. Eine Unterscheidung danach, ob die Einrede bei der Abtretung bereits vollständig begründet oder erst angelegt war, ist überflüssig, § 1157, 1 erfasst alle Einreden; denn das „Zustehen“ ist weit zu verstehen und bedeutet nichts anderes als das „Begründetsein“ in § 404.⁷⁵

Im Interesse des Verkehrsschutzes lässt das Gesetz jedoch einen *gutgläubig einredefreien Erwerb der Hypothek* zu, §§ 1138, 1157, 2. Beispiel: Bei der Hypothekenbestellung vereinbaren E und G, dass G die Hypothek erst drei Monate nach Fälligkeit der Forderung geltend machen darf. G tritt die Hypothek an den gutgläubigen X ab, der sie sogleich gegenüber E geltend macht. Gemäß §§ 1157, 2, 892 hat X die nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Einrede des E wegerworben, E kann sich ihm gegenüber auf die Stundung nicht berufen.

Um einen gutgläubig einredefreien Erwerb auszuschließen, müssen die Einreden aus dem Grundbuch ersichtlich sein, sie müssen also eintragbar sein. Alle Einreden, sowohl gegen die Hypothekenforderung wie gegen die gesicherte Forderung, können demgemäß im Grundbuch eingetragen werden:

aa) Stundung der Hypothek: Hat etwa der Gläubiger dem Eigentümer die Hypothek gestundet und ist das nicht im Grundbuch vermerkt, so ist das Grundbuch falsch und kann berichtigt werden; gegen die Unrichtigkeit kann ein Widerspruch eingetragen werden, §§ 1157, 2; 894, 899. Ergibt sich die Einrede nicht aus dem Grundbuch,⁷⁶ so kann ein gutgläubiger Erwerber die Hypothek einredefrei erwerben, §§ 1157, 2; 892, 1155.

41

bb) Stundung der Forderung: Hat der Gläubiger dem Schuldner die Forderung gestundet und ist die Stundung nicht im Grundbuch eingetragen, so ist das Grundbuch falsch und kann berichtigt werden, §§ 1137, 1138, 894. Ergibt sich die Stundung der Forderung nicht aus dem Grundbuch, so ist gutgläubig einredefreier Erwerb möglich, §§ 1138, 892. Der gutgläubige Erwerber erwirbt die Forderung insoweit einredefrei, als es die Hypothek betrifft; d. h. bezüglich der Hypothek wird die Einredefreiheit der Forderung fingiert. Tatsächlich bleibt die Forderung als solche einredebehaftet, der Schuldner der Forderung kann auch dem gutgläubigen Erwerber weiter die Einrede gemäß § 404 entgegenhalten. Macht der gutgläubige Erwerber aber gegen den Eigentümer die

42

⁷⁴ BeckOGK/Kiehnle § 1157 Rn. 6; Kurth, Einreden gegen Grundpfandrechte beim Wechsel des Grundstückseigentümers, 2010.

⁷⁵ Richtig BeckOGK/Kiehnle § 1157 Rn. 12; Dollinger, Die Forderungsabhängigkeit der Sicherungsgrundschuld, 2014, 131 ff.; RGZ 91, 218, 225 gegen die h. M., die nur die bereits vollständig begründeten Einreden als erfasst ansieht, vgl. BGHZ 85, 388, 390 f.; Westermann/Eickmann § 115 Rn. 12 (unter irrigem Verweis auf die Entstehungsgeschichte der Norm, vgl. Dollinger a. a. O.; Finkenaue, FS Jan Schröder, 2013, 21, 49).

⁷⁶ Und auch nicht aus dem Hypothekenbrief, vgl. § 1140.

Hypothek geltend, so kann dieser nicht gemäß § 1137 die Stundung der Forderung einwenden; für die Hypothek wird gemäß § 1138 von der Einredefreiheit der Forderung ausgegangen. Bei Sicherungshypotheken ist jedoch § 1138 nicht anwendbar, vgl. § 1185 II; es ist vielmehr § 404 anzuwenden.

IV. Gesetzlicher Übergang der Hypothek

43 *a) Erlöschen der Hypothek:* Die Hypothek geht von Gesetzes wegen auf den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks über, wenn und soweit die gesicherte Forderung erlischt, § 1163 I 2; die Hypothek wird Eigentümergrundsuld, § 1177 I 1.

44 *aa) Zahlung durch den nicht verpflichteten Eigentümer:* Die Hypothek geht weiter dann auf den Eigentümer über, wenn dieser die gesicherte Forderung erwirbt, § 1153 I. Das geschieht von Gesetzes wegen nach § 1143 I 1, wenn der vom Schuldner verschiedene Eigentümer den Gläubiger freiwillig befriedigt, wozu er nach § 1142 berechtigt ist, oder wenn er ihn zwangsweise nach § 1147 befriedigt. Das Gesetz geht also davon aus, dass im Innenverhältnis Schuldner-Eigentümer regelmäßig der Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist und dass daher dem Eigentümer ein Regressanspruch gegen ihn zustehen muss, falls er den Gläubiger befriedigt. Hat etwa E auf Bitten des Schuldners S dem Gläubiger G eine Hypothek bestellt und zahlt E an G, so erwirbt er nach § 1143 I 1 die gesicherte Forderung gegen S mitsamt der Hypothek am eigenen Grundstück. Die Hypothek wandelt sich nicht nach § 1177 I in eine Eigentümergrundsuld um, da sie weiterhin die Forderung sichert; sie wird zur Eigentümerhypothek, die wie eine Eigentümergrundsuld behandelt wird, § 1177 II. E kann bei S Regress nehmen.⁷⁷

Das muss entgegen dem BGH⁷⁸ auch dann gelten, wenn E an G zahlt, der als Hypothekar ausgewiesen ist, in Wirklichkeit aber nicht Inhaber der Hypothek ist. E erwirbt gutgläubig die Hypothek samt Forderung.⁷⁹ Dass der Übergang kraft Gesetzes erfolgt, nicht aufgrund eines Rechtsgeschäfts, steht dem nicht entgegen.⁸⁰

45 *bb) Zahlung durch den verpflichteten Eigentümer:* Ist jedoch im Innenverhältnis nicht der Schuldner, sondern der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet, so ist aufgrund einschränkender Auslegung § 1143 I 1 nicht anzuwenden,⁸¹

⁷⁷ E hat ferner gegen S den Anspruch aus § 670. Zur historischen Entwicklung des § 1143 vgl. Kim, Hyoung Seok, Zessionsregress bei nicht akzessorischen Sicherheiten, 2003, 31 ff.

⁷⁸ BGH NJW 1986, 1487; NJW 1997, 190 (zur Grundsuld).

⁷⁹ Vgl. etwa Baur/Stürner § 38 Rn. 108, 113; Westermann/Eickmann § 104 Rn. 18; Canaris, NJW 1986, 1488; Jauernig/Berger § 1143 Rn. 2; Erman/Wenzel § 1143 Rn. 5; Kohler, JuS 2008, 481, 489.

⁸⁰ Vgl. § 15 Rn. 47.

⁸¹ Beispiel: G hat dem S sein Grundstück veräußert und sich darauf eine Restkaufgeldhypothek eintragen lassen. S veräußert das Grundstück an E und vereinbart, dass E die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. S teilt dies gemäß § 416 dem G schriftlich mit, G verweigert die Genehmigung der Schuldübernahme. Als die Hypothek fällig wird, zahlt E, da er gegenüber S nach § 415 III 2 dazu verpflichtet ist.

sondern §§ 1163, 1177: Die Forderung erlischt, die Hypothek wird Eigentümergrundschild.⁸² Denn § 1143 soll die Ausgleichsansprüche des Eigentümers gegen den Schuldner sichern, die hier gerade nicht bestehen.

b) *Zahlung durch den Schuldner*: Zahlt der Schuldner, so erfüllt er damit seine Verbindlichkeit gegen den Gläubiger und regelmäßig auch gegenüber dem Eigentümer; die Forderung erlischt, die Hypothek wird Eigentümergrundschild. Ist jedoch im Innenverhältnis zwischen Schuldner und Eigentümer der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet und zahlt der Schuldner, so kann er den Eigentümer in Regress nehmen. Im obigen Fall⁸³ hat S einen Ersatzanspruch gegen E aus §§ 280 I, III, 283, 415 III, wenn E sich geweigert hat, den G zu befriedigen. Zur Sicherung dieses Regressanspruchs geht die Hypothek des G am Grundstück des E auf S über, § 1164 I 1. Es handelt sich um einen gesetzlichen Hypothekenübergang bei gleichzeitiger Forderungsauswechslung: Die Hypothek, die vorher die Forderung des G sicherte, sichert nun den Regressanspruch des S.

46

Haftung im Innenverhältnis

	des S	des E
S zahlt	§§ 1163, 1177	§ 1164
E zahlt	§§ 1143, 1153	§ 1163, 1177

Dem Schutz des Schuldners, auf welchen nach § 1164 die Hypothek übergehen soll, dient § 1165.⁸⁴ Verzichtet der Gläubiger gegenüber dem Eigentümer auf die Hypothek⁸⁵ oder hebt er sie nach §§ 1183, 875 auf, kann der Schuldner sie nicht mehr erwerben. Der Schuldner wird ebenfalls beeinträchtigt, wenn der Gläubiger einem anderen Recht gemäß § 880 den Vorrang einräumt. § 1165 ordnet daher an, dass der Schuldner insoweit frei wird, als er aus der Hypothek Ersatz hätte erlangen können. Von der h. M. werden wegen dieses Gesetzeszwecks weitere Verfügungen des Gläubigers den genannten gleichgestellt, so die Forderungsauswechslung nach § 1180 mit der Folge, dass die Sicherung für die bisherige Forderung entfällt, die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschild gemäß § 1198, für die § 1164 nicht gilt, die Entlassung aus der Mithaft bezüglich eines realen Grundstücksteils (§ 1114).⁸⁶ Entgegen der h. L. sind auch weitere Fälle denkbar, in denen nach dem Gesetzeszweck des § 1165, Nachteile des Schuldners aus Geschäften zwischen dem

⁸² MünchKomm/Lieder § 1143 Rn. 8. Nach a. A. geht zwar auch in diesem Fall die Forderung über, dem Schuldner steht jedoch nach §§ 1143 I 2, 774 I 3 eine Einrede zu, vgl. BeckOGK/Volmer § 1141 Rn. 21.

⁸³ Vgl. oben Fn. 81.

⁸⁴ Vgl. auch §§ 1166 f., wonach der Eigentümer den Schuldner benachrichtigen muss, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt; der Schuldner, der die Hypothek erwirbt, kann die Aushändigung der Unterlagen verlangen, die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich sind.

⁸⁵ Nach §§ 1168, 1177 erwirbt sie der Eigentümer als Grundschild.

⁸⁶ Zum Vorstehenden MünchKomm/Lieder § 1165 Rn. 9 ff.

Gläubiger und dem Eigentümer zu verhindern, einschlägig ist, etwa wenn der Gläubiger entgegen § 1133 eine Verschlechterung der Hypothek duldet⁸⁷ oder eine Stundung der Hypothek vereinbart.⁸⁸

- 47 *c) (Gutgläubiger) Erwerb der Hypothek durch Dritte:* Die Hypothek kann auch auf Dritte übergehen, zusammen mit der gesicherten Forderung. Das ist etwa nach § 426 II der Fall, wenn ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt; nach § 774, wenn der Bürge an den Gläubiger zahlt; nach § 268 III, wenn ein nach § 268 I Ablösungsberechtigter für den Schuldner leistet.⁸⁹

Auch in diesen Fällen des gesetzlichen Übergangs⁹⁰ ist ein gutgläubiger Erwerb möglich, da das Gesetz unter Übernahme des Parteiwillens lediglich einen Übergang der Hypothek anordnet, den die Parteien mutmaßlich gewollt haben. In solchen Fällen liegt in Wirklichkeit eine rechtsgeschäftliche Übertragung der Hypothek vor. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber diesen Willen in das Gesetz aufgenommen hat, kann an der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nichts ändern.⁹¹ Dass ein gesetzlicher Übergang der Hypothek ihren gutgläubigen Erwerb nicht ausschließt, zeigt allein schon die Tatsache, dass auch eine Hypothek, die bei der Abtretung der gesicherten Forderung gemäß § 1153 I übergeht, gemäß § 892 gutgläubig erworben werden kann.⁹² Hat also ein Pächter eine eingetragene, aber nicht valutierte Hypothek nach § 1150 abgelöst, so kann er sie nach §§ 268 III, 892 gutgläubig erwerben.⁹³

V. Zinsen und Nebenleistungen

- 48 *a) Zinsen:* Die Hypothek sichert nicht nur die Hauptforderung, sondern auch vertraglich vereinbarte Zinsen, sofern das im Grundbuch vermerkt ist, § 1115. Die Hypothek sichert weiter die gesetzlichen Zinsen⁹⁴ sowie die Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung der Hypothek, § 1118.

⁸⁷ Wolff/Raiser § 144 Fn. 117; dagegen MünchKomm/Lieder § 1165 Rn. 13.

⁸⁸ Hat G dem E die Hypothek auf fünf Jahre gestundet, so würde S bei Zahlung gemäß § 1164 eine Hypothek erwerben, die er erst in fünf Jahren geltend machen kann. Um den S vor Schäden zu bewahren, ist davon auszugehen, dass G seine Forderung gegen S erst in fünf Jahren geltend machen kann. Nur Beispielcharakter vermag auch Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 8. Aufl. 1905, § 125 Anm. 28 in den in § 1165 genannten Verfügungen zu erkennen.

⁸⁹ § 268 wird bei Hypotheken durch § 1150 dahin modifiziert, dass für das Ablösungsrecht nicht der Beginn der Zwangsvollstreckung erforderlich ist, sondern nur ein einfaches Zahlungsbegehren des Gläubigers.

⁹⁰ S. bereits Rn. 44.

⁹¹ Vgl. bereits § 15 Rn. 47.

⁹² Vgl. Rn. 22 ff.

⁹³ Wie hier die h. L., etwa Baur/Stürner § 38 Rn. 114; Reischl, JR 1998, 405, 408 gegen den BGH (Fn. 78).

⁹⁴ Etwa Verzugszinsen.

Die Abtretung der Hypothek kann auch die Zinsen erfassen;⁹⁵ möglich ist es jedoch auch, die Hypothek ohne das Zinsrecht oder das Zinsrecht ohne die Hypothek abzutreten.⁹⁶ Für die Hypothek, soweit sie solche Nebenforderungen sichert, hat das Gesetz in §§ 1158, 1159 besondere Regeln aufgestellt, welche den Schutz des Eigentümers verstärken und die Abtretung erleichtern. Sie beruhen auf der Überlegung, dass das Grundbuch zwar Auskunft gibt über das Kapital und die Höhe der Zinsen, jedoch nicht über die einzelnen Zinsraten.

b) *Rückständige Zinsen*: Ob die jeweils fälligen Zinsen bereits beglichen sind oder noch ausstehen, ist dem Grundbuch nicht zu entnehmen; es kann daher auch keine Legitimationsbasis bei der Zession solcher Zinsansprüche sein.⁹⁷ Ansprüche wegen rückständiger Zinsen werden daher gemäß § 1159 nicht nach den Regeln des Hypothekenrechts (§§ 1154 f.) übertragen, sondern nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts.⁹⁸ Der Anspruch auf rückständige Zinsen wird daher nach § 398 abgetreten, die Hypothek geht nach § 401 I mit über, wenn nichts anderes vereinbart ist.⁹⁹ Zu seinem Schutz kann sich der Eigentümer auf die §§ 404 ff. berufen; § 1156 wird durch § 1159 für Ansprüche auf rückständige Zinsen aufgehoben. Hat etwa der Eigentümer an den alten statt an den neuen Gläubiger gezahlt, weil er von der Abtretung nichts wusste, so wird er nach § 407 frei. Der Gläubiger dagegen kann sich nicht auf den Rechtsschein des Grundbuchs berufen, vgl. § 1159 II.

c) *Künftig fällig werdende Zinsforderungen*: Sie können auch im Voraus abgetreten werden, aber nur in der hypothekenrechtlichen Form der §§ 1154 f.; § 1159 gilt für sie nicht.¹⁰⁰ Auch hier kann der Eigentümer sich zu seinem Schutz auf die §§ 404 ff. berufen, jedoch mit der zeitlichen Beschränkung des § 1158. Weiß der Eigentümer, dass der Anspruch auf die künftigen Zinsen abgetreten ist und zahlt er dennoch an den alten Gläubiger, so wird er nicht frei. Kennt er die Abtretung nicht und zahlt er auf die künftigen Zinsforderungen, so kann er sich für die Zinsen des laufenden und des kommenden Quartals auf § 407 berufen; er wird insoweit frei, und der Gläubiger kann sich dagegen nicht auf § 892 berufen. Falls er aber auf Zinsen gezahlt hat, die erst ab dem übernächsten Quartal entstehen, wird er nicht durch die §§ 404 ff. geschützt. Das bedeutet, dass der Eigentümer sich für die laufenden Zinszahlungen nicht über die Legitimation des Gläubigers in der Weise vergewissern muss, wie er das bei Zahlungen auf das Kapital tun müsste.¹⁰¹ Zahlt er dagegen

⁹⁵ Klarzustellen ist aber, ab welchem Zeitpunkt die Zinsen abgetreten sein sollen, vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 1299.

⁹⁶ Baur/Stürmer § 38 Rn. 82.

⁹⁷ Vgl. Motive III, 713.

⁹⁸ Zinsforderungen können zusammen mit der Hauptforderung oder auch selbständig zediert werden, ebenso kann auch die Hauptforderung mit oder ohne Zinsen übertragen werden.

⁹⁹ § 401 enthält dispositives Recht, während § 1153 zwingend ist. Ist vereinbart, dass die Hypothek nicht mit übergehen soll, so erlischt sie, §§ 1163 I 2, 1178.

¹⁰⁰ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 837.

¹⁰¹ Vgl. Rn. 32 ff.

freiwillig Zinsen für einen längeren als den in § 1158 genannten Zeitraum im Voraus, so geschieht das auf sein Risiko.¹⁰²

- 51 d) *Erlöschen der Hypothek für Zinsforderungen:* Erlischt eine Zinsforderung, so wandelt sich die Hypothek, die diese Forderung sicherte, entgegen §§ 1163 I 2, 1177 I 1 nicht in eine Eigentümergrundsuld; sie erlischt vielmehr, vgl. § 1178. Auf diese Weise wird verhindert, dass bei jeder Zinszahlung eine weitere Eigentümergrundsuld entsteht, deren Summierung die nachfolgenden Rechte beeinträchtigen könnte.

¹⁰² Beispiel: G hat am 23.2.2018 die Hypothekenzinsen für die Jahre 2018 und 2019 an Z abgetreten. Die Zinsen sind am Ende jeden Vierteljahres zu zahlen. E, Schuldner und Eigentümer des belasteten Grundstücks, zahlt am 8.3.2018 freiwillig die gesamten Zinsen für das Jahr 2018 im Voraus an G, da er von der Zession an Z nichts weiß. Am 20.4.2018 erfährt E von der Zession. Für das laufende Quartal (April–Juni 2018) sowie für das kommende (Juli–September 2018) wird E nach §§ 1158, 407 frei; die Zahlung für die spätere Zeit befreit E nicht gegenüber Z.

§ 28. Haftungsobjekte der Hypothek



Die Hypothek erfasst das belastete Grundstück, aber nicht nur dieses. Wer eine Hypothek auf ein Hotelgrundstück gibt, soll nicht nur den Wert des Grundstücks zu seiner Sicherheit haben, auch nicht nur den Wert des Grundstücks mit dem Hotelgebäude. Ihm soll der gesamte Wert des Hotelbetriebes, die wirtschaftliche Einheit „Hotel“ als Sicherheit dienen. Andererseits darf die Bindung des Eigentümers durch die Hypothek nicht so weit gehen, dass man ihn so behandelt, als wäre er nicht mehr Eigentümer seines Grundstücks. Das Gesetz stellt daher nicht nur das Grundstück unter die Hypothekenhaftung, sondern fasst die Bestandteile des Grundstücks, Erzeugnisse, Zubehör sowie Pacht- und Mietforderungen zu einem Haftungsverband zusammen. Die Mithaftung dieser Gegenstände ist freilich zunächst nur potentiell, latent; ob sie sich aktualisiert, hängt von verschiedenen Umständen ab, die in den §§ 1120–1130 geregelt sind. Namentlich kann es *bis zur Beschlagnahme* des Grundstücks noch zu einer Enthftung der mithaftenden Gegenstände gemäß §§ 1121 f., also zu ihrem Ausscheiden aus dem Haftungsverband, durch Veräußerung und Entfernung vom Grundstück kommen; bis zur Beschlagnahme besteht nämlich keinerlei Hindernis für eine Veräußerung der mithaftenden Gegenstände (Rn. 7).¹

Die entscheidende Zäsur ist die Beschlagnahme des Grundstücks (Rn. 9). Mit ihr wird die Mithaftung der genannten Gegenstände aktuell. Sie erfolgt durch Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks gemäß §§ 20 ff., 146 ff. ZVG und hat gemäß § 23 I 1 ZVG ein Veräußerungsverbot zur Folge (Rn. 9). Nach einer Beschlagnahme kann ein mithaftender Gegenstand also nur noch durch gutgläubigen Erwerb aus dem Haftungsverband ausscheiden, §§ 136, 135 II² (Rn. 9). Rechtlich bedeutet die Hypothekenhaftung, soweit eine bewegliche Sache betroffen ist, ein Pfandrecht an dieser (Rn. 5).

¹ Instruktiver Überblick bei Schreiber, Jura 2006, 597.

² Dazu oben § 3 Rn. 32.

I. Grundstück

- 2 Das primäre Zugriffsobjekt des Hypothekengläubigers ist das Grundstück selbst, daneben haften auch die mit dem Grundstück verbundenen subjektiv-dinglichen Rechte. Wird das Grundstück nach der Belastung in mehrere selbständige Grundstücke aufgeteilt, so entsteht an diesen eine Gesamthypothek i. S. v. § 1132. Wird dem Grundstück ein anderes i. S. v. § 890 II zugeschrieben,³ so erstreckt sich die Hypothek auch auf den zugeschriebenen Teil.

II. Bestandteile, Erzeugnisse und Zubehör

1. Begründung der Haftung

- 3 a) *Bestandteile und Erzeugnisse*: Die Hypothek erfasst die wesentlichen Bestandteile⁴ und die noch ungetrennten Erzeugnisse des Grundstücks, da diese gemäß §§ 93 f. das rechtliche Schicksal des belasteten Grundstücks teilen.⁵ Nicht wesentliche Bestandteile haften, soweit sie dem Grundstückseigentümer gehören; auch Rechte, die mit dem Grundeigentum verbunden sind, haften gemäß § 96; Scheinbestandteile haften dagegen nicht. Werden wesentliche Bestandteile oder Erzeugnisse vom Grundstück *abgetrennt*, so haften sie gemäß § 1120 weiter; das gilt aber dann nicht, wenn sie nach der Trennung gemäß den §§ 954–957 in fremdes Eigentum übergehen. Die Haftung dauert also nur dann nach der Trennung fort, wenn die abgetrennten Sachen nach § 953 in das Eigentum des Grundstückseigentümers fallen. Erntet also z. B. der Grundstückseigentümer Obst, setzt sich die Hypothekenhaftung am abgetrennten Obst fort. Anders liegt es jedoch, wenn er das Grundstück verpachtet hatte; hier erwirbt der das Grundstück besitzende Pächter nach § 956 das Eigentum, es unterliegt nicht mehr der Hypothekenhaftung.⁶ Nichts anderes gilt, wenn das Grundstück Gegenstand eines gegenüber der Hypothek nachrangigen Nießbrauchs ist. Hier muss es mit dem dinglichen Erwerb des Nießbrauchers nach § 954 sein Bewenden haben, die Hypothekenhaftung gemäß § 1120 findet ihr Ende; denn der Hypothekar kann das Fruchtziehungsrecht des rangschlechteren Nießbrauchers durch die Anordnung der Zwangsverwaltung beenden.⁷ Die Haftung dauert gemäß § 1120 dagegen auch dann fort, wenn ein Nichtberechtigter im Besitz des Grundstücks ist und das Eigentum an den abgetrennten Teilen nach § 955 erwirbt. Wer die Trennung vornimmt, ist ohne Bedeutung. Auf Bestandteile, die schon vor der Hypothekenbestellung abgetrennt wurden, erstreckt sich die Haftung nicht.

³Vgl. § 20 Rn. 40.

⁴Auch wenn sie erst nach der Bestellung der Hypothek mit dem Grundstück verbunden wurden.

⁵Zu diesen Erzeugnissen § 2 Rn. 36.

⁶Nach § 1123 I erstreckt sich die Hypothek jedoch auf die Pachtforderung.

⁷Baur/Stürner § 39 Rn. 26.

b) *Zubehör*: Die Hypothekenhaftung erstreckt sich weiter auf das Grundstückszubehör, § 1120. Die Regelung ist zwingend, die Haftung entsteht unabhängig vom Willen der Beteiligten;⁸ eine abweichende Vereinbarung kann nur schuldrechtliche Bedeutung zwischen den Parteien haben.⁹ Vorausgesetzt ist dabei wiederum, dass sich das Zubehör im Eigentum des Grundstückseigentümers befindet; dabei genügt es, wenn er zu irgendeiner Zeit während des Bestehens der Hypothek Eigentümer des Zubehörs ist. 4

Die Hypothek erfasst das Zubehör über § 1120 hinaus dann, wenn der Grundstückseigentümer zwar kein Eigentum, aber doch ein Anwartschaftsrecht daran hat.¹⁰ Das Pfandrecht, das infolge der Hypothekenhaftung entsteht, ergreift das Anwartschaftsrecht; wandelt sich das Anwartschaftsrecht bestimmungsgemäß in Eigentum, so belastet das Pfandrecht die Zubehörsache selbst. Beispiel nach BGHZ 35, 85 ff.: Unternehmer U will auf seinem eigenen Grundstück ein Hotel betreiben. Er erwirbt Hotelinventar von V unter Eigentumsvorbehalt. Danach nimmt er bei H einen Kredit auf und bestellt ihm dafür eine Hypothek am Hotelgrundstück, schließlich übereignet er das Inventar zur Sicherheit an seinen Gläubiger G. Nachdem die letzte Kaufpreisrate für das Inventar bezahlt ist, streiten H und G um das Verwertungsrecht daran.

G ist wegen § 933 mit der Übereignung nicht Eigentümer des Inventars geworden, wohl aber ist nach § 140 das Anwartschaftsrecht auf ihn übergegangen. Dieses Anwartschaftsrecht ist aber bereits mit der Hypothek des H belastet. Mit der Zahlung der letzten Rate erlangt G Eigentum am Inventar, die Hypothek am Anwartschaftsrecht setzt sich aber am Eigentum fort; H kann das Inventar verwerten. Hätte U das Inventar zuerst an G zur Sicherung übereignet und dann dem H eine Hypothek bestellt, so hätte G zunächst nach § 140 ein unbelastetes Anwartschaftsrecht am Inventar erworben; dieses wäre damit aus dem möglichen Haftungsverband einer Hypothek ausgeschieden. Die nachträglich bestellte Hypothek für H hätte es nicht mehr erfassen können, H hätte kein Verwertungsrecht daran, wohl aber G.

Fraglich ist die Rechtslage, wenn U dem G das Inventar zur Sicherheit mittels eines antizipierten Besitzkonstituts, etwa eines Raumsicherungsvertrags, zur Sicherheit übereignet, bevor es von V geliefert wird. Mit der Lieferung erwirbt U – je nach der Vereinbarung mit V – entweder ein Anwartschaftsrecht oder das Eigentum am Inventar. Fraglich ist, ob das dann auf G übergehende Recht gemäß § 1120 mit der Hypothek des H belastet ist. Das Sicherungseigentum entsteht gleichzeitig mit der Haftung aus § 1120. Das Problem ist nach denselben Grundsätzen zu lösen, die auch für die Kollision von Sicherungseigentum und Vermieterpfandrecht gelten.¹¹ Nach dem Prioritätsprinzip geht die früher begründete Verfügung vor: Wurde dem H zuerst die Hypothek bestellt, so haftet das Inventar gemäß § 1120; wurde die

⁸Andernfalls wäre das Grundstückszubehör der Verwertung durch Gläubiger völlig entzogen, da Zubehör nach § 865 II 1 ZPO nicht selbstständig gepfändet werden kann.

⁹Vgl. Johow, 1632 f.; RGZ 125, 362.

¹⁰Vgl. Bülow Rn. 127 ff.; Habersack Rn. 368.

¹¹Vgl. § 15 Rn. 55; auch Wieling § 9 VII 4 b cc.

Sicherungsübereignung mit G vereinbart, bevor die Hypothek bestellt wurde, so erlangt G unbelastetes Sicherungseigentum an dem Inventar.

- 5 c) *Besitzloses Pfandrecht*: Die Hypothek an Bestandteilen des Grundstücks und Zubehör, also an beweglichen Sachen, ist ein besitzloses Pfandrecht, auf welches die §§ 1204 ff. anwendbar sind, soweit nicht spezielle Regeln bestehen. Speziell geregelt für das Pfandrecht an Grundstückszubehör und Grundstücksbestandteilen ist die Entstehung des Rechts. Das gleiche gilt auch für das Erlöschen nach § 936, das in § 1121 einer besonderen Regelung unterworfen ist, vgl. Rn. 6 ff. Weiter geschieht die Verwertung nicht nach den Regeln der ZPO, sondern nach denen des ZVG, vgl. § 29 Rn. 12 ff.

2. Enthftung von Bestandteilen und Zubehör

- 6 Die Haftung von Bestandteilen und Zubehör, die rechtlich ein Pfandrecht an diesen Sachen bedeutet, kann den Grundeigentümer unbillig belasten und in seiner wirtschaftlichen Freiheit einschränken, wenn er etwa gewonnene Bodenerzeugnisse veräußern will oder auch Zubehör, das er nicht mehr benötigt; niemand erwirbt Sachen, die mit einem Pfandrecht belastet sind. Eine ordentliche Wirtschaftsführung wäre unter solchen Gegebenheiten unmöglich.¹² Deshalb ordnet das Gesetz in §§ 1121, 1122 für bestimmte Fälle eine Enthftung an, wenn dies zugunsten des Eigentümers erforderlich erscheint und die Sicherheit des Gläubigers dadurch nicht gefährdet wird; die Sachen werden von der Hypothekenhaftung frei.
- 7 a) *Veräußerung und Entfernung vor Beschlagnahme*: Gemäß § 1121 I werden Erzeugnisse, Bestandteile und Zubehör von der Haftung frei, wenn sie vor der Beschlagnahme veräußert und vom Grundstück entfernt werden; es handelt sich hier nicht um einen gutgläubig lastenfreien Erwerb, so dass es ohne Bedeutung ist, ob der Erwerber von der Hypothek Kenntnis hat. Ob erst die Veräußerung erfolgt und dann die Entfernung oder ob umgekehrt die Sachen erst vom Grundstück entfernt und dann veräußert werden, spielt für § 1121 I keine Rolle. Eigentlich sollte für die Enthftung die Veräußerung ausreichen, wobei es gleichgültig sein könnte, wo die Sache sich befindet. Das Gesetz fordert jedoch zusätzlich die Entfernung vom Grundstück, um Scheingeschäfte zu verhindern.¹³ Die Entfernung muss auf Dauer gewollt sein, eine nur vorübergehende Entfernung reicht nicht aus; sie muss aufgrund der (beabsichtigten) Veräußerung geschehen. Wenn also ein Landwirt seinen Traktor (sonstiges Zubehör, geerntete Feldfrüchte) veräußert und dem Käufer mitgibt und wenn das Grundstück aufgrund der Hypothek anschließend beschlagnahmt wird, haftet der Traktor nicht für die Hypothek.
- 8 b) *Enthftung ohne Veräußerung*: Bestandteile und Erzeugnisse werden auch ohne Veräußerung frei, wenn sie vor der Beschlagnahme im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft abgetrennt und auf Dauer vom Grundstück entfernt

¹² Vgl. Motive III, 661.

¹³ Johow, 1634.

werden, § 1122 I. Zubehör wird ohne Veräußerung frei, wenn die Zubehöreigen-schaft im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft vor der Beschlagnahme auf-gehoben wird, § 1122 II.¹⁴ Lagert etwa ein Landwirt seine Produkte zum Zweck des späteren Verkaufs in einem Lagerhaus ein oder legt er seinen Traktor still, weil er einen neuen gekauft hat, so erlischt die Hypothekenhaftung für die Erzeugnisse und den stillgelegten Traktor.¹⁵

3. Haftung nach Beschlagnahme

„Beschlagnahme“ ist der Beschluss des Vollstreckungsgerichts, welcher die Zwangs- 9
versteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks anordnet, §§ 20, 146 I ZVG.¹⁶ Sie wird mit der Zustellung an den Schuldner wirksam, § 22 ZVG, und ist im Grundbuch einzutragen, § 19 ZVG.¹⁷ Die Beschlagnahme des Grundstücks begrün-det ein relatives Veräußerungsverbot zugunsten des Gläubigers,¹⁸ § 23 I 1 ZVG, auch für die mithaftenden beweglichen Sachen.¹⁹ Dieses Veräußerungsverbot kann durch guten Glauben des Erwerbers überwunden werden, §§ 136, 135 II; jedoch ist dabei immer § 1121 I zu beachten, wonach die Enthftung nur erfolgen kann, wenn die Sachen vom Grundstück *entfernt* werden (Rn. 7). Denn erst mit der Entfernung vom Grundstück endet die wirtschaftliche Zugehörigkeit der mithaftenden Sache zu die-
sem. Der gute Glaube beseitigt also die Folgen der Beschlagnahme und führt zur Rechtsfolge des § 1121 I:

a) *Gutgläubig lastenfreier Erwerb bei eingetragener Hypothek:* Erfolgt die Be- 10
s chlagnahme vor der Veräußerung und Entfernung oder auch zwischen diesen bei-
den Vorgängen, so kann keine Enthftung mehr eintreten, §§ 1121 I, 1122 greifen
nicht mehr ein; Veräußerung bzw. Entfernung kommen zu spät. Möglich ist nur
noch ein gutgläubig lastenfreier Erwerb. Das Gesetz unterscheidet in § 1121 II, ob

¹⁴Vgl. dazu § 2 Rn. 47.

¹⁵Nicht mehr im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft liegt aber die endgültige Stilllegung des gesamten auf einem Fabrikgrundstück durchgeführten Betriebes und die damit verbundene Aufhebung der Zubehöreigen-schaft der Betriebseinrichtung, vgl. BGH NJW 1996, 835.

¹⁶Dazu auch § 29 Rn. 12.

¹⁷Die Beschlagnahme von Erzeugnissen durch den Hypothekar kann auch im Wege der Zwangs-vollstreckung in bewegliche Sachen durch Pfändung durch den Gerichtsvollzieher erfolgen. Vor-aussetzung ist ein vollstreckbarer Titel bezüglich des dinglichen Anspruchs, § 1147. In Zubehör ist eine solche Vollstreckung nicht möglich, § 865 II 1 ZPO.

¹⁸Dazu § 1 Rn. 32.

¹⁹Zu beachten ist § 23 I 2 ZVG, wonach der Eigentümer auch über beschlagnahmte bewegliche Sachen wirksam verfügen kann, wenn dies im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft ge-schieht; das gilt allerdings nur bei der Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsversteigerung; bei der Zwangsverwaltung besteht dieses Verfügungsrecht nicht, vgl. § 148 I 2 ZVG. Die Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsversteigerung umfasst auch nicht die bereits vom Boden getrennten Erzeugnisse, § 21 I ZVG; diese werden aber von der Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsver-waltung erfasst, vgl. § 148 I 1 ZVG.

zuerst die Entfernung vom Grundstück erfolgte und dann die Veräußerung (Rn. 11) oder ob es umgekehrt war (Rn. 12):

- 11 *aa) Entfernung vor Veräußerung:* Wird das Grundstück zuerst beschlagnahmt, dann die Sache vom Grundstück entfernt und schließlich veräußert, so gelten die allgemeinen Regeln über den Schutz des guten Glaubens;²⁰ ebenso, wenn zuerst die Entfernung erfolgt, dann die Beschlagnahme und schließlich die Veräußerung. Wird etwa das Grundstück des Landwirts L beschlagnahmt, gibt dann L den Traktor einem Kfz-Händler zum Verkauf, auf dessen Gelände er ausgestellt wird (Entfernung), und wird er schließlich an K veräußert oder übergibt L zunächst den Traktor und erfolgt dann die Beschlagnahme und schließlich die Veräußerung, so kommt es darauf an, ob K gutgläubig ist. Entscheidend ist der gute Glaube daran, dass das Grundstück nicht beschlagnahmt ist.²¹ Ist K gutgläubig, so kann er erstens trotz dem Veräußerungsverbot aus § 23 I 1 ZVG gemäß §§ 136, 135 II, 932 II Eigentum erwerben; zweitens kann er den Traktor lastenfrei erwerben, § 936. Die Hypothekenhaftung des Traktors erlischt, der Hypothekengläubiger kann nicht mehr auf ihn zugreifen. War er dagegen bösgläubig, d. h. wusste er von der Beschlagnahme oder wusste er aus grober Fahrlässigkeit nichts davon, so bleibt die Hypothekenhaftung bestehen, der Traktor wird bei der Verwertung des Grundstücks mit versteigert.²² Kennt der Erwerber den Antrag auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung oder ist im Grundbuch ein Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsvermerk eingetragen (§§ 19 f. ZVG), so gilt ein Erwerber immer als bösgläubig, § 23 II 1 und 2 ZVG.²³

- 12 *bb) Veräußerung vor Entfernung:* Erfolgt die Veräußerung vor der Entfernung, so greift § 1121 II ein. Ist die Sache nach der Beschlagnahme veräußert, aber nicht vom Grundstück entfernt worden, so kann eine Enthftung nicht eintreten; eine Enthftung durch Veräußerung setzt immer auch eine Entfernung vom Grundstück voraus. § 1121 II regelt die Fälle, in denen entweder zuerst die Beschlagnahme, dann die Veräußerung und schließlich die Entfernung erfolgt oder in welchen die Sache zuerst veräußert, dann beschlagnahmt und zuletzt vom Grundstück entfernt wird. Wenn also L nach der Beschlagnahme des Grundstücks den Traktor an K veräußert oder wenn er ihn veräußert und dann die Beschlagnahme erfolgt und wenn erst anschließend K den Traktor abholt, so ist nach § 1121 II zu entscheiden. Nach Satz 1 kann sich K nicht darauf berufen, dass er von der Hypothek und der Hypothekenhaftung nichts gewusst habe; denn gegenüber einem eingetragenen Recht kann es keinen Schutz des guten Glaubens geben.²⁴ Wenn also K zur Zeit der Veräußerung, aber nicht mehr zur Zeit der Entfernung gutgläubig ist, so kann er sich nicht darauf berufen, gemäß § 936 gutgläubig lastenfrei zu erwerben. Da das Gesetz zur

²⁰ Vgl. Motive III, 661 mit Verweis auf § 107 des 1. BGB-Entwurfs = § 135.

²¹ Ob K vom Bestehen der Hypothek etwas weiß, spielt dagegen keine Rolle, wie § 1121 I zeigt.

²² Vgl. § 29 Rn. 12.

²³ Das führt zu der sicherlich überraschenden Erkenntnis, dass auch beim Erwerb beweglicher Sachen ein Blick ins Grundbuch lohnt, immer dann nämlich, wenn es sich um Zubehör und abgetrennte Erzeugnisse oder Bestandteile eines Grundstücks handelt; das Gesetz will es so.

²⁴ Motive III, 662.

Enthftung neben der Veräußerung auch die Entfernung vom Grundstück verlangt, ist diese, nicht die Veräußerung entscheidend, wenn nämlich die Veräußerung vor der Entfernung erfolgt. Eine Enthftung kann also gemäß § 1121 II 2 nur erfolgen, wenn K noch zur Zeit der Entfernung vom Grundstück gutgläubig bezüglich der Beschlagnahme ist.

Die verschiedenen Konstellationen lassen sich wie folgt veranschaulichen:

Veräußerung – Entfernung – Beschlagnahme	= § 1121 I (Rn. 7)
Entfernung – Veräußerung – Beschlagnahme	= § 1121 I (Rn. 7)
Beschlagnahme – Entfernung – Veräußerung	= §§ 136, 135 II (Rn. 11)
Entfernung – Beschlagnahme – Veräußerung	= §§ 136, 135 II (Rn. 11)
Beschlagnahme – Veräußerung – Entfernung	= § 1121 II (Rn. 12)
Veräußerung – Beschlagnahme – Entfernung	= § 1121 II (Rn. 12)

b) Gutgläubig lastenfreier Erwerb bei nicht eingetragener Hypothek: Nach der gesetzlichen Regelung gelten die §§ 1120, 1121 I, 1122 unabhängig davon, ob die Hypothek eingetragen ist oder nicht. Ist sie jedoch nicht eingetragen, ergibt sich also die Existenz der Hypothek und damit die Mithaftung der dort genannten Gegenstände nicht aus dem Grundbuch, ist nach h. M. eine einschränkende Auslegung für den Fall des gutgläubig lastenfreien Erwerbs geboten: In den Fällen, in welchen zuerst die Veräußerung und dann die Entfernung erfolgt (Rn. 12), muss entgegen § 1121 II 1 der gute Glaube an das Nichtbestehen der Hypothek geschützt werden, so dass die mithaftenden Sachen nach § 936 gutgläubig lastenfrei erworben werden können. Die Enthftung tritt allerdings erst mit der Entfernung vom Grundstück ein, doch kann es dem Erwerber nicht mehr schaden, wenn er nach der Veräußerung der Sache und vor deren Entfernung bösgläubig wird; § 1121 II 2 wird in diesem Fall bedeutungslos.²⁵ 13

III. Haftung von Forderungen

1. Miet- und Pachtforderungen

a) Erstreckung auf Miet- und Pachtforderungen: Wenn der Eigentümer das Grundstück selbst nutzt, so haften dem Hypothekar die Erzeugnisse. Wenn der Eigentümer das Grundstück verpachtet, so können die Rechte des Pächters durch die Hypothek nicht beeinträchtigt werden. Die abgetrennten Früchte fallen nicht in den Haftungsverband der Hypothek, vgl. §§ 1120, 956; §§ 21 III, 146 I, 148 I 1 ZVG. Statt der Erzeugnisse (unmittelbare Sachfrüchte, § 99 I) haften dem Hypothekar aber die mittelbaren Sachfrüchte (§ 99 III), d. h. die Pachtzinsen, § 1123 I; in gleicher Weise haften ihm die Mietzinsen. Auch diese Haftung ist zunächst nur potentiell, sie kann nachträglich wegfallen. Aktuell wird die Haftung der Miet- und Pachtforderungen durch die Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsverwaltung; 14

²⁵ Zum Vorstehenden MünchKomm/Lieder § 1121 Rn. 35; BeckOGK/Kern § 1121 Rn. 47.

die Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsversteigerung erfasst diese Forderungen nicht, §§ 148 I, 21 II ZVG. Die Beschlagnahme allein der Miet- oder Pachtforderung ist auch hier möglich, durch Forderungspfändung nach §§ 829, 835 ZPO.

- 15 *b) Enthftung und Verfügungen:* Da auch die Hypothekenhaftung der Miet- und Pachtforderungen nicht unbegrenzt weiterbestehen kann und auch Verfügungen über die Forderung möglich sein müssen, ordnet das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen die Befreiung an.

- 16 *aa) Enthftung:* § 1123 II 1 regelt die Enthftung durch Zeitablauf: Die Befreiung tritt ein, wenn seit der Fälligkeit der Miet- oder Pachtforderung ein Jahr verstrichen ist und wenn nicht vorher die Beschlagnahme erfolgte. Hat etwa der Mieter M den im Nachhinein am Monatsende zu zahlenden Mietzins seit dem Mai 2017 nicht mehr gezahlt und erfolgt die Beschlagnahme im Laufe des Oktober 2018, so sind die Mietraten von Mai bis September 2017 von der Hypothekenhaftung frei geworden, die weiteren nicht.²⁶

Ist die Zahlung im Voraus zu leisten, so schränkt § 1123 II 2 diese Regel ein. Erfolgt die Beschlagnahme²⁷ in der Zeit vom 1. bis 15. Tag eines Monats, so tritt die Befreiung von der Hypothekenhaftung bis zu diesem Monat ein; erfolgt die Beschlagnahme in der Zeit vom 16. bis zum letzten Tag des Monats, so kann die Befreiung bis zum darauffolgenden Monat eintreten. War im obigen Beispiel der Mietzins monatlich im Voraus zu zahlen, so ist die Mietforderung vom Mai bis zum Oktober 2017 haftungsfrei geworden, gleich an welchem Tag die Beschlagnahme erfolgte. Ist etwa die Beschlagnahme am 20. Oktober 2018 erfolgt, so kann doch die Mietforderung für den November 2017 nicht von der Hypothekenhaftung frei werden, weil sie bei der Beschlagnahme noch kein Jahr lang fällig war.

Weiteres Beispiel: M ist verpflichtet, am 1.1.2014 im Voraus für drei Jahre 36.000 € Pacht (1000 € pro Monat) an E zu zahlen, er hat aber nicht gezahlt. Das Grundstück wird am 25. Oktober 2015 zugunsten des Hypothekars H beschlagnahmt. Gemäß § 1123 II 1 wäre die Forderung enthaftet; gemäß § 1123 II 2 wird aber die Forderung aufgeteilt, d. h. in Monatsraten unterteilt: Für die Zeit vom Januar 2014 bis zum November 2015 ist die Forderung enthaftet, also in Höhe von 23.000 €. Der Rest der Forderung für die Zeit vom Dezember 2015 bis zum Dezember 2016 (13.000 €) ist weiter im Haftungsverband der Hypothek.

- 17 *bb) Verfügungen:* § 1124 regelt die Wirksamkeit von Verfügungen über die haftenden Miet- und Pachtforderungen vor der Beschlagnahme; solche Verfügungen sind nach § 1124 I wirksam. Hat etwa der Gläubiger/Grundstückseigentümer vor der Beschlagnahme die Forderung eingezogen, sie erlassen, mit ihr aufgerechnet, sie abgetreten, verpfändet usw., so sind solche Verfügungen gegenüber dem Hypothekar wirksam. Die erloschene bzw. abgetretene Forderung scheidet aus dem Haftungsverband der Hypothek aus,²⁸ das bestellte Pfandrecht geht der Hypothek im Rang vor.

²⁶Das bedeutet etwa, dass M den Mietzins für die Zeit vom Mai bis zum September 2017 mit befreiender Wirkung an den Eigentümer zahlen kann, die weiteren Mietraten muss er an den Hypothekar zahlen, § 1282 (vgl. § 16 Rn. 24), sonst wird er nicht frei.

²⁷D. h. die Zustellung des Zwangsverwaltungsbeschlusses an den Eigentümer, §§ 22 I 1, 146 I ZVG.

²⁸Die Hypothekenhaftung an der eingezogenen Forderung setzt sich also nicht etwa am Geld fort.

Für Vorausverfügungen, d. h. für Verfügungen über Forderungen, die erst nach der Beschlagnahme fällig werden, schränkt § 1124 II dagegen die Enthftung weitgehend ein. Vorausverfügungen dürfen den Hypothekar nicht benachteiligen. Eine dem Hypothekar gegenüber unwirksame Vorausverfügung liegt zunächst dann vor, wenn der Mieter oder Pächter freiwillig im Voraus zahlt, aber nach dem Willen des Gesetzgebers auch dann, wenn er sich zu einer Vorauszahlung vertraglich verpflichtet hatte.²⁹

Vorausverfügungen sind gemäß § 1124 II dem Hypothekar gegenüber nur wirksam bis zum Monat der Beschlagnahme, wenn diese in der Zeit vom 1. bis zum 15. Tag des Monats erfolgt; erfolgt die Beschlagnahme in der Zeit vom 16. bis zum letzten Tag eines Monats, so tritt die Befreiung auch noch für den folgenden Monat ein. Hätte im obigen Beispiel (Rn. 16 am Ende) M am 1.1.2014 vertragsgemäß die Pacht für drei Jahre im Voraus in Höhe von 36.000 € an E gezahlt, so würde er nur für die Zeit vom 1.1.2014 bis zum November 2015 frei; für die restliche Zeit bis Ende 2016 müsste M die Pacht in Höhe von 13.000 € nochmals an H entrichten.³⁰ Dasselbe würde gelten, wenn die Pacht monatlich zu zahlen war, M aber freiwillig für drei Jahre im Voraus gezahlt hätte. Die Regelung zeigt, dass es für den Mieter oder Pächter gefährlich ist, den Miet- oder Pachtzins für länger als einen Monat freiwillig im Voraus zu zahlen oder sich gar dazu zu verpflichten. Anderes gilt nach der Rechtsprechung des BGH jedoch dann, wenn die Vorauszahlung des Mieters in einer Einmalzahlung besteht, die vertragsgemäß, anders als im Beispiel, nicht auf der Grundlage periodischer Zeitabschnitte bemessen ist und vor der Beschlagnahme erbracht wurde;³¹ dann ist die Vorauszahlung gegenüber dem Hypothekar wirksam, der Mieter wird frei.

§ 1124 II kann nach der *ratio legis* dann keine Anwendung finden, wenn der Mietvorschuss in das Grundstück investiert wurde und dieses wertvoller gemacht hat; denn dann kommt er dem Hypothekar bereits zugute. Gleiches muss gelten, wenn der Mieter einen Baukostenvorschuss geleistet hat, mit welchem die vermieteten Räume renoviert oder errichtet wurden.³²

§ 1125 erklärt eine Aufrechnung des Mieters oder Pächters gegen die Miet- oder Pachtforderung für unwirksam gegenüber dem Hypothekengläubiger, soweit auch eine Einziehung der Miet- oder Pachtforderung ihm gegenüber unwirksam wäre.

c) *Relatives Verfügungsverbot*: Ist die Beschlagnahme der genannten Forderungen erfolgt, so begründet das ein relatives Verfügungsverbot zugunsten des Hypothekengläubigers gemäß §§ 136, 135, vgl. §§ 23 I 1, 146 I ZVG. Ein gutgläubiger Erwerb nach § 135 II scheidet bei Forderungen jedoch aus.

18

²⁹ Vgl. Motive III, 664.

³⁰ Vgl. etwa BGH NJW 2014, 2720 Rn. 21.

³¹ BGHZ 137, 106; BGH NJW 2007, 2919 Rn. 24.

³² BGH NJW-RR 2012, 525; Baur/Stürmer § 39 Rn. 55 f.; Müller/Gruber Rn. 3395.

2. Wiederkehrende Leistungen und Versicherungsforderungen

- 19 a) *Wiederkehrende Leistungen*: Ähnlich aber nicht gleich wie Miet- und Pachtforderungen behandelt das Gesetz in § 1126 Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen, die aus einem mit dem belasteten Grundstück verbundenen Recht stammen. In Betracht kommen also Ansprüche aus subjektiv-dinglichen Rechten, z. B. Reallasten (§ 1105 I und II), Überbaurenten (§ 913 I) oder Notwegrenten (§ 917 II); auch sie unterliegen nach § 1126, 1 der Hypothekenhaftung.³³

Die Befreiung dieser Forderungen tritt gemäß § 1126, 2 wie bei Miet- und Pachtforderungen (Rn. 16) nach Ablauf eines Jahres nach Fälligkeit ein (entsprechend § 1123 II 1) sowie durch Einziehen der Forderung oder Verfügung darüber (entsprechend § 1124 I). An die Stelle der zeitlichen Beschränkung in § 1124 II tritt § 1126, 3 mit einer Frist von drei Monaten.

- 20 b) *Versicherungsforderungen*: Die Hypothek erstreckt sich gemäß § 1127 I auch auf Forderungen aus Versicherungsverträgen, die der Eigentümer zugunsten solcher Gegenstände abgeschlossen hat, welche der Hypothek haften;³⁴ die Haftung der Versicherungsforderung ersetzt dem Hypothekar die Sicherheit, die er infolge des Untergangs der versicherten Gegenstände verloren hatte. Eine gesetzliche Versicherungspflicht besteht nicht, sie kann aber mit dem Hypothekar vereinbart werden. Praktisch am bedeutendsten ist eine Gebäudeversicherung, die Gebäudefeuerversicherung hat in §§ 142–149 VVG eine besondere Regelung gefunden. Der Hypothekar kann z. B. dem Versicherer das Bestehen der Hypothek mitteilen, eine Leistung an den Eigentümer ist dann gegenüber dem Hypothekar nur wirksam, wenn er schriftlich zustimmt oder die Verwendung des Geldes zum Wiederaufbau gesichert ist, § 94 IV VVG; § 1130; Obliegenheitsverletzungen des Eigentümers schaden dem Hypothekar nicht, § 143 I VVG. Für andere Gebäudeversicherungen gilt § 1128, für die Versicherung beweglicher Sachen § 1129.

Voraussetzung für die Haftung der Versicherungsforderung ist, dass der versicherte Gegenstand zum Zeitpunkt der Zerstörung oder Beschädigung gemäß §§ 1120–1124 im Haftungsverband der Hypothek stand und dass die Versicherungsforderung dem Eigentümer (oder Eigenbesitzer) des Grundstücks zusteht.

Mit der Wiederherstellung der Sache oder Ersatzbeschaffung erlischt gemäß § 1127 II die Haftung der Versicherungsforderung; dem Gläubiger steht dann die ursprüngliche Sicherheit wieder zur Verfügung. Ansonsten tritt die Enthftung der Versicherungsforderung bei einer Gebäudeversicherung dann ein, wenn an den Eigentümer mit befreiender Wirkung auch gegenüber dem Hypothekar geleistet wird. Das setzt gemäß § 1128 I voraus, dass der Versicherer oder der Eigentümer den Schadensfall dem Hypothekar angezeigt hat und dass dieser der Auszahlung an den Eigentümer nicht in der Monatsfrist des § 1128 I widerspricht. Hat der Hypothekar

³³ Das ergibt sich schon aus § 96, wonach ein mit dem Grundstück verbundenes Recht als dessen Bestandteil gilt, und aus § 1120.

³⁴ Ein an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tretender Schadensersatzanspruch gegen den Versicherer unterfällt jedoch nicht der Hypothekenhaftung, BGH NJW 2006, 771.

der Auszahlung an den Eigentümer widersprochen, so kann der Versicherer mit befreiender Wirkung nur an den Eigentümer und den Hypothekar gemeinsam leisten, wenn die Hypothek noch nicht fällig ist, §§ 1128 III (1), 1281; nach Fälligkeit muss er an den Hypothekar leisten, § 1282.

Bei der Versicherung beweglicher Sachen tritt eine Befreiung gemäß §§ 1129, 1123 II 1 ein Jahr nach ihrer Fälligkeit ein, wenn nicht vorher die Beschlagnahme erfolgte; ferner gemäß §§ 1129, 1124 I, wenn der Eigentümer die Forderung einzieht oder sonst darüber verfügt.

§ 29. Verwirklichung der Hypothekenhaftung



I. Schutz der Hypothek

a) *Unterlassungsanspruch*: Da die Hypothek – anders als das Mobiliarpfand – kein 1
Besitzpfand ist, gibt das Gesetz dem Hypothekar auch keinen Herausgabeanspruch
wegen des Grundstücks; § 1227 findet also bei der Hypothek keine Entsprechung.
Dagegen gibt die Hypothek als dingliches Recht Abwehransprüche, wenn die Hy-
pothek durch Einwirkung auf das Grundstück gefährdet wird.¹ Denn wird das
Grundstück durch Einwirkung verschlechtert, kann die dadurch eintretende Wert-
verringerung eine Befriedigung des Hypothekengläubigers aus dem Grundstück
ernsthaft gefährden. Es ist allerdings nicht § 1004 entsprechend anzuwenden, viel-
mehr ordnet das Gesetz in § 1134 einen speziellen Unterlassungsanspruch für die
Hypothek an. Danach kann der Hypothekar auf Unterlassung klagen, wenn der Ei-
gentümer oder ein Dritter derart auf das Grundstück einwirkt, dass dadurch eine
Verschlechterung des Grundstücks *droht* und infolgedessen die Sicherheit der Hy-
pothek *gefährdet wird*, § 1134 I. Ein Verschulden des Eigentümers ist nicht erforder-
lich. Das Gericht hat auf Antrag des Hypothekars die erforderlichen Maßregeln
anzuordnen, d. h. es muss auf den allgemeinen Antrag hin selbst konkrete Maßnah-
men treffen, § 1134 II 1. Vom Eigentümer kann der Hypothekar weiter verlangen,
dass er Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen sonstige Beschädi-
gungen trifft, § 1134 II 2. Hiernach kommt etwa der Antrag auf gerichtliche Anord-
nung einer Feuerversicherung in Betracht.²

b) *Beseitigungsanspruch*: Ist die Verschlechterung des Grundstücks *bereits ein-* 2
getreten und dadurch die Sicherheit der Hypothek gefährdet, so kann der Hypothe-
kar vom Eigentümer Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, § 1133, 1; ein
Verschulden des Eigentümers ist nicht erforderlich.³ Die Gefährdung kann nicht nur

¹ Vgl. Motive III, 669 f.

² BGHZ 105, 230.

³ Vgl. dazu Bülow Rn. 183.

durch Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands beseitigt werden, sondern ebenso durch anderweitige Werterhöhung oder auch gemäß § 1133, 2 durch Bestellung einer zusätzlichen Hypothek. Statt Beseitigung zu verlangen kann der Hypothekar dem Eigentümer auch eine Frist zur Beseitigung der Gefährdung setzen. Lässt der Eigentümer die Frist ungenutzt verstreichen, so kann der Hypothekar sofort Befriedigung aus dem Grundstück verlangen, auch wenn sein Anspruch noch nicht fällig ist, § 1133, 2; bei unverzinslichen Hypotheken, die noch nicht fällig sind, steht dem Gläubiger derjenige Betrag zu, der bei Anlage zum gesetzlichen Zins für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit den Betrag der Forderung ergibt (Abzinsung),⁴ § 1133, 3.

- 3 c) *Deliktsrecht*: Bei schuldhaften Beeinträchtigungen seiner Hypothek kann der Hypothekar Schadensersatz gemäß § 823 I verlangen.⁵
- 4 d) *Zubehör*: Die genannten Rechte stehen dem Hypothekar auch dann zu, wenn die Sicherheit der Hypothek nicht durch eine Verschlechterung des Grundstücks beeinträchtigt wird, sondern durch eine Verschlechterung des Zubehörs, § 1135; ebenso, wenn Zubehör entgegen den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft vom Grundstück entfernt wird.

II. Gesetzliches Schuldverhältnis

- 5 Wie beim Mobiliarpfand begründet das Gesetz auch bei der Hypothek ein gesetzliches Schuldverhältnis, welches die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Eigentümers und des Hypothekars regelt. Aus diesem Rechtsverhältnis entstehen auch Neben- und Treuepflichten, deren schuldhafte Verletzung gemäß § 280 zum Schadensersatz führt.
- 6 a) *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung*: Zum Schutz des Eigentümers und des Rechtsverkehrs erklärt § 1136 einen Vertrag für unwirksam, durch welchen sich der Eigentümer gegenüber dem Hypothekar verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder zu belasten. Eine solche Vereinbarung könnte schon nach § 137, 1 keine dingliche Wirkung haben; § 1136 nimmt ihr zudem auch die schuldrechtliche Wirkung, welche § 137, 2 noch zulässt; der Hypothekar kann also bei einem Verstoß gegen eine solche Abrede auch keinen Schadensersatz verlangen.

Ein Versuch, diese Vorschrift zu umgehen, liegt darin, ein sofortiges Kündigungsrecht zu vereinbaren, wenn der Eigentümer das Grundstück belastet oder veräußert. Eine solche Vereinbarung ist daher nach § 134 nichtig.⁶

⁴Beispiel: Beträgt die Forderung 50.000 € und der gesetzliche Zins 4 % und wird 150 Tage vor der Fälligkeit gezahlt, sind von der Forderung also Zinsen in Höhe von 1,6425 % (= $0,04/365 \times 150$) abzuziehen, also 821,25 €. Der Gläubiger erhält also nur 49.178,75 €. Zur Berechnung vgl. Motive III, 673; MünchKomm/Lieder § 1133 Rn. 15.

⁵Vgl. Müller/Gruber Rn. 3569 f.; BGH JuS 1991, 331 f.

⁶So zutreffend Baur/Stürner § 40 Rn. 15 gegen BGH NJW 1980, 1625; BayObLG DNotZ 1981, 128. Ist das Sonderkündigungsrecht in AGB ausbedungen, ist auch an einen Verstoß gegen § 307 zu denken.

b) *Kündigung der Hypothek*: Hinsichtlich der Hypothek besteht eine gesonderte Kündigungspflicht, wenn die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung abhängt.⁷ Die Hypothek wird durch Kündigung erst fällig, wenn die Kündigung von oder gegenüber dem Eigentümer erklärt wurde, § 1141 I 1;⁸ es genügt also nicht eine Kündigung durch oder an den persönlichen Schuldner.⁹ Eine Kündigung der Hypothek nach § 1141 führt nicht die Fälligkeit der Forderung herbei. Kündigt der Gläubiger nur die Hypothek gegenüber dem Eigentümer, nicht aber die Forderung gegenüber dem Schuldner, kann der Eigentümer nicht nach § 1137 einwenden, die Forderung sei nicht fällig. Die Kündigung bedarf keiner Form; Kündigungsgründe können vertraglich vereinbart sein oder sich aus §§ 489, 490 ergeben. Eine Kündigung wirkt auch gegenüber dem neuen Eigentümer oder dem neuen Hypothekengläubiger; da sie nicht eintragungsfähig ist, kann sich ein Erwerber nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen.¹⁰

Ist statt des wirklichen Eigentümers ein Nichtberechtigter im Grundbuch eingetragen, so gilt dieser zugunsten des Hypothekars als Eigentümer, § 1141 I 2. Bei einer Briefhypothek kann der Eigentümer der Kündigung widersprechen, wenn der Hypothekar nicht den Brief vorlegt, § 1160 II. Für die Sicherungshypothek gilt wegen der strengen Akzessorietät § 1141 nicht, vgl. § 1185 II.

c) *Ablöserecht*: Der Eigentümer, der nicht zugleich der Schuldner der gesicherten Forderung ist, schuldet keine Zahlung, sondern Duldung der Zwangsvollstreckung (§ 26 Rn. 2). Er ist aber nicht verpflichtet abzuwarten, bis sein Grundstück versteigert wird und er es so verliert; gemäß § 1142 hat er ein Ablöserecht, d. h. er kann den Hypothekar auszahlen und so der Gefahr des Verlusts des Grundstücks entgehen. Die Vorschrift entspricht dem § 1223 II beim Pfandrecht,¹¹ auf dem gleichen Prinzip beruht auch die Regelung des § 268.

Voraussetzung des Ablöserechts des Eigentümers gemäß § 1142 ist, dass der dingliche Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung ihm gegenüber fällig geworden ist, z. B. dass ihm die Hypothek gekündigt worden ist, § 1141, oder dass der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Entgegen § 271 wird meist eine sofortige Leistungsberechtigung des Schuldners nicht anzunehmen sein, wenn nämlich das gesicherte Darlehen zum Zweck einer längerfristigen Kapitalanlage gegeben wurde. Die Befriedigung des Hypothekars durch den Eigentümer kann auch durch Aufrechnung und, wenn die Voraussetzungen des § 372 vorliegen, auch durch Hinterlegung erfolgen, § 1142 II. Mit der Befriedigung geht die gesicherte Forderung auf den Eigentümer über, § 1143. Der Eigentümer kann gegen die Befriedigung Zug um Zug Aushändigung des Hypothekenbriefs verlangen sowie der

⁷Einer Kündigung der Hypothek bedarf es also nicht, wenn eine Fälligkeit vereinbart ist oder die Forderung bereits fällig ist.

⁸Für den Fall, dass der Eigentümer keinen Wohnsitz im Inland hat oder dass sein Aufenthalt nicht bekannt ist, vgl. § 1141 II.

⁹Zu dieser Ausnahme vom Akzessorietätsgrundsatz auch Rn. 10 a. E.

¹⁰Zur Kündigung gegenüber dem alten Hypothekar nach § 1156, 2 oben § 27 Rn. 36.

¹¹Vgl. dazu § 15 Rn. 25.

Urkunden, die ihm die Berichtigung des Grundbuchs oder die Löschung der Hypothek ermöglichen, § 1144.¹² Zur teilweisen Befriedigung vgl. § 1145.

Dritte Personen, denen infolge der Zwangsvollstreckung in das Grundstück ein Rechts- oder Besitzverlust droht, haben gemäß § 1150 das Ablösungsrecht aus § 268. Ablöseberechtigt ist z. B. der Mieter oder Pächter des Grundstücks. Voraussetzung ist lediglich, dass der Hypothekar Befriedigung aus der Hypothek verlangt; ein außergerichtliches Verlangen reicht aus. Dass die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat, wie § 268 voraussetzt, ist hier nicht erforderlich.

- 9 *d) Bucheigentum:* Soweit der Hypothekar Rechte aus der Hypothek verfolgt, gilt zu seinen Gunsten der im Grundbuch eingetragene Bucheigentümer als Eigentümer, § 1148; die Vorschrift entspricht dem § 1248 beim Pfandrecht, doch spielt es für § 1148 keine Rolle, ob der Hypothekar die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt.¹³ Es handelt sich um eine Fiktion, nicht um eine Vermutung, eine Widerlegung ist daher nicht möglich. Der Hypothekar kann also z. B. den Bucheigentümer auch dann auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagen, wenn er weiß, dass dieser nicht der Eigentümer ist. Der Buchberechtigte kann nicht einwenden, er sei nicht der richtige Beklagte, da er nicht Eigentümer sei; andererseits kann er alle Einreden geltend machen, die dem Eigentümer gegen die Hypothekenforderung zustehen. Das Urteil wirkt gegen den wahren Eigentümer.

III. Verwertung der Hypothek

1. Fälligkeit

- 10 Hypothekengläubiger und Eigentümer vereinbaren regelmäßig die Fälligkeit der Hypothekenforderung und damit aufgrund der Akzessorietät auch der Hypothek. Meistens werden hypothekarisch gesicherte Darlehen befristet auf eine bestimmte Zeit vergeben. Vor der Fälligkeit kann der Darlehensnehmer nach §§ 489, 490 II kündigen, der Darlehensgeber nach § 490 I außerordentlich wegen einer Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit der Hypothek; zudem werden häufig zugunsten des Darlehensgebers außerordentliche Kündigungsgründe vereinbart wie z. B. unpünktliche Zinszahlung, Nichtversicherung des Gebäudes oder Anordnung der Zwangsversteigerung über das Grundstück. Die Parteien können aber auch vereinbaren, dass die Fälligkeit von Darlehensrückzahlungsanspruch und Hypothek stets von einer Kündigung abhängt; die Fälligkeit tritt dann vertragsgemäß mit der Kündigung oder mit dem Ablauf der Kündigungsfrist ein. Die gesetzliche Regelung des § 271 I – sofortige Fälligkeit –

¹² Gemeint sind eine Berichtigungsbewilligung, eine Löschungsbewilligung oder eine öffentlich beglaubigte lösungsfähige Quittung, vgl. Baur/Stürner § 40 Rn. 20 ff.

¹³ Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 816.

greift daher in aller Regel nicht ein;¹⁴ sie wird überdies für Darlehensforderungen von § 488 III 1 – Notwendigkeit einer Kündigung – durchbrochen.

Die Fälligkeit der Hypothek richtet sich also grundsätzlich nach der Fälligkeit der Forderung. Hängt jedoch die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, macht davon § 1141 I 1 eine Ausnahme: Es muss die Hypothek, nicht die Forderung gekündigt werden (Rn. 7); denn ist der Eigentümer vom persönlichen Schuldner verschieden, könnte die gegenüber diesem ausgesprochene Kündigung dem Eigentümer unbekannt bleiben. Mit der Fälligkeit der Hypothek tritt die Pfandreife ein,¹⁵ so dass der Hypothekar die Hypothek verwerten kann, wenn er nicht freiwillig befriedigt wird.

2. Arten der Verwertung

a) *Verfallsklausel*: Mit der Fälligkeit der Hypothek kann der Gläubiger sein dingliches Verwertungsrecht am Grundstück und den mithaftenden Gegenständen geltend machen. Die Verwertung des Grundstücks erfolgt regelmäßig im Wege der Zwangsvollstreckung, § 1147. Dass aber eine andere Art der Verwertung nicht ausgeschlossen ist, zeigt § 1149. Danach ist *vor* Fälligkeit der Hypothek eine Abrede des Hypothekars mit dem Eigentümer unwirksam, dass die Veräußerung auf andere Weise erfolgen soll oder dass bei Nichtzahlung zur Befriedigung des Gläubigers das Eigentum am Grundstück auf ihn übertragen werden soll (Verbot einer Verfallsklausel, einer sog. *lex commissoria*).¹⁶ Nach der Pfandreife sind solche Abreden also zulässig. Die Grenzen des § 138 sind jedoch zu wahren, insbesondere im Hinblick darauf, dass der Eigentümer sich regelmäßig in einer wirtschaftlichen Notlage befinden wird, wenn es zur Verwertung des Grundstücks kommt. Nach der Fälligkeit kann der Hypothekar also mit dem Eigentümer vereinbaren, dass die Verwertung des Grundstücks durch freihändigen Verkauf erfolgen soll. Die Abrede bedarf der Form des § 311b I 1. Ein Vollstreckungstitel ist hierfür nicht erforderlich.

b) *Zwangsvollstreckung*: Die regelmäßige Art der Verwertung ist die Zwangsvollstreckung, § 1147. Sie setzt voraus, dass der Hypothekar wegen seiner dinglichen Forderung auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück einen vollstreckbaren Titel hat. Vollstreckungstitel sind rechtskräftige oder vorläufig vollstreckbare Urteile, § 704 ZPO, sowie die in § 794 ZPO genannten Titel. In der Praxis, in welcher Kreditinstitute als Darlehensgeber auftreten, unterwirft sich der Eigentümer regelmäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung gemäß § 794 I Nr. 5 ZPO bereits bei Bestellung der Hypothek.¹⁷ Eine solche formularmäßige¹⁸ Unterwer-

¹⁴ Auch § 271 II, wonach der Schuldner jederzeit zur Leistung berechtigt ist, wird regelmäßig abbedungen sein.

¹⁵ Zum Begriff § 15 Rn. 29.

¹⁶ Vgl. für das Pfandrecht § 1229 und dazu oben § 15 Rn. 31.

¹⁷ Vgl. dazu Weirich/Ivo Rn. 1327 ff.

¹⁸ Zur AGB-Kontrolle Baur/Stürner § 40 Rn. 43 ff.

fungserklärung ist für den Gläubiger einfacher und kostengünstiger als die nachherige Erwirkung eines Urteils. Sie erfolgt gemäß § 800 I ZPO regelmäßig so, dass die sofortige Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig ist. Sie wirkt, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, damit auch gegen den Rechtsnachfolger im Eigentum. Weist der Hypothekar die Fälligkeit der Hypothek nach, erhält er vom Gericht oder Notar eine vollstreckbare, also mit Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung der Urkunde. Nach ihrer Zustellung (§§ 795, 750 II ZPO) und einer Wartefrist von zwei Wochen (§ 798 ZPO) kann die Zwangsvollstreckung beginnen. Hat der Hypothekar dagegen keine vollstreckbare Urkunde, so muss er sich im Prozess aus § 1147 erst einen vollstreckbaren Duldungstitel erstreiten.

Die Vollstreckung geschieht durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks und der mithaftenden beweglichen Sachen, § 866 I ZPO;¹⁹ in andere Gegenstände kann der Hypothekar nur vollstrecken, wenn er wegen seiner schuldrechtlichen Forderung einen Vollstreckungstitel hat.

Die Zwangsvollstreckung beginnt mit der Beschlagnahme, d. h. mit dem Beschluss des Vollstreckungsgerichts (Amtsgerichts), welcher die Zwangsversteigerung (Rn. 13 ff.) oder Zwangsverwaltung (Rn. 16) anordnet, §§ 1, 15, 20, 146 ZVG. Voraussetzung sind ein Antrag des Hypothekars und ein vollstreckbarer Titel; ferner muss der Eigentümer im Grundbuch eingetragen sein, § 17 ZVG, doch wird nach § 1148 der Eingetragene unwiderleglich als Eigentümer fingiert (Rn. 9). Die Beschlagnahme wird im Grundbuch eingetragen, § 19 ZVG, und mit der Zustellung an den Eigentümer wirksam, § 22 ZVG. Die Beschlagnahme ist mit der Pfändung beweglicher Sachen vergleichbar, sie begründet ein relatives Verfügungsverbot, § 23 ZVG, und an den bis dahin potentiell mithaftenden Sachen ein Pfandrecht.²⁰

3. Zwangsversteigerung

- 13** a) *Ziele:* Die Zwangsversteigerung dient dazu, die Substanz des Grundstücks und der mithaftenden beweglichen Sachen durch Veräußerung zu verwerten; dagegen verbleibt die Verwaltung und Nutzung des Grundstücks in den Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft bis zum Abschluss der Versteigerung dem Eigentümer, § 24 ZVG. Die Zwangsversteigerung geschieht durch das Vollstreckungsgericht, § 35 ZVG. Es ordnet einen Versteigerungstermin an, § 36 ZVG, in welchem zunächst Informationen über den Gläubiger, seinen Anspruch, den Wert des Grundstücks usw. mitgeteilt werden. Danach werden das geringste Gebot und die Versteigerungsbedingungen mitgeteilt, § 66 ZVG. Zum Verfahren vgl. im Einzelnen die §§ 66–78 ZVG.

¹⁹Die in § 866 I ZPO gleichfalls genannte Eintragung einer Zwangshypothek kommt neben der bereits bestehenden Hypothek nicht in Betracht. Eine solche Zwangshypothek kann sich aber der Gläubiger wegen seiner persönlichen Forderung eintragen lassen.

²⁰Dazu § 28 Rn. 5.

b) Geringstes und Bargebot: Gemäß den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen, die in §§ 44–58 ZVG geregelt sind, setzt sich das geringste Gebot zusammen aus dem Wert der Rechte, die dem betreibenden Gläubiger vorgehen,²¹ sowie aus den Kosten des Versteigerungsverfahrens; ein geringeres Gebot wird nicht zugelassen, § 44 ZVG. Das geringste Gebot kann aber in den Versteigerungsbedingungen auch anders festgesetzt werden, §§ 59 ff. ZVG. Der Ersteigerer muss keineswegs die Summe des geringsten Gebots zahlen, das geringste Gebot deckt sich nicht mit dem Bargebot. Die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden dinglichen Rechte werden durch die Zwangsversteigerung nicht beeinträchtigt und werden vom Ersteigerer übernommen, § 91 I ZVG. Das Bargebot umfasst also die Versteigerungskosten, dann die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Rechte nach § 10 I Nr. 1–3 ZVG und schließlich den Betrag, den der Ersteher über das geringste Gebot hinaus geboten hat (Meistgebot), § 49 ZVG.

Das Gebot stellt eine Willenserklärung dar, an welche der Bieter gebunden ist; die Bindung erlischt mit einem Übergebot, § 72 ZVG. Dem Meistbietenden wird durch Beschluss des Vollstreckungsgerichts der Zuschlag erteilt, §§ 81 ff. ZVG. Durch den Zuschlag wird das Eigentum am Grundstück und an allen beweglichen Sachen, auf welche sich die Versteigerung erstreckte, auf den Ersteigerer übertragen, § 90 ZVG. Die in der Zwangsvollstreckung geltend gemachte Hypothek und die im Rang nachstehenden dinglichen Grundstücksrechte erlöschen;²² sie setzen sich aber am Versteigerungserlös fort, § 92 I ZVG, welcher gemäß § 10 I ZVG zu verteilen ist.

c) Bewegliche Sachen; Forderungen: Mit dem Zuschlag geht auch das Eigentum an denjenigen beweglichen Sachen auf den Ersteigerer über, auf welche sich die Versteigerung erstreckt hat, § 90 II ZVG. Die Versteigerung erstreckt sich auf alle Gegenstände, die beschlagnahmt sind, § 55 I ZVG, ferner auch auf Zubehör, welches einem Dritten gehört, § 55 II ZVG, wenn dieser nicht sein Recht gemäß § 37 Nr. 5 ZVG durch Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO geltend gemacht hat. Das fremde Recht setzt sich gemäß § 92 I ZVG am Erlös fort, der Rechtsinhaber kann durch einen Widerspruch nach § 115 ZVG seine Berücksichtigung im Teilungsplan erreichen. Beschlagnahmt sind nach § 20 II ZVG alle beweglichen Sachen und Forderungen, auf welche sich nach §§ 1120–1122, 1127–1130 die Hypothek erstreckt. Gemäß dem Ziel der Zwangsversteigerung, die Substanz zu verwerten, die Nutzung des Grundstücks aber vorläufig dem Eigentümer zu belassen, umfasst die Beschlagnahme nicht die getrennten Erzeugnisse sowie Forderungen aus der Versicherung solcher Erzeugnisse, § 21 I ZVG; sie umfasst auch nicht die Miet- und Pachtforderungen und die Forderungen auf wiederkehrende Leistungen, § 21 II ZVG, wohl aber Versicherungsforderungen. Über abgetrennte Erzeugnisse und Bestandteile sowie über Zubehör kann der Eigentümer trotz der Beschlagnahme verfügen, soweit dies im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft geschieht, § 23 I 2 ZVG.

²¹ Das sind die dem betreibenden Hypothekengläubiger im Rang vorgehenden dinglichen Grundstücksrechte sowie die nach § 10 I Nr. 1–3 ZVG privilegierten Forderungen.

²² Falls in den Versteigerungsbedingungen nichts anderes bestimmt ist, §§ 91 II, 52 ZVG.

Soweit eine bewegliche Sache gemäß § 20 II ZVG von der Beschlagnahme erfasst wird, d. h. also soweit sich auch die Versteigerung und der Zuschlag auf sie erstrecken (§§ 55 I, 90 II ZVG), geht das Eigentum auf den Ersteigerer über, gleich wo die Sache sich befindet und wem sie gehört. In den in § 28 Rn. 7 f., 11 f. behandelten Fällen wird also der Ersteigerer Eigentümer des Traktors, wenn dieser noch im Haftungsverband der Hypothek war; andernfalls behält der Käufer das Eigentum daran.

4. Zwangsverwaltung

- 16 Die Zwangsverwaltung soll eine Befriedigung des Gläubigers aus den Nutzungen des Grundstücks bewirken. Die Beschlagnahme erfasst daher auch die getrennten Erzeugnisse sowie die Miet- und Pachtforderungen; auch das Verfügungsrecht nach § 23 I 2 ZVG wird dem Eigentümer entzogen, § 148 I ZVG. Die Zwangsverwaltung wird regelmäßig zugleich mit der Zwangsversteigerung beantragt und angeordnet. Das Vollstreckungsgericht bestellt einen Zwangsverwalter, der das Grundstück in Besitz nimmt und verwaltet, § 150 ZVG. Aus den Einnahmen werden die Kosten beglichen, § 155 I ZVG, Überschüsse werden auf die Gläubiger in der Rangfolge des § 10 Nr. 1–5 ZVG verteilt, jedoch werden in den Rangklassen 2–4 nur die laufenden wiederkehrenden Leistungen berücksichtigt, § 155 II ZVG. Daher bekommt auch der betreibende Hypothekengläubiger zunächst nur die Zinsen und die Tilgungsraten aus der Zwangsverwaltung bezahlt. Zahlungen auf das sonstige Kapital können unter den Voraussetzungen des § 158 ZVG erfolgen.

§ 30. Erlöschen der Hypothek



I. Umwandlung in ein Eigentümergrundpfandrecht

a) *Eigentümerhypothek*: Da die Hypothek grundsätzlich vom Bestehen der Forderung abhängt, so erlischt die Hypothek als solche, wenn die Forderung erlischt. Die Hypothek geht aber nicht unter, vielmehr geht das Recht auf den Eigentümer über, § 1163 I 2, indem sie sich in eine Eigentümergrundsuld umwandelt, § 1177 I. Erlischt die Forderung nur teilweise, entsteht in dieser Höhe eine Eigentümergrundsuld; in Höhe der noch nicht erloschenen Forderung besteht die Hypothek fort. Auch wenn der Hypothekar gemäß § 1168 auf die Hypothek verzichtet,¹ erwirbt sie der Eigentümer.² Hat der Eigentümer eine peremptorische (d. h. rechtszerstörende, dauernde) Einrede³ gegen die Hypothekenforderung, so kann er vom Hypothekar den Verzicht auf die Hypothek verlangen, § 1169.⁴

In den genannten Fällen erlischt also das Recht nicht, wie es etwa bei einer Aufgabe nach § 875 der Fall ist (Rn. 3), sondern es bleibt als Eigentümergrundpfandrecht bestehen; man spricht vom *Prinzip der festen Rangordnung*. Andere Rechte, etwa eine Dienstbarkeit oder eine Reallast, erlöschen, wenn der Rechtsinhaber auf sie verzichtet, die nachrangigen Rechte rücken auf; es gilt das *Prinzip der gleitenden Rangordnung*.⁵ Bei Grundpfandrechten dagegen folgt das Gesetz dem Prinzip der gleitenden Rangstelle nicht; sie erlöschen in den genannten Fällen nicht, sondern stehen als Eigentümerrechte dem Eigentümer zu. Die nachrangigen Rechte können nicht aufrücken, dem Eigentümer bleibt die Rangstelle gewahrt. Auf diese Weise kann er die Eigentümergrundsuld wieder verwerten, indem er sie an einen

¹Durch einseitige Erklärung gegenüber dem Eigentümer oder Grundbuchamt; der Verzicht wird wirksam mit Eintragung im Grundbuch, § 1168 II.

²Der Verzicht auf die Hypothek nach § 1168 ist also von ihrer Aufhebung nach §§ 875, 1183 (Rn. 3) zu unterscheiden; nur ersterer führt zu einem Eigentümergrundpfandrecht.

³Etwa die Einrede der Bereicherung oder unerlaubten Handlung, §§ 821, 853.

⁴Zum Ausschlussverfahren gegen unbekannte Gläubiger vgl. §§ 1170 f.

⁵Vgl. oben § 21 Rn. 36.

Gläubiger überträgt, eventuell unter Umwandlung wieder in eine Hypothek. Diese Wahrung des Rangs entspricht einem wirtschaftlichen Bedürfnis, bei Abtragung der ersten Hypothek soll die zweite nicht erstrangig werden; denn der zweite Hypothekar ist die Risiken einer zweitrangigen Hypothek (soweit vorhanden) bewusst eingegangen und hat dafür bessere Konditionen erhalten (höhere Zinsen). Es wäre unbillig, ihm noch dazu die Sicherheit einer erstrangigen Hypothek zu geben. Vielmehr muss der Eigentümer die Möglichkeit haben, die erste Rangstelle erneut zur Aufnahme eines günstigen Kredits zu nutzen. Um dieses wirtschaftliche Bedürfnis zu schützen, hat das BGB für Grundpfandrechte die festen Rangstellen eingeführt.⁶ Durch den 1978 eingeführten gesetzlichen Lösungsanspruch nach §§ 1179a, 1179b ist diese Regelung allerdings unterlaufen worden, vgl. Rn. 6 ff.

- 2 *b) Eigentümergrundschuld:* Geht die Hypothek als solche unter und als Eigentümerrecht auf den Eigentümer über, so wandelt sie sich in eine Grundschuld um, § 1177; sie wird Eigentümergrundschuld.⁷ Geht die Hypothek nur teilweise auf den Eigentümer über, so geht der dem Gläubiger verbleibende Teil dem des Eigentümers im Rang vor, § 1176. Geht die Hypothek mitsamt der Forderung auf den Eigentümer über, etwa im Fall des § 1143,⁸ so erwirbt der Eigentümer eine Eigentümerhypothek, die wie eine Eigentümergrundschuld zu behandeln ist, § 1177 II.

II. Untergang

- 3 Die Hypothek erlischt ersatzlos durch ihre Aufhebung gemäß §§ 875, 1183, wenn der Hypothekar also ihre Aufgabe erklärt, der Eigentümer gemäß der Aufgabe des Rechts zustimmt und eine entsprechende Eintragung (Löschung) im Grundbuch erfolgt.⁹ Das Grundpfandrecht erlischt ferner, wenn aus ihm die Zwangsvollstreckung in das Grundstück erfolgt und der Gläubiger aus dem Erlös befriedigt wird, § 1181. Wird der Gläubiger nicht befriedigt, so erlöschen dennoch mit dem Zuschlag gemäß § 91 I ZVG alle Rechte, die bei der Versteigerung nicht in das geringste Gebot fallen – wie regelmäßig das Recht des betreibenden Gläubigers. Schließlich kann durch gutgläubig lastenfreien Erwerb nach § 892 ein Grundpfandrecht erlöschen.

III. Löschungsvormerkung

- 4 *a) Lösungsverpflichtung:* Der Eigentümer kann sich verpflichten, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Ein Interesse an einer solchen Verpflichtung haben regelmäßig im Rang nachstehende

⁶Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 841 f.

⁷Zu ihrer Behandlung vgl. § 33 Rn. 28 ff.

⁸Vgl. § 27 Rn. 44.

⁹Zum Verzicht nach § 1168 oben Rn. 1.

Gläubiger und Interessenten, die ein Recht am Grundstück erwerben wollen. Eine solche Vereinbarung wirkt schuldrechtlich, sie bindet nur den versprechenden Eigentümer, nicht einen Rechtsnachfolger. Einen schuldrechtlichen Anspruch kann man dinglich durch eine Vormerkung absichern, so dass sie auch gegen Rechtsnachfolger wirkt. Die zweite BGB-Kommission hatte jedoch Bedenken, ob die §§ 883–888 ohne weiteres anwendbar seien, sie schuf daher den § 1179 in der ursprünglichen Fassung, wonach jeder Anspruch aus einer Lösungsverpflichtung durch eine Lösungsvormerkung gesichert werden konnte. Sie sah in Ausnahmefällen ein berechtigtes Interesse an einem solchen Anspruch,¹⁰ obwohl sie generell den Erwerb einer Eigentümergrundsuld durch den Eigentümer als angemessener betrachtete als das völlige Erlöschen des Rechts.¹¹

§ 1179 wurde 1978 zur jetzigen Fassung erweitert, als man jedem Inhaber eines Grundpfandrechts von Gesetzes wegen einen Lösungsanspruch gab, §§ 1179a, 1179b. Für Lösungsvormerkungen, die vor dem 1.1.1978 bestellt wurden, gilt noch die alte Regelung.

b) Vormerkungsberechtigte: Hat der Eigentümer sich verpflichtet, eine Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann gemäß § 1179 eine Lösungsvormerkung nur noch zugunsten bestimmter Rechte bestellt werden. Eine Lösungsvormerkung kann für die Inhaber gleich- oder nachrangiger Grundstücksrechte bestellt werden, wenn diese keine Grundpfandrechte sind, § 1179 Nr. 1; Inhaber von Grundpfandrechten haben ohnehin den gesetzlichen Lösungsanspruch (Rn. 7). Eine Lösungsvormerkung ist weiter zugunsten dessen möglich, der einen Anspruch auf Einräumung eines Grundstücksrechts hat, ausgenommen Grundpfandrechte, oder einen Anspruch auf Eigentumsübertragung, § 1179 Nr. 2. 5

IV. Gesetzlicher Lösungsanspruch

a) Das Problem: Ein Lösungsanspruch liegt sicherlich im Interesse der nachfolgenden Gläubiger, und da sich die Kreditinstitute in einer stärkeren Position befinden als der Kreditsuchende, konnten sie ihr Interesse auch durchsetzen, indem sie regelmäßig für ihre Grundpfandrechte eine Lösungsvormerkung vereinbarten. Die Vielzahl der einzutragenden Lösungsvormerkungen belasteten die Grundbuchämter und machten die Grundbücher unübersichtlich, so dass der Gesetzgeber eingreifen beschloss. Dazu hätte es zwei Möglichkeiten gegeben. Man hätte, der Entscheidung des BGB folgend, dass das wirtschaftliche Interesse des Eigentümers am Erwerb der Eigentümergrundsuld zu schützen sei, Lösungsvormerkungen unterbinden können. Die andere Möglichkeit war, den Interessen der Kreditinstitute den Vorrang einzuräumen; dann wäre es konsequent gewesen, das Prinzip der festen 6

¹⁰ Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 846 f.

¹¹ Vgl. Rn. 1.

Rangstellen bei Grundpfandrechten (Rn. 1) abzuschaffen¹² und die Hypothek mit dem Erlöschen der Forderung ersatzlos untergehen zu lassen, wie es noch der erste BGB-Entwurf wollte.¹³ Der Gesetzgeber hat sich entschlossen, den Interessen der wirtschaftlich stärkeren Kreditinstitute den Vorzug vor den Eigentümerinteressen zu geben, ohne die Konsequenz daraus zu ziehen. Er hat es bei den festen Rangstellen für Grundpfandrechte belassen und den Inhabern von Grundpfandrechten von Gesetzes wegen einen dinglich gesicherten Lösungsanspruch gegeben. Das ist inkonsequent, die Regelung ist unübersichtlich, schwer verständlich und nicht immer unbedenklich.

- 7 *b) Voraussetzungen:* Nach § 1179a I 1 kann jeder Inhaber einer Hypothek (und einer Grundschuld, vgl. § 1192) die Löschung einer gleich- oder vorrangigen Hypothek verlangen,¹⁴ sobald diese sich mit dem Eigentum in einer Person vereint.¹⁵ Anspruchsgegner ist der, welcher Eigentümer des Grundstücks war, als die Vereinigung stattfand, § 1179a I 2, ebenso sein Rechtsnachfolger; jeder haftet wegen der zur Zeit seines Eigentums bestehenden Vereinigung der Hypothek mit dem Grundeigentum. Beispiel: E hat dem H₁ eine Hypothek über 50.000 € bestellt, dann dem H₂ eine weitere Hypothek. E zahlt an H₁ 20.000 € zurück und veräußert das Grundstück an K, der den Rest abzahlt. E hatte eine Eigentümergrundschuld in Höhe von 20.000 €, die ihm auch nach der Veräußerung des Grundstücks geblieben ist, jetzt freilich als Fremgrundschuld. Wegen der restlichen gezahlten 30.000 € hat K eine entsprechende Eigentümergrundschuld. H₂ kann von beiden die Löschung ihrer Grundschuld verlangen. Hat E mit dem Grundstückseigentum auch seine Eigentümergrundschuld auf K übertragen, so richtet sich der Lösungsanspruch wegen der übertragenen Grundschuld auch gegen K.

Ist eine Eigentümergrundschuld entstanden, weil es an der zu sichernden Forderung fehlt, so kann die Löschung erst verlangt werden, wenn feststeht, dass die Forderung auch später nicht mehr entsteht, § 1179a II 1 (1). Entsteht der Lösungsanspruch, weil feststeht, dass der zu sichernde Anspruch nicht mehr entsteht, so wirkt er zurück auf die Zeit der Vereinigung, auch wenn die Eigentümergrundschuld in der Zwischenzeit abgetreten wurde,¹⁶ § 1179a II 1 (2). Ein Lösungsanspruch besteht ebenfalls nicht bezüglich einer Eigentümergrundschuld wegen nicht erfolgter Briefübergabe, §§ 1179a II 2, 1163 II; die Vereinigung ist nur vorübergehend, der Brief kann jederzeit noch übergeben werden.

¹²Vgl. dazu aber auch Schapp, JuS 1979, 544 ff.

¹³Vgl. § 1092 des 1. BGB-Entwurfs.

¹⁴Andere als Grundpfandgläubiger, z. B. Nießbraucher, können sich die Löschung der Eigentümergrundschuld nur dadurch sichern, dass sie sich einen solchen Lösungsanspruch durch Vereinbarung mit dem Grundeigentümer verschaffen und diesen Anspruch dann gemäß § 1179 durch eine Vormerkung sichern (Rn. 4 f.).

¹⁵Vgl. Weirich, Jura 1980, 127 ff.; Hadding/Welter, JR 1980, 89 ff.; Überblick bei Schwab, JuS 2010, 385 ff.

¹⁶Zwischenfinanzierer, denen die Eigentümergrundschuld abgetreten wurde, werden dadurch allerdings benachteiligt und verlieren ihre Sicherheit, so dass die Regelung verfehlt erscheint; krit. auch Baur/Stürner § 46 Rn. 41.

Wegen einer Eigentümergrundschild, die gemäß § 1196 als solche bestellt worden ist, besteht kein Lösungsanspruch; der Eigentümer will sie ja später zur Erlangung eines Kredits verwenden. Hat er das bereits getan, indem er sie einem Gläubiger als Sicherheit übertragen hat, und hat er sie dann zurück erworben, so entsteht der Lösungsanspruch, § 1196 III. Ein Gläubiger, der eine solche Eigentümergrundschild erwirbt, kann freilich nicht wissen, ob sie bereits abgetreten war und ob sie also dem Lösungsanspruch unterliegt; die Regelung ist deshalb bedenklich.¹⁷ Schließlich könnte der Eigentümer sie nach Rückhalt auch gelöscht haben und sich erneut eine Eigentümergrundschild nach § 1196 I bestellt haben. Die Vorschrift würde nur zu Mehrarbeit der Grundbuchämter führen. Der Lösungsanspruch aus § 1179a muss daher auch dann ausgeschlossen sein, wenn ein Gläubiger ein nachrangiges Grundpfandrecht erst erwirbt, *nachdem* der Eigentümer die vorrangige Grundschild zurück erworben hat.¹⁸

Ist das begünstigte Recht selbst eine Eigentümergrundschild nach § 1163, ist es jedoch nicht als solche auf den Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so steht der Lösungsanspruch nicht dem wirklichen Rechtsinhaber zu, sondern dem im Grundbuch als Rechtsinhaber Eingetragenen,¹⁹ § 1179a III.

Nach § 1179b – eine zunächst erstaunliche Vorschrift – kann auch der als Inhaber einer Hypothek im Grundbuch Eingetragene selbst vom Eigentümer die Löschung verlangen, wenn sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt hat. Es geht anders als bei § 1179a nicht um ein Aufrücken im Rang, sondern bloß um eine Verfahrenserleichterung für den Hypothekar, der bei einer Amortisationshypothek und einem Wechsel der Eigentümer während der Tilgungszeit nicht prüfen muss, bei wem wegen der von den Eigentümern geleisteten Raten eine teilweise Eigentümergrundschild angefallen ist oder ob sie eventuell außerhalb des Grundbuchs übertragen wurde. Der als Hypothekar Eingetragene kann eine Löschung des gesamten Rechts verlangen, ohne sich durch Ausstellen einer falschen Löschungsbewilligung evtl. schadensersatzpflichtig zu machen. Er kann vielmehr bei Rückzahlung des Darlehens eine sog. abstrakte Löschungsbewilligung²⁰ abgeben, ohne Rücksicht darauf, wer die einzelnen Raten bezahlt hat und dadurch Inhaber des dinglichen Rechts wurde.²¹

c) *Wirkung*: Der Lösungsanspruch verpflichtet den Eigentümer zur Aufhebung der Eigentümergrundschild nach § 875; er hat die gleiche Wirkung wie ein vormerkungsgesicherter Anspruch, § 1179a I 3. Beispiel: Hat der Grundeigentümer E eine erstrangige Hypothek abbezahlt und so eine Eigentümergrundschild erworben, so kann der zweitrangige Hypothekar H die Löschung der Grundschild verlangen. Hat E die Eigentümergrundschild an G zur Sicherung eines Darlehens übertragen, so ist das gemäß § 883 II gegenüber H relativ unwirksam, im Verhältnis zu H ist weiterhin

¹⁷ Vgl. dazu Hadding/Welter, JR 1980, 91; MünchKomm/Lieder § 1196 Rn. 24.

¹⁸ BGHZ 136, 246 Rn. 21; Schwab, JuS 2010, 385, 387.

¹⁹ Zum Zweck dieser Vorschrift vgl. Westermann/Eickmann § 106 Rn. 16 f.

²⁰ Lösungsfähige Quittung nach § 368, 2; § 29 GBO.

²¹ Baur/Stürner § 46 Rn. 45; Westermann/Eickmann § 106 Rn. 25.

E selbst Inhaber der Grundschild. H kann von E Aufhebung verlangen, von G Zustimmung zur Aufhebung, § 888.

- 9 *d) Abdingbarkeit:* Der Löschungsanspruch kann durch Vereinbarung abbedungen werden, die Vereinbarung bindet mit dinglicher Wirkung auch die Rechtsnachfolger, wenn sie im Grundbuch eingetragen wird, § 1179a V 2, sonst nur die Vertragschließenden.

§ 31. Besondere Arten der Hypothek



I. Sicherungshypothek

1. Gesetzliche Regelung

a) *Sicherungszweck*: Hypotheken sind zwar grundsätzlich akzessorisch, doch gibt es für die normalen Verkehrshypotheken Ausnahmen von diesem Grundsatz, im Interesse des Verkehrsschutzes. Diese Ausnahmen von der Akzessorietät benachteiligen den Eigentümer, dessen Grundstück etwa mit einer Hypothek belastet ist, ohne dass eine zu sichernde Forderung besteht, z. B. in Fällen des § 1138. Das Gesetz gibt den Parteien daher die Möglichkeit, eine streng akzessorische Hypothek zu bestellen, § 1184 I, die Sicherungshypothek, welche sich „nur nach der Forderung bestimmt“. Voraussetzung ist, dass die dingliche Einigung nach § 873 auf eine Sicherungshypothek gerichtet ist und dass im Grundbuch die Hypothek als „Sicherungshypothek“ bezeichnet wird, § 1184 II.¹

Im Gegensatz zur Verkehrshypothek ist die Sicherungshypothek nicht zum Umlauf bestimmt; sie kann zwar wie jede Hypothek abgetreten werden, doch ist das nicht ihr Zweck. Der Erwerb ist zudem riskant, da § 1138 wegen § 1185 II nicht gilt und daher bezüglich der Forderung ein guter Glaube nicht geschützt wird und der Erwerber deshalb den Bestand und die Einredefreiheit der Forderung sorgfältig prüfen muss. Daher ist bei der Sicherungshypothek die Erteilung eines Briefs ausgeschlossen, sie kann nur als Buchhypothek bestehen, § 1185 I.

Auch kraft Gesetzes oder in der Zwangsvollstreckung begründete Hypotheken dienen nicht dem Umlauf, sondern allein der Sicherung; sie entstehen daher als Sicherungshypotheken. So ist etwa die nach § 1287, 2² und die nach § 848 II 2 ZPO

¹ Vgl. das amtliche Grundbuchmuster im Anhang zu 35. Widersprechen sich Einigung und Eintragung, so entsteht das Recht so, wie es eingetragen ist, vgl. RGZ 123, 170; Westermann/Eickmann § 108 Rn. 3.

² S. oben § 16 Rn. 23.

entstehende Hypothek eine Sicherungshypothek, ebenso die Zwangshypothek in der Zwangsvollstreckung, §§ 866 f. ZPO.³ Rechtsgeschäftlich wird eine Sicherungshypothek selten bestellt, da sie ungünstig für den Kreditgeber ist.

- 2 b) *Strenge Akzessorietät*: Die Sicherungshypothek ist streng akzessorisch, alle Abweichungen vom Akzessorietätsgrundsatz, die für die Verkehrshypothek gelten, sind auf die Sicherungshypothek nicht anwendbar. Daher sind die Vorschriften, welche der Hypothek eine von der Forderung unabhängige Position geben, auf die Sicherungshypothek nicht anwendbar; das gilt gemäß § 1185 II für die §§ 1138, 1139, 1141, 1156. Im Übrigen gelten für sie die allgemeinen Regeln über Hypotheken.

Gemäß § 1138 wird z. B. für die Verkehrshypothek ein gutgläubiger Erwerb der Hypothek bei fehlender Forderung ermöglicht;⁴ das kann für die streng akzessorische Sicherungshypothek nicht gelten, sie kann ohne Forderung auf keinen Fall gutgläubig erworben werden.⁵ Ebenso wenig ist nach § 1138 ein gutgläubig einredefreier Erwerb der Hypothek möglich, wenn gegen die Forderung eine Einrede besteht. Dagegen ist gutgläubig einredefreier Erwerb nach § 1157 möglich, wenn sich die Einrede gegen die Hypothekenforderung richtet; denn das hat mit der Forderung und der Akzessorietät nichts zu tun.

Unanwendbar ist bei der Sicherungshypothek die *exceptio non numeratae pecuniae* („Einrede des nicht ausgezahlten Geldes“) nach § 1139; sie ist überflüssig, da die Hypothek ohne Forderung ohnehin nicht erworben werden kann. Die Fälligkeit der Sicherungshypothek tritt bereits mit Kündigung der Forderung ein, eine besondere Kündigung der Hypothek nach § 1141 ist nicht erforderlich.⁶ Wird die Sicherungshypothek abgetreten, so bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und neuem Inhaber entgegen § 1156 allein nach den §§ 406–408.

- 3 c) *Umwandlung*: Eine Sicherungshypothek kann in eine Verkehrshypothek umgewandelt werden, eine Verkehrshypothek in eine Sicherungshypothek, § 1186.

2. Höchstbetragshypothek

- 4 a) *Forderung*: Eine besondere Form der Sicherungshypothek ist die Höchstbetragshypothek, § 1190. Während eine Hypothek normalerweise auf eine bestimmte Geldsumme lauten muss, § 1113 I, reicht es bei der Höchstbetragshypothek aus, wenn ein Höchstbetrag angegeben wird, für welchen das Grundstück haften soll,

³Vgl. schon § 27 Rn. 10 sowie für die „Zwangssicherungshypothek“ das Grundbuchmuster im Anhang zu ③4. – Die Zwangshypothek ist regelmäßig von Interesse für persönliche Gläubiger, die auf diese Weise ein dingliches Recht am Grundstück erwerben wollen.

⁴Vgl. § 27 Rn. 25.

⁵Dennoch kann auch eine Sicherungshypothek gutgläubig erworben werden. Das ist etwa dann der Fall, wenn die zu sichernde Forderung besteht und die Sicherungshypothek zwar eingetragen ist, aber aus irgendwelchen Gründen nicht entstanden ist. In diesem Fall ist ein gutgläubiger Erwerb der Sicherungshypothek nach § 892 möglich.

⁶Vgl. dazu § 29 Rn. 7.

während „im Übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird“, § 1190 I 1. Eine solche Hypothek ist also geeignet, Forderungen in wechselndem Bestand zu sichern, etwa Kontokorrentforderungen. Die Höchstbetragshypothek ist als Sicherungshypothek für den Gläubiger ungünstig und wird daher selten vereinbart; stattdessen dienen die forderungsunabhängige Grundschuld und auch die Sicherungsgrundschuld den Gläubigerinteressen besser.

Zur Bestellung einer Höchstbetragshypothek ist erforderlich, dass statt einer festen Geldsumme der Höchstbetrag der Haftung im Grundbuch eingetragen wird, § 1190 I 2. Sie ist auf jeden Fall eine Sicherungshypothek, auch wenn sie nicht als solche im Grundbuch bezeichnet wird, vgl. § 1190 III. Die gesicherte Forderung kann unbestimmt sein, es reicht auch aus, alle künftigen Forderungen des Gläubigers zu sichern; möglich ist es auch, Forderungen gegen verschiedene Schuldner zu sichern.⁷ Die Höchstbetragshypothek ist nicht verzinslich, die Zinsen werden in den Höchstbetrag eingerechnet, der angegebene Höchstbetrag ist die obere Grenze der Grundstückshaftung.

Die gesicherte Forderung kann auch bei der Höchstbetragshypothek mitsamt der Hypothek nach den allgemeinen Regeln (§§ 1153 f.) abgetreten werden. Da die wechselnden Forderungen jedoch nur in einem lockeren Zusammenhang mit der Hypothek stehen, lässt das Gesetz auch eine Abtrennung der gesamten Forderung oder von Teilforderungen von der Hypothek dadurch zu, dass sie nach den Regeln der Zession (§§ 398 ff.) übertragen werden, § 1190 IV; die Hypothek geht dann nicht mit über, sondern sichert die restlichen oder künftigen Forderungen.

b) *Eigentümergrundschuld*: Die Höchstbetragshypothek ist jeweils soweit Hypothek, wie die zu sichernde Forderung besteht; der Rest ist Eigentümergrundschuld. Diese steht aber dem Eigentümer nicht zur Verfügung, da die Forderung und damit die Hypothek jederzeit bis zum Höchstbetrag ansteigen kann; der Eigentümer kann also nicht Berichtigung des Grundbuchs oder Löschung verlangen; er kann auch nicht über die vorläufige und bedingte Eigentümergrundschuld verfügen.⁸ Der Stand der Höchstbetragshypothek wird endgültig festgestellt, wenn das Rechtsverhältnis enden soll, durch Vertrag oder gerichtliches Urteil. 5

c) *Umwandlung*: Die Höchstbetragshypothek kann in eine einfache Sicherungshypothek, eine Verkehrshypothek oder in eine Grundschuld umgewandelt werden; das geschieht nach §§ 1186, 1198 durch Einigung und Eintragung.

3. Wertpapierhypothek

a) *Rechtsnatur als Sicherungshypothek*: Auch für Forderungen aus Inhaberschuldverschreibungen (§ 793) oder für Forderungen aus Orderpapieren kann eine Hypothek bestellt werden, § 1187, 1; gedacht ist dabei nicht an Forderungen aus einzelnen Wertpapieren, sondern an Hypotheken für ganze Anleihen. Als Gläubiger 6

⁷ Baur/Stürner § 42 Rn. 19.

⁸ RGZ 125, 136.

werden nicht bestimmte Personen eingetragen, sondern die Inhaber bzw. durch Indossament ausgewiesenen Inhaber der Papiere. Eine solche Hypothek ist immer Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuch nicht so bezeichnet ist, § 1187, 2; das setzt freilich voraus, dass die gesicherte Forderung aus den Inhaber- oder Orderpapieren als solche im Grundbuch bezeichnet wird. Eine praktische Bedeutung hat die Wertpapierhypothek nicht, sie ist von der Grundschuld verdrängt worden.

Über die Wertpapierhypothek wird nach wertpapierrechtlichen Regeln verfügt, die sachenrechtlichen Regeln (Einigung und Eintragung) sind nicht anwendbar, § 1187, 3. Ein Lösungsanspruch nach §§ 1179a, 1179b kann nicht entstehen, § 1187, 4.

- 7 *b) Sondervorschrift für Inhaberpapiere:* Bei einer Anleihe sind die Inhaber der Schuldverschreibungen, also die Gläubiger, kaum feststellbar. Daher genügt für die Bestellung der Hypothek eine einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt sowie die Eintragung, § 1188 I.
- 8 *c) Grundbuchvertreter:* Bei Wertpapierhypotheken nach § 1187 kann für die jeweiligen Gläubiger gemäß § 1189 ein Vertreter bestellt werden, der über die Hypothek verfügen und die Gläubiger beim Geltendmachen der Hypothek vertreten kann; die Bestellung des Vertreters muss im Grundbuch eingetragen werden, § 1189 I 2. Wie weit die Vertretungsmacht des Vertreters im konkreten Fall reicht, bestimmen die Gläubiger bei der Ernennung des Vertreters. Von einem normalen Vertreter unterscheidet sich dieser Vertreter dadurch, dass er nach § 1189 II auch Pflichten gegenüber dem Eigentümer hat: Kann der Eigentümer von den Gläubigern eine Verfügung verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von diesem verlangen.

II. Gesamthypothek

1. Entstehung

- 9 *a) Inhalt:* Für ein und dieselbe Forderung können zwar nicht mehrere Hypotheken an einem Grundstück bestellt werden, wohl aber ist es möglich, verschiedene Grundstücke oder Miteigentumsanteile mit *einer* Hypothek für eine Forderung zu belasten; es entsteht eine Gesamthypothek, § 1132. Ob die belasteten Grundstücke alle demselben Eigentümer gehören oder verschiedenen, spielt keine Rolle. Gesamthypotheken werden bestellt an kleineren Parzellen von geringerem Wert, die allein keine hinreichende Sicherung für den Gläubiger wären. Auch wenn mehrere Miteigentümer eines Grundstücks dieses mit einer Hypothek belasten, entsteht eine Gesamthypothek; sie kann auch nachträglich durch die Teilung des Eigentums an einem Grundstück entstehen.

Die Hypothek muss auf allen belasteten Grundstücken eingetragen werden, sie muss auf allen Grundstücken von derselben Art sein, z. B. eine Verkehrsbriefhypothek. Der Gläubiger kann die Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke

aufteilen, § 1132 II, so dass jedes einzelne Grundstück nur noch für einen Teilbetrag der Forderung haftet. Das geschieht durch einseitige Erklärung des Gläubigers und Eintragung bei den belasteten Grundstücken.⁹ Eine Zwangshypothek kann nicht als Gesamthypothek bestellt werden, § 867 II ZPO, der Forderungsbetrag ist vielmehr auf die Grundstücke aufzuteilen;¹⁰ ist eine Gesamthypothek durch Teilung des mit einer Zwangshypothek belasteten Grundstückseigentums entstanden, so muss sie aufgeteilt werden.

b) *Entstehung*: Die Gesamthypothek kann als solche *bestellt* werden, indem für eine Forderung auf mehreren Grundstücken eine Hypothek eingetragen wird und der Gläubiger sich gemäß § 873 mit allen Eigentümern der Grundstücke über die Entstehung der Hypothek einigt.¹¹ Die Mithaftung der anderen Grundstücke soll bei jedem Grundstück vermerkt werden, § 48, 1 GBO; bei einer Briefhypothek wird nur ein Brief für die gesamte Hypothek erteilt, § 59 GBO. Eine Gesamthypothek kann auch *nachträglich* entstehen, indem das mit einer Einzelhypothek haftende Grundstück nachträglich geteilt wird oder für eine Forderung eine weitere Hypothek auf einem anderen Grundstück bestellt wird; der Mithaftungsvermerk bei dem zuerst belasteten Grundstück ist nachträglich anzubringen, § 48, 2 GBO, die Mithaftung ist auf dem Hypothekenbrief zu vermerken, § 63 GBO.

c) *Verfügungen*: Verfügungen über die Gesamthypothek müssen bei allen belasteten Grundstücken eingetragen werden; sie werden nicht wirksam, auch nicht bezüglich einzelner Grundstücke, bevor das geschehen ist.¹²

2. Haftung

Gemäß § 1132 I haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung; der Gläubiger kann nach seinem Belieben Befriedigung aus jedem Grundstück ganz oder zum Teil suchen. Er kann also nur ein Grundstück oder einzelne versteigern lassen, bis er befriedigt ist, oder auch alle, um sich aus dem Erlös aller Grundstücke jeweils zu einem Anteil zu befriedigen.¹³ Auf die Interessen der Grundstückseigentümer oder anderer Gläubiger muss er bei seiner Wahl keine Rücksicht nehmen, es sei denn, dass ein spezielles Rechtsverhältnis ihm eine besondere Rücksichtnahme auferlegt.¹⁴

⁹Zur Brieferteilung vgl. § 63 GBO.

¹⁰BGH NJW 1991, 2022.

¹¹§ 873 ist also für jedes Grundstück zu beachten. Soll eine Gesamthypothek zwei Grundstücke belasten, ist aber eine Hypothek nur für eines der Grundstücke wirksam bestellt, ist § 139 anzuwenden; nach dem Parteiwillen ist regelmäßig von der Entstehung eines Einzelrechts auszugehen, vgl. Müller/Gruber Rn. 3741.

¹²Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 868.

¹³Vgl. §§ 18, 63 ZVG.

¹⁴Vgl. Motive III, 684 ff.

Man kann diese Art der Grundstückshaftung mit einer Gesamtschuld nach § 421 vergleichen.¹⁵

Diese für den Gläubiger günstige Regelung ist für die Eigentümer der Grundstücke ungünstig, da sie kaum einen weiteren Kredit auf die belasteten Grundstücke erhalten werden. Jeder Inhaber eines Grundpfandrechts nach der Gesamthypothek muss damit rechnen, dass der Gläubiger gerade das Grundstück ganz für sich in Anspruch nimmt, auf welchem auch sein Recht eingetragen ist. Die Grundstücke werden daher durch die Gesamthypothek als Kreditgrundlage unbrauchbar; sie kommen allenfalls noch für eine weitere Gesamthypothek in Betracht.

3. Befriedigung des Gläubigers

- 13 a) *Eigentümergrundschild*: Gehören alle belasteten Grundstücke einem Eigentümer und wird der Gläubiger befriedigt, so geht die Gesamthypothek gemäß § 1163 I 2 auf den Eigentümer über und wandelt sich in eine Gesamteigentümergrundschild, § 1177 I; er kann sie nach § 1132 II aufteilen.

Schwieriger gestaltet sich die Lage, wenn die Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören. Liegt ein Fall des § 1163 vor, entsteht also die Forderung nicht oder befriedigt der Schuldner den Gläubiger,¹⁶ so geht gemäß §§ 1172 I, 1177 die Gesamthypothek als Gesamteigentümergrundschild auf die Eigentümer über.¹⁷ Jeder Eigentümer kann gemäß § 1172 II Aufteilung verlangen, so dass sein Eigentümergrundstück nur noch mit einem Teilbetrag der Grundschild belastet ist, der sich aus dem Wertverhältnis der Grundstücke zueinander berechnet. Die Aufteilung geschieht durch Erklärung der Eigentümer gegenüber dem Grundbuchamt sowie durch Eintragung.

- 14 b) *Zahlung durch die Eigentümer*: Befriedigen die Eigentümer gemeinsam den Gläubiger, so gelten ebenfalls die §§ 1172, 1163, wenn sie keinen Regressanspruch gegen den Schuldner und untereinander haben. Eine solche Situation liegt vor, wenn die Eigentümer selbst Schuldner waren oder wenn sie im Verhältnis zum Schuldner zur Befriedigung des Gläubiger verpflichtet waren¹⁸ und zur Befriedigung des Gläubigers den von ihnen im Innenverhältnis zu tragenden Teil beigetragen haben, im Verhältnis des Werts der Grundstücke, vgl. § 1172 II. Die Gesamthypothek geht als Gesamteigentümergrundschild auf die Eigentümer über, jeder kann Aufteilung verlangen. Hat aber einer zu wenig beigetragen, ist der Rest von den anderen übernom-

¹⁵ So Prütting Rn. 737.

¹⁶ Zum Fall, dass der Schuldner Regress nehmen kann, vgl. Rn. 16.

¹⁷ Sie steht ihnen gemäß §§ 741 ff. zur Gemeinschaft nach Bruchteilen zu, BGH NJW-RR 1986, 233; Westermann/Eickmann § 107 Rn. 25 f.; a. A. Wolff/Raiser § 148 VII 1 b, die eine Gesamthandsgemeinschaft annehmen. Zum Lösungsanspruch jedes Eigentümers aus § 894 BGH NJW 2009, 847.

¹⁸ Vgl. § 27 Rn. 45.

men worden und ist ein späterer Ausgleich vereinbart, so ist § 1173 entsprechend anzuwenden, vgl. Rn. 15.

War im Innenverhältnis der Schuldner zur Leistung verpflichtet, so geht mit der Zahlung durch die Eigentümer die gesicherte Forderung auf diese über, § 1143 I, so dass sie beim Schuldner Regress nehmen können. Im Übrigen gilt das Vorhergehende. Besteht kein Regressanspruch der Eigentümer untereinander, so erwerben sie die Gesamthypothek als Eigentümergrundschuld, andernfalls ist § 1173 anzuwenden.

c) *Zahlung durch einen Eigentümer:* Befriedigt einer der Eigentümer den Gläubiger, so ist § 1173 anzuwenden.¹⁹ War er oder ein anderer Eigentümer dem Schuldner gegenüber zur Zahlung verpflichtet oder war er selbst persönlicher Schuldner, so erlischt die Forderung; besteht kein Regressanspruch gegenüber einem anderen Eigentümer, so erwirbt der zahlende Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstück, wobei sich die Gesamthypothek in eine Eigentümergrundschuld umwandelt. Die Gesamthypothek an den anderen Grundstücken erlischt, § 1173 I 1, es bleibt also abweichend von §§ 1163 I 1, 1177 I auch keine Eigentümergrundschuld bestehen.²⁰

15

Besteht ein Regressanspruch des leistenden Eigentümers gegen einen anderen Eigentümer, so ist § 1173 II anzuwenden. Ein solcher Regressanspruch kann sich aus einer Vereinbarung zwischen den Eigentümern ergeben, aber auch aus dem Gesetz, etwa aus § 426: Der Gesetzgeber wollte zwar keinen Ausgleich der Eigentümer der belasteten Grundstücke untereinander anordnen,²¹ was freilich im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat. Er ging davon aus, dass die Beteiligten den Ausgleich vertraglich regeln würden; tatsächlich geschieht das auch fast immer.²² Dennoch muss auch für die Fälle eine Regelung gefunden werden, in welchen es nicht geschieht. Es gibt keinen Grund, in der Art eines Lotteriespiels die endgültige Haftung dem aufzubürden, der vom Gläubiger nach dessen Willkür zur Zahlung herangezogen wird, unter Androhung der Versteigerung seines Grundstücks. Ein Ausgleich in entsprechender Anwendung des § 426 ist entgegen der h. M. sachgerecht, wenn sich aus Vertrag oder Gesetz nichts anderes ergibt,²³ wie auch sonst bei mehreren Sicherungsrechten anerkannt ist.²⁴

Befriedigt ein Eigentümer, der einen Regressanspruch gegen einen anderen Eigentümer hat, den Gläubiger, so erwirbt er in Höhe des Ersatzanspruchs die

¹⁹ Der Befriedigung durch einen Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen, § 1173 I 2.

²⁰ Das dient dem Schutz nachrangiger Gläubiger, vgl. das Beispiel in den Protokollen der 2. Kommission, in: Mugdan III, 859 f.

²¹ Motive III, 685 ff.

²² Vgl. Wolff/Raiser § 148 Fn. 22.

²³ So zu Recht R. Schmidt, JherJahrb 72 (1922), 98; Ehmann, Die Gesamtschuld, 1972, 330, 352; Weitnauer, DNotZ 1974, 85 ff.; Wilhelm Rn. 1729a; Soergel/Gebauer § 426 Rn. 8; anders aber BGHZ 108, 179, 186 (Ausnahmeregelung des § 1173); Baur/Stürmer § 43 Rn. 23; MünchKomm/Lieder § 1132 Rn. 32; Schanbacher, WM 1998, 1806.

²⁴ Vgl. § 15 Rn. 54.

Hypothek am Grundstück dieses Eigentümers; sie ist zusammen mit der Eigentümerhypothek am eigenen Grundstück, die der zahlende Eigentümer nach § 1173 I 1 erwirbt, eine Gesamthypothek, § 1173 II. Die Hypothek an den Grundstücken der Eigentümer, gegen die kein Regressanspruch besteht, erlischt nach § 1173 I 1 (2).

War der zahlende Eigentümer nicht Schuldner der gesicherten Forderung und auch gegenüber dem Schuldner nicht zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet, so kann er gegen den Schuldner Regress nehmen: Er erwirbt nach § 1143 I die gesicherte Forderung. Die Gesamthypothek geht aber nicht ohne weiteres auf ihn über, § 1153 ist durch §§ 1143 II, 1173 ersetzt.²⁵ Die Hypothek geht nur insoweit auf den zahlenden Eigentümer über, wie er Regress von einem anderen Eigentümer verlangen kann, § 1173 II;²⁶ ansonsten ist § 1173 I anzuwenden.

- 16 d) *Zahlung durch den Schuldner*: Befriedigt der Schuldner den Gläubiger, waren aber im Verhältnis zu ihm die Eigentümer zur Leistung an den Gläubiger verpflichtet,²⁷ so kann er von allen Regress verlangen; gemäß § 1164 geht die Gesamthypothek auf ihn über und sichert nun den Regressanspruch.

Hat der Schuldner aber nur einen Regressanspruch gegen einzelne Eigentümer, so ist § 1174 anzuwenden. Die Hypothek am Grundstück der regressverpflichteten Eigentümer geht auf den Schuldner über und sichert dessen Anspruch; die Hypotheken an den übrigen Grundstücken erlöschen, § 1174 I. Ist der Schuldner nur zum Teil regressberechtigt, so geht die Hypothek nur in Höhe der Regressforderung auf ihn über; der Rest steht den Eigentümern als Gesamteigentümergrundsuld zu. Die Eigentümer können diese Gesamteigentümergrundsuld gemäß § 1172 II aufteilen, doch muss sich der regresspflichtige Eigentümer den Teil anrechnen lassen, der auf den regressberechtigten Schuldner übergegangen ist, § 1174 II.

- 17 e) *Verzicht*: Verzichtet der Gläubiger auf die Gesamthypothek, so geht sie gemäß §§ 1175 I 1, 1177 als Gesamteigentümergrundsuld auf die Eigentümer über; es gilt § 1172. Verzichtet der Gläubiger nur auf die Hypothek an einem Grundstück, so geht sie nicht etwa nach § 1168 als Eigentümergrundsuld auf den Eigentümer über, sie erlischt vielmehr gänzlich, § 1175 I 2.²⁸

- 18 f) *Befriedigung aus nur einem Grundstück*: Wird der Gläubiger im Wege der Zwangsversteigerung aus einem der haftenden Grundstücke befriedigt, so erlischt die Gesamthypothek insgesamt, auch soweit sie an den nicht verwerteten Grundstücken bestand, § 1181 II. Kann aber der Eigentümer des verwerteten Grundstücks von einem anderen Eigentümer Ersatz verlangen, so geht die Hypothek an dessen

²⁵ Würde man die Gesamthypothek insgesamt mit der Forderung übergehen lassen, so würde man auf diese Weise einen gesetzlichen Regress anordnen, was der Gesetzgeber gerade nicht wollte: Der Leistende könnte von jedem der anderen Eigentümer vollen Ersatz verlangen; wäre er von einem befriedigt worden, so könnte dieser von einem der restlichen Ersatz verlangen usw., bis schließlich die ganze Last beim Letzten verbliebe; eine solche Lösung wurde abgelehnt, vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 866 f.

²⁶ Palandt/Herrler § 1173 Rn. 9; anders MünchKomm/Lieder § 1173 Rn. 11, 3.

²⁷ Vgl. § 27 Rn. 46.

²⁸ Vereitelt der Gläubiger eine Regresshypothek nach § 1173 II, indem er auf sie einseitig nach § 1175 I verzichtet, ist zugunsten des ablösenden Eigentümers § 1165 analog anzuwenden, vgl. Baur/Stürner § 43 Rn. 33; a. A. Schanbacher, WM 1998, 1806, 1807.

Grundstück auf ihn über, § 1182, 1; sie nimmt jedoch immer den letzten Rang ein, § 1182, 2. Damit wollte der Gesetzgeber die Erwartung der anderen Rechtsinhaber schützen, im Range vorzurücken, wenn die Gesamthypothek von einem der Eigentümer befriedigt wird.²⁹

²⁹Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 862.

§ 32. Grundschild



I. Begriff und Bedeutung; anwendbare Vorschriften

a) *Fehlende Akzessorietät*: Die Motive der 1. BGB-Kommission beschreiben die Grundschild wie folgt: „Die Grundschild ist ein selbständiges Recht; sie unterscheidet sich dadurch von der Hypothek, dass sie nicht wie diese eine Forderung zur Voraussetzung hat. Die Beteiligten können freilich miteinander verabreden, dass eine Forderung durch die Grundschild gesichert werden soll. Aber eine solche Abrede kommt nur als Motiv, nicht als Erfordernis der Begründung des Rechts in Betracht ... Hiermit ist allerdings ein Recht anerkannt, dessen Inhalt durch die abstrakte Befugnis zur Vernichtung der Rechte des jeweiligen Eigenthümers gebildet wird. Aber darum ist die Grundschild nicht unvereinbar mit dem Eigenthume. Denn der Eigenthümer kann die Zwangsvollstreckung in das Grundstück dadurch abwenden, dass er die beizutreibende Summe an den Grundschildgläubiger zahlt und auf diese Weise die Möglichkeit erlangt, das Grundstück von der Grundschild zu befreien. Die letztere ist also immer nur ein das Eigenthum beschränkendes Recht, welches der Konsolidation mit demselben fähig ist.“¹

Der Gesetzgeber von 1900 hat die Grundschild also als ein nichtakzessorisches Recht ausgestaltet, gleichgültig, ob sie isoliert (d. h. ohne zu sichernde Forderung) oder ob sie zur Sicherung einer Forderung bestellt ist: Anders als die Hypothek ist sie also in Entstehung, Durchsetzung und Bestand unabhängig von einer zu sichernden Forderung.² § 1191 I umschreibt die Grundschild fast mit den gleichen Worten, mit denen auch § 1113 die Hypothek beschreibt, allerdings unter Weglassung der Worte „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt,

¹ Motive III, 779. Zur Geschichte der Grundschild, insbesondere der Sicherungsgrundschild, vgl. Buchholz, AcP 203 (2003), 786 ff.

² Die fehlende Akzessorietät der Grundschild sollte man nicht mit „Abstraktheit“ bezeichnen: Die Grundschild ist (wie jedes dingliche Recht) abstrakt und zugleich nicht akzessorisch; richtig BeckOGK/Kiehle § 1157 Rn. 28.1.

eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Die Grundschild teilt also nicht das Schicksal der Forderung, sie ist nicht akzessorisch.³

- 2 *b) Sicherungsgrundschild:* Sie wird „zur Sicherung eines Anspruchs verschafft“ und ist seit dem Risikobegrenzungs-gesetz von 2008 in § 1192 Ia legal definiert. Die bis zum 19.8.2008⁴ begründeten Sicherungsgrundschilden folgen denselben Regeln wie die isolierte Grundschild, sind also wie diese in keiner Hinsicht akzessorisch.⁵ Für die seit dem 20.8.2008 bestellten Sicherungsgrundschilden gilt dagegen, dass sie zwar in Entstehen und Erlöschen vom Bestand der Forderung unabhängig sind, aber in ihrer Durchsetzung von der Durchsetzbarkeit der Forderung abhängen.⁶ Die Hauptänderung 2008 bestand nämlich darin, dass bei der Sicherungsgrundschild § 1157, 1 ausdrücklich für anwendbar erklärt wird, allerdings § 1157, 2 – anders als bei der Hypothek – keine Anwendung findet. Die gegen den alten Grundschildgläubiger bestehenden Einreden kann der Eigentümer daher auch dem neuen Grundschildgläubiger entgegensetzen, ohne dass dieser sich auf einen gutgläubig lastenfreien Erwerb berufen könnte. Aufgrund dieser Regelung ist der Eigentümer bei der (nicht akzessorischen) Sicherungsgrundschild besser geschützt als bei der akzessorischen Verkehrshypothek, ein merkwürdiges und wenig stimmiges Ergebnis einer rechtspolitisch nicht einmal gebotenen Reform.⁷ Die deshalb auftretenden Wertungswidersprüche sollten auf ein Mindestmaß begrenzt werden. Die Besonderheiten der Sicherungsgrundschild sind in § 33 Rn. 1 ff. erläutert.
- 3 *c) Anwendbarkeit des Hypothekenrechts:* Der Gesetzgeber wollte keine gemeinsamen Grundsätze für die Grundpfandrechte aufstellen,⁸ sondern erst eine Art der Grundpfandrechte regeln und bei der Behandlung der anderen Art darauf verweisen. Entsprechend hatte die Redaktionskommission der zweiten BGB-Kommission zwei Vorschläge ausgearbeitet, bestehend aus denselben Normen in verschiedener Anordnung; der erste Vorschlag stellte die Hypothek an die Spitze und verwies für die Grundschild darauf, der zweite regelte zuerst die Grundschild und verwies für die Hypothek darauf.⁹ Die zweite BGB-Kommission entschied sich für den ersten Vorschlag, weil die Grundschild in weiten Teilen des Reichs deutlich unbekannter und unbeliebter als die Hypothek sei.¹⁰ § 1192 I verweist daher auf das Hypothekenrecht und erklärt alle Vorschriften für entsprechend anwendbar, ausgenommen die, welche auf der Akzessorietät der Hypothek beruhen. Die Entscheidung der zweiten BGB-Kommission wird der heutigen Rechtswirklichkeit nicht gerecht, in der

³Zur Sicherungsgrundschild sogleich Rn. 2 sowie § 33 Rn. 1 ff.

⁴Vgl. Art. 229 § 18 I EGBGB.

⁵Verklammert werden schuldrechtliche Forderung und Sicherungsgrundschild allerdings über den Sicherungsvertrag, aus dem dem Eigentümer Einreden gegen die Grundschild erwachsen können, die er dem Gläubiger gemäß § 1157 entgegensetzen kann. Zum Sicherungsvertrag § 33 Rn. 4 ff.

⁶Dazu ausf. Dollinger, Die Forderungsabhängigkeit der Sicherungsgrundschild, 2014, 166 ff.

⁷Krit. auch Baur/Stürner § 36 Rn. 82, § 44 Rn. 21, § 45 Rn. 671; Prütting Rn. 771a; positiver Dollinger (Fn. 6), 218 ff.

⁸Vgl. § 26 Rn. 1.

⁹Vgl. die Anlage zu den Protokollen der 2. Kommission, in: Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs IV, 1899, 501 ff.

¹⁰Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 792 f., 794.

Grundschulden deutlich häufiger bestellt werden als Hypotheken.¹¹ Will man also wissen, welche Vorschriften nach dem Willen der zweiten BGB-Kommission auf die Grundschuld anwendbar sein sollten, so muss man nur den zweiten Vorschlag betrachten;¹² danach sind folgende Bestimmungen anwendbar, wobei statt „Forderung“ gegebenenfalls „Grundschuld“ oder „Betrag“ zu lesen ist: §§ 1114, 1115 I (1) und II, 1116–1136, 1140, 1141 (= 1193), 1142, 1143,¹³ 1144–1152, 1154, 1155, 1156, 2, 1157–1159, 1160, 1162, 1163 II, 1168–1173, 1175, 1176, 1178, 1179, 1181–1183, 1188, 1189. Weiter muss man §§ 1156, 1,¹⁴ 1179a und 1179b als auf die Grundschuld anwendbar ansehen. Auf die entsprechenden Ausführungen in §§ 27–31 wird verwiesen. Nicht anwendbar sind dagegen §§ 1115 I (2), 1137–1139, 1153, 1161, 1163 I, 1164–1167, 1174, 1177, 1180, 1184–1187, 1190.

d) *Isolierte Grundschuld*: Sie ist in der Praxis selten; sie kann etwa benutzt werden, wenn jemand einem anderen wirtschaftliche Werte zuwenden will, ohne dass eine Forderung besteht: z. B. zur Ausstattung des Kindes bei der Heirat, zur Sicherung eines Familienangehörigen vor einem Vermögensverfall oder als Sacheinlage in eine GmbH. Auch die Eigentümergrundschuld nach § 1196 (§ 33 Rn. 25 ff.) ist vor ihrer Abtretung an einen Gläubiger forderungslos. 4

Als Sicherungsgrundschuld ist die Grundschuld dagegen das bevorzugte Grundpfandrecht zur Sicherung von Forderungen. Die Forderungsunabhängigkeit der Sicherungsgrundschuld in ihrem Entstehen bietet den Vorteil, dass sie zur Sicherung beliebiger Forderungen eingesetzt werden kann, es bedarf dazu nur einer entsprechenden Sicherungsabrede zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner. Die zu sichernde Forderung kann so auch formlos ausgewechselt werden;¹⁵ die Grundschuld kann auch problemlos zur Sicherung künftiger oder ständig wechselnder Forderungen eingesetzt werden. Das bringt erhebliche Vorteile gegenüber der Hypothek, aber auch Gefahren für den Eigentümer. Sie wurden durch den 2008 in Kraft getretenen § 1192 Ia jedoch ausgeräumt; dazu unten § 33 Rn. 14 f.

II. Entstehung der Grundschuld

1. Bestellung

a) *Erwerb vom Berechtigten*: Belastbar mit einer Grundschuld sind Grundstücke, 5 Miteigentumsanteile an Grundstücken sowie grundeigentumsähnliche Rechte,¹⁶ §§ 1192, 1113, 1114. Die Grundschuld entsteht durch Einigung und Eintragung,

¹¹ Man geht von einem Verhältnis von 80 zu 20 % aus, vgl. MünchKomm/Lieder § 1191 Rn. 6.

¹² Abgedruckt auch bei Planck/Strecker § 1192 Erl. 3.

¹³ In der Fassung „Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld unbeschadet der Vorschrift des § 1173 auf ihn über“.

¹⁴ BGHZ 85, 388; NJW-RR 1987, 139, 140; NJW 2018, 2261; BeckOGK/Kiehnle § 1156 Rn. 24.

¹⁵ Im Unterschied zur Hypothek, bei der in einem solchen Fall nach § 1180 eine Grundbucheintragung notwendig wird und damit Kosten entstehen.

¹⁶ Zu ihnen § 24 Rn. 1.

§ 873. In der Eintragung müssen der Gläubiger der Grundschild, die Haftungssumme, der Zinssatz der Grundschild und der Geldbetrag weiterer Nebenleistungen angegeben werden, §§ 1115 I (1), 1192 II. Die Bestellung der Grundschild setzt also das Bestehen einer Forderung gerade nicht voraus. Die Grundschild kann als Brief- oder Buchgrundschild bestellt werden (s. zur Hypothek § 27 Rn. 8 f.). Der gesetzliche Regelfall ist die Briefgrundschild; soll eine Buchgrundschild entstehen, so muss der Ausschluss der Brieferteilung ausdrücklich im Grundbuch verzeichnet werden, §§ 1116, 1192 I. Die Briefgrundschild entsteht erst mit der Übergabe des Briefs an den Gläubiger, §§ 1117, 1192 I; sie kann durch die Übergabesurrogate ersetzt werden sowie durch eine Aushändigungsvereinbarung nach § 1117 II. Solange der Brief nicht übergeben ist, steht die Grundschild als (vorläufige verdeckte, weil aus dem Grundbuch nicht ersichtliche) Eigentümergrundschild dem Grundstückseigentümer zu, § 1163 II. Eine Buchgrundschild kann jederzeit in eine Briefgrundschild umgewandelt werden und umgekehrt, es bedarf dazu einer Einigung hierüber und der Eintragung im Grundbuch, §§ 1116 III, 1192 I.

- 6 *b) Gutgläubiger Ersterwerb:* Die Grundschild kann gutgläubig nach § 892 erworben werden, wenn der Besteller zwar als Eigentümer eingetragen ist, in Wirklichkeit aber Nichtberechtigter ist.

2. Umwandlung einer Hypothek

- 7 Eine Grundschild kann auch dadurch entstehen, dass eine bestehende Hypothek in eine Grundschild umgewandelt wird, § 1198; erforderlich ist dazu, dass sich Grundeigentümer und Gläubiger darüber einigen und dass die Umwandlung im Grundbuch eingetragen wird. So kann etwa der Gläubiger sich mit dem Grundeigentümer dahin einigen, dass mehrere aufeinanderfolgende Hypotheken in eine einheitliche Grundschild umgewandelt werden.¹⁷

III. Übertragung, Belastung und Inhaltsänderung

1. Abtretung

- 8 Die Grundschild wird nach Hypothekenrecht übertragen, nicht nach §§ 398 ff. Daher kann ihre Übertragbarkeit nach richtiger Auffassung auch nicht gemäß §§ 413, 399 dinglich ausgeschlossen werden; das folgt im Übrigen auch aus § 137, 1.¹⁸

¹⁷RGZ 145, 47 ff.

¹⁸Vgl. Maurer, JuS 2004, 1045; Roth, FS Picker, 2010, 667, 673 f.; Bülow Rn. 231; MünchKomm/Roth/Kieninger § 413 Rn. 4; Dollinger (Fn. 6), 111 f.; anders etwa Brehm/Berger § 18 Rn. 42; Wellenhofer § 28 Rn. 10; Soergel/Konzen § 1191 Rn. 23; Baur/Stürner § 45 Rn. 59: kein dinglich wirkendes Abtretungsverbot „im Regelfall“.

Auch durch Inhaltsänderung gemäß §§ 877, 873 lässt sich wegen § 137, 1 die Übertragbarkeit der Grundschild dinglich nicht ausschließen.¹⁹ Es bleibt damit allein bei einer eventuellen schuldrechtlichen Pflicht des Sicherungsnehmers, die Grundschild nicht ohne die Forderung zu übertragen (§ 33 Rn. 8).

Die Briefgrundschild wird übertragen durch Einigung und Übergabe des Grundschildbriefs an den neuen Gläubiger; die Erklärung des Zedenten muss in Schriftform erfolgen, sie kann aber durch die Eintragung im Grundbuch ersetzt werden, §§ 1154 I 1, II, 1192 I. Die Buchgrundschild wird durch Einigung und Eintragung abgetreten, §§ 1154 III, 1192 I. Besteht eine Forderung, wird sie von der Übertragung der Grundschild nicht betroffen. Sie muss gesondert gemäß § 398 zediert werden, wenn sie ebenfalls übertragen werden soll; § 1153 ist nicht anwendbar (Rn. 3). Forderung und Grundschild können daher dinglich auch auf verschiedene Personen übertragen werden, auch wenn dies der Zwecksetzung der Grundschild widerspricht. Ist der Grundeigentümer zugleich der Schuldner, so kann es also geschehen, dass er sich zwei verschiedenen Gläubigern gegenüber sieht. Trotzdem sind die damit einhergehenden Gefahren für den Eigentümer/Schuldner gering, weil er seit 2008 dem neuen Grundschildgläubiger die Sicherungsabrede entgegensetzen kann und gegenüber dem neuen Forderungsgläubiger nur gegen Aushändigung der Löschungspapiere zahlen muss (§ 33 Rn. 15).

2. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten (Zweiterwerb)

a) *Zulässigkeit*: Eine Grundschild kann gutgläubig erworben werden, wenn sie von einem Nichtberechtigten übertragen wird. Alle Komplikationen, welche sich bei der Hypothek aus der Akzessorietät ergeben, entfallen; die §§ 1137 bis 1139 sind nicht anwendbar (Rn. 3). Ist ein Nichtberechtigter als Inhaber einer Grundschild im Grundbuch eingetragen, so kann ein Gutgläubiger sie nach § 892 erwerben. Ist der Nichtberechtigte nicht im Grundbuch eingetragen, ist er aber legitimiert durch eine ununterbrochene Kette öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen, so ist gutgläubiger Erwerb nach §§ 1155, 1192 I möglich. 9

b) *Einreden*: Der Grundeigentümer kann dem neuen Gläubiger diejenigen Einreden entgegenhalten, die er gegenüber dem Zedenten hatte, § 1157, 1. Es handelt sich dabei um Einreden gegen den Anspruch aus dem dinglichen Recht, d. h. gegen den Anspruch aus der Grundschild, mit dem diese geltend gemacht wird (§§ 1147, 1192 I). Nach den Materialien zum BGB ist § 1157 gerade für die Grundschild von besonderer Bedeutung.²⁰ Wurde die Grundschild gestundet, kann also die Stundungseinrede auch dem neuen Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden. Zu den Einreden der Sicherungsgrundschild § 33 Rn. 12 ff. 10

¹⁹ Roth, FS Picker, 2010, 667, 675, 679 f.; Dollinger (Fn. 6), 112; anders Baur/Stürner § 45 Rn. 59.

²⁰ Vgl. Denkschrift, in: Mugdan III, 986; Baur/Stürner § 44 Rn. 20; gegen eine Anwendung des § 1157 jedoch Buchholz, AcP 187 (1987), 107 ff.

Kannte aber der Erwerber die Einrede nicht und war sie auch nicht im Grundbuch eingetragen, so ist bei der isolierten Grundschild ein gutgläubig lastenfreier Erwerb möglich, § 1157, 2: Die §§ 892, 894–899, 1140 sind anwendbar. Ist also etwa die Stundung der Grundschild nicht im Grundbuch eingetragen und der neue Gläubiger in dieser Hinsicht gutgläubig, kann er die Grundschild einredefrei erwerben.

- 11 c) *Schutz des Eigentümers*: Dagegen sind die §§ 406–408 auch auf die Grundschild nicht anwendbar, §§ 1156, 1, 1192 I; ein Schutz des Eigentümers nach den §§ 406 ff. ist nicht erforderlich. Zugunsten des Grundeigentümers, der an den vermeintlichen Grundschildgläubiger zahlt oder mit ihm Rechtsgeschäfte abschließt, gilt § 893, wenn es sich um eine Buchgrundschild handelt. Handelt es sich um eine Briefgrundschild, kann sich der Eigentümer selbst hinreichend durch §§ 1160, 1192 I schützen; denn er kann mit befreiender Wirkung leisten, wenn er an einen Gläubiger zahlt, der durch den Grundschildbrief, eventuell mit den Dokumenten gemäß § 1155, ausgewiesen ist.

3. Gesetzlicher Übergang

- 12 Die Grundschild geht nicht ohne weiteres auf den Eigentümer über, wenn die Forderung erlischt, etwa weil der Schuldner zahlt. Sie geht nur in zwei Fällen auf ihn als Eigentümergrundschild über: Einmal wenn der vom Schuldner verschiedene Eigentümer die Haftungssumme der Grundschild an den Gläubiger zahlt. Das ergibt sich aus §§ 1143, 1192 I,²¹ dessen Vorgänger dahin lauteten, dass der zahlende Eigentümer die Forderung und die Hypothek erwirbt; bei der Grundschild erwirbt er nur die Grundschild, und zwar als Eigentümergrundschild. Der zweite Fall des gesetzlichen Übergangs der Grundschild auf den Eigentümer ist der, dass der Gläubiger auf die Grundschild verzichtet, §§ 1168, 1192 I.

4. Belastung und Inhaltsänderung

- 13 Gemäß § 1291 gelten für die Verpfändung einer Grundschild die Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung, namentlich § 1274. Verpfändet wird sie also gemäß §§ 1154, 1192 I.²² Auch ein Nießbrauch kann auf diese Art an einer Grundschild bestellt werden, § 1069.²³

²¹ Ebenso RGZ 78, 60, 68; BGH NJW 2016, 2415; Baur/Stürner § 44 Rn. 23; Kim, Hyoun Seok, *Zeptionsregreß bei nicht akzessorischen Sicherheiten*, 2003, 138 ff. A. A. Wolff/Raiser § 156 Fn. 11; Prütting Rn. 765 (entsprechende Anwendung der §§ 1168, 1170 f.); Wolf § 11 L II b (entsprechende Anwendung des § 1163 I 2).

²² Umgekehrt findet die Pfändung einer Grundschild nach den Vorschriften über die Pfändung einer Hypothek statt, §§ 857, 830 VI ZPO. Sichert die Grundschild eine Forderung, sind zwei Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse erforderlich, nach §§ 829, 835 sowie nach §§ 830, 837 ZPO.

²³ Vgl. § 16 Rn. 3.

Eine Grundschuld kann wie eine Hypothek in ihrem Inhalt geändert werden, vgl. § 27 Rn. 17–21. 14

IV. Haftungsobjekte und Verwertung

a) *Haftungsobjekte*: Die Haftungsobjekte der Grundschuld sind dieselben wie bei der Hypothek (vgl. § 28). Es haftet zunächst das Grundstück mit seinen Bestandteilen, eventuell die getrennten Bestandteile und das Zubehör, §§ 1120–1122, Miet- und Pachtforderungen, §§ 1123–1125, Forderungen auf wiederkehrende Leistungen, § 1126, und Versicherungsforderungen, §§ 1127–1130. 15

b) *Kündigung*: Das Grundschuldkapital wird gemäß § 1193 I erst nach vorgängiger Kündigung mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten fällig; die Kündigung kann vom Eigentümer wie vom Grundschuldgläubiger erklärt werden; eine abweichende Bestimmung (etwa eine sofortige Fälligkeit) ist nach § 1193 II 1 zulässig und war bis zum 19.8.2008 auch bei Sicherungsgrundschulden üblich. Das Gesetz verlangt keinen Kündigungsgrund, weshalb eine Kündigung sogar schon bei der Grundschuldbestellung erklärt werden kann.²⁴ Fällig ist ein Grundschuldzins ab Bestellung der Grundschuld analog § 488 II ohne Kündigung nach Ablauf eines Jahres.²⁵ Zur Sicherungsgrundschuld s. § 33 Rn. 22. 16

c) *Verwertung*: Auch die Verwertung der Grundschuld geschieht auf die gleiche Weise wie bei der Hypothek, vgl. § 29 Rn. 10–16. Sie darf erst erfolgen, wenn sie fällig und einredefrei ist. Auch hier findet die Verwertung regelmäßig durch die Zwangsvollstreckung statt, die einen vollstreckbaren Titel voraussetzt. Dazu gehört auch die vollstreckbare Urkunde nach §§ 794 I Nr. 5, 797, 800 ZPO, welche dem Gläubiger die Klage erspart; hat der Eigentümer Einwendungen gegen die Vollstreckung, so muss er sie mit einer Vollstreckungsgegenklage gegen den Gläubiger geltend machen,²⁶ §§ 767, 795, 797 IV ZPO. 17

Die Zwangsvollstreckung kann geschehen durch die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks oder des mithaftenden Zubehörs und der getrennten Erzeugnisse; der Gläubiger kann etwa versuchen, die Bestuhlung einer Gaststätte auf dem belasteten Grundstück zu verwerten.²⁷ Die Zwangsvollstreckung kann auch geschehen durch Zwangsverwaltung, welche die Nutzungen dem Gläubiger zur Verfügung stellt. Ein Gläubiger kann etwa eine Sportanlage zwangsweise verwalten lassen, um sich aus dem Erlös zu befriedigen.²⁸

Nach h. M. kann die Grundschuld auch durch Verkauf und Abtretung freihändig verwertet werden; der auf die Grundschuld anwendbare § 1149²⁹ verbietet allerdings

²⁴ Palandt/Herrler § 1193 Rn. 3; Westermann/Eickmann § 114 Rn. 22.

²⁵ Palandt/Herrler § 1193 Rn. 4. Nach §§ 902 I 2, 197 II, 195 gilt eine dreijährige Verjährung, vgl. BGHZ 142, 332.

²⁶ Vgl. etwa BGH NJW 1990, 258 ff.

²⁷ Vgl. AG Biedenkopf DGVZ 1967, 153 ff.

²⁸ Vgl. OLG Celle NJW-RR 1989, 1200 f.

²⁹ Rn. 3; s. nur BGH NJW 1995, 2635.

vor der Fälligkeit der Grundschild eine Abrede anderweitiger Verwertung. Da isolierte Grundschilden meist sofort fällig gestellt sind, läuft die Vorschrift insoweit leer; eine entsprechende Abrede ist zulässig.

V. Tilgung und Erlöschen der Grundschild

- 18 *a) Tilgung:* Tilgt bei einer isolierten Grundschild der Eigentümer die Grundschild, entsteht eine Eigentümergrundschild, und zwar gemäß den anwendbaren §§ 1142, 1143.³⁰ Zu Teilleistungen ist er nicht berechtigt.³¹

Zahlt ein Dritter (Mieter, Pächter) die Grundschild, so findet nach § 1192 I der § 1150 i. V. m. § 268 Anwendung. Hat der Dritte ein Ablöserecht, geht die Grundschild entsprechend § 1143 auf ihn über.³² Ist der Dritte nicht ablöseberechtigt, entsteht eine Eigentümergrundschild.³³

- 19 *b) Erlöschen:* Die Grundschild geht auf den Eigentümer über, wenn der Gläubiger auf sie verzichtet, §§ 1168, 1192 I.³⁴ Sie erlischt ferner ersatzlos durch Aufhebung, wobei der Gläubiger und der Eigentümer zusammenwirken müssen, §§ 875, 1183, 1192 I. Sie erlischt überdies, wenn der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück befriedigt wird, §§ 1181, 1192 I. Wird der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung nicht befriedigt, so kann die Grundschild doch nach § 91 II ZVG untergehen. Schließlich kann die Grundschild in eine Hypothek umgewandelt werden, § 1198.³⁵

³⁰ H. M.; andere Begründungsansätze bei gleichem Ergebnis oben in Fn. 21.

³¹ BGHZ 108, 372, 379.

³² H. M., vgl. etwa Baur/Stürner § 44 Rn. 26.

³³ Baur/Stürner § 44 Rn. 26.

³⁴ Die Eintragung des Eigentümers ist in diesem Fall nur Grundbuchberichtigung.

³⁵ Vgl. BGH NJW 1968, 1674.

§ 33. Arten der Grundschild



I. Sicherungsgrundschild

Die Sicherungsgrundschild wird gemäß § 1192 Ia zur Sicherung eines Anspruchs 1 verschafft. Das war auch schon vor der Einfügung der Vorschrift im Jahr 2008 so, nur bestand keinerlei Akzessorietät zwischen Grundschild und Forderung; nur der Sicherungsvertrag schuf eine gewisse Ersatzakzessorietät. Seit dem 20.8.2008 bestellte Sicherungsgrundschilden sind jedoch, was die Einreden aus dem Sicherungsvertrag angeht, in ihrer Durchsetzung mit der Forderung verknüpft, und zwar stärker, als dies bei einer Verkehrshypothek der Fall ist (§ 32 Rn. 2). Weil es noch lange Sicherungsgrundschilden geben wird, die vor dem 20.8.2008 bestellt wurden, ist jeweils die neue und alte Rechtslage zu erläutern.¹

1. Bestellung

a) *Forderungsunabhängigkeit*: Die Sicherungsgrundschild wird bestellt, wie in 2 § 32 Rn. 5 beschrieben; auch die Sicherungsgrundschild nach neuem Recht benötigt zu ihrem Entstehen sachenrechtlich keine Forderung, wenngleich sie ohne zu sichernde Forderung keine Sicherungsgrundschild ist. Zum gutgläubigen Erwerb einer Grundschild § 32 Rn. 6, 9.

Grundschildzinsen sichern den Zins und zudem auch das Kapital der persönlichen Forderung, werden also unabhängig vom Zins der gesicherten Forderung geschuldet.² Durch den Zins wird gemäß § 1191 II das Volumen der Grundschild erhöht, bei den meist üblichen 15 % Zins beträgt die Grundschild am Ende des ersten

¹Einen Überblick zur Sicherungsgrundschild geben Weller, JuS 2009, 969; Meyer, Jura 2009, 561; Braun/Schultheiß, JuS 2013, 973.

²BGH WM 1982, 839, 841.

Jahres also statt der z. B. eingetragenen 100.000 € bereits 115.000 €, nach drei Jahren 145.000 €. ³ Da sie wie die Grundschild selbst nur Sicherungsmittel sind, bildet das tatsächlich Geschuldete die Obergrenze. Zur Fälligkeit und Verwertung des Grundstücks wegen des dinglichen Zinses Rn. 22.

- 3 *b) Eintragungsfähigkeit:* Der Umstand, dass die Grundschild eine Sicherungsgrundschild ist, ist im Grundbuch eintragbar. Für nach altem Recht bestellte Grundschilden ist dies deshalb entgegen der h. M. ⁴ anzunehmen, weil nach §§ 1157, 2, 1192 I die Möglichkeit eines gutgläubig lastenfreien Erwerbs der Grundschild besteht, wenn der Erwerber nicht wusste, dass die Grundschild zur Sicherung einer Forderung bestellt war, sondern von einer isolierten Grundschild ausging. ⁵ Wenn es einen gutgläubigen Erwerb gemäß dem Grundbuch gibt, so muss es auch die Möglichkeit geben, ihn durch die Eintragung eines Widerspruchs oder eines entsprechenden Vermerks zu verhindern. Da § 1157 auch lediglich angelegte, noch nicht verwirklichte Einreden erfasst (Rn. 12), die nicht eintragungsfähig sind, ist anders als durch Eintragung der Grundschild als Sicherungsgrundschild ein gutgläubig lastenfreier Erwerb nicht zu verhindern.

An dieser Rechtslage hat sich auch nach 2008 nichts verändert: Der Erwerber der Grundschild kann ohne Eintragung der Sicherungsgrundschild als solche nicht erkennen, ob er eine möglicherweise einredebelastete Sicherungsgrundschild oder einredefreie isolierte Grundschild erwirbt (§ 32 Rn. 10). Zu seinem Schutz ist daher eine Eintragung zuzulassen; ⁶ eine Eintragungspflicht besteht dagegen nicht.

2. Sicherungsvertrag

- 4 *a) Gefahren:* Die für die nach altem Recht bestellten Sicherungsgrundschilden geltende vollständige Forderungsunabhängigkeit schuf Gefahren für den Eigentümer/Schuldner und Möglichkeiten für einen inkorrekten Gläubiger, den Eigentümer zum eigenen Vorteil zu schädigen. Da die Grundschild bestehen bleibt, auch wenn die gesicherte Schuld abbezahlt ist, kann der Gläubiger weiter darüber verfügen. Zudem kann der Gläubiger die Forderung und die Grundschild getrennt an verschiedene

³Die heute übliche, meist formularmäßig vereinbarte Zinshöhe führt angesichts des deutlichen geringeren Kreditzins regelmäßig zu einer planmäßigen Übersicherung des Sicherungsnehmers (§ 138), der kein schützenswertes Interesse des Gläubigers entspricht; womöglich tritt auch eine faktische „Belastungssperre“ für das Grundstück ein. Problematisch ist die Zinshöhe auch wegen §§ 305c I, 307; zu Recht krit. Peters, JZ 2001, 1017; Clemente/Link, ZfIR 2002, 337; Kessler, NJW 2017, 2442, 2443; MünchKomm/Lieder § 1191 Rn. 56, 58.

⁴S. etwa Serick II 425; Baden, JuS 1977, 77; BGH NJW 1986, 53.

⁵Zutreffend Friedrich, NJW 1968, 1655; Wilhelm, NJW 1983, 2919 f.; Dollinger, Die Forderungsabhängigkeit der Sicherungsgrundschild, 2014, 143.

⁶Nietsch, NJW 2009, 3606; MünchKomm/Eickmann, 6. Aufl. 2013, § 1191 Rn. 83; Kiehnle, BKR 2009, 157, 160; Dollinger (Fn. 5), 180 f.; anders die h. M. (keine Eintragungsfähigkeit): Palandt/Herrler § 1191 Rn. 13; MünchKomm/Lieder § 1191 Rn. 92; Baur/Stürner § 43 Rn. 35; Olbrich, ZfIR 2011, 405, 406. Zur Eintragungsfähigkeit von Einreden unten Rn. 14.

Zessionare übertragen und so die Belastung des Eigentümers/Schuldners verdoppeln. Beide Gefahren sind für die nach neuem Recht bestellten Grundschulden gebannt (Rn. 14 f.).

b) *Akzessorietätersatz*: Die genannten Gefahren wollte man schon vor 2008 auf verschiedenen Wegen auszuräumen. So wird als Akzessorietätersatz die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts von Forderung bzw. Sicherungsvertrag und Grundschuldbestellung gemäß § 139 diskutiert. Danach ist ein Rechtsgeschäft im Zweifel insgesamt nichtig, wenn ein Teil nichtig ist. Eine solche Geschäftseinheit kann jedoch wegen des Abstraktionsprinzips nicht unterstellt werden, sondern ist nur anzunehmen, wenn die Annahme begründet ist, die Parteien hätten einen entsprechenden (hypothetischen) Willen gehabt.⁷ Überdies kann der Bestand der Forderung als Bedingung für den Bestand der Grundschuld vereinbart werden:⁸ als aufschiebende Bedingung, so dass die Grundschuld entsteht, wenn die Forderung entsteht, und als auflösende Bedingung, so dass die Grundschuld erlischt, wenn die Forderung erlischt. Dem Eigentümer wird aber zumeist die Verhandlungsmacht fehlen, eine solche Bedingung durchzusetzen.

c) *Sicherungsvertrag*: Eine Ersatzakzessorietät, also eine gewisse Verknüpfung zwischen Forderung und Grundschuld, schafft der Sicherungsvertrag (auch: Sicherungsabrede, Zweckerklärung), den der Eigentümer und der Grundschuldgläubiger abschließen. Denn durch ihn wird erstens die Haftung der Grundschuld an den jeweiligen Forderungsbestand angepasst sowie zweitens sichergestellt, dass Einreden gegen die Forderung auch gegen die Grundschuld geltend gemacht werden können.⁹ Die Abrede macht den Grundschuldgläubiger zum Treuhänder, da er – ähnlich wie nach h. M. der Sicherungseigentümer¹⁰ – eine weitergehende dingliche Rechtsmacht hat, als es seine schuldrechtliche Bindung zulässt. Er ist verpflichtet, bei seiner Rechtsausübung die Interessen des Eigentümers zu wahren, soweit dies für ihn zumutbar ist und seine schützenswerten Interessen nicht entgegenstehen.¹¹

aa) *Schuldrechtlicher Vertrag; Parteien*: Die Sicherungsabrede ist ein schuldrechtlicher Vertrag, durch welchen sich einerseits der Eigentümer gegenüber dem Gläubiger zur Verschaffung einer Grundschuld zwecks Sicherung einer oder mehrerer Forderungen verpflichtet und durch welchen andererseits der Gläubiger die genannten treuhänderischen Pflichten übernimmt. Ist der Eigentümer mit dem Schuldner identisch, sind die Parteien des Sicherungsvertrags nicht zweifelhaft. Umstritten sind die Parteien aber, wenn der Eigentümer nicht mit dem Schuldner identisch ist (sog. Drittsicherungsverhältnis). Regelmäßig wird der Sicherungsvertrag auch in diesem Fall mit dem Eigentümer geschlossen, weil er das Vermögensopfer erbringt und entsprechend geschützt werden muss.¹² Er muss die Kontrolle darüber behalten

⁷Vgl. § 1 Rn. 29.

⁸Die Annahme einer konkludenten Bedingung steht wegen des Abstraktionsprinzips unter demselben Vorbehalt wie die Annahme eines einheitlichen Geschäfts nach § 139, vgl. § 1 Rn. 28.

⁹Vgl. auch Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, 1993, 82 ff.

¹⁰§ 18 Rn. 5.

¹¹BGH NJW 2012, 686.

¹²MünchKomm/Lieder § 1191 Rn. 32; Dollinger (Fn. 5), 114 f.; anders Baur/Stürner § 45 Rn. 75.

können, welche Forderungen die Grundschild in welcher Höhe sichert. Anders liegt es, wenn nach dem Innenverhältnis zwischen Schuldner und Eigentümer dem Schuldner die Grundschild zusteht, dieser also z. B. eine ihm bereits bestellte Grundschild zur Forderungssicherung überträgt. Beispiel: S hatte dem E ein Darlehen gewährt und dafür eine Grundschild zur Sicherung erhalten. Diese tritt S nun an seinen Gläubiger G sicherungshalber ab. Hier ist einzig S schutzwürdig; er muss die Rechte aus dem Sicherungsvertrag geltend machen können.

Selbst wenn im Fall der Personenverschiedenheit von Eigentümer und Schuldner der Eigentümer als Partei des Sicherungsvertrags anzusehen ist, wird regelmäßig auch zwischen Gläubiger und Schuldner ein (beschränkter) Sicherungsvertrag vorliegen, in welchem der Schuldner sich verpflichtet, dem Gläubiger zur Sicherung der Forderung eine Grundschild zu verschaffen (Sicherheitenbestellungsvertrag).

Veräußert der Eigentümer das mit der Grundschild belastete Grundstück, so kann dies unter Anrechnung auf den Kaufpreis geschehen oder nicht. Entscheidend ist, ob der Alteigentümer (und Schuldner) im Innenverhältnis zur Forderungstilgung verpflichtet bleibt oder der neue Eigentümer, unter Anrechnung auf den Kaufpreis, dazu verpflichtet wird. Im ersten Fall sollten die sicherungsvertraglichen Rechte, namentlich der Rückgewähranspruch (Rn. 9), dem alten Eigentümer zustehen, im zweiten dem neuen.¹³ Der neue Eigentümer hat die Rechte und Einreden aus dem Sicherungsvertrag jedoch nur, wenn er in den Vertrag eingetreten ist oder sie ihm (eventuell konkludent oder im Wege ergänzender Auslegung) abgetreten wurden.¹⁴ Beispiel: S schuldet dem G Geld aus einem Darlehensvertrag, auf Bitten des S bestellt E dem G dafür eine Grundschild. E veräußert das Grundstück an K und spiegelt ihm vor, die Forderung sei getilgt und die Grundschild könne jederzeit gelöscht werden. Geht G aus der Grundschild gegen K vor, so kann K sich nicht dagegen wehren, etwa mit der Behauptung, die gesicherte Forderung sei gestundet; denn der Sicherungsvertrag zwischen G und E wirkt nicht zu seinen Gunsten. Etwas anderes gilt nur, wenn E seine Rechte aus dem Sicherungsvertrag an K abgetreten hat. Geht G aus der Forderung gegen S vor, so kann dieser Zug um Zug die Übertragung der Grundschild auf E verlangen, damit er von seiner Haftung aus § 670 gegenüber E frei wird. Übernimmt aber K die Grundschild unter Anrechnung auf den Kaufpreis, so liegt in einer solchen Vereinbarung mit E eine konkludente Zession der Rechte aus dem Sicherungsvertrag.¹⁵

- 8 *bb) Form und Inhalt:* Der Sicherungsvertrag kann formlos geschlossen werden, auch konkludent.¹⁶ Er gibt an, welche Forderung oder Forderungen, gegen den Eigentümer oder gegen einen von diesem zu unterscheidenden Schuldner, gesichert sind. Möglich ist es auch, Forderungen in ihrem jeweiligen Bestand zu sichern. Überdies regelt der Sicherungsvertrag, wann der Gläubiger aus der Grundschild

¹³ Baur/Stürner § 45 Rn. 79; Einzelheiten bei Dollinger (Fn. 5), 117 f.

¹⁴ BGH NJW-RR 2018, 593. S. auch Kurth, Einreden gegen Grundpfandrechte beim Wechsel des Grundstückseigentümers, 2010, 87 ff.

¹⁵ BGH NJW 1983, 2502; NJW 1991, 1821; Baur/Stürner § 45 Rn. 79.

¹⁶ BGH NJW-RR 1991, 305; Brehm/Berger § 18 Rn. 24. Zu seiner formfrei möglichen Modifikation BGH NJW 2010, 935 Rn. 10.

vorgehen darf (Verwertungsreife) und wie. Häufig enthält er auch Bestimmungen über die Art und Wirkung der Erfüllung. Ein Übererlös bei Verwertung der Grundschuld ist herauszugeben.

Inhalt des Sicherungsvertrags ist stets, auch wenn das nicht besonders ausgesprochen wird:

1. dass die Grundschuld nur geltend gemacht werden kann, wenn und soweit die gesicherte Forderung besteht und fällig ist;
2. dass der Eigentümer Zug um Zug gegen Zahlung Rückgewähr der Grundschuld verlangen kann;
3. dass schließlich der Gläubiger die Grundschuld nur zusammen mit der Forderung abtreten darf, und zwar so, dass der Zessionar dem Sicherungsvertrag beitrifft.

Ob der Sicherungsvertrag die isolierte Abtretung der Forderung mit dinglicher Wirkung (§ 399) verbietet oder nicht, ist streitig. Der BGH verneint dies regelmäßig und erkennt ohne ausdrückliches Abtretungsverbot im Sicherungsvertrag nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Gläubigers an, die Zweckbindung der Grundschuld zu erhalten.¹⁷ Der Schutz des Eigentümers spricht jedoch dafür, ein solches (auch konkludentes) Abtretungsverbot anzunehmen, um ein Auseinanderfallen von Forderung und Sicherungsgrundschuld soweit möglich zu vermeiden.¹⁸

Eine schuldhafte Verletzung des Sicherungsvertrags führt gemäß § 280 zu Schadensersatzansprüchen. Der Eigentümer kann seine Rechte aus dem Sicherungsvertrag einredehalber nicht nur gegen den Grundschuldgläubiger, sondern auch gegen einen Zessionar, an den die Grundschuld abgetreten wurde, gemäß §§ 1157, 1, 1192 I geltend machen, vgl. § 1192 Ia 1 (Rn. 12 ff.).

cc) Rückgewähranspruch: Der Sicherungsvertrag enthält nach Wahl des Sicherungsgebers einen aufschiebend bedingten Rückgewähranspruch:¹⁹ Er kann Rückübertragung, Verzicht auf die Grundschuld nach §§ 1168, 1192 I,²⁰ ihre Aufhebung nach §§ 875, 1183 oder Übertragung an einen vom ihm bestimmten Dritten verlangen. Die Bedingung tritt ein mit dem Wegfall des Sicherungszwecks, also Tilgung der Forderung. Obwohl erst dann die Bedingung eintritt, kann der Eigentümer entsprechend § 273 verlangen, dass ihm die Grundschuld Zug um Zug gegen Tilgung zurückgewährt wird.²¹ Der Rückgewähranspruch kann mit einer Vormerkung gesichert werden, auch aufgrund einstweiliger Verfügung. Er kann der Geltendmachung des Anspruchs aus der Grundschuld auch im Wege der Einrede entgegengesetzt werden. Zur Verwertung des Rückgewähranspruchs Rn. 24.

dd) Rechtsgrund der Grundschuldbestellung: Der Sicherungsvertrag ist vom dinglichen Grundschuldbestellungsvertrag nach § 873 (der dinglichen Einigung) zu

¹⁷ BGH NJW-RR 1991, 305; BGHZ 171, 180, 184 f.; Staudinger/Wolfsteiner, 2015, Vor §§ 1191 ff. Rn. 300.

¹⁸ MünchKomm/Eickmann, 6. Aufl. 2013, § 1191 Rn. 98.

¹⁹ Überblick bei Kehrberger, JuS 2016, 776.

²⁰ BGHZ 191, 277; Prütting Rn. 773.

²¹ Vgl. auch BeckOGK/Klinck § 930 Rn. 118.

trennen. Er – nicht etwa der Darlehensvertrag oder die Darlehensforderung – ist der Rechtsgrund für die Bestellung der Grundschild. Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so bleibt er trotzdem wirksam; da der Sicherungszweck nicht eintreten kann, kann aus dem Sicherungsvertrag die Rückgewähr der Grundschild verlangt werden. Dagegen steht dem Eigentümer kein Bereicherungsanspruch zu, da der Sicherungsvertrag als *causa* für die Bestellung der Grundschild weiterhin besteht.²²

Ist allerdings der Sicherungsvertrag nichtig, kann die Grundschild nach § 812 I 1 kondiziert werden. Macht der Grundschildgläubiger die Grundschild dennoch geltend, kann der Eigentümer die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung, § 821,²³ bzw. die auf § 242 gestützte *dolo-agit*-Einrede erheben.²⁴

- 11 *ee) AGB-Kontrolle:* Der meist formularmäßig vereinbarte Sicherungsvertrag unterliegt der AGB-Kontrolle, namentlich §§ 305c, 307. Gesichert werden können alle auch künftigen Forderungen gegen den Besteller, der auch der Schuldner ist. Auch fremde Forderungen können gesichert werden; wenn jedoch alle künftigen Forderungen betroffen sind, so gilt dies nur unter bestimmten Voraussetzungen.²⁵ Die Bürgschaftsrechtsprechung zur Sittenwidrigkeit ist nicht auf die Grundschild übertragbar, weil der Besteller, anders als bei der Bürgschaft, nicht sein künftiges Vermögen riskiert, sondern nur das belastete Grundstück.

ff) Verbrauchervertrag: Der Sicherungsvertrag ist dann entgeltlich und daher potentiell Verbrauchervertrag gemäß § 312 I, wenn der Eigentümer ihn in der dem Gläubiger erkennbaren Erwartung übernimmt, ihm selbst oder einem Dritten (dem Schuldner) werde daraus ein Vorteil erwachsen.²⁶ § 312 II Nr. 2 nimmt aber Verträge über die Begründung oder den Erwerb von Rechten an Grundstücken weitestgehend vom Anwendungsbereich der Verbraucherschutzvorschriften aus; dazu ist auch der Sicherungsvertrag zu rechnen.²⁷ §§ 491 ff. sind auf ihn nicht anwendbar.²⁸ Ist er allerdings Bestandteil eines widerrufenen Verbraucherdarlehensvertrags, ist auch er gemäß § 139 nichtig.²⁹

²² H. M., vgl. Baur/Stürner § 45 Rn. 26; Brehm/Berger § 18 Rn. 20; Dollinger (Fn. 5), 106; dagegen für Anwendung des § 812 Wolff/Raiser § 132 I 2.

²³ So die wohl h. M., vgl. BeckOGK/Rebhan § 1191 Rn. 80.

²⁴ Jost, Die Dogmatik des Sicherungsvertrags, 2012, 200 ff.

²⁵ Zur AGB-Kontrolle Baur/Stürner § 40 Rn. 43 ff.; Prütting Rn. 767a.

²⁶ BGH NJW 1996, 55.

²⁷ MünchKomm/Lieder § 1191 Rn. 76. Die Grundschildbestellung selbst ist nicht entgeltlich, sondern auf die Schaffung eines dinglichen Rechts gerichtet.

²⁸ BGH NJW 1997, 1443.

²⁹ Baur/Stürner § 45 Rn. 17 ff.

3. Abtretung; Einreden

a) *Abtretung von Grundschuld und Forderung an denselben Zessionar:* Tritt der Gläubiger die Grundschuld nach §§ 1154 f.³⁰ und die Forderung nach § 398 an die gleiche Person ab, so wird die Rechtsstellung des Schuldners und Grundeigentümers hinsichtlich der Forderung nach § 404 und hinsichtlich der Grundschuld nach §§ 1157, 1, 1192 I geschützt. Daher können dem Zessionar die Einreden entgegengesetzt werden, die direkt gegen den Duldungsanspruch aus der Grundschuld gemäß § 1147 bestehen. Zudem können ihm die Einreden entgegengesetzt werden, die gegen die Forderung bestehen; denn der Sicherungsvertrag ist das von § 1157, 1 geforderte „Rechtsverhältnis“ und macht auch die Einreden gegen die Forderung zu relevanten Einreden gegenüber dem Grundschuldgläubiger. Als Einreden gegen die Forderung kommen in Betracht: ihr Nichtbestehen, ihre (teilweise) Erfüllung oder ein sonstiges Erlöschen ebenso wie ihre Stundung. Ist die Forderung verjährt, kann der Gläubiger jedoch Befriedigung aus der Grundschuld erlangen; gemäß § 216 II 1 begründet die Forderungsverjährung keine Einrede nach § 1157. Die Einrede des mangelnden Sicherungsfalls (weil die Forderung nicht durchsetzbar ist) wie auch die Einrede aus dem sicherungsvertraglichen Rückgewähranspruch sind allerdings nicht verschiedene Einreden, sondern lediglich konkrete Ausprägungen einer einheitlichen Einrede, da wegen des Sicherungszwecks der Grundschuld ein Gleichlauf von Forderung und Grundschuld erzielt werden muss.³¹ Weil die Einreden aus dem Sicherungsvertrag über § 1157, 1 auch gegenüber einem Dritten wirken, dem neuen Gläubiger, sind sie in gewisser Weise „verdinglicht“.³² Dagegen ist § 1137 unanwendbar (§ 32 Rn. 3): Der (vom Schuldner verschiedene) Eigentümer kann also gegen die Grundschuld nicht diejenigen Einreden geltend machen, die der Schuldner gegen den Grundschuldgläubiger hat. Auch keine Einrede, die dem Grundschuldgläubiger entgegengesetzt werden kann, ist die Einrede, dass er die Forderung nicht erworben habe; denn die Sicherungsgrundschuld und ihre Verwertung setzen eine gesicherte Forderung nicht voraus.³³

Dabei vermittelt § 1157, 1 den gleichen Schutz wie § 404, weil das „Zustehen“ in § 1157 nichts anderes bedeutet als das „Begründetsein“ in § 404 und § 1157 wie § 404 auch lediglich angelegte, noch nicht voll verwirklichte Einreden erfassen. Das galt schon vor 2008³⁴ und sollte in § 1192 Ia mit der Formulierung klargestellt werden: „Einreden, die ... gegen die Grundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben“.

³⁰ Für rückständige Zinsen und Nebenleistungen der Grundschuld gilt § 1159 I und damit § 398.

³¹ Dollinger (Fn. 5), 102 ff.

³² Das OLG Köln JuS 1970, 141 meint, der Grundschuld könnten nach § 1157 nur „dingliche Einreden“ entgegengesetzt werden, nicht aber Einreden aus dem Sicherungsvertrag. Es gibt aber keine dinglichen Einreden, auch keine Einreden gegen dingliche Rechte, sondern nur Einreden gegen Ansprüche aus dinglichen Rechten.

³³ BGH NJW 2018, 3441, 3442.

³⁴ Vgl. § 27 Rn. 40.

§§ 406–408 finden allerdings keine Anwendung auf die Grundschild, § 1156, 1.³⁵ Tilgt also der Eigentümer die Forderung gegenüber dem Altgläubiger, weil er von der Abtretung von Forderung und Grundschild an den Zessionar nichts weiß, wird er zwar gemäß § 407 von der Forderung frei. Dagegen hat er gegenüber der Grundschild keine Einrede aus dem Sicherungsvertrag und kann deshalb auch nicht Rückgewähr der Grundschild verlangen. Die h. M. bestreitet dies unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien:³⁶ Die Einrede wirke nicht nur gegenüber dem Zedenten, sondern wegen § 1157, 1 als lediglich angelegte Einrede auch gegenüber dem Zessionar. Jedoch wird so der Eigentümer stärker geschützt, als wenn er eine Hypothek bestellt hätte, für die § 1156, 1 eine Anwendung des § 407 gerade ausschließt. § 1192 Ia ist hier nicht anwendbar: Die vorausgesetzte Einrede stammt aus dem Gesetz (§ 407), nicht aus dem Sicherungsvertrag. Es besteht auch nicht die Notwendigkeit eines Schutzes, weil sich der Eigentümer/Schuldner wie bei der Hypothek selbst schützen kann (§ 27 Rn. 36, § 32 Rn. 11). Nur diese Lösung verhindert einen weiteren schweren Wertungswiderspruch zum Recht der Hypothek (§ 32 Rn. 2).

- 13 *b) Gutgläubig lastenfreier Erwerb bei Einreden vor 2008:* Nach altem Recht bestellte Grundschilden können gutgläubig einrededefrei erworben werden, wenn die Einrede nicht im Grundbuch eingetragen oder auf dem Brief vermerkt ist, § 1157, 2. Hat etwa der Eigentümer/Schuldner die Forderung beglichen, so steht ihm gegen die Grundschild des Gläubigers eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag zu; er kann sie durch eine Eintragung im Grundbuch sichern („Einrede der Nicht-mehr-Valutierung“).³⁷ Er kann aufgrund einer einstweiligen Verfügung auch einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen lassen, vgl. §§ 1157, 2, 1192 I, 894, 899. Ist aber weder die Einrede noch ein Widerspruch eingetragen und veräußert der Gläubiger die Grundschild an einen Gutgläubigen, so erwirbt dieser die Grundschild einrededefrei, der Eigentümer/Schuldner muss nochmals zahlen oder die Vollstreckung in sein Grundstück dulden.

Streitig ist, wann guter Glaube des Erwerbers anzunehmen ist. Bösgläubigkeit wird z. T. bereits dann angenommen, wenn der Erwerber weiß, dass die Grundschild eine Forderung sichern soll, also Sicherungsgrundschild ist.³⁸ Das ist abzulehnen, denn dadurch würde die Sicherungsgrundschild strenger akzessorisch als eine Verkehrshypothek, bei welcher dem Erwerber die Kenntnis nicht schadet, dass sie eine Forderung sichert. Richtig ist es, Bösgläubigkeit nur anzunehmen, wenn der Erwerber die Einrede kennt und, falls es sich um eine aus der Forderung begründete Einrede handelt (etwa die Nichtvalutierung), wenn er zusätzlich weiß, dass es sich

³⁵ Wie hier BeckOGK/Kiehnle § 1156 Rn. 25.1; Kiehnle, BKR 2009, 157; anders BGH NJW 2018, 3441, 3442; Baur/Stürner § 45 Rn. 67d; Müller/Gruber Rn. 3952; Bülow Rn. 306 f.; Staudinger/Wolfsteiner, 2015, § 1156 Rn. 18; Weller, JuS 2009, 969, 974.

³⁶ BT-Drs. 16/9821, 17.

³⁷ Vgl. dazu Neef, Zur Eintragungsfähigkeit sicherungsvertraglicher Einreden, 2004, 90 ff., 131.

³⁸ Vgl. etwa RGZ 91, 225; Lopau, JuS 1976, 553; Wilhelm, JZ 1980, 625; für „unechte Einreden“ wie z. B. die Nichtvalutierung auch MünchKomm/Lieder § 1191 Rn. 101.

um eine Sicherungsgrundschuld handelt.³⁹ Auch die Kenntnis vom Bestehen eines Rückübertragungsanspruchs schadet.

c) *Gutgläubig lastenfreier Erwerb bei Einreden seit 2008*: Bei nach neuem Recht bestellten Sicherungsgrundschulden ist wegen § 1192 Ia 2 der in Rn. 13 beschriebene gutgläubig lastenfreie Erwerb ausgeschlossen. Der Eigentümer wird dadurch gegen den Erwerber hinreichend geschützt, ein darüber hinausgehender Schutz ist überflüssig, weshalb es nicht erforderlich ist, die Einreden aus dem Sicherungsvertrag im Grundbuch einzutragen; sie sind nicht mehr eintragungsfähig.⁴⁰ 14

Fehlt der Sicherungsvertrag dagegen oder ist er unwirksam, kann die Bereicherungseinrede, § 821, bzw. die bereicherungsrechtliche *dolo-agit*-Einrede (Rn. 10) gemäß § 1157, 2 auch nach neuem Recht gutgläubig wegerworfen werden; denn der Wortlaut des § 1192 Ia 1 erfasst diesen Fall nicht.⁴¹ Ficht also E die Grundschuldbestellung an G (und den Sicherungsvertrag) wegen arglistiger Täuschung an, nachdem G die Grundschuld an den gutgläubigen Z abgetreten hat, so hat Z die Grundschuld gutgläubig nach §§ 873, 892, 1191 erworben. Da der Sicherungsvertrag unwirksam war, hat Z die Grundschuld einredefrei nach §§ 1192 Ia 1, 1157, 2 erworben. Wegen der Gefährdung des Eigentümers muss aber die an die Stelle der sicherungsvertraglichen Einreden tretende bereicherungsrechtliche Einrede eintragungsfähig sein. Nach wohl h. M. ist § 1192 Ia dagegen auch auf diesen Fall (entsprechend) anzuwenden, um Wertungswidersprüche innerhalb des neuen Rechts zu vermeiden; denn der um die Nichtigkeit des Sicherungsvertrags nicht wissende Eigentümer bleibe sonst gegen einen gutgläubig lastenfreien Erwerb ungeschützt.⁴² Jedoch sollte der andere und prinzipiellere Wertungswiderspruch zwischen § 1192 Ia und der Verkehrshypothek (dazu oben § 32 Rn. 2) nicht auch noch über das vom Wortlaut des § 1192 Ia hinaus gebotene Maß weiter verschärft werden.

Eine Einrede, die sich auf die Grundschuld bezieht, also entweder die fehlende Rechtentstehung einwendet oder aus ihrer Stundung herrührt,⁴³ wird von § 1192 Ia nicht erfasst; für sie gelten §§ 1157, 2, 1192 I, sie ist daher eintragungsfähig.

d) *Isolierte Abtretung von Grundschuld und/oder Forderung*: Der Gläubiger kann die Grundschuld isoliert ohne die Forderung und die Forderung ohne die Grundschuld abtreten und so die Gläubigerstellung verdoppeln; er kann auch Forderung und Grundschuld an verschiedene Erwerber abtreten. Allerdings verstößt er damit gegen den Sicherungsvertrag (Rn. 8) und macht sich schadenersatzpflichtig. Beispiel: Der Eigentümer/Schuldner (E/S) schuldet dem G Geld, er bestellt ihm zur Sicherung eine Grundschuld an seinem Grundstück. G veräußert die Forderung an X, die Grundschuld an Y. G ist Inhaber der Forderung geblieben, § 399, X hat sie 15

³⁹ H. M., vgl. etwa BGHZ 59, 1; 103, 72, 82 f.; BGH NJW 2015 Rn. 24; Westermann/Eickmann § 115 Rn. 8 ff.; Palandt/Herrler § 1191 Rn. 24.

⁴⁰ Baur/Stürner § 45 Rn. 35; Dollinger (Fn. 5), 180.

⁴¹ Wie hier Baur/Stürner § 36 Rn. 78a, § 45 Rn. 67g, k; Vieweg/Werner § 15 Rn. 103; Neumann ZJS 2010, 683, 685 f.

⁴² Palandt/Herrler § 1192 Rn. 4; Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 559 ff.; Bülow, ZJS 2009, 1, 5; Dollinger (Fn. 5), 184 ff.

⁴³ S. auch § 32 Rn. 10.

wegen des vereinbarten Verbots einer isolierten Zession nicht erworben. Für die Grundschild hat das Verbot der isolierten Abtretung dagegen keine dingliche Wirkung: § 399 ist zwar gemäß § 413 auch bei der Zession anderer Rechte anzuwenden, aber für die Grundschild gelten spezielle Regeln, die §§ 1154 f. nämlich.⁴⁴ Macht G die Forderung geltend, so kann E/S ihm nach § 404 entgegenhalten, dass er nur Zug um Zug gegen Rückübertragung der Grundschild zahlen muss.⁴⁵ Macht Y die Grundschild bei Fälligkeit gegen E/S geltend, so kann ihm E/S entgegenhalten, dass die Grundschild nur zum Zweck der Tilgung der Forderung geltend gemacht werden darf, § 1157, 1. Für bis 19.8.2008 bestellte Grundschilden kommt es daher darauf an, ob Y die Einredefreiheit nach § 1157, 2 gutgläubig erworben hat: Er kann die Grundschild gutgläubig lastenfrei erwerben, außer wenn die Sicherungseigenschaft im Grundbuch eingetragen war (Rn. 13, 3). Für nach neuem Recht bestellte Grundschilden gilt, dass die Einrede gegen Y in jedem Fall fortbesteht, § 1192 Ia 2 (Rn. 14).

Sind E und S im gleichen Beispiel verschiedene Personen, so hängt das Ergebnis davon ab, mit wem der Sicherungsvertrag geschlossen wurde (Rn. 7). Wurde er zwischen G und E sowie S abgeschlossen, ändert sich am soeben gefundenen Ergebnis nichts: S kann Zug um Zug gegen Zahlung von G Übertragung der Grundschild auf E verlangen. Hat G aber nur mit E einen Sicherungsvertrag geschlossen, so hat S gegen die Forderung des G keine Einwendungen; E kann gegen Y wiederum einwenden, die Grundschild dürfe nur geltend gemacht werden, wenn dadurch die Forderung getilgt wird.

4. Tilgung von Forderung und Grundschild

- 16 a) *Tilgung durch den vom Eigentümer verschiedenen Schuldner*: Die Grundschild ändert sich in ihrem Bestand nicht, wenn der vom Eigentümer verschiedene Schuldner die persönliche Schuld zahlt oder wenn die Forderung aus einem anderen Grund erlischt. Wegen des Fehlens der Akzessorietät tritt an der Grundschild keine Änderung ein, wenn der Schuldner, der zur Zahlung verpflichtet ist, zahlt; § 1163 I ist nicht anwendbar.⁴⁶ Der Eigentümer erwirbt durch die Zahlung des persönlichen Schuldners auf die Forderung eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag gegen die Grundschild, die er bei nach altem Recht bestellte Grundschilden im Grundbuch eintragen oder derentwegen er einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen lassen kann; für später bestellte Grundschilden besteht die Eintragungsmöglichkeit nicht mehr, weil ein gutgläubiger Erwerb der Einredefreiheit gemäß § 1157, 2 ausgeschlossen ist, § 1192 Ia 2 (Rn. 12). Der Eigentümer hat ferner gegen den Gläubiger aus dem Sicherungsvertrag einen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschild (Rn. 9). Schließlich kann auch der vom Eigentümer verschiedene

⁴⁴ S. § 32 Rn. 8.

⁴⁵ MünchKomm/Lieder § 1191 Rn. 116.

⁴⁶ § 32 Rn. 3.

Schuldner bei Zahlung Zug um Zug verlangen, dass die Grundschuld an den Eigentümer übertragen wird. Daran hat er jedenfalls dann ein Interesse, wenn der Eigentümer bei ihm Regress nehmen kann, etwa aus § 670.

War im Innenverhältnis der Eigentümer dem Schuldner verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen, und zahlt der Schuldner, so kann er Zug um Zug entsprechend § 1164 vom Gläubiger die Übertragung der Grundschuld verlangen, damit sein Regressanspruch gegen den Eigentümer gesichert ist.⁴⁷

b) *Tilgung durch den Eigentümer/Schuldner*: Wenn der mit dem Eigentümer identische Schuldner zahlt, zahlt auch hier der zur Zahlung Verpflichtete; er zahlt daher „auf die Forderung“. Der Schuldner/Eigentümer kann Zug um Zug gegen Zahlung die Rückübertragung der Grundschuld verlangen. Dieses Recht steht ihm aus dem Sicherungsvertrag zu, da die Grundschuld nur zur Sicherung der Forderung bestellt wurde. Hat er gezahlt, ohne sich die Grundschuld abtreten zu lassen, so hat er aus dem Sicherungsvertrag eine dauernde Einrede gegen die Forderung aus der Grundschuld sowie einen Anspruch auf Abtretung der Grundschuld oder Verzicht auf sie. 17

Trotzdem gibt dem Eigentümer/Schuldner die h. M. zum alten und neuen Recht ein Wahlrecht, entweder „auf die Forderung“ oder „auf die Grundschuld“ oder – bei einem langfristigen Anlagekredit, der in einer Summe zurückgezahlt wird – auf beides zu leisten; den Ausschlag gebe der Parteiwillen.⁴⁸ Weder das Gesetz noch der Gesetzgeber wissen aber etwas davon, dass der Eigentümer/Schuldner eine solche Wahl hätte; sie ist abzulehnen. Kein Argument ist hier der Parteiwille; der Leistende will natürlich möglichst von allen Bindungen frei werden. Die Tilgungsbedingungen der Banken sehen daher auch regelmäßig vor, dass auf die Forderung, nicht auf die Grundschuld geleistet werde. Das ist schon deshalb sinnvoll, weil so die Parteien vereinbaren können, dass die Grundschuld nach Tilgung der Forderung eine andere Forderung sichern soll. Die h. M. schafft sich selbst Abgrenzungsschwierigkeiten,⁴⁹ die zu Unklarheiten und Unsicherheiten führen müssen, etwa ob eine von der vertraglichen Tilgungsbestimmung abweichende Zweckbestimmung des Schuldners bei der Leistung wirksam ist oder nicht.⁵⁰ Allerdings kommt der Frage kein großes Gewicht zu, da die unterschiedlichen Ansichten zwar zu rechtlich verschiedenen Ergebnissen kommen, die praktischen Ergebnisse aber gleich sind. Denn ob der Schuldner im Sinne der h. M. auf die Grundschuld zahlt und die

⁴⁷ Es wird auch die Ansicht vertreten, der Schuldner könne die Übertragung der Grundschuld nur vom Eigentümer verlangen, vgl. etwa Palandt/Herrler § 1191 Rn. 37; Erman/Wenzel § 1191 Rn. 102. Das ist ein unnötig komplizierter Umweg, da der Schuldner erst vom Gläubiger Übertragung auf den Eigentümer verlangen müsste und dann vom Eigentümer Übertragung auf sich; wie hier Gerhardt, Immobiliarsachenrecht § 13 Fall 80; Dieckmann, WM 1990, 1481 ff.

⁴⁸ BGH NJW 1997, 2046; NJW-RR 1989, 1036; Prütting Rn. 772.

⁴⁹ Vgl. etwa Baur/Stürner § 45 Rn. 42 („missliche Unklarheit“); Westermann/Eickmann § 116 Rn. 14 ff.

⁵⁰ Für Unwirksamkeit: BGHZ 91, 357, 379 f.; Palandt/Herrler § 1191 Rn. 40; Baur/Stürner § 45 Rn. 44; Westermann/Eickmann § 116 Rn. 14; dagegen für Wirksamkeit: BGH NJW 1976, 2340; NJW 1987, 383; NJW-RR 1987, 1350 f.; Staudinger/Wolfsteiner, 2015, Vor §§ 1191 ff. Rn. 89.

Grundschild als Eigentümergrundschild gemäß §§ 1142, 1143 erwirbt⁵¹ oder ob er auf die Forderung zahlt und eine dauernde, peremptorische Einrede gegen den Dul-dungsanspruch des Gläubigers aus der Grundschild erwirbt, ist vom praktischen Standpunkt aus von geringer Bedeutung. Der Gläubiger kann in beiden Fällen die Grundschild nicht mehr geltend machen; in beiden Fällen ist die Situation des Schuldners/Eigentümers aber auch prekär, weil sein Recht, sei es Grundschild oder Einrede, nicht eingetragen ist; in beiden Fällen kann er sich sichern, um sein Recht zu schützen, und die Grundschild schließlich für sich eintragen lassen.

Für die nach neuem Recht bestellten Grundschilden hat sich an dieser (streiti-gen) Rechtslage nichts geändert.

- 18 c) *Tilgung durch den vom Schuldner verschiedenen Eigentümer*: Nur wenn der vom Schuldner verschiedene Eigentümer zahlt, erwirbt er die Grundschild: Er ist nicht zur Zahlung verpflichtet, hat aber ein Ablöserecht, §§ 1142, 1192 I; übt er es aus, so geht die Grundschild auf ihn über, §§ 1143 I 1, 1192 I;⁵² die Forderung erwirbt er entgegen dem Wortlaut des § 1143 I 1 nicht.⁵³ Der vom Schuldner verschie-dene Eigentümer zahlt also immer „auf die Grundschild“;⁵⁴ Zahlungsort ist der Sitz des Grundbuchamts, § 1194. Der Eigentümer kann das Grundbuch berichtigen und aufgrund einer einstweiligen Verfügung einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen lassen, §§ 894, 899.

Obwohl die Forderung bestehen bleibt, kann sie der Gläubiger nicht mehr gegen den Schuldner geltend machen, § 821; der Eigentümer kann vom Gläubiger Abtre-tung des Anspruchs verlangen, entsprechend § 1143 I. War der Eigentümer im Ver-hältnis zum Schuldner zur Leistung verpflichtet, so steht dem Schuldner eine Ein-rede gegen die abgetretene Forderung zu.

Für die nach neuem Recht bestellten Grundschilden sollte eine Zahlung des Ei-gentümers allerdings nunmehr stets als „auf die Forderung“ geleistet angesehen werden, wenn der Eigentümer nicht eine andere Zweckbestimmung vornimmt. Von einer entsprechenden Auslegungsregel ist deshalb auszugehen, weil sich der Eigen-tümer sonst der Gefahr eines gutgläubigen Drittererbs der Grundschild gemäß §§ 1154, 1155, 892 aussetzt.⁵⁵ Denn mit der Zahlung „auf die Grundschild“ und ihrer Ablösung erwirbt er die Grundschild nach §§ 1142, 1143, das Grundbuch wird unrichtig.

- 19 d) *Erwerb der Grundschild*: Die Rechtsfolgen sind in den beiden in Rn. 17 und 18 dargelegten Fällen ähnlich: Der Eigentümer hat einen Anspruch auf Erwerb der Grundschild, oder er hat sie bereits erworben. Die tatsächliche Situation ist in bei-den Fällen vergleichbar: Es drohte nach altem Recht dem Eigentümer ein Rechts-verlust durch gutgläubigen Erwerb entweder der Grundschild oder ihrer Einrede-freiheit, was wirtschaftlich gleichbedeutend ist. In beiden Fällen ist die Abhilfe

⁵¹ § 32 Rn. 12.

⁵² S. auch § 32 Rn. 8.

⁵³ § 32 Rn. 12.

⁵⁴ BGH NJW 1987, 838; Prütting Rn. 772; Baur/Stürmer § 45 Rn. 82.

⁵⁵ Dollinger (Fn. 5), 192 f.; für eine analoge Anwendung des unpassenden § 1192 Ia dagegen vor-sichtig Bosch, ZfIR 2009, 801, 807.

gleich: Berichtigung des Grundbuchs mit vorherigem Widerspruch aufgrund einstweiliger Verfügung. Wegen § 1192 Ia ist dagegen bei nach neuem Recht bestellten Grundschulden der Eigentümer geschützt.

e) *Tilgung durch ablöseberechtigten Dritten*: Zahlt ein Dritter, der ein Ablöserecht hat, an den Gläubiger, erwirbt er die Grundschuld.⁵⁶ Einreden aus dem Sicherungsvertrag bleiben nach §§ 1192 Ia, 1157 bestehen. 20

5. Verwertung der Grundschuld

a) *Grundstückshaftung*: Der Grundeigentümer haftet mit seinem Grundstück für die Grundschuld, der Forderungsschuldner mit seinem ganzen Vermögen für die Forderung. Ob der Gläubiger zunächst aus der Grundschuld vorgehen muss oder direkt in das ganze Vermögen wegen der Forderung vollstrecken darf, ist aus der Sicherungsabrede zu ermitteln. Soll die Grundschuld erfüllungshalber hingegeben sein, so ist zunächst in das Grundstück zu vollstrecken, ansonsten hat der Gläubiger ein Wahlrecht. 21

b) *Fälligkeit von Forderung und Grundschuld*: Ist die Forderung fällig, so darf der Gläubiger die Grundschuld verwerten. Vorher steht dem Sicherungsgeber nach dem Sicherungsvertrag oder in ergänzender Auslegung eine Einrede gegen die Verwertung der Grundschuld zu, §§ 1192 Ia, 1157, 1.⁵⁷ Die Verwertung der Grundschuld setzt aber weiter voraus, dass auch sie fällig ist. Die Fälligkeit des Grundschuldkapitals setzt eine Kündigung voraus; ein Kündigungsgrund ist nicht erforderlich,⁵⁸ wohl aber die Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten, § 1193 I 3. Für seit dem 20.8.2008 bestellte Grundschulden sind die Notwendigkeit einer vorgängigen Kündigung sowie die Kündigungsfrist unabdingbar, § 1193 II 2, Art. 229 § 18 III EGBGB. Allerdings kann eine Kündigung der Grundschuld schon nach h. M. vor Fälligkeit der Forderung ausgesprochen werden, sogar schon direkt nach der Bestellung der Grundschuld,⁵⁹ weshalb die Vorschrift nicht überzeugt. Eventuell liegt in einer vorzeitigen Fälligstellung aber ein Verstoß gegen den Sicherungsvertrag. 22

Dagegen sind die Grundschuldzinsen analog § 488 II nach Ablauf eines Jahres ohne Kündigung fällig.⁶⁰ Analog §§ 1234, 1193 I 3 besteht jedoch Verwertungsreife erst sechs Monate nach der Kündigung des Kapitals oder Androhung der Zwangsversteigerung wegen der Zinsen.⁶¹ Auch diese Frist ist seit 2008 analog § 1193 II 2 unabdingbar. Der dingliche Zinsanspruch ist nicht, wie früher vom BGH angenom-

⁵⁶ § 32 Rn. 18.

⁵⁷ Staudinger/Wolfsteiner, 2015, Vor §§ 1191 ff. Rn. 110; Maetschke, AcP 211 (2011), 287, 307, 312 f.

⁵⁸ H. M., vgl. § 32 Rn. 6; anders aber Westermann/Eickmann § 114 Rn. 22.

⁵⁹ Palandt/Herrler § 1193 Rn. 3; Baur/Stürner § 45 Rn. 80; Dollinger (Fn. 5), 173.

⁶⁰ Palandt/Herrler § 1193 Rn. 4.

⁶¹ BGH NJW 2017, 2469.

men,⁶² bis zum Eintritt des Sicherungsfalls gehemmt; es gilt vielmehr nach §§ 902 I 2, 197 II, 195 eine dreijährige Verjährung.⁶³ Die Befriedigung erfolgt wie beim Grundschildkapital nach §§ 1191 I, 1147.

- 23 c) *Zwangsvollstreckung oder isolierte Abtretung*: Die Verwertung geschieht im Wege der Zwangsvollstreckung; auch eine Verwertung der Grundschild durch isolierte Abtretung ist zulässig. Das im Sicherungsvertrag vereinbarte Verbot der Abtretung der Grundschild ohne die Forderung ist als durch die Fälligkeit auflösend bedingt anzusehen; in einer solchen Verwertung liegt kein Verstoß gegen § 1149, da es sich nicht um eine Verwertung des Grundstücks handelt. Eine freihändige Verwertung durch isolierte Abtretung ist wenigstens für nach neuem Recht bestellte Grundschilden auch ohne Vereinbarung zulässig, weil der Eigentümer nach § 1192 Ia auch gegenüber dem Zessionar geschützt ist.⁶⁴ Die Forderung erlischt in der Höhe des durch die freihändige Verwertung erzielten Erlöses.

6. Verwertung des Rückgewähranspruchs

- 24 Ist der gesicherte Kredit zurückgezahlt, so hat der Eigentümer gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschild (Rn. 9). Diesen Anspruch kann der Grundeigentümer abtreten oder verpfänden; titulierte Gläubiger des Grundeigentümers können den Rückübertragungsanspruch gemäß §§ 857 VI, 830, 837 ZPO pfänden und sich überweisen lassen. Beispiel:⁶⁵ Grundeigentümer E hat gegen den Grundschildgläubiger G einen Anspruch auf Rückübertragung des nichtvalutierten Teiles der Grundschild. Diesen pfändet das Finanzamt (F). F kann nun den Anspruch anstelle des E dahin geltend machen, dass E eingetragen werde. Mit der Eintragung wird E Inhaber einer Eigentümergrundschild, F hat daran ein Pfandrecht, § 1287.

Vor Erledigung des Sicherungszwecks ist der Rückübertragungsanspruch aufschiebend bedingt, meist durch die Kreditrückzahlung (Rn. 9). Dieser zukünftige Anspruch ist jedoch hinreichend bestimmt, so dass er abgetreten, ver- oder gepfändet werden kann.⁶⁶ Mit der Abtretung scheidet er aus dem Vermögen des Grundeigentümers aus; es handelt sich daher um eine wirksame Vorausverfügung des Schuldners vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, § 91 I InsO, der Anspruch fällt nicht in die Masse.

⁶² BGH ZIP 1993, 257.

⁶³ BGHZ 142, 332.

⁶⁴ Staudinger/Wolfsteiner, 2015, Vor §§ 1191 ff. Rn. 119 ff.; MünchKomm/Lieder § 1191 Rn. 67.

⁶⁵ BGH MDR 1961, 675.

⁶⁶ BGH NJW 1985, 800, 802.

II. Eigentümergrundsschuld

1. Entstehung

a) *Ursprüngliche, offene Eigentümergrundsschuld*: Die Eigentümergrundsschuld kann als solche bestellt werden, § 1196 I. Dazu muss der Grundeigentümer gegenüber dem Grundbuchamt erklären, dass eine Grundsuld für ihn eingetragen werden soll. Ist die Eintragung erfolgt, so ist das Recht entstanden, § 1196 II; es liegt eine ursprüngliche, offene Eigentümergrundsschuld vor, da sie aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Sie kann dem Eigentümer dazu dienen, sich ein Recht mit einem bestimmten Rang zu reservieren, das durch später eingetragene Rechte nicht beeinträchtigt wird; er kann dieses Recht später durch Abtretung, z. B. an einen Kreditgeber, verwerten. 25

b) *Vorläufige, verdeckte Eigentümergrundsschuld*: Die Eigentümergrundsschuld kann auch entstehen, ohne dass sie als solche gewollt war. Sie entsteht vorläufig, wenn eine Briefgrundsuld für einen anderen bestellt werden soll, der Brief aber noch nicht übergeben wurde, §§ 1163 II, 1192 I; für eine Briefhypothek gelten entsprechend §§ 1163 II, 1177. Sie ist zugleich verdeckt, da sie aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist. Im Fall des § 1163 I 1 – die Forderung ist nicht zur Entstehung gelangt – entsteht bei der Hypothek eine vorläufige, verdeckte, im Fall des § 1163 I 2 – die Forderung ist erloschen – eine *endgültige* (bzw. nachträgliche), *verdeckte* Eigentümergrundsschuld (§ 26 Rn. 20); bei der Grundsuld aber entsteht bei Nichtentstehen oder Erlöschen der Forderung eine Fremdgrundsuld. Eine verdeckte Eigentümergrundsuld entsteht analog § 1163 I 1, II auch, wenn die dingliche Einigung über ein Fremdgrundpfandrecht unwirksam ist, die Hypothek aber dennoch eingetragen wird (§ 27 Rn. 7). 26

c) *Nachträgliche, verdeckte Eigentümergrundsschuld*: Sie entsteht, wenn der vom Schuldner verschiedene Grundeigentümer die Grundsuld oder Hypothek tilgt, § 1143 I. Der Eigentümer kann die Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Eine nachträglich verdeckte Eigentümergrundsuld entsteht auch bei der Vereinigung von Grundpfandrecht und Eigentum in einer Person sowie in den Fällen der §§ 1170 f. 27

2. Übertragung

a) *Ursprüngliche, offene Eigentümergrundsschuld*: Sie wird nach den allgemeinen Vorschriften übertragen, also nach § 1154. 28

b) *Vorläufige, verdeckte Eigentümergrundsschuld*: Bei einer vorläufigen, verdeckten Eigentümergrundsuld nach § 1163 I 1, II ist der Grundeigentümer zwar noch Inhaber der Grundsuld, im Grundbuch ist jedoch schon ein anderer als Gläubiger eingetragen, dieser soll später Inhaber des Grundpfandrechts werden; er wird es, 29

sobald die noch fehlende Voraussetzung erfüllt ist, z. B. die Auszahlung des Kredits, dessentwegen die Hypothek bestellt ist.

Eine solche vorläufige Eigentümergrundschild kann als Sicherheit für einen Zwischenkredit genutzt werden. Beispiel:⁶⁷ Der Grundeigentümer erhält einen Bankkredit zum Hausbau, der mittels einer bereits eingetragenen Hypothek gesichert werden soll; der Kredit wird aber erst mit Fertigstellung des Rohbaus ausbezahlt. Um den Rohbau zu finanzieren, bedarf es eines Zwischenkredites, zu dessen Sicherheit die Eigentümergrundschild verwendet wird. Der Grundeigentümer tritt die Eigentümergrundschild gemäß § 1154 unter Übergabe des Hypothekenbriefs⁶⁸ an den Zwischenkreditgeber ab, ebenso wie seinen Anspruch auf Auszahlung des Darlehensbetrags gegen die Bank. Ist der Rohbau fertig, zahlt die Bank die entsprechende Kreditsumme an den Zwischenkreditgeber, der ihr den Hypothekenbrief herausgibt. Die Bank wird dadurch Inhaberin der Hypothek, da der gesicherte Rückzahlungsanspruch gegen den Grundeigentümer nunmehr entstanden ist. Soll die Sicherung statt durch eine Hypothek durch eine Grundschild erfolgen, so vereinfacht sich die Lage: Die Grundschild kann für den Zwischenfinanzierer eingetragen werden, der sie nach Auszahlung des endgültigen Darlehens an die Bank zediert.

3. Verwertung

- 30 a) *Unabhängigkeit vom Grundeigentum*: Die Grundschild ist ein Verwertungsrecht am Grundstück. Der Eigentümer, der eine Grundschild am eigenen Grundstück hat, hat gewissermaßen aus dem Eigentum ein Teilrecht abgespalten, das er gesondert verwerten kann. Er kann es z. B. zur Sicherung eines Kredits an einen Gläubiger übertragen. Verliert der Eigentümer sein Eigentum, so bleibt ihm doch ein Verwertungsrecht am Grundstück. Hat etwa der Eigentümer (E) sich eine erstrangige Eigentümergrundschild an seinem Grundstück bestellt und betreibt ein zweitrangiger Grundpfandrechtsgläubiger (G) die Zwangsversteigerung, so geht das Eigentum zwar mit dem Zuschlag auf den Erwerber über, § 90 I ZVG; dem früheren Eigentümer steht aber infolge seines vorrangigen Verwertungsrechts eine vorrangige Befriedigung zu, § 11 ZVG. Lautet die Eigentümergrundschild etwa auf 100.000 €, die zweitrangige Hypothek auf 50.000 € und wurden bei der Versteigerung 80.000 € Erlöst, so erhält der Eigentümer aufgrund seiner Eigentümergrundschild den gesamten Erlös. Zu beachten ist freilich, ob der zweitrangige Hypothekar nicht einen Löschungsanspruch gemäß § 1196 III hat.⁶⁹
- 31 b) *Keine Zwangsvollstreckung durch den Eigentümer*: Der Eigentümer kann aus einer ihm zustehenden Eigentümergrundschild nicht die Zwangsvollstreckung in

⁶⁷ BGHZ 53, 60 ff.

⁶⁸ Hat die Bank bereits den Brief, so kann der Eigentümer ihn nach § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übereignen, denn der Brief gehört ihm, vgl. § 952 II.

⁶⁹ Vgl. § 30 Rn. 7 bei Fn. 17.

das Grundstück betreiben, § 1197 I. Er kann an einer Versteigerung seines eigenen Grundstücks nur das Interesse haben, es billig zu erstehen und die nachrangigen Rechte gemäß §§ 52 I 2, 91 ZVG zum Erlöschen zu bringen,⁷⁰ was nicht zu unterstützen ist. Auch Zinsen aus der Grundschuld stehen dem Eigentümer nicht zu, ausgenommen während einer Zwangsverwaltung, § 1197 II. Für eine Ausdehnung der Grundschuld durch Zinsen zugunsten des Eigentümers besteht kein Anlass, jedenfalls nicht in der Zeit, in welchem ihm die Nutzungen des Grundstücks zukommen.⁷¹

c) *Pfändung der Eigentümergrundschuld*: Welche Möglichkeiten hat G im Beispiel in Rn. 30, wenn er sieht, dass er mit seiner zweitrangigen Hypothek ausfallen wird? Er kann aus der gesicherten Forderung gegen E vorgehen, wenn eine solche bestanden hat; er kann dazu in das sonstige Vermögen des E vollstrecken, insbesondere auch in die Eigentümergrundschuld. G kann sie pfänden und sich überweisen lassen, §§ 857 VI, 830, 837 ZPO.⁷² Der Pfandgläubiger ist nicht gehindert, aus der gepfändeten Grundschuld in das Grundstück zu vollstrecken, § 1197 I gilt für ihn nicht, wohl aber § 1197 II.

32

4. Erlöschen

Die Eigentümergrundschuld endet durch Verwandlung in ein Fremdpfandrecht, sie erlischt weiter infolge Aufgabe durch den Grundeigentümer. Die Aufgabe kann erzwungen werden, wenn ein Inhaber eines gleich- oder nachrangigen Grundpfandrechts einen Löschungsanspruch nach §§ 1179a, 1179b hat (vgl. § 30 Rn. 6).

33

III. Inhabergrundschuld

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, dass der Grundschuldbrief auf den jeweiligen Inhaber ausgestellt wird, § 1195, 1; die Inhabergrundschuld ist also nur als Briefgrundschuld möglich. Der Brief wird wie eine Inhaberschuldverschreibung behandelt, § 1195, 2, die Übertragung der Inhabergrundschuld richtet sich nach den §§ 929 ff.: Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier.

34

⁷⁰Vgl. Protokolle der 2. Kommission, in: Mugdan III, 851.

⁷¹Vgl. Motive III, 734.

⁷²H. M.; nach Baur/Stürmer § 46 Rn. 12 soll die Pfändung nach §§ 857 I 2, 829 ZPO geschehen; das widerspricht dem Wortlaut des § 857 VI, vereinfacht aber die Pfändung.

IV. Rentenschuld

- 35 Eine besondere Art der Grundschild ist auch die Rentenschuld. Durch sie wird der Grundeigentümer verpflichtet, in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Summe aus dem Grundstück zu zahlen, § 1199 I. Zur Sicherung des Grundeigentümers vor übermäßiger Belastung ist eine Ablösesumme festzulegen und im Grundbuch einzutragen, § 1199 II. Für die einzelnen Geldleistungen haftet nur das Grundstück, nicht aber der Eigentümer mit seinem sonstigen Vermögen; er kann nicht auf Zahlung in Anspruch genommen werden, sondern nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Der Eigentümer kann sich jederzeit durch Leistung der Ablösesumme befreien, § 1201 I, er erwirbt dann die Grundschild, § 1200 II. Der Gläubiger kann die Zahlung der Ablösesumme nicht verlangen, ausgenommen im Fall des § 1133, 2 (Verschlechterung des Grundstücks), § 1201 II. Für die Rentenschuld als Unterfall der Grundschild wird in § 1200 I auf die Grundschild verwiesen, auf die einzelnen Leistungen der Rentenschuld sind die Vorschriften über die Hypothekenzinsen entsprechend anwendbar. Die Rentenschuld kann in eine gewöhnliche Grundschild umgewandelt werden und umgekehrt, § 1203. Die Rentenschuld hat nur geringe praktische Bedeutung.⁷³

⁷³ Beispiele finden sich in KGJ 40 (1910), 342 ff.; LG Braunschweig NJW 1954, 883; BGH NJW 1980, 2198 (Sicherungsrentenschuld).

Anhang: Grundbuchmuster



Muster¹
(Grundbuchblatt)

Amtsgericht Köln Grundbuch von Worringen		
<table border="1"><tr><td>Grundbuchblatt-Nr.</td></tr><tr><td>0100</td></tr></table>	Grundbuchblatt-Nr.	0100
Grundbuchblatt-Nr.		
0100		

Das Grundbuchblatt ist das „Grundbuch“ im Sinne des BGB und der GBO. Die 1 erste Seite enthält die Aufschrift mit dem Grundbuchamt (AG Köln), dem Grundbuchbezirk (Worringen) und der Nummer des Grundbuchblatts (0100).

¹Muster nach Anlage 1 zu § 22 GBV vom 24.1.1995 (Anlagenband zum BGBI. I, 5 ff.). Zur Erläuterung wurden in das Muster Ziffern der Form ①, ② etc. eingefügt. Diese sind nicht Teil des Musters.

Amtsgericht Köln		Grundbuch von Worringen		Blatt 0100		Bestandsverzeichnis		1	
Laufende Nummer der Grundstücke	Bisherige laufende Nummer der Grundstücke	Bezeichnung der Grundstücke und der mit dem Eigentum verbundenen Rechte					Größe		
		Gemarkung (Vermessungsbezirk)	Flur	Karte Flurstück	Liegenschaftsbuch	Wirtschaftsart und Lage	ha	a	m²
		a	b	c/d	e				
1	2	3					4		
1		Worringen	1	100		Freifläche			
						Alte Neußer Landstraße ①		10	10
2	1	Worringen	1	101		Weg			
						Alte Neußer Landstraße ②			90
3	1	Worringen	1	102		Gebäude- und Freifläche			
						Alte Neußer Landstraße 100 ③	9		10
4		Worringen	1	200		Landwirtschaftsfläche			
						Alte Neußer Landstraße ④	5		00
5		Worringen	1	310		Gartenland ⑤		2	00
6	3,5	Worringen	1	102		Gebäude- und Freifläche			
			1	310		Alte Neußer Landstraße 100			
						Gartenland ⑥	11		10
7		1/10 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Worringen	1	110		Weg			
zu 6						Alte Neußer Landstraße ⑦	1		00

- 2 Dem *Bestandsverzeichnis* lassen sich der Bestand an Grundstücken, vermessungstechnische Daten und die Größe der Grundstücke entnehmen. Im Muster weist das Bestandsverzeichnis sieben Eintragungen auf, vgl. Spalte 1. Die Eintragungen der Grundstücke ①, ②, ③ und ⑤ sind nicht mehr gültig und daher rot unterstrichen (gerötet), vgl. § 13 II 2 GBV². Um sich Auskunft über die an dem jeweiligen Grundstück bestehende Rechtslage zu verschaffen, ist stets das Bestandsverzeichnis neben den ihm folgenden drei Abteilungen des Grundbuchblattes heranzuziehen. Die Eintragungen in den Abteilungen verweisen auf die laufenden Nummern der Grundstücke aus dem Bestandsverzeichnis. Weil hier drei Grundstücke desselben Eigentümers (④, ⑥, ⑦) verzeichnet sind, handelt es sich um ein sog. gemeinschaftliches Grundbuchblatt, vgl. § 4 GBO und oben § 19 Rn. 13.

²Auch bei den anderen Eintragungen dient die Rötung zur Kennzeichnung der Ungültigkeit der Eintragung, vgl. § 13 IV 2, 3; § 14 II; § 16 und § 17 II GBV, vgl. oben § 19 Rn. 47.

Bestand und Zuschreibungen		Abschreibungen	
Zur laufenden Nummer der Grund- stücke		Zur laufenden Nummer der Grund- stücke	
5	6	7	8
1	Aus Blatt 0200 am 5. Januar 1993. ⑧ Neumann Götz	2	Nach Blatt 0001 am 15. April 1993. ⑬ Neumann Götz
1,2,3	Lfd. Nr. 1 geteilt und fortgeschrieben gemäß VN ⑨ Nr. 100/93 in Nrn. 2 und 3 am 15. April 1993. Neumann Götz		
4,5	Aus Blatt 0250 am 10. Mai 1993. ⑩ Neumann Götz		
3,5,6	Lfd. Nr. 5 der Nr. 3 als Bestandteil zugeschrieben ⑪ und unter Nr. 6 neu eingetragen am 9. Juni 1993. Neumann Götz		
7 zu 6	Aus Blatt 0300 am 12. Juli 1993. ⑫ Neumann Götz		

Die Spalten 6 und 8 des Bestandsverzeichnisses informieren über den Bestand, die 3
Zuschreibungen und die Abschreibungen. Zur Erklärung der Eintragungen siehe die
Erläuterungen bei der *ersten Abteilung*.

Amtsgericht Köln		Grundbuch von Worringen		Blatt 0100	Erste Abteilung	1
Laufende Nummer der Eintragungen	Eigentümer	Laufende Nummer der Grundstücke im Bestandsverzeichnis	Grundlage der Eintragung			
1	2	3	4			
1	Müller, Friedrich, ⑭ geb. am 5. Juli 1944, Alte Neußer Landstraße 100, 5000 Köln 71	1 4,5 7/zu 6	Aufgelassen am 14. Oktober 1992, eingetragen ⑮ am 5. Januar 1993. Neumann Götz Aufgelassen am 11. November 1992, eingetragen ⑯ am 10. Mai 1993. Neumann Götz Das bisher in Blatt 0300 eingetragene Eigentum ⑰ aufgrund Auflassung vom 15. April 1993 und Buchung gemäß § 3 Abs. 3 GBO hier eingetragen am 12. Juli 1993. Neumann Götz			
2a)	Schumacher, Ute, ⑰ geb. Müller, geb. am 12. Mai 1966, Grundermühle 7, 51515 Kürten	4,6,7	Erbfolge (33 VI 250/94 AG Köln), eingetragen ⑱ am 7. Dezember 1994. Neumann Götz			
b)	Müller, Georg, geb. am 6. März 1968, Kemperbachstraße 48, 51069 Köln - in Erbengemeinschaft -					

- 4 Die *erste Abteilung* des Grundbuchblattes gibt Auskunft über die Eigentümer der Grundstücke und die Erwerbsart, vgl. § 9 GBV. In Spalte 2 wird der Eigentümer eingetragen, Spalte 4 verzeichnet die Grundlage der Eintragung.

Laufende Nummer der Eintragungen	Eigentümer	Laufende Nummer der Grundstücke im Bestandsverzeichnis	Grundlage der Eintragung
1	2	3	4

Anschließend wurde das „Gartenland“ ⑤ der „Gebäude- und Freifläche“ ③ am 5 9.6.1993 als Bestandteil zugeschrieben ⑪ und eingetragen als „Gebäude- und Freifläche mit Gartenland“ ⑥. Die Einträge von „Gebäude- und Freifläche“ ③ und „Gartenland“ ⑤ wurden gerötet. Schließlich erwarb Friedrich Müller ⑭ am 12.7.1993 durch Auflassung und Eintragung ⑰ einen Miteigentumsanteil zu 1/10 am Grundstück „Weg“ ⑦, der aus Blatt 0300 übertragen wurde ⑫. Der Miteigentumsanteil am „Weg“ hat sich aus der Teilung der „Freifläche“ ergeben ⑨, bei der eine Fläche von 0,1 a übrig blieb (vgl. die Größen von ①, ② und ③), welche als Miteigentum in ein gemeinsames Wegegrundstück eingebracht worden ist. § 3 IV GBO (im Muster ist entsprechend der alten Rechtslage noch § 3 III GBO zitiert) erlaubt dem Grundbuchamt, von der Führung eines Grundbuchblattes für ein in Miteigentum stehendes Grundstück (dienendes Grundstück) abzusehen. Dafür muss das Grundstück den wirtschaftlichen Zwecken mehrerer anderer Grundstücke zu dienen bestimmt sein. Außerdem muss es in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis zu diesen Grundstücken stehen. Diese Voraussetzungen erfüllte das gemeinsame Wegegrundstück. Nach § 3 V GBO waren also die einzelnen Miteigentumsanteile an dem dienenden Grundstück auf dem Grundbuchblatt des dem einzelnen Eigentümer gehörenden Grundstücks einzutragen. Am 7.12.1994 ⑲ wurden die gegenwärtigen Eigentümer der Grundstücke ④, ⑥ und ⑦ eingetragen, Ute Schumacher und Georg Müller in Erbengemeinschaft ⑱.

Amtsgericht Köln		Grundbuch von Worringen	Blatt 0100	Zweite Abteilung	1
Laufende Nummer der Eintragungen	Laufende Nummer der betroffenen Grundstücke im Bestandsverzeichnis	Lasten und Beschränkungen			
1	2	3			
1	4,6,7	Nießbrauch für Müller, Gerhard, geb. am 23. April 1918, Alte Neußer Landstraße 100, ② 50769 Köln, befristet, löschar bei Todesnachweis. Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 15. April 1993 – URNr. 400/93 Notar Dr. Schmitz in Köln – eingetragen am 12. Juli 1993. Neumann Götz			
2	4,6	~~Widerspruch gegen die Eintragung des Eigentums des Friedrich Müller zugunsten des Josef Schmitz, geb. am 26. Juli 1940, Rochusstraße 300, 50827 Köln. Unter Bezugnahme auf die einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln vom 30. Juli 1993 – 10 O 374/93 – eingetragen am 3. August 1993.~~ Neumann Götz			
3	4	Dienstbarkeit (Wegerecht) für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flur Nr. 201 (derzeit Blatt 0250). Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 11. November 1992 – URNr. 2231/92 Notar Dr. Schneider Köln – eingetragen am 4. August 1993. ② Neumann Götz			

- 6 In der *zweiten Abteilung* werden alle Belastungen des Grundstücks eingetragen, ausgenommen die Grundpfandrechte und die sich auf diese beziehenden Vormerkungen und Widersprüche, vgl. § 10 GBV. Hier werden auch Verfügungsbeschränkungen, Vormerkungen und Widersprüche eingetragen, die das Eigentum betreffen.

Die Grundstücke ④, ⑥ und ⑦ wurden am 12.7.1993 mit einem Nießbrauch für Gerhard Müller belastet ②. Am 3.8.1993 wurde ein Widerspruch gegen die Eintragung des Eigentums des Friedrich Müller zugunsten von Josef Schmitz für die Grundstücke ④ und ⑥ eingetragen ②. Der Widerspruch beruht auf einer einstweiligen Verfügung des Landgerichts Köln vom 30.7.1993, vgl. § 899 II 1 i. V. m. § 938 ZPO. Der Widerspruch wurde am 31.8.1993 wieder gelöscht ③, seine Eintragung wurde folglich gerötet. Schließlich wurde am 4.8.1993 noch ein subjektivdingliches Wegerecht zugunsten der „Landwirtschaftsfläche“ ④ eingetragen ②.

Veränderungen		Löschungen	
Laufende Nummer der Spalte 1		Laufende Nummer der Spalte 1	
4	5	6	7
		2	Gelöscht am 31. August 1993. ② Neumann Götz

Amtsgericht Köln		Grundbuch von Worringen	Blatt 0100	Dritte Abteilung	1
Laufende Nummer der Eintragungen	Laufende Nummer der belasteten Grundstücke im Bestandsverzeichnis	Betrag	Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden		
1	2	3	4		
1	3,4,5,6	10.000,00 DM ②④ 5.000,00 DM	Grundschild – ohne Brief – zu zehntausend Deutsche Mark für die Stadtparkasse Köln in Köln; 18 % Zinsen jährlich; vollstreckbar nach § 800 ZPO. Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 19. April 1993 – URNr. 420/93 Notar Dr. Schmitz in Köln – eingetragen am 9. Juli 1993. <u>Gesamthaft: Blätter 0100 und 0550.</u> Neumann Götz		
2	4,6	20.000,00 DM - 5.000,00 DM ②⑥ 15.000,00 DM	Hypothek zu zwanzigtausend Deutsche Mark für Bundesrepublik Deutschland (Wohnungsfürsorge); 12% Zinsen jährlich; 2% bedingte Nebenleistung einmalig. Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 6. Oktober 1993 – URNr. 1300/93 Notar Dr. Schmitz in Köln –. Vorrangvorbehalt für Grundpfandrechte bis zu DM 100.000,00; bis 20% Zinsen jährlich; bis 10% Nebenleistungen einmalig; inhaltlich beschränkt. Eingetragen am 15. November 1993. Neumann Götz		
3	4,6,7	100.000,00 DM	Grundschild zu einhunderttausend Deutsche Mark für Inge Müller geb. Schmidt, geb. am 12. Mai 1952, Alte Neußer Landstraße 100, 50769 Köln; 18% Zinsen jährlich. Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 3. Januar 1994 – URNr. 2/94 Notar Dr. Klug in Köln –; unter Ausnutzung des Rangvorbehalts mit Rang vor III/2. Eingetragen am 17. Januar 1994. Neumann Götz		

- 7 In die *dritte Abteilung* werden die Grundpfandrechte eingetragen sowie die auf sie bezogenen Vormerkungen und Widersprüche, § 11 GBV. Im Muster sind fünf verschiedenartige Rechte eingetragen, eine Buchgrundschuld ②⑤, eine Briefhypothek ②⑦, eine Briefgrundschuld ②⑧, eine Zwangssicherungshypothek ③④ und eine Sicherungshypothek ③⑤.

Das erste Recht, die am 9.6.1993 eingetragene Buchgrundschuld über 10.000 DM für die Stadtparkasse Köln ②⑤, ist eine Gesamtgrundschuld, vgl. dazu oben § 31 Rn. 9. Sie belastet die Grundstücke ④ und ⑥, letzteres entstanden aus den Grundstücken ③ und ⑤, sowie das auf Blatt 550 eingetragene Grundstück. Am 1.7.1994 erfolgte für die Buchgrundschuld eine Haftungsaufteilung nach § 1132 II, wonach die Grundstücke ④ und ⑥ nur noch für 5000 DM haften ③③. Die ursprüngliche Haftungssumme von 10.000 DM wurde gerötet; der gegenwärtige Betrag ist 5000 DM ②④.

Am 15.11.1993 wurde anschließend ebenfalls für die Grundstücke ④ und ⑥ eine Briefhypothek für die Bundesrepublik Deutschland über 20.000 DM eingetragen ②⑦. Die Eintragung sieht einen Vorrangvorbehalt für Grundpfandrechte bis zu 100.000 DM vor, § 881. Gelöscht wurde am 4.10.1994 von der Haftungssumme der Briefhypothek ein Betrag von 5000 DM ③⑥. Das Grundbuch weist als Haftungssumme der Briefhypothek folglich noch 15.000 DM aus ②⑥.

Veränderungen			Löschungen		
Laufende Nummer der Spalte 1	Betrag		Laufende Nummer der Spalte 1	Betrag	
5	6	7	8	9	10
2	20.000,00 DM	Dem Recht Abt. III Nr. 3 ist der vorbe- ②⑦ haltene Vorrang eingeräumt. eingetragen am 17. Januar 1994. Neumann Götz	2	5.000,00 DM	Fünftausend Deutsche ③⑧ Mark gelöscht am 4. Oktober 1994. Neumann Götz
3	100.000,00 DM	Gepfändet mit den Zinsen seit dem 30. ④① Juni 1994 für die Haftpflicht-Versiche- rungs-Aktiengesellschaft in Köln wegen einer Forderung von DM 65.800,00 mit 9% Zinsen aus DM 59.600,00 seit dem 18. Juni 1992. Gemäß Pfändungs- und Über- weisungsbeschuß des Amtsgerichts Köln vom 15. Juni 1994 – 183 M 750/94 – eingetragen am 20. Juni 1994. Neumann Götz	3 3a 3b	20.000,00 DM 60.000,00 DM 20.000,00 DM	Pfändungsvermerk vom 26. Juli 1994 gelöscht ③② am 4. Oktober 1994. Neumann Götz
1	5.000,00 DM	Das Recht ist gemäß § 1132 Abs. 2 BGB derart verteilt, daß die hier eingetragene ③⑨ Grundstücke nur noch haften für fünftausend Deutsche Mark. Die Mithaft in Blatt 0550 ist erloschen. Eingetragen am 1. Juli 1994. Neumann Götz			

Von dem bei der Briefhypothek eingetragenen Vorrangvorbehalt ②⑦ wurde am 8
17.1.1994 durch Eintragung einer Briefgrundschuld für Inge Müller über
100.000 DM Gebrauch gemacht ②⑧, ②⑨. Die Briefgrundschuld belastet die Grund-
stücke ④, ⑥ und ⑦. Ausgewiesen wird sie damit für die Grundstücke ④ und ⑥ auf
dem zweiten Rang hinter der Buchgrundschuld für die Stadtparkasse ②⑤ und vor
der Briefhypothek für die Bundesrepublik Deutschland ②⑦. Den bisher unbelasteten
Miteigentumsanteil am Grundstück ⑦ belastet die Briefgrundschuld im ersten
Rang. Für die Briefgrundschuld für Inge Müller ②⑧ wurde anschließend am
20.6.1994 ein Pfändungsvermerk zugunsten der Haftpflicht-Versicherungs-AG ein-
getragen ③①. Daraufhin erfolgte am 1.8.1994 eine Aufteilung der Briefgrundschuld
in drei Grundschulden ③⑥ zu 20.000 DM (erstrangig), 60.000 DM (zweitrangig) und
20.000 DM (drittrangig). Der Rang dieser drei Grundschulden bestimmt sich relativ
zum ursprünglichen Rang der Briefgrundschuld über 100.000 DM. Für die Grund-
stücke ④ und ⑥ befinden sich die durch die Aufteilung entstandenen Grundschul-
den nach der erstrangigen Buchgrundschuld für die Stadtparkasse Köln ②⑤ und vor
der nun fünftrangigen Briefhypothek für die Bundesrepublik Deutschland ②⑦ auf
den Rängen zwei bis vier. Für das Grundstück ⑦ haben die drei durch Aufteilung
entstandenen Grundschulden die Ränge eins bis drei. Die durch Aufteilung entstan-
dene Grundschuld über 60.000 DM für Inge Müller ③⑥ wurde mit Eintragung vom
1.8.1994 an die Kölner Bausparkasse AG abgetreten ③⑦. Am 4.10.1994 wurde
schließlich der Pfändungsvermerk an allen drei durch Aufteilung entstandenen
Grundschulden wieder gelöscht ③②.

Veränderungen			Löschungen		
Laufende Nummer der Spalte 1	Betrag		Laufende Nummer der Spalte 1	Betrag	
5	6	7	8	9	10
3	100.000,00 DM	Das Recht ist geteilt in ③⑥ zwanzigtausend Deutsche Mark erstrangig -, sechzigtausend Deutsche Mark zweitrangig -, zwanzigtausend Deutsche Mark drittrangig -, eingetragen am 1. August 1994. Neumann Götz			
3	20.000,00 DM				
3a	60.000,00 DM				
3b	20.000,00 DM				
3a	60.000,00 DM	Abgetreten mit den Zinsen seit dem 17. ③⑦ Januar 1994 an die Kölner Bausparkasse Aktiengesellschaft in Köln. Eingetragen am 1. August 1994. Neumann Götz			
Fortsetzung auf Einlegebogen					

Gesetzesverzeichnis

Halbfette Hervorhebungen weisen auf Hauptfundstellen hin.

I. Deutsche Gesetze		§ 90	§ 2 Rn. 1, 11, 12, 15
1. Geltende Gesetze		§ 90a	§ 2 Rn. 15, Fn. 6
AGBGB Bay		§ 91	§ 2 Rn. 20
§§ 56 f.		§ 92	§ 2 Rn. 20; § 14 Rn. 3, 17
§ 25 Rn. 19, Fn. 74		§§ 93 ff.	§ 2 Rn. 10, 26 ff., 39 ff.; § 11 Rn. 35; § 24 Rn. 2, 13; § 28 Rn. 3
AGBGB BW		§ 93	§ 2 Rn. 30 ff. , 35 ff., 38; § 4 Rn. 7; § 11 Rn. 14, 16, 35; § 12 Rn. 79; § 20 Rn. 38; § 24 Rn. 2, 13; § 25 Rn. 37, Fn. 139
§ 5a	§ 11 Rn. 68	§ 94	§ 2 Rn. 23 f. , 28, 32, 35 ff. , 38 , 40 f.; § 11 Rn. 12, 14, Fn. 79; § 23 Rn. 12, 51; § 24 Rn. 2, 5, 13
§ 29	§ 23 Fn. 171		§ 1 Rn. 6; § 2 Rn. 39 f. , Fn. 77, 81; § 11 Rn. 14; § 23 Rn. 15; § 24 Rn. 5
§ 31	§ 25 Fn. 77		§ 2 Rn. 25 ; § 25 Rn. 27, Fn. 8, 139
AGBGB RP		§ 95	§ 2 Rn. 22, 39
§§ 20 f.		§ 96	§ 2 Rn. 22, 52 ff. ; § 11 Rn. 35, 41; § 14 Rn. 9; § 25 Rn. 27; § 28 Rn. 14
BauGB		§ 97	§ 2 Rn. 57; § 12 Rn. 43; § 14 Rn. 1
§§ 24 ff.	§ 23 Rn. 65; § 25 Rn. 46	§ 98	§ 2 Rn. 52, Fn. 89; § 25 Rn. 26
§ 126	§ 23 Rn. 8	§ 99	§ 12 Fn. 113
BBergG		§ 100	§ 20 Rn. 9
§ 3	§ 24 Rn. 24	§ 101	§ 9 Rn. 2
§ 6	§ 24 Rn. 24	§ 102	§ 22 Rn. 10
§ 7	§ 24 Rn. 24	§ 103	§ 9 Rn. 2
§§ 8 f.	§ 24 Rn. 24	§ 104	§ 22 Rn. 10
§ 9	§ 24 Rn. 24	§ 105	§ 9 Rn. 2
§ 13	§ 24 Rn. 24	§ 106	§ 1 Rn. 27; § 2 Fn. 1; § 11 Rn. 55
§ 16	§ 24 Rn. 24	§ 107	§ 5 Rn. 11
§ 17	§ 24 Rn. 24	§ 108	§ 1 Rn. 27; § 11 Rn. 57; § 20 Rn. 46
§ 75	§ 24 Fn. 28	§ 109	§ 22 Rn. 10
§§ 77 ff.	§ 24 Rn. 24	§ 110	§ 19 Rn. 32
§§ 114 ff.	§ 24 Rn. 24	§ 111	§ 20 Rn. 9, 23
§ 176	§ 19 Rn. 21	§ 112	§ 1 Rn. 20; § 20 Rn. 10
BBodSchG		§ 113	§ 1 Rn. 31, Fn. 83; § 29 Rn. 6
§ 4	§ 23 Rn. 96, Fn. 250, 266	§ 114 ff.	
§ 24	§ 23 Rn. 96	§ 115	
BeurkG		§ 116	
§§ 8 ff.	§ 23 Rn. 61	§ 117	
§ 63	§ 19 Rn. 32	§ 118	
BGB		§ 119	
§ 12	§ 23 Rn. 110	§ 120	
§ 54	§ 20 Rn. 71	§ 121	
§§ 90 ff.	§ 1 Rn. 2	§ 122	

§§ 135 f.	§ 15 Rn. 61; § 20 Rn. 24, 62; § 22 Rn. 18	§ 182	§ 9 Rn. 33; § 23 Fn. 174
§ 135	§ 1 Rn. 32 f., Fn. 83; § 10 Rn. 5; § 11 Rn. 30; § 28 Rn. 1, 9 ff., 18	§ 183 § 184	§ 9 Rn. 32; § 17 Rn. 29 § 9 Rn. 33 , Fn. 84; § 20 Rn. 66
§ 136	§ 1 Rn. 32 ; § 28 Rn. 1, 9 ff., 18	§ 185	§ 9 Rn. 33 ff. , 40; § 10 Rn. 5, 39; § 11 Rn. 55; § 15 Rn. 60; § 17 Rn. 23, 25; § 18 Rn. 14; § 20 Rn. 23; § 22 Rn. 6, 21, 29
§ 137	§ 1 Rn. 30 ; § 14 Fn. 7; § 17 Fn. 37; § 29 Rn. 6; § 32 Rn. 8	§ 187	§ 11 Rn. 4
§ 138	§ 1 Rn. 27; § 15 Rn. 31; § 18 Rn. 6 ff.; § 20 Rn. 75; § 29 Rn. 11; § 33 Fn. 3	§ 188 §§ 194 f. § 194	§ 11 Rn. 4 § 1 Rn. 4; § 20 Rn. 85 § 20 Rn. 80, 89
§ 139	§ 1 Rn. 29 ; § 21 Rn. 17; § 31 Fn. 11; § 33 Rn. 5, 11	§ 195	§ 5 Rn. 24; § 8 Rn. 10; § 11 Rn. 9, 32; § 12 Rn. 75; § 13 Fn. 18; § 33 Rn. 22
§ 140	§ 1 Rn. 20; § 8 Rn. 15; § 9 Rn. 8; § 12 Rn. 9; § 13 Rn. 11; § 15 Rn. 6; § 17 Rn. 18; § 18 Rn. 4; § 20 Rn. 10, 21; § 27 Rn. 6, 9; § 28 Rn. 4	§ 196 § 197	§ 23 Rn. 68 § 1 Rn. 4; § 11 Rn. 12 f., 32 ; § 12 Rn. 16, 102 ff. ; § 13 Fn. 18; § 20 Rn. 85; § 23 Rn. 109;
§ 142	§ 4 Rn. 33; § 10 Rn. 5		§ 25 Rn. 18; § 33 Rn. 22
§ 143	§ 11 Rn. 55	§ 198	§ 11 Rn. 13; § 12 Rn. 16, 18 , 102
§ 145	§ 1 Rn. 21		
§ 151	§ 11 Rn. 44	§ 199	§ 1 Rn. 4; § 11 Rn. 32; § 13 Fn. 18; § 20 Rn. 90
§ 153	§ 20 Rn. 9		
§ 156	§ 10 Rn. 38; § 15 Rn. 37	§§ 202 ff.	§ 11 Rn. 5
§ 157	§ 1 Rn. 20; § 20 Rn. 10	§ 210	§ 11 Rn. 5
§ 158	§ 25 Rn. 18	§ 211	§ 11 Rn. 5
§ 161	§ 1 Rn. 31, Fn. 80, 83; § 10 Rn. 5; § 17 Rn. 8, 11 ff.; § 20 Rn. 62	§§ 209 ff. § 214 § 216	§ 11 Rn. 5 § 11 Rn. 12; § 12 Rn. 16 § 11 Rn. 6; § 15 Rn. 35; § 27 Rn. 39; § 33 Rn. 12
§ 162	§ 12 Rn. 23; § 17 Rn. 15; § 20 Rn. 64	§ 217	§ 11 Rn. 12
§ 163	§ 25 Rn. 18	§ 219	§ 11 Rn. 6
§§ 164 ff.	§ 4 Rn. 26 ff.; § 9 Rn. 36	§ 220	§ 11 Rn. 6
§ 164	§ 4 Rn. 27, Fn. 62; § 6 Rn. 9; § 9 Rn. 37, 47	§§ 226 ff. §§ 227 ff.	§ 8 Rn. 9 f. § 5 Rn. 4; § 6 Rn. 16
§ 166	§ 4 Rn. 27, Fn. 60; § 5 Rn. 6; § 9 Rn. 38; § 10 Rn. 5; § 12 Rn. 23; § 16 Rn. 10; § 20 Rn. 65; § 23 Rn. 18	§ 227 § 229 § 231 § 237	§ 5 Rn. 2 ff., 7 ff.; § 8 Rn. 10 § 5 Rn. 2 ff., 18, Fn. 20 § 5 Fn. 61 § 18 Rn. 7
§ 177	§ 9 Rn. 38; § 23 Rn. 61	§§ 241 ff.	§ 1 Rn. 4; § 12 Rn. 9; § 14 Rn. 5
§ 181	§ 9 Rn. 42; § 20 Fn. 16		
§§ 182 ff.	§ 21 Rn. 22	§ 241a	§ 1 Rn. 4; § 2 Fn. 1; § 12 Rn. 11

§ 242	§ 1 Rn. 4, Fn. 11; § 5 Rn. 18; § 12 Rn. 9; § 15 Fn. 33; § 20 Rn. 29, 50; § 23 Rn. 9	§§ 305 ff. § 305c § 306 § 307	§ 20 Rn. 5, Fn. 9 § 33 Rn. 11, Fn. 3 § 18 Rn. 7 § 17 Rn. 31 f.; § 18 Rn. 6 f.; § 29 Rn. 6; § 33 Rn. 11, Fn. 3
§ 243	§ 1 Rn. 24	§ 311b	§ 1 Fn. 83; § 12 Rn. 11; § 16 Rn. 2; § 22 Rn. 10; § 23 Rn. 62;
§ 249	§ 11 Rn. 33; § 12 Rn. 30, 39; § 15 Rn. 5; § 23 Rn. 99, 105		§ 24 Rn. 3, 7, 15, 17, Fn. 25; § 25 Rn. 32; § 29 Rn. 11
§ 250	§ 15 Rn. 5	§ 311c	§ 2 Rn. 45 f., 49; § 23 Rn. 64
§ 251	§ 2 Fn. 6; § 8 Rn. 10, Fn. 26; § 15 Rn. 5; § 23 Fn. 19	§ 312	§ 33 Rn. 11
§ 254	§ 8 Rn. 5, 10; § 23 Rn. 101, Fn. 282	§ 320	§ 17 Rn. 3, 7
§ 255	§ 9 Rn. 26; § 12 Rn. 9, 104	§ 323	§ 17 Rn. 3, 9; § 27 Rn. 5
§ 258	§ 11 Rn. 34; § 12 Rn. 81	§ 328	§ 1 Rn. 22; § 9 Rn. 2 ff.
§ 267	§ 17 Rn. 24	§ 333	§ 1 Rn. 22
§ 268	§ 15 Rn. 40, 52; § 27 Rn. 21, 47, Fn. 89; § 29 Rn. 8; § 32 Rn. 18	§§ 346 ff. § 352	§ 12 Rn. 15 § 11 Rn. 17, 19
§ 269	§ 12 Rn. 6	§ 362	§ 11 Rn. 30; § 17 Rn. 29
§ 271	§ 17 Rn. 3, 24; § 29 Rn. 8, 10, Fn. 14	§ 371	§ 9 Rn. 54
§ 273	§ 5 Rn. 18; § 12 Rn. 11, 70; § 20 Rn. 49; § 33 Rn. 9	§ 372	§ 15 Rn. 23; § 29 Rn. 8
§ 274	§ 12 Rn. 11, 70 f.	§ 378	§ 12 Rn. 74
§§ 275 ff.	§ 1 Rn. 4; § 12 Rn. 9	§ 383	§ 10 Rn. 2, 38; § 12 Rn. 74; § 15 Rn. 36 f.
§ 275	§ 1 Rn. 4; § 23 Rn. 12, 105, 106	§ 397	§ 20 Fn. 77
§ 278	§ 12 Rn. 23, 29, 39; § 23 Rn. 9, 18	§§ 398 ff. § 398	§ 31 Rn. 4 § 6 Rn. 12; § 9 Rn. 22, 52 f., 55; § 10 Rn. 27; § 15 Rn. 46; § 16 Rn. 12, 15 f.; § 22 Rn. 16 f.; § 25 Rn. 37; § 27 Rn. 14, 49; § 33 Rn. 12, Fn. 30
§§ 280 ff.	§ 11 Rn. 68	§§ 399 f.	§ 9 Rn. 22; § 25 Rn. 37
§ 280	§ 5 Rn. 14; § 10 Rn. 39; § 12 Rn. 9, 14, 26 f., 39, 43 f.; § 14 Rn. 5; § 15 Rn. 5; § 23 Rn. 83, 97, 107 f.; § 27 Rn. 5, 46; § 33 Rn. 8	§ 399	§ 14 Fn. 12; § 17 Rn. 30; § 27 Rn. 12; § 32 Rn. 8; § 33 Rn. 8, 15
§ 281	§ 12 Rn. 9; § 23 Rn. 97, 107	§ 401	§ 15 Rn. 54; § 18 Rn. 10; § 22 Rn. 16 f.; § 26 Rn. 20, Fn. 40; § 27 Rn. 49, Fn. 99
§ 283	§ 5 Rn. 14; § 10 Rn. 39; § 12 Rn. 14, 44; § 27 Rn. 46	§§ 404 ff.	§ 16 Rn. 6, 18; § 27 Rn. 49 f.
§ 285	§ 5 Rn. 14; § 12 Rn. 9, 43	§ 404	§ 27 Rn. 40 f.; § 33 Rn. 12, 15
§ 286	§ 1 Rn. 4; § 5 Rn. 14; § 12 Rn. 32; § 15 Rn. 5; § 23 Rn. 108	§ 405	§ 10 Rn. 27; § 16 Rn. 4, 17; § 22 Fn. 55; § 27 Fn. 55
§ 287	§ 12 Rn. 32	§§ 406–408	§ 27 Rn. 36; § 31 Rn. 2; § 32 Rn. 11; § 33 Rn. 12
§§ 293 ff.	§ 1 Rn. 4		

§ 407	§ 16 Rn. 6, 17; § 17 Rn. 29; § 27 Rn. 36, 49 f., Fn. 102; § 33 Rn. 12	§ 536b	§ 12 Rn. 46
§ 409	§ 15 Rn. 11	§ 539	§ 11 Rn. 33; § 12 Rn. 14, 51 f., 80
§ 412	§ 15 Rn. 46, 54; § 26 Rn. 20, Fn. 40	§ 540	§ 12 Rn. 13
§ 413	§ 9 Rn. 52 f.; § 16 Rn. 15; § 32 Rn. 8; § 33 Rn. 15	§ 541	§ 12 Rn. 46
§ 415	§ 27 Rn. 46, Fn. 81	§ 546	§ 5 Rn. 4; § 12 Rn. 26 f.
§ 416	§ 27 Fn. 81	§ 548	§ 14 Rn. 5
§ 418	§ 15 Rn. 50; § 22 Rn. 30	§ 550	§ 14 Fn. 13
§ 421	§ 20 Rn. 46; § 31 Rn. 12	§ 555b	§ 24 Rn. 19
§ 426	§ 15 Rn. 54; § 23 Rn. 84, 97; § 27 Rn. 21, 47; § 31 Rn. 15	§ 562	§ 9 Rn. 44; § 15 Rn. 2, 55, 56, Fn. 68; § 17 Rn. 23
§§ 428 ff.	§ 27 Rn. 4	§ 562b	§ 5 Rn. 4
§ 432	§ 8 Rn. 17	§ 566	§ 1 Rn. 17; § 6 Rn. 12; § 12 Rn. 12 , § 20 Rn. 17, Fn. 38, Rn. 62; § 22 Rn. 25 ; § 23 Rn. 70, 117; § 25 Rn. 30
§ 433	§ 11 Rn. 26; § 15 Rn. 36 ff.; § 16 Fn. 7; § 17 Rn. 3; § 21 Rn. 13; § 22 Rn. 2, 5, 15; § 23 Rn. 97; § 25 Rn. 41 f.	§ 567	§ 25 Rn. 26
§ 435	§ 23 Rn. 97	§§ 573 ff.	§ 25 Rn. 30
§ 437	§ 17 Rn. 27; § 20 Rn. 16; § 23 Rn. 97	§ 578	§ 14 Fn. 13
§ 438	§ 23 Rn. 97; § 27 Fn. 72	§§ 581 ff.	§ 1 Rn. 8
§ 445	§ 15 Rn. 36, Fn. 37	§ 581	§ 1 Rn. 8; § 2 Rn. 52 ff.; § 9 Rn. 44; § 12 Rn. 12, 46; § 15 Rn. 2, 55; § 17 Rn. 23; § 20 Rn. 62; § 22 Rn. 25; § 23 Rn. 117
§ 449	§ 17 Rn. 2 ff., 9	§ 585	§ 15 Rn. 2
§ 453	§ 2 Fn. 5	§ 601	§ 11 Rn. 33; § 12 Rn. 51, 80
§ 457	§ 2 Rn. 49	§ 603	§ 12 Rn. 13
§§ 463 ff.	§ 25 Rn. 39, 41	§ 607	§ 2 Rn. 20
§ 464	§ 25 Rn. 41	§ 644	§ 11 Rn. 26
§ 469	§ 25 Rn. 41	§ 647	§ 15 Rn. 2, 14, 56, 59
§ 470	§ 25 Fn. 140	§ 650	§ 11 Rn. 26
§ 473	§ 25 Rn. 40, Fn. 135	§ 650e	§ 27 Rn. 10
§ 488	§ 27 Rn. 3; § 29 Rn. 10; § 33 Rn. 22	§ 650q	§ 27 Rn. 10
§§ 489 f.	§ 26 Fn. 14; § 29 Rn. 10	§ 667	§ 12 Rn. 11
§§ 491 ff.	§ 33 Rn. 11	§ 670	§ 5 Fn. 17; § 12 Rn. 65; § 15 Rn. 8, Fn. 42; § 27 Rn. 36, Fn. 77; § 33 Rn. 7, 16
§ 498	§ 17 Rn. 3	§ 679	§ 12 Rn. 65
§ 508	§ 17 Rn. 3	§ 680	§ 11 Rn. 75
§§ 535 ff.	§ 12 Rn. 11	§ 681	§ 12 Rn. 11
§ 536	§ 12 Rn. 46	§ 683	§ 5 Rn. 7; § 11 Rn. 71; § 12 Rn. 65; § 15 Rn. 22; § 23 Rn. 47, 97
§ 536a	§ 12 Rn. 51 f.		

§ 684	§ 12 Rn. 65; § 15 Rn. 22		94; § 15 Rn. 6, 62; § 17 Rn. 9;
§ 687	§ 11 Rn. 67, 70; § 12 Rn. 32, 42; § 20 Rn. 69		§ 18 Rn. 5, 11; § 20 Rn. 51 , 69, 87; § 22 Rn. 1; § 23 Rn. 47, 97; § 33 Rn. 10
§ 688	§ 15 Rn. 22		§ 3 Rn. 6; § 8 Rn. 17; § 9 Rn. 33; § 10 Rn. 39, 46; § 11 Rn. 9; § 12 Rn. 9, 27, 39, 43 ff., 73; § 20 Rn. 69
§ 690	§ 12 Rn. 33	§ 816	§ 2 Rn. 52 ff.; § 10 Rn. 39; § 11 Rn. 29; § 12 Rn. 15, 42
§ 693	§ 15 Rn. 22		§ 15 Rn. 35; § 27 Fn. 72; § 30 Fn. 3; § 33 Rn. 10, 14, 18
§ 694	§ 15 Rn. 22		§ 8 Rn. 10; § 11 Rn. 33; § 12 Rn. 14, 25, 34 ff., 39, 47; § 23 Rn. 95; § 24 Rn. 6, 18
§ 695	§ 12 Rn. 11		§ 1 Fn. 21; § 2 Rn. 15; § 5 Rn. 7 , 25 , 26 f., Fn. 17; § 6 Rn. 20;
§ 697	§ 15 Rn. 22	§ 818	§ 8 Rn. 17; § 9 Rn. 26; § 10 Rn. 39; § 11 Rn. 68, 74; § 12 Rn. 26 f., 47, 84; § 13 Rn. 17, Fn. 55; § 17 Rn. 9 f.; § 18 Rn. 11; § 20 Rn. 16, 69; § 22 Rn. 3, Fn. 16; § 23 Rn. 3, 16, 25, 51, 101, 110, 117, Fn. 237, 320; § 25 Rn. 16; § 29 Rn. 3
§ 700	§ 2 Rn. 20		§ 23 Rn. 110
§ 704	§ 15 Rn. 56	§ 821	§ 12 Rn. 39; § 20 Rn. 64
§ 718	§ 8 Rn. 12		§ 12 Rn. 23, 28
§ 719	§ 8 Rn. 12	§§ 823 ff.	§ 10 Fn. 96; § 12 Rn. 23, 28
§§ 741 ff.	§ 8 Rn. 13; § 9 Rn. 56; § 11 Rn. 17; § 23 Rn. 51; § 24 Rn. 19; § 31 Fn. 17	§ 823	§ 4 Fn. 60; § 12 Rn. 23, 39; § 23 Rn. 18
§ 741	§ 8 Rn. 12		§ 11 Rn. 61
§ 742	§ 8 Rn. 13; § 12 Rn. 91; § 25 Rn. 14		§ 23 Rn. 45
§ 743	§ 8 Rn. 13		§ 19 Rn. 9, 48; § 21 Rn. 11
§ 744	§ 8 Rn. 13, Fn. 40		§ 12 Rn. 35, 39, Fn. 107
§ 746	§ 8 Rn. 13		§ 12 Rn. 39
§ 747	§ 8 Rn. 15		§ 3 Rn. 2; § 13 Rn. 17
§ 748	§ 25 Rn. 14		§ 15 Rn. 35; § 27 Fn. 72; § 30 Fn. 3
§ 749	§ 8 Rn. 13		§ 1 Rn. 2; § 3 Rn. 2 , 4; § 5 Rn. 1; § 6 Rn. 2
§§ 749 ff.	§ 24 Rn. 23	§ 824	§ 4 Rn. 10 ff., 15 f., 19 ff., 29 f.; § 6 Rn. 12; § 9 Rn. 5 , Fn. 91
§ 751	§ 8 Rn. 13	§ 826	
§ 752	§ 11 Rn. 17, 19	§ 827	
§ 753	§ 11 Rn. 17	§ 828	
§§ 759 ff.	§ 26 Rn. 9	§ 831	
§ 768	§ 15 Fn. 35; § 27 Fn. 70		
§ 770	§ 15 Rn. 35; § 27 Rn. 39	§ 833	
§ 772	§ 15 Fn. 32	§§ 836 ff.	
§ 774	§ 15 Rn. 54; § 27 Rn. 47, Fn. 82	§ 839	
§ 783	§ 9 Rn. 53	§ 848	
§ 792	§ 9 Fn. 113; § 16 Rn. 15	§ 849	
§ 793	§ 26 Rn. 1; § 31 Rn. 6	§ 851	
§ 807	§ 10 Rn. 37	§ 853	
§ 808	§ 9 Rn. 53		
§ 812	§ 5 Rn. 26 f.; § 6 Rn. 12, 20; § 8 Rn. 17; § 9 Rn. 26; § 11 Rn. 9, 28, 74; § 12 Rn. 15, 34, 39, 42 f., 46, 50, 53, 62, 65 f.,	§§ 854 ff.	
		§ 854	

§ 855	§ 4 Rn. 19 ff.; § 9 Rn. 6, 14; § 10 Rn. 34	§§ 873 ff.	§ 8 Rn. 14 f.; § 24 Rn. 24; § 26 Rn. 12
§ 856	§ 4 Rn. 17 f., 19 ff., 25, Fn. 43; § 5 Rn. 23; § 7 Rn. 4; § 11 Rn. 64	§ 873	§ 1 Rn. 6, 19 ff., 26, 32 f.; § 19 Rn. 1, 10, 19, 32, 38; § 20 Rn. 2, 3 f., 5, 7, 9, 14, 17, 24, 25, Rn. 12, 16 f., 19, Fn. 67; § 23 Rn. 61, 117; § 24 Rn. 3, 7 f., 12; § 25 Rn. 25, 27, 30 ff., 36, 40; § 26 Rn. 11; § 27 Rn. 7, 9, 12, 14; § 31 Rn. 1, 10; § 32 Rn. 5, 8; § 33 Rn. 10, 14
§ 857	§ 4 Rn. 31 ff.; § 5 Fn. 10; § 10 Rn. 32		
§§ 858 ff.	§ 5		
§ 858	§ 3 Rn. 2, 7; § 4 Rn. 21, 23; § 5 Rn. 2 ff., 13, 25		
§ 859	§ 3 Rn. 2, 6 f.; § 4 Rn. 1, 22; § 5 Rn. 2, 4, 6, 7 ff., 17, 22; § 6 Rn. 15 f.; § 7 Rn. 5; § 8 Rn. 10; § 14 Rn. 2	§ 874	§ 20 Rn. 18, 20, 33, 55; § 27 Rn. 7
§ 860	§ 4 Rn. 22; § 5 Rn. 8, 10, 13, 18	§ 875	§ 19 Rn. 52; § 20 Rn. 24, 28, 34, 38, 63; § 21 Rn. 21, 35 f.; § 22 Rn. 12, 30; § 24 Rn. 11, 13; § 25 Rn. 18, 30, 45; § 27 Rn. 19; § 30 Rn. 1, 3, 8; § 32 Rn. 19; § 33 Rn. 9
§ 861	§ 3 Rn. 2, 6; § 4 Rn. 35; § 5 Rn. 2 ff., 6, 10, 13 f., 17, 18 ff., 22, 23 f., 26 f.; § 6 Rn. 15, 17 ff.; § 7 Rn. 5; § 11 Rn. 12; § 13 Rn. 18; § 17 Rn. 9; § 25 Rn. 17	§ 876	§ 16 Rn. 21; § 19 Rn. 25, 34; § 20 Rn. 29, 31, 36, 38; § 21 Rn. 23; § 24 Rn. 15 f.; § 25 Rn. 30; § 27 Rn. 8 f.
§ 862	§ 3 Rn. 2, 6; § 5 Rn. 15 ff., 18 ff., 22; § 6 Rn. 15, 17 ff.; § 7 Rn. 5; § 25 Rn. 17	§ 877	§ 19 Rn. 34; § 20 Rn. 24, 34, 36, 62; § 21 Rn. 21, 35; § 24 Rn. 9, 15 f.; § 25 Rn. 13, 19; § 27 Rn. 17 ff., 37; § 32 Rn. 8
§ 863	§ 5 Rn. 18, 21, 27		
§ 864	§ 5 Rn. 6, 19, 21, 27, Fn. 54		
§ 865	§ 2 Rn. 27; § 4 Rn. 7		
§ 866	§ 4 Rn. 1, 7, 8; § 5 Rn. 22, 27	§ 878	§ 1 Fn. 54; § 19 Rn. 30; § 20 Rn. 24, 28, 61; § 22 Rn. 12
§ 867	§ 3 Rn. 2; § 5 Rn. 23 f.; § 6 Rn. 19; § 11 Rn. 61; § 12 Rn. 83; § 23 Fn. 286	§ 879	§ 1 Rn. 16; § 15 Rn. 55; § 19 Rn. 30, 45, 48; § 20 Rn. 22; § 21 Rn. 1 ff., 30, 34; § 22 Rn. 27
§§ 868 ff.	§ 6 Rn. 2		
§ 868	§ 3 Fn. 9; § 6 Rn. 3; § 9 Rn. 15; § 18 Rn. 9	§ 880	§ 19 Rn. 34; § 21 Rn. 1 ff., 18 f., 21 ff.; § 25 Rn. 19; § 27 Rn. 21, 46
§ 869	§ 5 Rn. 13, 27; § 6 Rn. 3, 17 ff.; § 7 Rn. 5; § 17 Rn. 9		
§ 870	§ 5 Rn. 14; § 6 Rn. 12; § 9 Rn. 20 ff., 25 f.; § 10 Rn. 19, 22; § 15 Rn. 11	§ 881	§ 21 Rn. 15, 21, 30, 33 f.
		§§ 883 ff.	§ 19 Rn. 6; § 22 Rn. 25, 31
§ 871	§ 6 Rn. 7; § 15 Rn. 11	§ 883	§ 1 Rn. 32, Fn. 86; § 20 Rn. 82; § 21 Rn. 2, 7; § 22 Rn. 4 ff., 18, 24 f., 27, 28, 31; § 25 Rn. 42 f.; § 27 Rn. 5
§ 872	§ 3 Rn. 4; § 4 Rn. 10; § 11 Rn. 2		

§ 885	§ 1 Rn. 11; § 20 Rn. 26; § 22 Rn. 11 , 12 f.	§ 898	§ 1 Rn. 4; § 20 Rn. 50 , 83, 90, 91
§ 886	§ 22 Rn. 5, 30	§ 899	§ 19 Rn. 6; § 20 Rn. 29, 54 f., 72 ff. ; § 21 Rn. 3, 10; § 25 Rn. 30; § 27 Rn. 8, 26, 30, 41, Fn. 25; § 32 Rn. 10; § 33 Rn. 13, 18
§ 887	§ 22 Rn. 31		§ 20 Rn. 1, 71
§ 888	§ 1 Rn. 4, 32; § 22 Rn. 3, 19 , 29, Fn. 13; § 25 Rn. 42 f.; § 30 Rn. 8	§ 899a	§ 12 Rn. 86; § 13 Rn. 12; § 20 Rn. 77, 81, 84 ff. , 90; § 23 Rn. 66, 68; § 24 Rn. 24; § 25 Rn. 25; § 27 Rn. 10
§ 889	§ 1 Rn. 11; § 16 Rn. 8; § 20 Rn. 32 ; § 25 Rn. 45	§ 900	§ 14 Rn. 10; § 20 Rn. 87, 90 ; § 25 Rn. 18, 30, 38
§ 890	§ 2 Rn. 21 f.; § 20 Rn. 39 ff. ; § 21 Rn. 36; § 28 Rn. 2 ff.	§ 901	§ 1 Rn. 4; § 11 Fn. 20; § 20 Rn. 50 , 81, 89 , Fn. 242, 243; § 23 Rn. 109; § 25 Rn. 16; § 33 Rn. 22
§§ 891 ff.	§ 26 Rn. 14	§ 902	§ 1 Rn. 6 , 10; § 2 Fn. 6; § 3 Rn. 1; § 8 Rn. 8 f. ; § 12 Rn. 84; § 20 Rn. 41; § 23 Rn. 8 f., 42, 72, 75; § 24 Rn. 18; § 25 Rn. 2
§ 891	§ 12 Rn. 86; § 20 Rn. 53 , 80; § 22 Rn. 3; § 27 Rn. 26, 30	§ 903	§ 5 Rn. 4, 15
§§ 892 ff.	§ 1 Rn. 32; § 8 Rn. 15; § 20 Rn. 44, 54 ff. , 64; § 27 Rn. 30 f.; § 32 Rn. 9	§§ 904 ff.	§ 5 Rn. 4, 24; § 8 Rn. 10; § 23 Rn. 22 ff.
§ 892	§ 1 Rn. 33, Fn. 54; § 2 Rn. 18; § 10 Rn. 6; § 12 Rn. 23, 81; § 14 Rn. 10; § 15 Rn. 59; § 16 Rn. 4, 17; § 19 Rn. 6, 30, 50; § 20 Rn. 21 , 24, 54 f. , 62 f., 66, 72, 77, 78, 82; § 21 Rn. 7, 13, 21; § 22 Rn. 15, 17; § 23 Rn. 71; § 24 Rn. 24; § 25 Rn. 19, 25, 30; § 26 Rn. 11; § 27 Rn. 8, 11, 23, 25 ff., 41 f., 47, 50; § 30 Rn. 3; § 31 Fn. 5; § 32 Rn. 6, 9 f.; § 33 Rn. 14, 18	§ 904	§ 8 Rn. 9
§ 893	§ 2 Rn. 18; § 20 Rn. 63 , 78; § 22 Rn. 15, 16 f.; § 26 Rn. 11; § 27 Rn. 26; § 32 Rn. 11	§§ 905 ff.	§ 23 Rn. 3 ; § 24 Rn. 24
§§ 894 ff.	§ 27 Rn. 26	§ 905	§ 23 Rn. 22 ff. , 44, 87, 106, Fn. 62, 69, 88, 114, 237
§ 894	§ 1 Rn. 4, 9, Fn. 11; § 8 Rn. 17; § 19 Rn. 26; § 20 Rn. 45 ff. , 73, 76, 83, Fn. 222, Rn. 91; § 21 Rn. 10; § 22 Rn. 1, 4, 20 f.; § 27 Rn. 26, 30; § 33 Rn. 13, 18	§ 906	§ 23 Rn. 44 , 53
§ 895	§ 19 Rn. 27; § 20 Rn. 48	§ 907	§ 23 Rn. 45 , 53
§ 896	§ 20 Fn. 114	§ 908	§ 22 Fn. 16; § 23 Rn. 46 , 53
§ 897	§ 20 Rn. 45	§ 909	§ 5 Rn. 4; § 23 Rn. 44, 47 f. , 55
		§ 910	§ 11 Rn. 35; § 23 Rn. 48
		§§ 912 ff.	§ 2 Rn. 25; § 23 Rn. 11, 13, 17, 51; § 25 Rn. 16
		§ 912	§ 23 Rn. 10 ff., 106, Fn. 159
		§ 913	§ 23 Rn. 16; § 28 Rn. 19
		§ 914	§ 20 Rn. 90; § 21 Rn. 14; § 23 Rn. 16
		§ 915	§ 23 Rn. 15, 53
		§ 916	§ 23 Fn. 31; § 25 Rn. 16

§ 917	§ 20 Rn. 90; § 21 Rn. 14; § 23 Rn. 19 ff. , 53, 106; § 28 Rn. 19		§ 12 Rn. 12; § 13 Rn. 19; § 15 Rn. 11; § 17 Rn. 12, 18, 24; § 18 Rn. 9; § 27 Rn. 9, 36
§ 918	§ 23 Rn. 21, 53	§ 931	§ 1 Rn. 32; § 9 Rn. 21 ff. , 28, 30, 56, 57, 58; § 10 Rn. 21 ff. , 42 f.; § 11 Rn. 12; § 12 Rn. 9, 11 f.; § 17 Rn. 12; § 27 Rn. 9; § 33 Fn. 68
§ 919	§ 23 Rn. 49, 53		
§ 920	§ 23 Rn. 50, 53		
§ 921	§ 23 Rn. 51		
§ 922	§ 23 Rn. 51		
§ 923	§ 2 Rn. 35; § 8 Fn. 35; § 23 Rn. 44, 52 f.	§§ 932 ff.	§ 1 Rn. 32; § 2 Rn. 18, 50; § 3 Rn. 3; § 8 Rn. 15; § 9 Rn. 60; § 10 ; § 11 Rn. 1, 30, 40; § 13 Rn. 20; § 14 Rn. 3, 8; § 15 Rn. 47; § 16 Rn. 17; § 17 Rn. 5, 20; § 18 Rn. 4
§ 924	§ 23 Rn. 53		
§ 925	§ 1 Rn. 20, 28; § 16 Rn. 15; § 19 Rn. 38; § 20 Rn. 3, 5, 14, Fn. 14; § 23 Rn. 61 , Fn. 171; § 24 Rn. 3, 15	§ 932	§ 3 Rn. 3; § 9 Rn. 59; § 10 Rn. 5, 8 f., 12 ff., 15 f. , 17 ff., 23, 25 f., 38 f., 42; § 11 Rn. 3, 9, 39, 49 ff.; § 12 Rn. 107; § 13 Rn. 7, 14, 21; § 15 Rn. 37; § 16 Rn. 4; § 17 Rn. 19, 21; § 20 Rn. 64; § 28 Rn. 11
§ 925a	§ 23 Rn. 62		§ 10 Rn. 31
§ 926	§ 2 Rn. 50; § 23 Rn. 64; § 25 Rn. 27	§ 932a	§ 10 Rn. 18 ff. , 21, 23 f., 42; § 18 Rn. 4; § 28 Rn. 4
§ 927	§ 12 Rn. 86; § 13 Rn. 12; § 20 Rn. 50, 81, 84 ff.; § 23 Rn. 66 ff.	§ 933	§ 6 Fn. 28; § 9 Rn. 51, 57 f., Fn. 111; § 10 Rn. 13, 18 ff. , 21 ff. , 25, 29, 42, Fn. 61, 69; § 17 Rn. 13
§ 928	§ 20 Rn. 27 ff.; § 23 Rn. 66 ff. ; § 24 Rn. 23	§ 934	§ 4 Rn. 31 ff.; § 6 Rn. 13; § 9 Rn. 59; § 10 Rn. 1, 2, 27 f., 32 ff. , 36 ff., 44, Fn. 122; § 11 Rn. 1, 17 f., 20, 21, 40, 50, 63; § 12 Rn. 88, 108 ; § 13 Rn. 8; § 15 Rn. 13, 37
§§ 929 ff.	§ 2 Rn. 41, 50; § 3 Rn. 3; § 8 Rn. 15; § 9 Rn. 28 , 30, 31, 54 f., 57, 61, 63; § 10 Rn. 2, 31 f., 38, 42; § 11 Rn. 25, 42, 44, 53; § 12 Rn. 81, 87 f.; § 13 Rn. 6, 8, 10 f., 19; § 14 Rn. 8; § 15 Rn. 37 f., 61; § 17 Rn. 5, 18; § 18 Rn. 4; § 23 Rn. 64; § 33 Rn. 33 f.	§ 935	§ 2 Rn. 18; § 9 Rn. 59; § 10 Rn. 22 ff., 41 ff. ; § 11 Rn. 11, 53; § 12 Rn. 12, 78, 97; § 13 Rn. 14, 21; § 14 Rn. 8; § 15 Rn. 28, 39, 50; § 17 Rn. 10, 13, 23; § 28 Rn. 5, 11 ff.
§ 929	§ 1 Rn. 19 ff., 26, 32; § 2 Rn. 39; § 3 Rn. 2; § 4 Fn. 62; § 9 Rn. 1 , 3, 8, 10 ff., 14, 28 ff., 37, 41, 48, 49 ff., 59 f.; § 10 Rn. 16 f., 18, 20 f., 42, 44, 45; § 11 Rn. 44 f.; § 15 Rn. 10; § 17 Rn. 7; § 20 Fn. 12; § 26 Rn. 16; § 27 Rn. 9	§ 936	§ 3 Rn. 2; § 11 Rn. 2 ff., 6 f., 12, 51; § 13 Rn. 10, 13, 15; § 14 Rn. 3, 8
§ 929a	§ 9 Rn. 63; § 10 Rn. 31	§ 937	
§ 930	§ 9 Rn. 1 , 8, 14, 16, 24, 28, 30, 41 f.; § 10 Rn. 18 ff. , 42, 44;		

§§ 938 ff.	§ 20 Rn. 88; § 23 Rn. 66	§ 13 Rn. 10; § 23 Rn. 70
§ 938	§ 11 Rn. 4 ; § 20 Rn. 86	§ 959 § 11 Rn. 52 f., 54
§ 939	§ 11 Rn. 5	§ 960 § 11 Rn. 52, 57 ff., 61
§ 940	§ 11 Rn. 6 , Fn. 112; § 20 Rn. 86	§ 961 § 11 Rn. 61
§ 941	§ 11 Rn. 6	§ 962 § 5 Rn. 4; § 11 Rn. 52 ff., 61
§ 942	§ 11 Rn. 6	§ 963 § 8 Fn. 35; § 11 Rn. 62
§§ 943 f.	§ 11 Rn. 7	§ 964 § 11 Rn. 62
§ 945	§ 11 Rn. 8; § 13 Rn. 14, 21; § 14 Rn. 8	§§ 965 ff. § 11 Rn. 63, 66 f.
§§ 946 ff.	§ 11 Rn. 8, 21 ff., 25 , 29, 33	§ 965 § 11 Rn. 65 , 66, 68, 74, Fn. 155
§ 946	§ 2 Rn. 26, 40; § 11 Rn. 14 f. , 34, Fn. 79; § 12 Rn. 79; § 23 Rn. 12; § 24 Rn. 5	§ 966 § 10 Rn. 38; § 11 Rn. 69 f. ; § 12 Rn. 11
§ 947	§ 8 Fn. 35; § 11 Rn. 16 , 20, 24, 29; § 12 Rn. 79	§ 967 § 11 Rn. 70
§ 948	§ 8 Fn. 35; § 11 Rn. 19 f. , 24, 29	§ 968 § 11 Rn. 68, 72
§ 949	§ 2 Rn. 27; § 11 Rn. 15 , 17 f., 19 f.	§ 970 § 11 Rn. 73
§ 950	§ 11 Rn. 21 ff. ; § 17 Rn. 26	§ 971 § 11 Rn. 68, 73, 78
§ 951	§ 11 Rn. 16 f., 28 ff. , Fn. 79; § 12 Rn. 62, 66, 80	§ 972 § 1 Rn. 6; § 11 Rn. 73; § 12 Rn. 11
§ 952	§ 9 Rn. 52 f. , Fn. 112; § 10 Rn. 4; § 27 Fn. 26; § 33 Fn. 68	§ 973 § 11 Rn. 68, 74
§§ 953 ff.	§ 2 Rn. 52 ff.; § 11 Rn. 42 ff.; § 12 Rn. 49	§ 975 § 11 Rn. 70
§ 953	§ 2 Rn. 14, 22, 27; § 9 Rn. 33; § 11 Rn. 34, 35 , 41; § 23 Rn. 48; § 28 Rn. 3	§ 976 § 11 Rn. 75
§§ 954 ff.	§ 11 Rn. 35; § 28 Rn. 3	§ 977 § 11 Rn. 75
§ 954	§ 1 Rn. 6; § 11 Rn. 36, 37, 41; § 14 Rn. 1	§§ 978 ff. § 11 Rn. 76 ff.
§ 955	§ 9 Rn. 33; § 11 Rn. 36 ff. , 42 ff., 49, Fn. 95; § 12 Rn. 49; § 13 Rn. 15; § 28 Rn. 3	§ 978 § 11 Rn. 77 f.
§ 956	§ 3 Rn. 2; § 11 Rn. 36 , 37 ff., 42 ff. , 49; § 12 Rn. 46, 49; § 28 Rn. 14	§ 979 § 10 Rn. 38; § 11 Rn. 79
§ 957	§ 11 Rn. 35 ff. , 36, 37 ff., 42, 44, 49 ff. ; § 12 Rn. 49	§ 980 § 11 Rn. 79
§ 958	§ 3 Rn. 2; § 11 Rn. 52 f., 57;	§ 981 § 11 Rn. 79
		§ 984 § 8 Fn. 35; § 11 Rn. 79 ff. , 82 f., 84
		§§ 985 ff. § 1 Rn. 4; § 12 ; § 13 Rn. 6, 8; § 14 Rn. 2; § 15 Rn. 19, 21; § 18 Rn. 11; § 24 Rn. 18, 24
		§ 985 § 1 Rn. 9, 32, Fn. 11, 88; § 2 Rn. 15; § 5 Rn. 23; § 6 Rn. 12; § 8 Rn. 17; § 9 Rn. 22, 26; § 10 Rn. 1; § 11 Rn. 12, 68, 81, 84, Fn. 119; § 12 Rn. 1 ff. , 21 ff., 41 ff., 69, 81, 97 ff., 102 ff.; § 13 Rn. 4, 8, 16, 18; § 17 Rn. 8; § 20 Rn. 50, 85, 89; § 23 Rn. 72, 75, 107 f.; § 25 Rn. 16
		§ 986 § 8 Rn. 17; § 10 Rn. 22 f.; § 12 Rn. 11 ff. , 16, 21, 70; § 13

	Rn. 5, 16, 20, 25; § 14 Rn. 2;	§ 1001	§ 12 Rn. 68 f., 73 ff.; § 20 Rn. 49
	§ 15 Rn. 19; § 17 Rn. 11	§ 1002	§ 11 Rn. 78; § 12 Rn. 75
§§ 987 ff.	§ 1 Rn. 4; § 2 Rn. 52 ff.; § 12 Rn. 1 , 8, 14 f., 21 ff. , 41 ff. , 51 ff. , Fn. 109; § 13 Rn. 17, 25; § 15 Rn. 19; § 17 Rn. 9; § 25 Rn. 44	§ 1003	§ 12 Rn. 71, 78 ; § 13 Rn. 17, 25
		§§ 1004 ff.	§ 13 Rn. 17, 25; § 17 Rn. 10
		§ 1004	§ 1 Rn. 4, 9; § 2 Rn. 15; § 5 Fn. 20; § 8 Rn. 17; § 11 Rn. 74; § 12 Rn. 83 , Fn. 241; § 13 Rn. 4; § 14 Rn. 2; § 15 Rn. 47; § 20 Rn. 45, 86, 89, Fn. 242; § 22 Rn. 3; § 23 Rn. 3 , 9, 10, 12 f., 15, 22, 25 f., 31, 34, 35, 44, 72 ff. , 90, 93, Fn. 82; § 25 Rn. 2, 16; § 29 Rn. 1
§ 987	§ 1 Fn. 21; § 3 Rn. 6; § 9 Rn. 33; § 11 Rn. 40; § 12 Rn. 41 ff. ; § 22 Rn. 26		§ 5 Fn. 58; § 8 Rn. 17; § 11 Rn. 61; § 12 Rn. 83 ; § 15 Rn. 20
§ 988	§ 11 Rn. 35; § 12 Rn. 41 , 42, 45 , 49 f.	§ 1005	§ 3 Rn. 2; § 4 Rn. 10; § 6 Rn. 14; § 12 Rn. 85 ff. ; § 13 Rn. 25; § 14 Rn. 2; § 15 Rn. 9; § 17 Rn. 9; § 20 Rn. 53
§§ 989 ff.	§ 10 Rn. 39; § 11 Rn. 33, 53; § 12 Rn. 14, 25 ff. , 39, Fn. 93; § 13 Rn. 17, 25; § 20 Rn. 89; § 22 Rn. 26; § 23 Rn. 16	§ 1006	§ 1 Rn. 18; § 3 Rn. 2; § 5 Rn. 23, 27; § 8 Rn. 17; § 11 Rn. 10, 68, 74; § 12 Rn. 21, 96; § 13 ; § 14 Rn. 2; § 15 Rn. 19; § 17 Rn. 8, 10, 20; § 23 Rn. 110, 117
§ 989	§ 1 Fn. 21; § 8 Rn. 17; § 12 Rn. 6 , 9, 25 ff. ; § 17 Rn. 10		§ 8 Rn. 13; § 9 Rn. 56; § 11 Rn. 17
§ 990	§ 1 Rn. 4, Fn. 21; § 3 Rn. 6; § 9 Rn. 33; § 11 Rn. 40; § 12 Rn. 6 , 8 f., 15, 22 f., 25 ff. , 31 f. , 33, 35 ff., 39 f., 44, 46; § 23 Rn. 71, 108	§ 1007	§ 8 Rn. 16
§ 991	§ 11 Rn. 50; § 12 Rn. 25, 33 f., 40, 46		§ 8 Fn. 34
§ 992	§ 12 Rn. 35 ff. , 39 f., 47	§ 1011	§ 8 Rn. 17; § 11 Rn. 84; § 12 Rn. 2; § 23 Rn. 73
§ 993	§ 11 Rn. 40; § 12 Rn. 25 , 35 ff., 40, 41 ff. , 48 , 49, 50, Fn. 93	§§ 1008 ff.	§ 24 Fn. 4
§§ 994 ff.	§ 11 Rn. 31; § 12 Rn. 14, 51 ff. ; § 13 Rn. 17, 25; § 25 Rn. 44	§ 1009	§ 20 Rn. 3
§ 994	§ 12 Rn. 51 ff. ; § 20 Rn. 49; § 22 Rn. 26	§ 1010	§ 11 Rn. 33; § 19 Rn. 14; § 20 Rn. 31, 86; § 25 Rn. 3 , 22, 24
§ 995	§ 12 Rn. 57, 60, 65	§ 1011	§ 25 Rn. 9 , 18, 22
§ 996	§ 12 Rn. 61 f., 66, Fn. 113; § 20 Rn. 49; § 23 Rn. 12	§§ 1012 ff. a. F.	§ 25 Rn. 12 ff.
§ 997	§ 11 Rn. 34; § 12 Rn. 51 ff. , 65, 67 f., 79 ff. ; § 23 Rn. 12	§§ 1018–1029	§ 20 Rn. 89; § 25 Rn. 8, 14
§ 998	§ 12 Rn. 58	§ 1018	§ 20 Rn. 89; § 25 Rn. 14
§ 999	§ 12 Rn. 67 f.	§ 1019	§ 25 Rn. 6, 12
§§ 1000 ff.	§ 12 Rn. 60	§ 1020	§ 20 Rn. 42; § 25 Rn. 18
§ 1000	§ 5 Rn. 18; § 12 Rn. 11, 32, 69 ff., 74; § 15 Rn. 58; § 20 Rn. 49	§ 1021	§ 20 Rn. 42
		§ 1022	
		§ 1023	
		§ 1025	
		§ 1026	

§ 1027	§ 20 Rn. 89; § 23 Rn. 110; § 25 Rn. 16	§ 1059a	§ 25 Rn. 21
§ 1028	§ 20 Rn. 89; § 25 Rn. 18	§ 1061	§ 14 Rn. 8, 10; § 21 Rn. 36; § 25 Rn. 21, 31
§ 1029	§ 7 ; § 20 Rn. 86; § 25 Rn. 17	§ 1062	§ 2 Fn. 88; § 25 Rn. 27
§§ 1030 ff.	§ 1 Rn. 10; § 14 ; § 20 Rn. 3; § 25 Rn. 24	§ 1063	§ 1 Rn. 11; § 14 Rn. 10; § 16 Rn. 8
§ 1030	§ 1 Rn. 6, 8; § 2 Rn. 52 ff.; § 11 Rn. 36; § 14 ; § 20 Rn. 89; § 25 Rn. 24, 27	§ 1064	§ 14 Rn. 10; § 16 Rn. 7; § 17 Rn. 26; § 20 Rn. 27
§ 1031	§ 2 Fn. 88; § 25 Rn. 27, 31	§ 1065	§ 5 Rn. 23; § 11 Rn. 68; § 12 Rn. 21, 92; § 14 Rn. 2; § 20 Rn. 89; § 23 Rn. 110
§§ 1032 ff.	§ 1 Rn. 19 ff.; § 2 Rn. 50	§ 1067	§ 2 Rn. 20; § 14 Rn. 3, 17
§ 1032	§ 1 Rn. 26; § 3 Rn. 2 f.; § 9 Rn. 59; § 14 Rn. 8; § 16 Rn. 12	§§ 1068 ff.	§ 1 Rn. 12; § 16 Rn. 5; § 20 Rn. 3, 29
§§ 1034 ff.	§ 14 Rn. 4 ff.; § 16 Rn. 5	§ 1069	§ 15 Rn. 49; § 16 Rn. 12, 13; § 27 Rn. 16; § 32 Rn. 13
§ 1035	§ 14 Rn. 4	§ 1070	§ 16 Rn. 6, 23
§ 1036	§ 14 Rn. 2, 4, 17; § 20 Rn. 86; § 25 Rn. 26, 28, 31	§ 1071	§ 16 Rn. 7, 21; § 17 Rn. 26
§ 1037	§ 14 Rn. 4, 17; § 25 Rn. 28	§ 1072	§ 16 Rn. 8; § 20 Rn. 27
§ 1038	§ 25 Rn. 28	§§ 1074 ff.	§ 16 Rn. 9 ff.
§ 1039	§ 12 Rn. 48; § 14 Rn. 4	§ 1075	§ 16 Rn. 10; § 20 Rn. 91; § 21 Rn. 13, Fn. 31
§ 1040	§ 11 Rn. 85	§§ 1076 ff.	§ 14 Rn. 4; § 16 Rn. 9, 11
§ 1041	§ 14 Rn. 4, 17; § 25 Rn. 28	§ 1077	§ 16 Rn. 11
§ 1042	§ 14 Rn. 4	§ 1078	§ 16 Rn. 11
§ 1043	§ 25 Rn. 28	§ 1079	§ 16 Rn. 11
§ 1044	§ 14 Fn. 5	§ 1080	§ 16 Rn. 9
§ 1045	§ 14 Rn. 4	§§ 1081 ff.	§ 16 Rn. 12
§ 1046	§ 14 Rn. 4	§§ 1085 ff.	§ 14 Rn. 11 ff., 17
§ 1047	§ 14 Rn. 5; § 25 Rn. 31	§ 1086	§ 14 Rn. 15 f.
§ 1048	§ 14 Rn. 17; § 25 Rn. 29	§ 1087	§ 14 Rn. 12 ff.
§ 1049	§ 14 Rn. 5	§ 1088	§ 14 Rn. 16
§ 1050	§ 14 Rn. 4; § 25 Rn. 28	§§ 1090–1093	§ 20 Rn. 3
§ 1051	§ 14 Rn. 5	§ 1090	§ 7 Fn. 1; § 11 Rn. 33; § 20 Rn. 42, 86, 89; § 23 Rn. 110; § 25 Rn. 21 f., 24, 31
§ 1052	§ 14 Rn. 5	§ 1091	§ 25 Rn. 22
§ 1053	§ 14 Rn. 5; § 23 Rn. 110	§ 1092	§ 14 Rn. 9; § 25 Rn. 21, 23 , Fn. 109
§ 1054	§ 14 Rn. 5	§ 1093	§ 1 Rn. 10; § 2 Fn. 88; § 20 Rn. 86; § 25 Rn. 31
§ 1055	§ 14 Rn. 10	§§ 1094 ff.	§ 20 Rn. 3; § 25 Rn. 39 ff.
§ 1056	§ 25 Rn. 30	§ 1094	§ 2 Rn. 25; § 25 Rn. 3, 40
§ 1057	§ 14 Rn. 5		
§ 1058	§ 14 Rn. 7, 10		
§ 1059	§ 14 Rn. 9; § 16 Rn. 13; § 20 Rn. 62		
§§ 1059a ff.	§ 14 Rn. 9; § 25 Rn. 23		

§ 1096	§ 2 Rn. 49; § 25 Rn. 40	§ 1125	§ 28 Rn. 17; § 32 Rn. 3, 15
§ 1097	§ 25 Rn. 40	§ 1126	§ 1 Rn. 32; § 28 Rn. 19 ; § 32 Rn. 3, 15
§ 1098	§ 25 Rn. 40 ff. , Fn. 135	§ 1127	§ 28 Rn. 20; § 32 Rn. 3, 15
§ 1100	§ 25 Rn. 41 f. , 44	§ 1128	§ 1 Rn. 32; § 28 Rn. 20; § 32 Rn. 3, 15
§ 1103	§ 25 Rn. 40	§ 1129	§ 28 Rn. 20; § 32 Rn. 3, 15
§ 1104	§ 25 Rn. 45	§ 1130	§ 1 Rn. 32; § 28 Rn. 20 ; § 32 Rn. 3, 15
§§ 1105 ff.	§ 20 Rn. 3, 29, 32	§ 1131	§ 20 Rn. 39 f.; § 32 Rn. 3
§ 1105	§ 2 Rn. 25; § 19 Rn. 14; § 20 Rn. 29, 43; § 24 Rn. 4; § 25 Rn. 3, 34 ff. , Fn. 123	§ 1132	§ 20 Rn. 41; § 24 Rn. 16; § 26 Rn. 15; § 28 Rn. 1 ff.; § 31 Rn. 9 , 12, 13; § 32 Rn. 3
§ 1107	§ 16 Rn. 6; § 25 Rn. 34 f., 37	§ 1133	§ 27 Rn. 45; § 29 Rn. 2 ; § 32 Rn. 3; § 33 Rn. 34
§ 1108	§ 20 Rn. 41; § 23 Rn. 16; § 24 Rn. 4; § 25 Rn. 34 f. , 37 f., Fn. 121; § 26 Fn. 6	§ 1134	§ 23 Rn. 110; § 25 Rn. 38, Fn. 124; § 29 Rn. 1 ; § 32 Rn. 3
§ 1110	§ 25 Rn. 36, Fn. 126	§ 1135	§ 25 Rn. 38, Fn. 124; § 29 Rn. 4 ; § 32 Rn. 3
§ 1111	§ 25 Rn. 36 f., Fn. 126	§ 1136	§ 29 Rn. 6; § 32 Rn. 3
§§ 1113–1203	§ 20 Rn. 3	§ 1137	§ 22 Rn. 26; § 27 Rn. 26, 39, 42; § 32 Rn. 3, 9, 10
§ 1113	§ 20 Rn. 89; § 22 Rn. 8; § 25 Rn. 34; § 26 Rn. 3, 13, Fn. 9; § 27 Rn. 2 , 3, 5; § 31 Rn. 4; § 32 Rn. 1, 3, 5	§ 1138	§ 1 Rn. 32; § 16 Rn. 4, 7; § 26 Rn. 14; § 27 Rn. 8, 22 ff. , 25 f. , 28, 33, 42; § 29 Rn. 7; § 31 Rn. 1 f.; § 32 Rn. 3, 9
§ 1114	§ 27 Rn. 2, 46; § 32 Rn. 3, 4	§ 1139	§ 20 Fn. 203, Rn. 72; § 21 Rn. 3; § 27 Rn. 8 ; § 31 Rn. 2; § 32 Rn. 3, 9
§ 1115	§ 27 Rn. 3, 5 , 7, 9, 48; § 32 Rn. 3, 5	§ 1140	§ 20 Rn. 60; § 26 Rn. 11; § 27 Rn. 31 , Fn. 76; § 32 Rn. 3, 10
§ 1116	§ 20 Fn. 87; § 26 Rn. 11; § 27 Rn. 8 f. , 18; § 32 Rn. 3, 5	§ 1141	§ 29 Rn. 7 f. , 10, Fn. 8; § 31 Rn. 2; § 32 Rn. 3
§ 1117	§ 20 Rn. 66; § 27 Rn. 8 f. , 13, 36; § 32 Rn. 3, 5	§§ 1142 ff.	§ 25 Fn. 124
§ 1118	§ 25 Fn. 124; § 26 Rn. 13; § 27 Rn. 48; § 32 Rn. 3	§ 1142	§ 26 Rn. 13; § 27 Rn. 44; § 29 Rn. 8 ; § 32 Rn. 3, 17; § 33 Rn. 17 f., 27
§ 1119	§ 19 Rn. 34; § 32 Rn. 3	§ 1143	§ 15 Fn. 63; § 26 Rn. 13, 20, Fn. 40; § 27 Rn. 21, 44 ff., Fn. 77, 82; § 29 Rn. 8; § 30 Rn. 2; § 31 Rn. 14 f.; § 32 Rn. 3, 12, 18; § 33 Rn. 17 f., 27
§§ 1120 ff.	§ 25 Fn. 124	§ 1144	§ 29 Rn. 8; § 32 Rn. 3
§ 1120	§ 2 Rn. 51; § 9 Rn. 44; § 11 Fn. 90; § 17 Rn. 23, 26; § 28 Rn. 3, 13, 14, Fn. 33; § 32 Rn. 3, 15		
§ 1121	§ 28 Rn. 5 , 6 f., 9–13 , Fn. 21; § 32 Rn. 3, 15		
§ 1122	§ 28 Rn. 6, 8, 10, 13; § 32 Rn. 3, 15		
§ 1123	§ 28 Rn. 16, 19 f., Fn. 6; § 32 Rn. 3, 15		
§ 1124	§ 1 Rn. 32; § 28 Rn. 17 , 19 f.; § 32 Rn. 3, 15		

§ 1145	§ 27 Rn. 35, Fn. 64; § 29 Rn. 8; § 32 Rn. 3	§ 1160	§ 27 Rn. 15, 34, Fn. 65; § 32 Rn. 3, 10
§ 1146	§ 26 Rn. 13; § 32 Rn. 3	§ 1161	§ 27 Rn. 26, 35; § 32 Rn. 3
§ 1147	§ 20 Rn. 89 f.; § 25 Fn. 124; § 26 Rn. 2; § 27 Rn. 32; § 28 Fn. 17; § 29 Rn. 11 f.; § 32 Rn. 3, 10; § 33 Rn. 12, 22	§ 1162	§ 32 Rn. 3
§ 1148	§ 29 Rn. 9, 12; § 32 Rn. 3	§ 1163	§ 26 Rn. 13, 20 ; § 27 Rn. 5 f., 7, 8 f., 11, 36, 43, 45 f., 51, Fn. 99; § 30 Rn. 1, 7; § 31 Rn. 13 ff.; § 32 Rn. 3, 5, Fn. 21; § 33 Rn. 16, 26, 29
§ 1149	§ 29 Rn. 11; § 32 Rn. 3, 17; § 33 Rn. 23	§§ 1164 ff.	§ 25 Fn. 124
§ 1150	§ 25 Fn. 124; § 27 Rn. 47, Fn. 89; § 29 Rn. 8 ; § 32 Rn. 3, 18	§ 1164	§ 27 Rn. 46, Fn. 87; § 31 Rn. 16; § 32 Rn. 3; § 33 Rn. 16
§ 1151	§ 27 Rn. 21; § 32 Rn. 3	§ 1165	§ 27 Rn. 46 ; § 31 Fn. 28; § 32 Rn. 3
§ 1152	§ 32 Rn. 3	§ 1166	§ 32 Rn. 3
§§ 1153 f.	§ 31 Rn. 4	§ 1167	§ 27 Rn. 36, Fn. 59; § 32 Rn. 3
§ 1153	§ 15 Rn. 59; § 20 Rn. 62; § 26 Rn. 14, 20, Fn. 26; § 27 Rn. 4 , 7, 12, 25 , 44, 46 f., Fn. 99; § 31 Rn. 15; § 32 Rn. 6	§ 1168	§ 26 Rn. 20; § 27 Fn. 85; § 30 Rn. 1, Fn. 1; § 31 Rn. 17; § 32 Rn. 3, 12, 19, Fn. 21; § 33 Rn. 9
§§ 1154 f.	§ 27 Rn. 49 f.; § 33 Rn. 12, 15, 18	§ 1169	§ 30 Rn. 1; § 32 Rn. 3
§ 1154	§ 9 Fn. 113; § 20 Rn. 25; § 22 Rn. 16; § 25 Rn. 37, Fn. 124; § 26 Rn. 11; § 27 Rn. 9, 13 ff. , 16, 36; § 32 Rn. 3, 8, 13; § 33 Rn. 28	§§ 1170 f.	§ 30 Fn. 4; § 32 Rn. 3, Fn. 21; § 33 Rn. 27
§ 1155	§ 19 Rn. 41; § 22 Rn. 17; § 26 Rn. 11; § 27 Rn. 15, 28 , 30 f., 34, 36, 41, Fn. 56; § 32 Rn. 3, 9 f.	§ 1172	§ 31 Rn. 13 f., 17; § 32 Rn. 3
§§ 1156 ff.	§ 25 Fn. 124	§ 1173	§ 31 Rn. 14 f., Fn. 19; § 32 Rn. 3, Fn. 13
§ 1156	§ 16 Rn. 6; § 27 Rn. 36, 49, Fn. 67; § 31 Rn. 2; § 32 Rn. 3, 11; § 33 Rn. 12	§ 1174	§ 31 Rn. 16; § 32 Rn. 3
§ 1157	§ 27 Rn. 31, 41; § 31 Rn. 2; § 32 Rn. 2, 3, 8, 13; § 33 Rn. 8, 12–14 , 15 f., 19 f., 22	§ 1175	§ 31 Rn. 17; § 32 Rn. 3
§ 1158	§ 16 Rn. 6; § 27 Rn. 48, 50 , Fn. 102; § 32 Rn. 3	§ 1176	§ 30 Rn. 2; § 32 Rn. 3
§ 1159	§ 16 Rn. 6; § 25 Rn. 37; § 27 Rn. 48 ff. ; § 32 Rn. 3; § 33 Fn. 30	§ 1177	§ 25 Fn. 124; § 26 Rn. 13, 20; § 27 Rn. 5 f., 8 f., 11, 36, 44, 45 f., 51, Fn. 85; § 30 Rn. 1 f.; § 31 Rn. 13, 15; § 32 Rn. 3
§§ 1160 ff.	§ 27 Rn. 15	§ 1178	§ 25 Fn. 124; § 27 Rn. 51, Fn. 99; § 32 Rn. 3
		§ 1179	§ 30 Rn. 4 f., Fn. 14; § 32 Rn. 3
		§ 1179a	§ 30 Rn. 1, 4 , 7 f.; § 31 Rn. 6; § 32 Rn. 3; § 33 Rn. 33
		§ 1179b	§ 30 Rn. 1, 4 , 7; § 31 Rn. 6; § 32 Rn. 3; § 33 Rn. 33
		§ 1180	§ 27 Rn. 3, 20 , 46; § 32 Rn. 3
		§ 1181	§ 25 Fn. 124; § 30 Rn. 3; § 31 Rn. 18; § 32 Rn. 3, 18

§ 1182	§ 31 Rn. 18; § 32 Rn. 3	§§ 1205 ff.	§ 3 Rn. 3; § 17 Rn. 24; § 18 Rn. 2
§ 1183	§ 27 Rn. 46; § 30 Rn. 3; § 32 Rn. 3, 14; § 33 Rn. 9	§ 1205	§ 1 Rn. 19 ff., 24 ff.; § 2 Rn. 41, 50; § 3 Rn. 2; § 9 Rn. 59; § 15 Rn. 8 ff. , 19
§ 1184	§ 26 Rn. 14; § 31 Rn. 1 ; § 32 Rn. 3	§ 1206	§ 15 Rn. 12
§ 1185	§ 26 Rn. 14, Fn. 18; § 27 Rn. 25, 42, Fn. 67; § 29 Rn. 7; § 31 Rn. 1 f. ; § 32 Rn. 3	§ 1207	§ 9 Rn. 60; § 12 Rn. 57; § 15 Rn. 13 ff. , 47, 58, Fn. 76
§ 1186	§ 20 Fn. 87; § 27 Rn. 18; § 31 Rn. 3 ; § 32 Rn. 3	§§ 1208 ff.	§ 15 Rn. 15 ff. ; § 18 Rn. 3
§ 1187	§ 31 Rn. 6; § 32 Rn. 3	§ 1208	§ 9 Rn. 60; § 15 Rn. 18; § 16 Rn. 18
§ 1188	§ 20 Fn. 71; § 31 Rn. 7 ; § 32 Rn. 3	§ 1209	§ 1 Rn. 16; § 15 Rn. 7, 16, 57
§ 1189	§ 31 Rn. 8; § 32 Rn. 3	§§ 1210 ff.	§ 12 Rn. 11
§ 1190	§ 26 Rn. 10; § 27 Fn. 6; § 31 Rn. 4 ; § 32 Rn. 3	§ 1210	§ 15 Rn. 33 ; § 18 Fn. 54
§ 1191	§ 20 Rn. 62; § 25 Rn. 34; § 26 Rn. 3, 16, Fn. 9; § 32 Rn. 1 ; § 33 Rn. 2, 14	§ 1211	§ 15 Rn. 35; § 27 Rn. 37
§ 1192	§ 16 Rn. 6; § 20 Rn. 25, 40, 60; § 26 Rn. 1, 16; § 30 Rn. 7; § 32 Rn. 2 , 3 ff.; § 33 Rn. 1, 8, 14 , 16, 20, 22 f.	§ 1212	§ 11 Fn. 90
§ 1193	§ 32 Rn. 3, 16 ; § 33 Rn. 22	§ 1213	§ 15 Rn. 3; § 16 Rn. 18, 24; § 18 Rn. 9
§ 1194	§ 33 Rn. 18	§§ 1215 ff.	§ 15 Rn. 21 f.
§ 1195	§ 20 Fn. 71; § 26 Rn. 16; § 33 Rn. 34	§§ 1216 ff.	§ 18 Rn. 6
§ 1196	§ 1 Rn. 11; § 20 Rn. 26, 61; § 25 Rn. 5; § 26 Rn. 16, 19; § 30 Rn. 7; § 31 Rn. 5; § 32 Rn. 4; § 33 Rn. 25 , 30	§ 1216	§ 12 Rn. 57; § 15 Rn. 22
§ 1197	§ 33 Rn. 31	§ 1217	§ 15 Rn. 23, 57
§ 1198	§ 20 Fn. 87; § 27 Rn. 18, 46; § 31 Rn. 5; § 32 Rn. 7, 19	§§ 1218 ff.	§ 15 Rn. 23
§ 1199	§ 20 Rn. 40; § 25 Rn. 34; § 26 Rn. 3, 9 , Fn. 9; § 33 Rn. 35	§ 1219	§ 15 Rn. 7
§ 1200	§ 16 Rn. 6; § 20 Rn. 25; § 26 Rn. 1; § 33 Rn. 34	§§ 1220 ff.	§ 17 Rn. 24
§ 1201	§ 25 Rn. 35; § 33 Rn. 34	§ 1221	§ 15 Fn. 36; § 16 Rn. 25
§ 1203	§ 33 Rn. 34	§ 1222	§ 15 Rn. 34
§§ 1204 ff.	§ 28 Rn. 5; § 16 Rn. 14, 25	§§ 1223 ff.	§ 15 Rn. 24 ff.
§ 1204	§ 15 Rn. 5 ff. ; § 18 Rn. 5; § 22 Fn. 33; § 27 Rn. 5	§ 1223	§ 15 Rn. 8, 22, 24, 57; § 16 Rn. 21; § 29 Rn. 8
		§ 1224	§ 15 Rn. 25
		§ 1225	§ 15 Rn. 8, 25, 52, 54
		§ 1226	§ 15 Rn. 27
		§ 1227	§ 5 Rn. 23; § 11 Rn. 94; § 12 Rn. 21, 92; § 13 Rn. 25; § 15 Rn. 7, 19 f. , 48, 53; § 17 Rn. 20; § 18 Rn. 10; § 23 Rn. 110; § 29 Rn. 1
		§ 1228	§ 15 Rn. 5, 29 , 36 ff., 43, 57, 62; § 16 Rn. 23
		§ 1229	§ 15 Rn. 31; § 18 Rn. 14
		§ 1230	§ 15 Rn. 34 ; § 18 Fn. 54
		§ 1231	§ 15 Rn. 32

§ 1232	§ 15 Rn. 53	§ 1273	§ 20 Rn. 27
§§ 1233 ff.	§ 12 Rn. 78; § 15 Rn. 42; § 18 Rn. 13	§ 1274	§ 15 Rn. 49; § 16 Rn. 13 f., 25; § 20 Rn. 15; § 27 Rn. 16; § 32 Rn. 12
§ 1233	§ 15 Rn. 36; § 16 Rn. 25	§§ 1275 ff.	§ 16 Rn. 18 ff., 22
§ 1234	§ 15 Rn. 28, 38; § 18 Fn. 54; § 33 Rn. 22	§ 1276	§ 16 Rn. 7, Rn. 21 ; § 17 Rn. 26; § 20 Rn. 29
§§ 1235 ff.	§ 15 Rn. 44	§ 1277	§ 16 Rn. 13, 19, 24, 25
§ 1235	§ 10 Rn. 38; § 15 Rn. 37, 42 , Fn. 36	§§ 1279 ff.	§ 16 Rn. 22 ff.
§ 1236	§ 15 Rn. 38	§ 1280	§ 16 Rn. 16, 22 ; § 20 Rn. 15
§ 1237	§ 15 Rn. 28, 37 f., 43	§ 1281	§ 16 Rn. 23; § 28 Rn. 20
§ 1238	§ 15 Rn. 38	§ 1282	§ 16 Rn. 3, 24, 25; § 28 Rn. 20, Fn. 26
§ 1239	§ 15 Rn. 37	§§ 1283 ff.	§ 16 Rn. 23 f.
§ 1240	§ 15 Rn. 37, 42	§ 1285	§ 16 Rn. 24
§ 1241	§ 15 Rn. 28, 38	§ 1287	§ 16 Rn. 23 f. ; § 19 Rn. 27; § 20 Rn. 15, 61, 90, Fn. 29, 32; § 21 Rn. 13; § 26 Fn. 17; § 27 Rn. 10; § 31 Rn. 1; § 33 Rn. 24
§ 1242	§ 9 Rn. 32; § 15 Rn. 36, 39 , 50	§ 1288	§ 16 Rn. 24
§§ 1243 ff.	§ 15 Rn. 36 ff.	§ 1289	§ 16 Rn. 24
§ 1243	§ 15 Rn. 34, 36 f., Fn. 38	§ 1293	§ 16 Rn. 25
§ 1244	§ 10 Rn. 38; § 15 Rn. 37, 39 , 41, 61 f.	§ 1294	§ 16 Rn. 25
§ 1245	§ 15 Rn. 28, 37, 43, 44 ; § 18 Rn. 13	§ 1295	§ 16 Rn. 25
§ 1246	§ 15 Rn. 44	§ 1296	§ 16 Rn. 25
§ 1247	§ 15 Rn. 40 f.	§ 1362	§ 12 Rn. 93
§ 1248	§ 15 Rn. 28, Fn. 47; § 29 Rn. 9	§ 1365	§ 1 Rn. 31, Fn. 80, 83; § 9 Rn. 31; § 20 Rn. 24, 62, 64; § 23 Rn. 61
§ 1249	§ 15 Rn. 8, 26, 40, 52, 53	§ 1369	§ 1 Rn. 31, Fn. 80, 83; § 20 Rn. 62
§ 1250	§ 15 Rn. 45 ff. , 50, 52; § 16 Rn. 3, 20; § 18 Rn. 10; § 20 Rn. 3, 62	§ 1416	§ 8 Rn. 12; § 20 Rn. 25
§ 1251	§ 15 Rn. 48, Fn. 56	§ 1419	§ 8 Rn. 12
§ 1252	§ 15 Rn. 50; § 16 Rn. 21	§§ 1423 ff.	§ 1 Fn. 80
§ 1253	§ 15 Rn. 51, 57	§ 1626	§ 5 Rn. 4
§ 1254	§ 15 Rn. 24	§ 1643	§ 23 Rn. 65
§ 1255	§ 15 Rn. 50; § 17 Rn. 26; § 20 Rn. 27	§ 1821	§ 23 Rn. 65
§ 1256	§ 1 Rn. 11; § 15 Rn. 18, 25, 52, Fn. 59; § 16 Fn. 19	§ 1903	§ 23 Rn. 65
§ 1257	§ 15 Rn. 57, 59	§ 1908i	§ 23 Rn. 65
§ 1259	§ 15 Rn. 31, 37 ; § 18 Rn. 13	§ 1922	§ 4 Rn. 31; § 6 Rn. 12; § 19 Rn. 4; § 20 Rn. 25
§§ 1273 ff.	§ 1 Rn. 12; § 16 Rn. 13 ff.; § 20 Rn. 3, 27	§ 1953	§ 4 Rn. 33

§ 1967	§ 9 Rn. 35
§ 1984	§ 20 Rn. 24
§ 1994	§ 9 Rn. 35
§ 2005	§ 9 Rn. 35
§ 2020	§ 2 Rn. 52
§ 2032	§ 8 Rn. 12
§ 2033	§ 8 Rn. 12; § 16 Rn. 3, 15
§ 2040	§ 8 Rn. 12
§ 2103	§ 4 Fn. 67
§ 2106	§ 4 Rn. 71
§ 2113	§ 1 Rn. 31, Fn. 80, 83; § 10 Rn. 5; § 20 Rn. 24, 46 f., 62
§ 2133	§ 12 Rn. 48
§ 2139	§ 4 Rn. 33
§ 2140	§ 4 Rn. 35
§ 2164	§ 2 Rn. 49
§ 2205	§ 12 Rn. 2
§ 2211	§ 20 Rn. 24, 52
§ 2344	§ 4 Rn. 33
§§ 2366 f.	§ 4 Rn. 32; § 16 Rn. 17
§ 2366	§ 10 Rn. 32; § 16 Rn. 4, 17; § 27 Fn. 55

BImSchG

§§ 4 ff.	§ 23 Rn. 32
§ 7	§ 23 Rn. 27
§ 14	§ 23 Rn. 32, 34, 42, 44
§§ 17 ff.	§ 23 Rn. 33
§ 23	§ 23 Rn. 27
§ 48	§ 23 Rn. 27

BNatSchG

§ 44	§ 11 Rn. 53; § 23 Rn. 87
§ 67	§ 23 Fn. 237

BRüG

§ 2	§ 12 Rn. 98

BSchuWG

§ 6	§ 9 Rn. 58

DepotG

§ 2	§ 9 Rn. 56
§ 5	§ 9 Rn. 56

§§ 6 ff.	§ 9 Rn. 56
§ 6	§ 9 Rn. 56
§ 9a	§ 9 Rn. 57

DSchG BW § 11 Rn. 86**EGBGB**

Art. 3	§ 11 Rn. 86
Art. 73	§ 11 Rn. 86
Art. 96	§ 25 Rn. 31
Art. 122	§ 23 Rn. 55
Art. 124	§ 23 Rn. 54
Art. 182	§ 24 Fn. 14
Art. 183	§ 23 Rn. 55
Art. 184	§ 25 Rn. 19, 25
Art. 187	§ 20 Rn. 62; § 25 Rn. 19, 25
Art. 189	§ 25 Rn. 19
Art. 191	§ 25 Rn. 19
Art. 229 § 18	§ 32 Fn. 4; § 33 Rn. 22
Art. 231 § 5	§ 2 Fn. 81
Art. 233 § 2b I	§ 1 Fn. 22
Art. 233 § 2b II	§ 19 Rn. 21
Art. 233 § 2c	§ 19 Rn. 21
Art. 233 § 4 I, II	§ 24 Fn. 2
Art. 233 § 5	§ 25 Rn. 16

Erbbaurecht

§ 1	§ 1 Rn. 10, 28, Fn. 70; § 20 Rn. 3, 86; § 24 Rn. 3 f.
§ 2	§ 24 Rn. 4, 6
§ 3	§ 24 Rn. 12
§ 4	§ 24 Rn. 12
§§ 5 ff.	§ 24 Rn. 7 f.
§ 7	§ 24 Rn. 7
§ 8	§ 24 Rn. 8
§ 9	§ 24 Rn. 3 f., Fn. 12
§ 9a	§ 24 Rn. 4
§ 10	§ 24 Rn. 3
§ 11	§ 1 Rn. 28, Fn. 70; § 2 Fn. 88; § 23 Rn. 110; § 24 Rn. 3, 6, 7 ff.; § 27 Rn. 2
§ 12	§ 24 Rn. 5, 10
§ 13	§ 24 Rn. 10

§§ 14 ff.	§ 19 Rn. 21	§ 18	§ 19 Rn. 46, 50 ; § 20 Fn. 203;
§ 14	§ 24 Rn. 3		§ 22 Rn. 14
§§ 18 ff.	§ 27 Rn. 2	§ 19	§ 1 Rn. 32; § 19 Rn. 14, 18,
§ 26	§ 24 Rn. 11		30, 32, 34 , 38, 41; § 20 Rn. 28,
§ 27	§ 24 Rn. 10, Fn. 10		48, 75; § 22 Rn. 12, 20 f., 29
§§ 29 f.	§ 24 Fn. 9	§ 20	§ 19 Rn. 18, 38 ; § 20 Rn. 14;
§ 32	§ 24 Rn. 12		§ 23 Rn. 61
§ 33	§ 24 Rn. 12	§ 21	§ 19 Rn. 14
§ 38	§ 24 Fn. 4	§§ 22 ff.	§ 19 Rn. 36
FamFG		§ 22	§ 19 Rn. 18, 47; § 20 Rn. 48, 52
§ 410	§ 15 Rn. 44	§ 23	§ 20 Rn. 77
§§ 433 ff.	§ 23 Rn. 67	§ 25	§ 20 Rn. 83; § 22 Rn. 31
§§ 442 ff.	§ 23 Rn. 67	§ 27	§ 19 Rn. 18
GBBerG		§ 29	§ 19 Rn. 28 f., 31, 33 , 36;
§ 8	§ 25 Rn. 19		§ 20 Rn. 28, 45, Fn. 10; § 22
GBGescho		§ 30	Fn. 43; § 27 Fn. 20
§ 10	§ 19 Fn. 20	§ 31	§ 19 Rn. 28, 30
§ 18	§ 19 Fn. 56	§ 38	§ 19 Rn. 31
§ 19	§ 19 Rn. 30	§ 39	§ 19 Rn. 36
§ 35	§ 19 Fn. 42		§ 19 Rn. 27, 39–41 ; § 20 Rn.
GBO		§ 40	44, 48, Fn. 64; § 22 Rn. 20
§ 1	§ 19 Rn. 2, 10	§ 41 ff.	§ 19 Rn. 42
§ 2	§ 19 Rn. 2, 4	§ 44	§ 26 Rn. 11; § 27 Fn. 43
§ 3	§ 2 Rn. 21; § 19 Rn. 4 f., 10,	§ 45	§ 19 Rn. 51; § 20 Rn. 58; § 21
	13; § 25 Rn. 55		Rn. 7, 12
§ 4	§ 19 Rn. 13	§ 46	§ 19 Rn. 47, 51; § 21 Rn. 4, 6,
§ 5	§ 20 Rn. 39	§ 47	11
§ 6	§ 20 Rn. 40		§ 19 Rn. 52
§ 7	§ 20 Rn. 43; § 25 Rn. 6; § 27	§ 48	§ 19 Rn. 14 f.; § 20 Rn. 66 ;
	Rn. 2	§ 51	§ 25 Rn. 25, Fn. 82
§ 9	§ 19 Rn. 14	§ 53	§ 31 Rn. 10
§ 10	§ 19 Rn. 18		§ 20 Rn. 47; § 21 Rn. 3
§ 12	§ 19 Rn. 22	§ 54	§ 19 Rn. 7, 49 ; § 20 Fn. 107,
§ 12c	§ 19 Rn. 2, 22	§ 55	Rn. 77
§ 13	§ 19 Rn. 2, 18, 24 f. , 29 f. ;	§§ 56 ff.	§ 19 Rn. 8 f.
	§ 20 Rn. 66	§ 59	§ 19 Rn. 52; § 20 Rn. 19
§ 14	§ 19 Rn. 27; § 20 Rn. 48	§ 60	§ 26 Rn. 11
§ 15	§ 19 Rn. 28	§§ 61 ff.	§ 31 Rn. 10
§ 16	§ 19 Rn. 29, 37	§ 63	§ 27 Rn. 9
§ 17	§ 19 Rn. 30, 43, 48; § 20 Rn.	§ 70	§ 26 Rn. 11
	12, 24; § 21 Rn. 4, 11	§§ 71 ff.	§ 19 Rn. 53

§ 71	§ 19 Rn. 53
§ 76	§ 19 Rn. 36; § 20 Rn. 77
§ 78	§ 19 Rn. 53
§ 81	§ 19 Rn. 53
§§ 126 ff.	§ 19 Rn. 10, 20
§ 126	§ 19 Rn. 20
§§ 128 f.	§ 19 Rn. 20
§ 132	§ 19 Rn. 20
§ 133	§ 19 Rn. 20
§§ 135–141	§ 19 Rn. 20
§ 138	§ 19 Rn. 20
§ 139	§ 19 Rn. 20
§ 144	§ 19 Rn. 21

GBV

§ 1	§ 19 Rn. 2
§ 2	§ 19 Rn. 10
§ 3	§ 19 Rn. 10
§ 4	§ 19 Rn. 10
§ 7	§ 19 Rn. 14
§ 8	§ 25 Rn. 19
§ 9	§ 19 Rn. 15
§ 10	§ 19 Rn. 16
§ 11	§ 19 Rn. 17
§ 17	§ 19 Rn. 52
§ 18	§ 21 Rn. 21, Fn. 39
§ 19	§ 21 Fn. 17
§ 21	§ 21 Rn. 7
§ 24	§ 19 Rn. 18
§§ 39 ff.	§ 19 Rn. 52
§ 43	§ 19 Rn. 22
§§ 54 ff.	§ 19 Rn. 21
§§ 61 ff.	§ 19 Rn. 20
§ 79	§ 19 Rn. 20
§§ 80 ff.	§ 19 Rn. 20
§ 132	§ 19 Rn. 19
§ 133	§ 19 Rn. 19

GemO BW

§ 92	§ 23 Fn. 182

GG

Art. 2	§ 8 Rn. 2
Art. 14	§ 8 Rn. 1 f., 6; § 10 Fn. 1; § 23 Rn. 4 f., 87

Art. 19	§ 8 Rn. 2
Art. 34	§ 19 Rn. 9, 48; § 21 Rn. 11

GewO

§ 34b	§ 10 Rn. 38

GrEStG

§ 22	§ 23 Rn. 65

GVG

§ 13	§ 23 Rn. 110
§ 133	§ 19 Rn. 51

HGB

§ 22	§ 14 Rn. 17
§ 37	§ 23 Rn. 110
§ 105	§ 8 Rn. 12
§ 161	§ 8 Rn. 12
§ 354a	§ 17 Rn. 30
§ 363	§ 9 Rn. 53
§ 365	§ 9 Fn. 118; § 10 Rn. 27 f.;
	§ 16 Rn. 17
§ 366	§ 9 Rn. 60; § 10 Rn. 5,
	Fn. 89; § 15 Rn. 59
§ 397	§ 15 Rn. 18, 57
§ 433	§ 15 Rn. 18
§ 440	§ 15 Rn. 18, 57
§ 442	§ 15 Rn. 18
§ 448	§ 9 Rn. 59 f.
§ 464	§ 15 Rn. 18, 57
§ 475b	§ 15 Rn. 18, 57
§ 475g	§ 9 Rn. 59 f.
§ 495	§ 15 Rn. 18, 57
§ 524	§ 9 Rn. 59 f.

InsO

§ 4	§ 17 Rn. 9
§§ 32 f.	§ 21 Rn. 3
§ 33	§ 20 Rn. 24
§ 47	§ 18 Rn. 1, Fn. 47
§ 49	§ 12 Rn. 71; § 18 Rn. 1;
	§ 26 Rn. 2
§ 51	§ 12 Rn. 71, 78; § 18 Rn. 11
§ 55	§ 17 Rn. 9
§§ 80 f.	§ 20 Rn. 24
§ 80	§ 12 Rn. 2; § 20 Rn. 62
§ 81	§ 1 Rn. 31, Fn. 83

§ 91	§ 33 Rn. 24
§ 103	§ 17 Rn. 9, 14; § 22 Rn. 24
§ 106	§ 22 Rn. 24
§ 107	§ 17 Rn. 14
§ 166	§ 12 Rn. 71
§ 173	§ 12 Rn. 71

KGSG

§ 6	§ 2 Rn. 18
§ 40	§ 1 Rn. 31, § 12 Rn. 108 f., Fn. 245
§§ 41–44	§ 12 Rn. 107
§ 49	§ 12 Rn. 109
§ 50	§ 12 Rn. 109
§ 52	§ 12 Rn. 109
§ 54	§ 12 Rn. 109
§ 66	§ 12 Rn. 107, 109

KonsG

§ 12	§ 20 Rn. 1

LBO BW

§ 72	§ 19 Fn. 18; § 25 Fn. 12

LNRG RP

§§ 3 ff.	§ 23 Rn. 55, Fn. 153
§§ 13 ff.	§ 23 Rn. 55, Fn. 154
§§ 17 ff.	§ 23 Rn. 56, Fn. 160
§§ 21 ff.	§ 23 Rn. 57, Fn. 161
§§ 26 ff.	§ 23 Rn. 58, Fn. 163
§§ 34 ff.	§ 23 Rn. 59, Fn. 164
§§ 37 ff.	§ 23 Rn. 60, Fn. 168
§§ 39 ff.	§ 23 Rn. 55, Fn. 155
§§ 44 ff.	§ 23 Rn. 55, Fn. 156

LuftVG

§§ 12 ff.	§ 23 Rn. 8

LuftVO

§ 21b I 1 Nr. 7	§ 23 Rn. 8

MarkenG

§ 14	§ 23 Rn. 110

NachbG NRW

§ 41	§ 23 Rn. 55

NRG BW

§ 1	§ 23 Fn. 168
§ 3	§ 23 Fn. 164
§ 6	§ 23 Fn. 167
§ 7c	§ 23 Fn. 159
§ 7d	§ 23 Fn. 161
§ 7e	§ 23 Fn. 160
§ 7f	§ 23 Fn. 163
§ 8	§ 23 Fn. 166
§ 11	§ 23 Fn. 155
§§ 12–22	§ 23 Fn. 156
§§ 23–26	§ 23 Fn. 158

PachtkreditG

§§ 1 ff.	§ 15 Rn. 1

PatG

§ 139	§ 23 Rn. 110

PBefG

§ 32	§ 23 Rn. 8

PfandBG

§ 1	§ 26 Rn. 1
§ 14	§ 26 Rn. 12
§ 16	§ 26 Rn. 12
§ 22	§ 26 Rn. 12

POG RP

§ 5	§ 23 Rn. 98, Fn. 263, 265

PolG BW

§ 7	§ 23 Fn. 263

RPflG

§ 3	§ 19 Rn. 2
§ 5	§ 19 Rn. 2
§ 11	§ 19 Rn. 53

ScheckG

Art. 21	§ 9 Fn. 118; § 10 Rn. 27, Fn. 84; § 16 Rn. 17

SchiffsRG

§ 2	§ 9 Rn. 62
§ 3	§ 9 Rn. 62
§ 5	§ 11 Rn. 2
§§ 15 ff.	§ 10 Rn. 31

StGB

§ 240	§ 12 Rn. 36
§§ 242 ff.	§ 12 Rn. 36
§ 246	§ 12 Rn. 36
§ 247	§ 12 Rn. 36
§ 248a	§ 12 Rn. 36
§ 248b	§ 12 Rn. 36
§§ 249 ff.	§ 12 Rn. 36
§ 253	§ 12 Rn. 36
§ 259	§ 12 Rn. 36
§ 263	§ 12 Rn. 36
§ 266	§ 12 Rn. 36

TierSchG

§ 3	§ 11 Fn. 129

TKG

§§ 68 ff.	§ 23 Rn. 8
§ 76	§ 23 Rn. 8

TPG

§ 3	§ 2 Rn. 16
§ 4	§ 2 Rn. 16
§ 17	§ 2 Rn. 16

UrhG

§ 97	§ 23 Rn. 110

UWG

§ 16	§ 23 Rn. 110

VermG

§ 1 VI	§ 12 Rn. 99
§ 3	§ 12 Rn. 99

VVG

§ 94	§ 28 Rn. 20
§§ 142–149	§ 28 Rn. 20
§ 143	§ 28 Rn. 20

VwGO

§ 42	§ 23 Rn. 113 f.
§§ 80 f.	§ 23 Fn. 315

WasG BW

§ 2	§ 2 Fn. 32

WEG

§ 1	§ 24 Rn. 13, 17, 22

§ 2	§ 24 Rn. 14
§ 3	§ 24 Rn. 15, 17
§ 4	§ 1 Fn. 70; § 24 Rn. 15, 23
§ 5	§ 24 Rn. 17
§§ 6 f.	§ 27 Rn. 2
§ 6	§ 24 Rn. 17, 22; § 27 Rn. 2
§ 7	§ 19 Rn. 21; § 24 Rn. 15
§ 8	§ 24 Rn. 16
§§ 10 ff.	§ 24 Rn. 19
§ 10	§ 24 Rn. 13, 19 ff., Fn. 13
§ 11	§ 24 Rn. 19, 23
§ 12	§ 24 Rn. 17, 22
§ 13	§ 24 Rn. 18, 22
§ 14	§ 24 Rn. 19
§ 15	§ 24 Rn. 19
§§ 18 f.	§ 24 Rn. 19
§ 20	§ 24 Rn. 19
§§ 21 ff.	§ 24 Rn. 19
§ 21	§ 24 Rn. 19
§ 22	§ 24 Rn. 19
§§ 23 ff.	§ 24 Rn. 19
§§ 26 ff.	§ 24 Rn. 19
§ 27	§ 24 Rn. 19
§ 28	§ 24 Rn. 19
§ 30	§ 24 Rn. 13
§§ 31 ff.	§ 25 Rn. 32
§ 34	§ 23 Rn. 110

WG

Art. 16	§ 9 Fn. 118; § 10 Rn. 27 f., Fn. 84; § 16 Rn. 17

ZPO

§ 251	§ 2 Fn. 6
§ 253	§ 12 Rn. 22
§§ 257 ff.	§ 23 Rn. 104
§ 261	§ 12 Rn. 22
§ 265	§ 23 Rn. 74
§ 266	§ 23 Rn. 74
§ 270	§ 12 Fn. 64
§ 286	§ 12 Rn. 23, 95; § 20 Rn. 64
§ 292	§ 12 Rn. 85; § 20 Rn. 53
§ 294	§ 22 Rn. 13
§ 704	§ 29 Rn. 12

§ 737	§ 14 Rn. 15	§ 851	§ 16 Fn. 9
§ 739	§ 12 Rn. 93	§ 857	§ 1 Rn. 32; § 14 Rn. 9; § 16 Rn. 19; § 17 Rn. 25; § 20 Rn. 15; § 32 Fn. 22; § 33 Rn. 24, 32, Fn. 72
§ 750	§ 29 Rn. 12		
§ 766	§ 18 Rn. 12	§ 865	§ 2 Rn. 51; § 28 Fn. 8, 17
§ 767	§ 32 Rn. 17	§§ 866 f.	§ 27 Rn. 10; § 31 Rn. 1
§ 771	§ 6 Rn. 20; § 8 Rn. 17; § 11 Rn. 53; § 12 Rn. 17; § 13 Rn. 26; § 17 Rn. 9, 25; § 18 Rn. 1, 11; § 29 Rn. 15	§ 866	§ 22 Rn. 24; § 26 Fn. 8; § 29 Rn. 12; § 31 Rn. 1
§ 777	§ 15 Rn. 30	§ 867	§ 22 Rn. 24; § 31 Rn. 9
§ 788	§ 18 Fn. 54	§ 883	§ 12 Rn. 7
§ 792	§ 20 Rn. 52	§ 886	§ 12 Rn. 7
§ 794	§ 29 Rn. 12; § 32 Rn. 17	§ 894	§ 20 Rn. 5, 45, 83; § 22 Fn. 69
§ 795	§ 29 Rn. 12; § 32 Rn. 17	§ 917	§ 22 Rn. 13
§ 797	§ 32 Rn. 17	§ 920	§ 20 Rn. 71; § 22 Rn. 13
§ 798	§ 29 Rn. 12	§ 929	§ 22 Rn. 13
§ 800	§ 29 Rn. 12; § 32 Rn. 17	§ 932	§ 22 Rn. 24
§ 803	§ 1 Rn. 32	§§ 935 ff.	§ 20 Rn. 76
§§ 803 ff.	§ 15 Rn. 61	§ 935	§ 1 Rn. 32; § 20 Rn. 76; § 22 Rn. 13
§ 804	§ 15 Rn. 61 f.	§ 936	§ 22 Rn. 13
§ 805	§ 18 Rn. 11	§ 938	§ 1 Rn. 32; § 22 Rn. 23
§ 806	§ 15 Rn. 61	§ 942	§ 22 Rn. 13
§§ 808 ff.	§ 17 Rn. 25	ZVG	
§ 809	§ 12 Rn. 7; § 18 Rn. 12	§ 1	§ 29 Rn. 12
§ 810	§ 11 Fn. 89	§ 9	§ 12 Rn. 78
§ 811	§ 2 Fn. 6; § 18 Rn. 4	§ 10	§ 12 Rn. 71, 78; § 26 Rn. 2, 12; § 29 Rn. 14, 16, Fn. 21
§§ 814 ff.	§ 15 Rn. 42; § 17 Rn. 25		
§ 814	§ 10 Rn. 38, § 15 Rn. 61	§ 11	§ 26 Rn. 12; § 33 Rn. 30
§ 818	§ 18 Fn. 54	§ 14	§ 27 Rn. 5
§ 821	§ 16 Rn. 19	§ 15	§ 29 Rn. 12
§ 824	§ 11 Fn. 89	§ 16	§ 12 Rn. 78
§§ 828 ff.	§ 16 Rn. 19	§ 17	§ 29 Rn. 12
§ 829	§ 1 Rn. 32; § 27 Rn. 16; § 28 Rn. 14; § 32 Fn. 22; § 33 Fn. 72	§ 18	§ 31 Fn. 13
§ 830	§ 27 Rn. 16; § 32 Fn. 22; § 33 Rn. 24, 32	§ 19	§ 28 Rn. 9, 12; § 29 Rn. 12
§ 835	§ 16 Rn. 19; § 28 Rn. 14; § 32 Fn. 22	§§ 20 ff.	§ 2 Rn. 36; § 20 Rn. 24; § 28 Rn. 1
§ 837	§ 32 Fn. 22; § 33 Rn. 24, 32	§ 20	§ 2 Rn. 51; § 11 Rn. 48; § 20 Rn. 24; § 28 Rn. 9, 11; § 29 Rn. 12, 15
§ 844	§ 16 Rn. 19	§ 21	§ 11 Rn. 48; § 28 Rn. 14, Fn. 19; § 29 Rn. 15
§ 848	§ 20 Rn. 15, 62, 90; § 21 Fn. 31; § 26 Fn. 17; § 27 Rn. 10; § 31 Rn. 1	§ 22	§ 28 Rn. 9, Fn. 27; § 29 Rn. 12

§ 23	§ 1 Rn. 32; § 20 Rn. 24; § 28 Rn. 1, 9, 11, 18, Fn. 19; § 29 Rn. 12, 16
§ 24	§ 29 Rn. 13
§ 29	§ 29 Rn. 15
§ 35	§ 29 Rn. 13
§ 36	§ 29 Rn. 13
§ 37	§ 29 Rn. 15
§ 44	§ 26 Rn. 12; § 29 Rn. 14
§ 49	§ 29 Rn. 14
§ 52	§ 20 Rn. 27; § 29 Fn. 22; § 33 Rn. 31
§ 55	§ 2 Rn. 51; § 29 Rn. 15
§§ 59 ff.	§ 29 Rn. 14
§ 63	§ 31 Fn. 10
§ 66	§ 29 Rn. 13
§ 72	§ 29 Rn. 14
§§ 81 ff.	§ 29 Rn. 14
§ 90	§ 2 Rn. 51; § 29 Rn. 14 f.; § 33 Rn. 30
§ 91	§ 20 Rn. 27; § 29 Rn. 14, Fn. 22; § 30 Rn. 3; § 32 Rn. 19; § 33 Rn. 30 f.
§ 92	§ 29 Rn. 14 f.
§ 93	§ 12 Rn. 71
§ 109	§ 26 Rn. 12
§ 115	§ 29 Rn. 15
§ 146	§ 11 Rn. 45; § 28 Rn. 1, 9, 14, 18, Fn. 27; § 29 Rn. 12

§ 148	§ 1 Rn. 32; § 28 Rn. 14, Fn. 19; § 29 Rn. 16
§ 150	§ 29 Rn. 16
§ 152	§ 11 Rn. 45
§ 155	§ 29 Rn. 16
§ 158	§ 29 Rn. 16

2. Historische Gesetze

ALR

Einl. §§ 74, 75	§ 8 Rn. 5, 8, Fn. 16
I 2 § 135	§ 1 Fn. 37; § 13 Fn. 9
I 7 § 169 f.	§ 13 Fn. 10
I 8 § 1	§ 8 Fn. 23

ZGB-DDR

§ 269	§ 2 Fn. 81
§§ 287–294	§ 2 Fn. 81, § 24 Rn. 1
§ 312	§ 2 Fn. 81
§§ 321 f.	§ 25 Rn. 16

II. Ausländische Gesetze

ABGB

§ 353	§ 1 Fn. 17
§ 354	§ 8 Fn. 23

ZGB

Art. 933–936	§ 13 Fn. 23

Sachregister

Halbfette Hervorhebungen weisen auf Hauptfundstellen hin.

- Abhandenkommen: § 10 Rn. 27 Fn. 84,
 Rn. 32 ff.; § 11 Rn. 17, 40, 50; vgl.
 auch Bösgläubigkeit; gutgläubiger
 Erwerb; Nichtberechtigter
 – Heilung: § 10 Rn. 35
- Ablieferung
 – von Fundsachen: § 12 Rn. 57
- Ablösungsrecht des Verpfänders: § 15
 Rn. 8, 26
 – des Eigentümers bei einer Hypothek:
 § 29 Rn. 8
 – des Schuldners bei einer Grundschuld:
 § 32 Rn. 18
 – des Bestellers einer Reallast: § 25 Rn. 40
 – nach § 268: § 27 Rn. 47
- Abmahnung
 – im schuldrechtlichen
 Verpfändungsvertrag: § 15 Rn. 21 ff.
- absolute Rechte: § 1 Rn. 6
- Absolute Verfügungsbeschränkung: § 1 Rn. 30
 – im Grundbuchrecht: § 20 Rn. 24
- Absolutheit dinglicher Rechte: § 1 Rn. 15
- Absonderung bei Sicherungseigentum: § 18
 Rn. 1, 11, Fn. 47; vgl. Aussonderung;
 Insolvenzverfahren
- Abstraktionsprinzip: § 1 Rn. 26; § 9 Rn. 1;
 § 23 Rn. 62; § 33 Rn. 5
 – im Anwartschaftsrecht: § 17 Rn. 6
 – bei der Auflassung: § 23 Rn. 62
 – und bedingte Einigung: § 1 Rn. 28
 – bei der dinglichen Einigung: § 1 Rn. 26
 – Inhalt: § 1 Rn. 26; § 9 Rn. 1
 – und Sicherungseigentum: § 18 Rn. 6
 – Umgehung: § 1 Rn. 29; § 33 Rn. 5
- Abteilungen des Grundbuchblatts: § 19
 Rn. 10, 15 ff.
 – Löschung eines Rechts: § 19 Rn. 51
 – Rang eingetragener Rechte: § 21 Rn. 5
 – Widerspruch gegen die Richtigkeit des
 Grundbuchs: § 20 Rn. 76
- Abtretbarkeit dinglicher Ansprüche: § 1
 Rn. 4, 9
- Abtretung des Herausgabeanspruchs: § 9
 Rn. 22 ff.
 – Besitzabtretung: § 9 Rn. 22 ff.; § 12 Rn. 34
 – Besitzanweisung: § 9 Rn. 25
 – Forderungsabtretung: § 9 Rn. 26, 52 ff.
 – Übereignung von Wertpapieren: § 9
 Rn. 52 ff.
- Abwehranspruch aus Besitz: § 5 Rn. 15 ff.
 – aus Eigentum: § **23 Rn. 72 ff.**
 – öffentlichrechtlicher: § 23 Rn. 112 ff.
- Abwehrfunktion dinglicher Rechte: § 1 Rn. 7
- Abzahlungshypothek: § 26 Rn. 5
- accessio temporis*: § 12 Rn. 18
- actio negatoria*: § 23 Rn. 72, 89
- actio Publiciana*: § 11 Rn. 10; § **13 Rn. 2**
- Administrativenteignung: § 8 Rn. 6
- Änderung eines Rechts: § 20 Rn. 33 ff.
- Affektionsinteresse
 – an Tieren: § 8 Rn. 10
 – Wertbestimmung bei Verlust der Sache:
 § 12 Rn. 60
- Aggressivnotstand: s. Notstand, aggressiver
- Aktivvermerk: § **19 Rn. 14**; § 20 Rn. 57;
 § 25 Rn. 5
- Akzessorietät
 – Akzessorietätersatz: § 33 Rn. 5
 – Grundschuld: § 26 Rn. 16;
 § 32 Rn. 1, **2**
 – Hypothek: § 26 Rn. 13 f.; § 27 Rn. 3 ff.,
 12, 36 f.; § 31 Rn. 1 ff.
 – Pfandrecht: § 15 Rn. 5
 – Sicherungseigentum: § 18 Rn. 5
 – Vormerkung: § 22 Rn. 5
- Allgemeiner Teil:
 – Anwendbarkeit: § 1 Rn. 4
 – des Sachenrechts: § 1 Rn. 2
- allgemeines Persönlichkeitsrecht: § 23
 Rn. 110, Fn. 76
- Altenteilsvertrag: § 25 Rn. **31**, 34
- altrechtliche Grunddienstbarkeiten:
 § 25 Rn. 19
- Amortisationshypothek: § 26 Rn. 6
- Amtslöschung
 – einer Grundbucheintragung: § 19
 Rn. 7, **52**
- Amtswiderspruch
 – gegen eine Grundbucheintragung: § 19
 Rn. 46, **49**

Aneignung: § 11 Rn. 52 f.

- Gestattung der A.: § 11 Rn. 42 ff.;
s. Erwerbsgestattung

Aneignungsrecht: § 1 Rn. 10; § 11 Rn. 34, 45, 53; § 12 Rn. 79 ff.; § 23 Rn. 47, 67, 70; § 24 Rn. 24 (vgl. auch Wegnahmerecht, Überhang)

- A. des Bergwerkseigentümers: § 24 Rn. 24
- A. nach Ersitzung: § 23 Rn. 67, Fn. 189
- als Ausgleichsanspruch nach Verbindung, Vermischung, Verarbeitung: § 11 Rn. 34
- außerordentliches: § 23 Rn. 68
- Beispiele für A.: § 11 Rn. 53
- als dingliches Recht: § 11 Rn. 53; § 12 Rn. 81
- Erlöschen des A.: § 11 Rn. 44
- als Erwerbsrecht: § 1 Rn. 10; § 11 Rn. 45
- aufgrund Erwerbsgestattung: § 11 Rn. 44 f.
- des Fiskus: § 23 Rn. 70
- an einem herrenlosen Grundstück: § 23 Rn. 70
- an herrenlosen Mobilien: § 11 Rn. 52 f.
- als persönliches oder relatives Recht: § 11 Rn. 45
- Selbsthilferecht bei Pflanzen vom Nachbargrundstück: s. Überhang
- Übertragbarkeit des A.: § 11 Rn. 53; § 12 Rn. 81; § 23 Rn. 70
- Verbot des A.: § 11 Rn. 53
- und Verwendungsersatz: § 12 Rn. 79
- Wegnahmerecht als Bestandteil des A.: § 11 Rn. 34; § 12 Rn. 79 ff.
- Wegnahme- und Aneignungsrecht bei zugefügten Sachen: § 12 Rn. 79 ff.
- bei Wegnahme von verbundenen Sachen: § 11 Rn. 34
- Wesen und Umfang: § 11 Rn. 52 f.

Anfechtbarkeit

- der Besitzaufgabe: § 4 Rn. 13; § 10 Rn. 32
- der Anzeige der Verpfändung: § 15 Rn. 11
- der Erbschaft: § 4 Rn. 33
- der Übertragung des mittelbaren Besitzes: § 6 Rn. 12

Anfechtung der dinglichen Einigung:

- § 1 Rn. 27
- „Fehleridentität“: § 1 Rn. 27

Angriffsnotstand: s. Notstand, aggressiver

Anlagen: § 23 Rn. 44; vgl. Immissionen

- Beseitigungsanspruch gegen gefährdende Anlage: § 23 Rn. 19, 44
- Besitzstörung durch A.: § 5 Rn. 15; § 23 Rn. 77, 79, 91, 97, 114

- keine Bäume und Sträucher als gefährdende A.: § 23 Rn. 44
- Duldungspflichten bei störender A.: § 23 Rn. 22 ff.

- gefährdende: § 5 Rn. 15; § 23 Rn. 44
- gemeinschaftlicher Gebrauch: § 24 Rn. 17; § 25 Rn. 31

- Grenzanlagen: § 23 Rn. 51

- Haftung für störende Anlage: § 5 Rn. 16 f.; § 23 Rn. 77, 79, 91, 97, 114, Fn. 70, 146

- keine Duldungspflicht bei gefährdender A.: § 23 Rn. 44

- Klage gegen störende Anlage: § 23 Rn. 114

- aufgrund positiver Dienstbarkeit: § 7 Rn. 2 ff.; § 25 Rn. 2, 7

- Schutzwürdigkeit einer emittierenden Anlage: § 23 Rn. 34

- Verjährung des Beseitigungsanspruches bei Dienstbarkeit: § 20 Rn. 89; § 25 Rn. 18

- vorbeugender Abwehranspruch gegen gefährdende A.: § 23 Rn. 44

- Wesentlichkeit der Störung: § 23 Rn. 27

Anpassungsklauseln zum Erbbauzins: § 24 Rn. 4 (Erhöhung)

Anspruch, dinglicher: § 1 Rn. 9

- bedingter: § 22 Rn. 7

- künftiger: § 15 Rn. 7; § 22 Rn. 8; § 27 Rn. 3 ff.

Antichrese: § 15 Rn. 3

Antragsrecht

- auf Eintragung im Grundbuch: § 19 Rn. 24 ff.

Anwachsung: § 11 Fn. 134

Anwartschaftsrecht: § 17; § 20 Rn. 12

- Abstraktheit: § 17 Rn. 6

- Aufhebung: § 17 Rn. 26 ff.

- des Auflassungsempfängers: § 20 Rn. 12

- und Direkterwerb: § 17 Rn. 23

- Entstehung: § 17 Rn. 2

- des Finders: § 11 Rn. 74

- gutgläubiger Erwerb: § 17 Rn. 5, 19 ff.

- und Hypothek: § 28 Rn. 4

- Inhalt: § 17 Rn. 8 ff.

- Insolvenzfestigkeit: § 17 Rn. 14

- Kausalität: § 17 Rn. 6

- Pfändung: § 17 Rn. 25

- und Pfandrecht: § 17 Rn. 23

- des Schatzfinders: § 11 Rn. 84 f.

- Übertragung: § 17 Rn. 18 ff.

- Verpfändung: § 17 Rn. 24

- des Vorbehaltskäufers: § 17

- Zweiterwerb: § 17 Rn. 19 ff.

Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils:

§ 1 Rn. 4

- des Allgemeinen Schuldrechts: § 1 Rn. 4, 20

Anzeige des Fundes: § 11 Rn. 68, 74

Aufgabe des Eigentums: vgl. Dereliktion

Aufgebotsverfahren

- Ausschluss des A.: § 23 Rn. 66
- *dominium sine re*: § 20 Rn. 50, § 23 Rn. 68
- bezüglich des Grundeigentümers: § 23 Rn. 66
- *nudum ius*: § 23 Rn. 67
- relative Unwirksamkeit bei Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs: § 20 Rn. 81

aufgedrängte Bereicherung: § 11 Rn. 29;

§ 12 Rn. 62

Aufhebung

- des Besitzes: § 4 Rn. 17
- der Bruchteilsgemeinschaft: § 8 Rn. 13
- dinglicher Rechte: § 21 Rn. 35
- der Eigentümergrundschuld: § 30 Rn. 8
- der Grundschuld: § 32 Rn. 19
- des Kaufvertrags: § 17 Rn. 6, 27
- keine A. des von der Hypothekenhaftung ergriffenen Anwartschaftsrechts: § 17 Rn. 26
- des Nießbrauchs an Rechten: § 16 Rn. 5
- des Pfandrechts an Rechten: § 16 Rn. 21
- eines Rechts an einem Grundstück: § 20 Rn. 24, 27, 29
- Vormerkung des Anspruchs auf A. eines Rechts: § 22 Rn. 4
- der Vormerkung: § 22 Rn. 30 ff.
- der Wohnungseigentümergeinschaft: § 24 Rn. 23

Auflassung: § 19 Rn. 38 § 20 Rn. 3, 13 ff.;

§ 23 Rn. 61 ff.; vgl. dingliche Einigung

- Auflassungsnachweis: § 19 Rn. 38
- Auflassungsvormerkung: § 22 Rn. 5
- Erwerbsaussicht: § 20 Rn. 13 ff., 17
- Kettenauflassung: § 20 Rn. 14

Auflassungsanwartschaft § 20 Rn. 12

Aufopferungsanspruch (bürgerlich-rechtlicher): § 8 Rn. 5, 10; § 23 Rn. 3, 30, 36 f., 39, 42

Aufrechnung

- Befriedigung des Hypothekars: § 29 Rn. 8
- des Mieters oder Pächters gegen die Miet- oder Pachtforderung: § 28 Rn. 17

– statt Verwertung des Pfandes:

§ 15 Rn. 35

Aufschrift des Grundbuchblatts: § 19 Rn. 11

Aufwendungen: § 12 Rn. 55

– des Finders: § 11 Rn. 69, 71

Ausbeute: § 2 Rn. 20, 53; § 11 Rn. 35, 41

Aushändigungsabrede

- Formlosigkeit der Aushändigungsvereinbarung: § 27 Rn. 9
- als Übergabesurrogat: § 27 Rn. 9, 14; § 32 Rn. 5

Ausschachtung: § 23 Rn. 46

Ausschlussfrist

- bei Ansprüchen wegen Besitzentziehung: § 5 Rn. 19
- bei Ansprüchen wegen Besitzstörung: § 5 Rn. 19
- bei Verwendungsersatz: § 12 Rn. 75

Ausschließungsurteil: § 23 Rn. 67

- Erlöschen der Vormerkung durch A.: § 22 Rn. 31
- gegen den Grundeigentümer bei Ersitzung: § 23 Rn. 67

Ausschließungsverfahren:

s. Aufgebotsverfahren

Aussonderung: vgl. Absonderung; Insolvenz

- bei Sicherungseigentum: § 18 Rn. 12, Fn. 47
- bei Vorbehaltskauf: § 17 Rn. 9

Aussonderungsrecht

- des Aneignungsberechtigten: § 11 Rn. 53
- des Inhabers eines dinglichen Rechts: § 13 Rn. 26
- des Sicherungsgebers bei Insolvenz des Sicherungsnehmers: § 18 Rn. 1, 12

Bargebot: § 29 Rn. 14

Baugenehmigung: § 23 Rn. 33

Baulast: § 19 Rn. 9; § 25 Rn. 4

Bauleitplan: § 23 Rn. 35

Bauwerk:

- als entschuldigter Überbau: § 23 Rn. 13
- auf der Grundstücksgrenze: § 23 Rn. 51
- als „verbergende Sache“: § 11 Rn. 80
- als wesentlicher Bestandteil: § 2 Rn. 35, 38

Bäume und Sträucher: § 23 Rn. 44, 47, 52

Bedingung, aufschiebende

- Anwartschaftsrecht: § 17 Rn. 2, 4
- aufschiebend bedingte Bestellung des Erbbaurechts: § 24 Rn. 3
- aufschiebend bedingter Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld: § 33 Rn. 9

- aufschiebend bedingter Rückübertragungsanspruch: § 22 Rn. 7
- im Kaufvertrag: § 17 Rn. 3
- Pfand an einer aufschiebend bedingten Forderung: § 15 Rn. 7
- bei Übereignung durch Besitzkonstitut: § 9 Rn. 16
- Vormerkbarkeit von aufschiebend bedingten Ansprüchen: § 22 Rn. 7
- Zeitpunkt des guten Glaubens: § 10 Rn. 13
- Bedingung bei der dinglichen Einigung: § 1 Rn. 28; § 21 Rn. 4; § 24 Rn. 7, 15
- Befriedigung:
 - durch Aufrechnung: § 15 Rn. 35
 - *beneficium excussionis personalis*: § 15 Rn. 30
 - *beneficium excussionis realis*: § 15 Rn. 30
 - Gesamthypothek: § 31 Rn. 12
 - des Gläubigers im Pfandrecht: § 15 Rn. 30
 - Grenzen der Pfandverwertung: § 15 Rn. 34, 37
 - bei Grundpfandrechten: § 26 Rn. 2
 - Hypothek: § 29 Rn. 10 ff., § 31 Rn. 13 ff.
 - trotz Nießbrauchs am gesamten Vermögen: § 14 Rn. 13 ff.
 - bei dem Pfandrecht an Rechten: § 16 Rn. 19
 - Rangverhältnis der Gläubiger: § 21 Rn. 1 ff.; § 26 Rn. 12
 - bei Sicherungsgrundschuld: § 33 Rn. 16 ff.
 - durch den Verpfänder: § 15 Rn. 8 ff., 25
 - aus verpfändeter Forderung: § 16 Rn. 23 f.
 - vorrangige B. des früheren Eigentümers bei Eigentümergrundschuld: § 33 Rn. 30
 - vorzugsweise B. des Sicherungsnehmers: § 18 Rn. 11
 - Übergang der Forderung auf den Verpfänder: § 15 Rn. 25
 - Zwangsverwaltung zur B. aus den Nutzungen: § 29 Rn. 16
- Befristung: § 9 Rn. 16; § 11 Rn. 55; § 14 Rn. 8; § 15 Rn. 7; § 20 Rn. 5, 34, 37, 66; § 23 Rn. 61; § 24 Rn. 3, 7, 15; § 25 Rn. 1, 36, 45
- Begebungsvertrag: § 9 Rn. 54
- Begleitschuldverhältnis: § 25 Rn. 14
- Behördenfund: § 11 Rn. 76 ff.
- Belastung: § 10 Rn. 45; § 11 Rn. 9, 17, 19
- Benachrichtigung
 - des Eigentümers vom Verkauf des Pfandes: § 15 Rn. 38
- beneficium excussionis personalis*: § 15 Rn. 30

- beneficium excussionis realis*: § 15 Rn. 30
- Berechtigung des Veräußerers: § 9 Rn. 31 ff.
- Berechtsamsurkunde: § 24 Rn. 24
- Bereicherung
 - aufgedrängte: § 12 Rn. 62
 - Eingriffskondiktion: § 5 Rn. 26; § 10 Rn. 39; § 11 Rn. 9, 30
 - Leistungskondiktion: § 11 Rn. 9
- Bereicherungsanspruch:
- Ausgleich bei Verbindung, Vermischung, Verarbeitung: § 11 Rn. 29
- keine Anwendung der Sonderregelungen für possessorische Ansprüche auf B.: § 5 Rn. 27
- kein B. gegen Rückübertragung einer Grundschuld bei einem wirksamen Sicherungsvertrag: § 33 Rn. 10, 14
- kein B. bei Verwendungsersatz: § 12 Rn. 66
- Konversion: § 1 Rn. 20
- Sicherung der Vormerkung: § 22 Rn. 4
- Sicherung des B. bei unwirksamer Forderung: § 27 Rn. 6
- Berggrundbuch: § 19 Rn. 21; § 24 Rn. 24
- Bergregal: § 24 Rn. 24
- Bergwerkseigentum: § 24 Rn. 24
 - Berechtsamsbuch: § 24 Rn. 24
 - Berggrundbuch: § 19 Rn. 21; § 24 Rn. 24
 - Bergschaden: § 24 Rn. 24
 - Bestellung: § 20 Rn. 3
 - Bodenschätze, bergfrei: § 24 Rn. 24
 - Verpfändung: § 20 Rn. 3
- Berichtigungsanspruch: § 20 Rn. 45 ff.
 - Verjährung: § 20 Rn. 50
 - Verwirkung: § 20 Rn. 50
- Beschädigung
 - als Eingriff in eine fremde Sache: § 8 Rn. 10
 - erhebliche: § 2 Rn. 31
 - Schutz des Fremdbesitzers bei B. des Grundstücks: § 23 Rn. 117
 - Schutz des Käufers gegen B. bei Immobilien: § 20 Rn. 16
 - Schutz des Vorbehaltskäufers gegen B. von Mobilien: § 17 Rn. 10
 - Sicherheit für eventuelle Beschädigung bei Wegnahme: § 12 Rn. 81
 - von Gegenständen im Haftungsverband der Hypothek: § 28 Rn. 20
- Beschlagnahme
 - Beginn der Zwangsvollstreckung: § 29 Rn. 12

- Begriff: § 28 Rn. 9 ff.; § **29 Rn. 12**
- Eintragung in das Grundbuch: § 29 Rn. 12
- öffentlichrechtliche: § 12 Rn. 4
- eines Grundstückes im Wege der Zwangsvollstreckung: § 20 Rn. 24
- Haftung von Miet- und Pachtforderungen bei Beschlagnahme: § 28 Rn. 14 ff.
- Haftung mithaftender Gegenstände durch B. des Grundstücks: § 28 Rn. 1, 7 f., 9 ff.
- Haftung nach B.: § 28 Rn. 9 ff.
- im Strafverfahren: § 12 Rn. 4
- Umfang der B.: § 29 Rn. 15, 4
- Veräußerungsverbot: 28 Rn. 9
- Zwangsversteigerung: § 29 Rn. 13 ff.
- Zwangsverwaltung: § 29 Rn. 16
- beschränkte dingliche Rechte: § 1 Rn. 10
 - Aufhebung beschränkter dinglicher Grundstücksrechte: § 20 Rn. 27
 - Begriff: § 1 Rn. 10
 - Belastung des Erbbaurechts: § 24 Rn. 8
 - Erlöschen: § 1 Rn. 11; § 20 Rn. 32
 - Erstreckung auf wesentliche Bestandteile: § 2 Rn. 27
 - an Grundstücken: § 20 Rn. 3
 - Rangverhältnis: § 1 Rn. 16; § 15 Rn. 15; § 21 Rn. 2
 - Vorkaufsrecht als: § 25 Rn. 37
 - Wirkung: § 1 Rn. 12
- Beseitigungsanspruch: § **23 Rn. 99 ff.**
- Besitz: § 1 Rn. 17; §§ 3–7
 - als Publizitätsstatbestand: § 1 Rn. 17
 - an Dienstbarkeiten: § 7
 - *animus*: § 4 Rn. 2 ff.
 - Aufgaben: § 3 Rn. 1 ff.
 - Begriff: § 3 Rn. 1 ff.; § 4 Rn. 1
 - *corpus*: § 4 Rn. 2
 - Dauer: § 4 Rn. 1
 - Definition: § 3 Rn. 2
 - Eigenbesitz: § 1 Rn. 17; § 3 Rn. 4; § **4 Rn. 10**; § 9 Rn. 12, 16, 26, 29, 43; § 10 Rn. 17, 24; § 11 Rn. 2, 11, 38, 52 f.; § 17 Rn. 9 (Vorbehaltskauf); § 18 Rn. 9 ff. (Sicherungseigentum)
 - Entziehung: § 5 Rn. 5, 13 f.
 - Erbenbesitz: § 4 Rn. 31 ff.
 - Ersitzungsbesitz: § 11 Rn. 9; § 12 Rn. 96; § **13**
 - Erwerb: § **4 Rn. 5, 11 ff.**, 29; § 5 Rn. 6; § **6 Rn. 8 ff.** (mittelbarer Besitz); § 10 Rn. 42
 - fehlerhafter: § **5 Rn. 6, 13**; § 7 Rn. 5
 - Fremdbesitz: § 3 Rn. 4; § 4 Rn. 10; § 6 Rn. 3, 5, 7, 8 ff.; § 9 Rn. 5, 13, 29; § 10 Rn. 22; § 11 Rn. 67; § 17 Rn. 9
 - Funktion: § 3 Rn. 2 f.
 - juristischer Personen: § 4 Rn. 9
 - *longa manu traditio*: § 4 Rn. 15
 - mehrstufiger: § 6 Rn. 7
 - Mitbesitz: § **4 Rn. 8**; § **5 Rn. 22**; § 9 Rn. 28 ff., 58; § 10 Rn. 16; § 12 Rn. 3, 91
 - mittelbarer: § 3 Rn. 4; § 4 Rn. 1 ff.; § 5 Rn. 13 ff.; § **6**
 - Momentanbesitzer: § 4 Rn. 22
 - Nebenbesitz: § **6 Rn. 14**; § **9 Rn. 23**; § 10 Rn. 24; § 17 Rn. 18
 - offener: § 4 Rn. 11 ff., 15
 - Rechtsbesitz: § 7; § 20 Rn. 86
 - Recht zum Besitz: § 3 Rn. 1 ff., 5 ff.; § 12 Rn. 11, 81; § 17 Rn. 11, 13, 29 f.; § 20 Rn. 86
 - Stellvertretung: § 4 Rn. 26 ff.
 - Störung: § 5 Rn. 5, 15 ff.
 - Teilbesitz: § 4 Rn. 7
 - unmittelbarer: § 3 Rn. 4; § 4 Rn. 1 ff.; § 5 Rn. 13 ff.
 - *vacua possessio*: § 4 Rn. 15
 - verbotene Eigenmacht: § 3 Rn. 7; § **5 Rn. 2 ff.**, 7 ff., 13 ff.; § 6 Rn. 15 ff.; § 12 Rn. 38
 - Verlust: § 4 Rn. 17 ff.
 - Wert: § 5 Fn. 28
 - Wesen: § 3 Rn. 5 ff.
 - Wille: § **4 Rn. 2**, 20 ff.; § 5 Rn. 2; § 6 Rn. 5 ff.; § 9 Rn. 39
- Besitzabtretung: § 6 Rn. 12; § 9 Rn. 22; § 10 Rn. 22
- Besitzanweisung: § 6 Rn. 11; § 9 Rn. 25; § 10 Rn. 22
- Besitzaufgabe: § 4 Rn. 17 f.; § 10 Rn. 32; § 11 Rn. 54 f.
- Besitzdiener: § **4 Rn. 19 ff.**, 26 ff.; § 6 Rn. 9; § 9 Rn. 6, 11, 14 ff., 37, 39, Fn. 32; § 10 Rn. 5, 15, 17, 23, 34; § 11 Rn. 66, Fn. 156; § 12 Rn. 3, 23, 29, 73; § 15 Rn. 10, 51
- Veräußerung: § 10 Rn. 34
- verbotene Eigenmacht: § 4 Rn. 21, 23
- Besitzentziehung: § 5 Rn. 5
 - Anspruch wegen: § 5 Rn. 13 f.
 - Ausschlussfrist: § 5 Rn. 19
 - Einwendungen: § 5 Rn. 18 ff.

- Besitzerwerb: § 4 Rn. 11 ff.
 – als Rechtshandlung: § 4 Rn. 5
 – an Grundstücken: § 4 Rn. 14
 – derivativ: § 4 Rn. 13
 – durch Besitzdiener: § 4 Rn. 24
 – *longa manu*: § 4 Rn. 15 f.
 – originär: § 4 Rn. 12
- Besitzkehr: § 5 Rn. 10 ff.; § 6 Rn. 16
 – Begriff: § 5 Rn. 10
 – bei Grundstücken: § 5 Rn. 11
 – bei Besitzstörung am Grundstück:
 § 5 Rn. 12
- Besitzkonstitut: § 6 Rn. 10; § 9 Rn. 4, 14 ff.,
 22, 42 ff.; § 10 Rn. 18 f., 23
 – antizipiertes: § 9 Rn. 20, 43 f.; § 10
 Rn. 42; § 11 Rn. 23, 44
- Besitzmittler: § 4 Rn. 29; § 6 Rn. 3, 8 ff.; § 9
 Rn. 6, 15, 25, 37, 39, 42 f.; § 10 Rn. 5,
 15, 17, 22 f., 33, 35; § 11 Rn. 54, 66
- Besitzmittlungsverhältnis: § 6 Rn. 3 f., 5 f., 7;
 § 9 Rn. 15
 – konkretes – abstraktes: § 9 Rn. 15
- Besitzmittlungswille: § 6 Rn. 4, 6;
 § 9 Rn. 42
- Besitznachfolger: § 5 Rn. 13; § 11 Rn. 4, 13
- Besitzobjekte: § 4 Rn. 6
- Besitzschutz: § 3 Rn. 2, 5 ff.; § 5; § 6
 Rn. 15 ff.; § 7 Rn. 6
 – Grund: § 3 Rn. 5 ff.
 – Mitbesitz: § 5 Rn. 22
 – possessorischer: § 3 Rn. 2; § 5 Rn. 1
 – petitorischer: § 3 Rn. 2; § 13 Rn. 9
- Besitzschutzansprüche: § 5 Rn. 13 ff.
- Besitzstörung: § 5 Rn. 15 ff.
 – bei Besitzstörung am Grundstück:
 § 5 Rn. 12
 – Anspruch wegen: § 5 Rn. 15 ff.
 – Anspruchsgegner: § 5 Rn. 16
 – Ausschlussfrist: § 5 Rn. 19
 – Begriff des Störers: § 5 Rn. 16
 – Einwendungen: § 5 Rn. 18 ff.
 – Haftungsfälle für B.: § 5 Rn. 17
 – störender Zustand: § 5 Rn. 17
 – Umfang: § 5 Rn. 15
 – nur vorübergehende Störung: § 5 Rn. 17
- Besitzübertragung: § 1 Rn. 23; § 4 Rn. 11 ff.
- Besitzverletzung als Persönlichkeitsverletzung:
 § 3 Rn. 7
- Besitzverlust: § 4 Rn. 17 ff.
 – vorübergehender: § 4 Rn. 18
- Besitzverschaffungsmacht: § 10 Rn. 15, 23, 26
- Besitzwehr: § 5 Rn. 7 ff.; § 6 Rn. 16
 – Besitzwehr des Besitzdieners: § 5 Rn. 8
- Besitzwehrhandlungen: § 5 Rn. 9
- Besitzwille: § 4 Rn. 2, 11, 17; § 6 Rn. 5 f.
- Bestandteil: § 2 Rn. 10, 15 ff.
 – Begriff: § 2 Rn. 22 ff.
 – Eigentumserwerb: § 11 Rn. 35 ff.
 – eines Gebäudes: § 2 Rn. 35 ff.
 – eines Grundstücks: § 2 Rn. 35 ff.
 – einfacher: § 2 Rn. 26
 – Haftung: § 28 Rn. 3
 – nicht wesentlicher: § 2 Rn. 10, 41
 – Scheinbestandteil: § 2 Rn. 39 f.;
 § 11 Rn. 14
 – vorübergehender: § 2 Rn. 39 f.
 – Wesensveränderung: § 2 Rn. 32;
 § 11 Rn. 22
 – wesentlicher: § 2 Rn. 10, 26–38; § 11
 Rn. 14, 16, 34, 35; § 23 Rn. 15; § 24
 Rn. 1 f., 5, 13
- Beurkundung der Auflassung: § 23 Rn. 61
- Beweiswürdigung, freie: § 12 Rn. 23;
 § 20 Rn. 64
- Bewilligung: § 19 Rn. 32 ff.; § 22
 Rn. 12, 21, 26
 – Auslegung: § 19 Rn. 37
 – Doppelnatur: § 19 Rn. 37
 – Widerruflichkeit: § 19 Rn. 37
 – Zugang: § 19 Rn. 37
- Bienen: § 11 Rn. 61 f.; § 23 Rn. 40
- Bindung an die dingliche Einigung: § 1
 Rn. 21; § 20 Rn. 6
- Bordellkauf: § 23 Rn. 26
- Bösgläubigkeit: § 4 Rn. 27, Fn. 59; § 10
 Rn. 5 ff.; § 12 Rn. 23; § 20 Rn. 64; § 23
 Rn. 71; vgl. Abhandenkommen;
 gutgläubiger Erwerb; Nichtberechtigter
 – Beendigung: § 12 Rn. 23
- brevi manu traditio*: § 9 Rn. 10 ff.;
 § 10 Rn. 17
- Briefgrundschuld: § 32 Rn. 5, 8
- Briefhypothek: § 27 Rn. 9, 27
- Bruchteilseigentum: § 8 Rn. 12, 13 ff.
- Bruchteilsgemeinschaft: § 8 Rn. 13
- Buchberechtigter: § 20 Rn. 44
- Bucheigentümer: § 20 Rn. 62 Fn. 124
- Buchersitzung: § 20 Rn. 81; § 25 Rn. 25
- Buchgrundschuld: § 32 Rn. 5, 8
- Buchhypothek: § 27 Rn. 8
- Buchungszwang: § 19 Rn. 4
- Dateneigentum: § 1 Fn. 18
- Dauerwohnrecht: § 25 Rn. 32
- DCFR: § 1 Rn. 26; § 5 Fn. 4
- Denkmalschutz: § 11 Rn. 86
- Derektion
 – von Immobilien: § 23 Rn. 69

- von Miteigentumsanteilen: § 8 Rn. 15;
§ 11 Fn. 134; § 23 Rn. 69
- von Mobilien: § 11 Rn. 54 ff.
- von Wohnungseigentum: § 24 Rn. 23
- Dienstbarkeiten: § 1 Rn. 10 ff.; § 7; § 20
Rn. 3, 42, 86, 89; § 25 Rn. 1 ff., 21 ff.;
vgl. auch Grunddienstbarkeit;
persönliche Dienstbarkeit
- Ausschließungsdienstbarkeit: § 25 Rn. 2
- Begleitschuldverhältnis: § 25 Rn. 14
- Begriff: § 25 Rn. 1 ff.
- Benutzungsdienstbarkeit: § 25 Rn. 2
- Besitz an Dienstbarkeiten: § 7
- gesetzliche: § 23 Rn. 15
- öffentlichrechtliche: § 2 Rn. 18
- Unterlassungsdienstbarkeit: § 25 Rn. 2
- Wettbewerbsverbot: § 25 Rn. 10
- Wohnungsbelegungsdienstbarkeit:
§ 25 Fn. 89
- dingliche Ansprüche: § 1 Rn. 4, 9
- dingliche Einigung: § 1 Rn. 20; § 9 Rn. 2 ff.;
§ 20 Rn. 5 ff.
- Anwartschaft: § 20 Rn. 12
- Auflassung: vgl. dort
- Auslegung: § 1 Rn. 20; § 9 Rn. 2 f.;
§ 20 Rn. 10
- Bindung: § 1 Rn. 21; § 20 Rn. 7
- und Eintragung: § 20 Rn. 21
- Geschäftsfähigkeit: § 20 Rn. 9
- und Vorbehaltskauf: § 17 Rn. 8
- Widerruf: § 20 Rn. 6, 8
- zugunsten eines Dritten: § 1 Rn. 22; § 9
Rn. 2 ff.
- „dingliche“ Einreden: § 33 Rn. 12
- dingliche Rechte: § 1 Rn. 6 ff.; § 2 Rn. 24,
39 f.; § 21 Rn. 2 f.; § 22 Rn. 3
- Absolutheit: § 1 Rn. 15
- Abwehrfunktion: § 1 Rn. 6
- Arten: § 1 Rn. 10 ff.
- beschränkte: § 1 Rn. 10
- Bindung: § 1 Rn. 21
- *numerus clausus*: § 1 Rn. 18; § 13 Rn. 3;
§ 20 Rn. 3
- Publizität: § 1 Rn. 17
- Rangverhältnis: § 1 Rn. 16
- Spezialitätsprinzip: § 1 Rn. 14
- als Zugriffsrechte auf die Sache: § 1
Rn. 6 ff.
- Zuordnungsfunktion: § 1 Rn. 6
- Wesen: § 1 Rn. 6 ff.
- dingliche Rechtsgeschäfte: § 1 Rn. 19 ff.
- Abstraktionsprinzip: § 1 Rn. 26
- Anfechtung: § 1 Rn. 27
- Antrag: § 1 Rn. 23
- Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils:
§ 1 Rn. 20
- Auslegung: § 1 Rn. 20
- Bedingung: § 1 Rn. 28
- Bindung: § 1 Rn. 21
- einheitliches Geschäft: § 1 Rn. 29
- Einigung: § 1 Rn. 19 ff.
- Form: § 1 Rn. 20
- Geschäftsfähigkeit: § 1 Rn. 20
- konkludente: § 1 Rn. 20
- Konversion: § 1 Rn. 20
- Publizität: § 1 Rn. 25
- Sittenwidrigkeit: § 1 Rn. 27
- Spezialität: § 1 Rn. 24
- Umdeutung: § 1 Rn. 20
- zugunsten Dritter: § 1 Rn. 22
- Widerruf: § 1 Rn. 21
- dinglicher Vertrag: § 1 Rn. 19; § 9 Rn. 2
- Dispositionsnießbrauch: § 14 Rn. 8 **Fn. 7**
dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est:
§ 1 Rn. 4; § 5 Fn. 47; § 20 Rn. 49; § 33
Rn. 10, 14
- dominium directum*: § 24 Fn. 1
- dominium utile*: § 24 Fn. 1
- dominium sine re*: § 20 Rn. 50, 85; vgl. auch
nudum ius
- Doppelbuchung von Grundstücken:
§ 20 Rn. 59
- Doppelwirkungen: § 11 Fn. 11
- Drittwiderspruchsklage
 - des Eigentümers bei Pfändung des
Sicherungsgutes durch einen
Gläubiger des Sicherungsnehmers:
§ 18 Rn. 1
 - des Sicherungsgebers bei
Vollstreckung in das
Sicherungsgut durch Gläubiger
des Sicherungsnehmers: § 18 Rn. 12
 - des Sicherungsnehmers auf Freigabe der
Sache: § 18 Rn. 11
 - bei Vollstreckung in das Zubehör eines
Dritten: § 29 Rn. 15
- Duldungspflicht
 - Ausgleichanspruch: § 23 Rn. 16, 42
 - des Eigentümers bei aggressivem
Notstand: § 8 Rn. 10
 - entschuldigter Überbau: § 23 Rn. 13, 15
 - gemeinwichtige Betriebe: § 23 Rn. 37
 - aus behördlicher Genehmigung:
§ 23 Rn. 32
 - aus hoheitlichem Handeln: § 23 Rn. 36
 - aus nachbarlichem
Gemeinschaftsverhältnis: § 23
Rn. 9, 38

- aus öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkung: § 23 Rn. 4 ff.
- aus überwiegendem Allgemeininteresse: § 23 Rn. 37
- Durchgangserwerb: § 9 Rn. 44, 49; § 11 Rn. 27; § 15 Rn. 55; § 17 Rn. 23
- Effektenverkehr: § 9 Rn. 56
- Eigenbesitz: § 1 Rn. 17; § 3 Rn. 4; § 4 Rn. 10; § 9 Rn. 12, 16, 26, 29, 44; § 10 Rn. 17, 24; § 11 Rn. 2, 11, 38, 52, Fn. 3; § 17 Rn. 9 (Vorbehaltskauf); § 18 Rn. 9 ff. (Sicherungseigentum)
- Eigengrenzüberbau: § 23 Rn. 17
- Eigenmacht, verbotene: § 5 Rn. 2 ff.
 - des Besitzdieners: § 4 Rn. 21
 - Besitzentziehung: § 5 Rn. 5, 13 f.
 - Besitzkehr: § 5 Rn. 10
 - Besitzkehr bei Grundstücken: § 5 Rn. 11
 - Besitzschutz: § 3 Rn. 2; § 5 Rn. 13 ff.
 - Besitzstörung: § 5 Rn. 5, 15 ff.
 - Besitzwehr: § 5 Rn. 7
 - Besitzwehr des Besitzdieners: § 5 Rn. 8
 - deliktische Haftung: § 12 Rn. 35 ff.
 - des Dritten, der Erbschaftssachen ergreift: § 4 Rn. 31
 - Einwilligung in: § 5 Rn. 3
 - Ende des fehlerhaften Besitzes: § 5 Rn. 6
 - fehlerhafter Besitz: § 5 Rn. 6
 - gegen den Besitzdiener: § 4 Rn. 23
 - kein Verschulden: § 12 Rn. 38
 - bei der Nacherbschaft: § 4 Rn. 34 ff.
 - Rechtfertigungsgrund: § 5 Rn. 4
 - Störung der öffentlichen Ordnung: § 3 Rn. 7
 - des vorläufigen Erben: § 4 Rn. 33
 - des Vorerben: § 4 Rn. 35
 - Voraussetzungen: § 5 Rn. 2
- Eigentum: § 8 Rn. 1 ff., 8 ff.; § 23; vgl. Eigentumsbegriff; Grundeigentum
 - Bergwerkseigentum: § 24 Rn. 24
 - Beschränkung: § 8 Rn. 9 f.
 - Bindung: § 8 Rn. 2
 - Bruchteilseigentum: § 8 Rn. 12, 13 ff.
 - Bucheigentum: § 20 Fn. 124
 - Dereliktion: vgl. dort
 - Enteignung: vgl. dort
 - Erwerb vom Berechtigten: § 9; § 23 Rn. 61 ff.; vom Nichtberechtigten: § 10
 - Garantie: § 8 Rn. 1
 - Gesamthandseigentum: § 8 Rn. 12, vgl. Gesamthandsgemeinschaft
 - Inhaltsbestimmung: § 8 Rn. 2
 - Miteigentum: § 8 Rn. 13 ff.; § 9 Rn. 8, 28 ff., 55, 58; § 10 Rn. 16, 25, 29; § 11 Rn. 16 f., 19, 62
 - öffentliches: § 2 Rn. 18
 - Quote: § 8 Rn. 13; § 9 Rn. 28 ff.
 - Schranken des Grundeigentums, öffentlichrechtliche: § 23 Rn. 4 ff.; privatrechtliche: § 23 Rn. 2 f.
 - Sozialbindung: § 8 Rn. 2
 - Vermutung: § 6 Rn. 14; § 12 Rn. 85
- Eigentumsanmaßung: § 23 Rn. 80
- Eigentumsaufgabe: vgl. Dereliktion
- Eigentumsbegriff, verfassungsrechtlicher: § 8 Rn. 1 ff.; zivilrechtlicher: § 8 Rn. 8 ff.
 - Inhaltsbestimmung: § 8 Rn. 4 f.
- Eigentumserwerb:
 - Erwerbstheorie: § 11 Rn. 45
 - originärer: § 11
 - Übertragungstheorie: § 11 Rn. 44
 - vom Nichtberechtigten: § 10, als Enteignung § 8 Rn. 7
 - vgl. Eigentumsübertragung
- Eigentumsfiktion
 - für den Bucheigentümer eines Grundstücks: § 29 Rn. 9
 - bei Pfandverwertung: § 15 Rn. 28, Fn. 47
- Eigentumsschutz: § 12
 - Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: § 12 Rn. 21 ff.
 - Herausgabeanspruch: § 12 Rn. 1 ff.
 - Nutzungsherausgabe: § 12 Rn. 41 ff.
 - Schadensersatz: § 12 Rn. 25 ff., 84 ff.
 - Verfolgungsanspruch: § 12 Rn. 83
- Eigentumstheorie: § 23 Rn. 87
- Eigentumsübertragung: § 9; § 10; § 23 Rn. 61 ff.; vgl. auch gutgläubiger Erwerb
 - durch antizipiertes Besitzkonstitut: § 9 Rn. 43
 - Berechtigung des Veräußerers: § 9 Rn. 31 ff.
 - besitzloser Sachen: § 9 Rn. 24; § 10 Rn. 23 a. E.
 - Bestimmtheitsgebot: § 9 Rn. 19
 - *brevi manu traditio*: § 9 Rn. 10 ff.; § 10 Rn. 17
 - durch Besitzabtretung: § 9 Rn. 22 ff.; § 10 Rn. 21 ff.; § 10 Rn. 21
 - durch Besitzanweisung: § 9 Rn. 25; § 10 Rn. 22
 - durch Besitzkonstitut: § 9 Rn. 14 ff.; § 10 Rn. 18 ff.

- durch Forderungsabtretung: § 9 Rn. 26;
§ 10 Rn. 23
- durch Geheißerwerb: § 9 Rn. 49;
§ 10 Rn. 26
- durch „Geschäft, für den, den es angeht“:
§ 9 Rn. 45
- Einigung: § 9 Rn. 2 ff.; § 20 Rn. 5 ff.
- als Insichgeschäft: § 9 Rn. 42
- von Miteigentum: § 9 Rn. 28 ff.;
§ 10 Rn. 25
- Schiffe: § 9 Rn. 61 ff.; § 10 Rn. 31
- Traditionspapiere: § 9 Rn. 60 ff.
- Übereignungsgeschäft: § 9 Rn. 5
- Übergabe (Tradition): § 9 Rn. 5 ff., 20 ff.
(*brevi manu*), 38, 40; § 10 Rn. 12 f.
- Übergabesurrogat: § 9 Rn. 9 ff., 38, 40;
§ 10 Rn. 15 ff.; § 11 Rn. 44
- Verkehrsgeschäft: § 10 Rn. 3
- Vertretung: § 9 Rn. 36 ff.
- an Warenlagern: § 9 Rn. 19
- Wertpapiere: § 9 Rn. 52 ff., 56 ff.; § 10
Rn. 27 ff.
- Wertrechte: § 9 Rn. 58
- Eigentumsvermutung: § 12 Rn. 82 ff.
- und Beweis des Rechtsgrunds: § 12 Rn. 94
- bei Miteigentum: § 12 Rn. 87
- und Schenkung: § 12 Rn. 94
- Eigentumsvorbehalt: § 2 Rn. 27; § 9 Rn. 49;
§ 10 Rn. 9; § 11 Rn. 25 f.; § **17**
Rn. 1 ff., 28 ff. (verlängerter), 33
(erweiterter); vgl. Anwartschaftsrecht,
Globalzession
- Konzernvorbehalt: § 17 Rn. 33;
§ 18 Rn. 15
- Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: § 11
Rn. 31 ff.; § **12 Rn. 15, 21 ff.**;
§ 22 Rn. 26
- Eigentümerdienstbarkeit: § 20 Rn. 26
- Eigentümergrundpfandrecht: § 26 Rn. 18
- Begriff: § 26 Rn. 18
- Entstehung: § 26 Rn. 19 f.
- Eigentümergrundschuld: § 21 Rn. 22, 29; § 22
Rn. 6; § 26 Rn. 16; § 27 Rn. 5 f., 7 f.;
§ 30 Rn. 1; § 32 Rn. 5, 12; § **33**
Rn. 25 ff.; vgl.
Eigentümergrundpfandrecht;
Grundschuld
- Entstehung: § 33 Rn. 25 ff.
- Erlöschen: § 33 Rn. 33
- Übertragung: § 33 Rn. 28 f.
- endgültige: § 33 Rn. 26
- nachträgliche: § 33 Rn. 27
- offene: § 33 Rn. 25, 28
- ursprüngliche: § 33 Rn. 25, 28
- verdeckte: § 33 Rn. 26, 29
- vorläufige: § 33 Rn. 26, 29
- Verwertung: § 33 Rn. 30 ff.
- Zins: § 33 Rn. 31
- Eigentümerhypothek: § 26 Rn. 20; § 27
Rn. 44; § 30 Rn. 2; § 31 Rn. 15
- Eigentütermehrheit: § 8 Rn. 11 ff.
- Eigentümernießbrauch: § 20 Rn. 26;
§ 25 Rn. 25
- Eigentümerrechte: § **1 Rn. 11**; § 20 Rn. 26,
33; § 21 Rn. 36; § 30 Rn. 1
- Eigenverwahrung: § 9 Rn. 56
- Einbaufälle: § 11 Rn. 30
- Eingriff
 - enteignender: § 8 Rn. 5
 - enteignungsgleicher: § 8 Rn. 5
- Eingriffskondiktion: vgl. Bereicherung;
Eingriffskondiktion
- Einigung: vgl. dingliche Einigung;
Auflassung
- Einreden: vgl. auch Einwendung
 - gegen Grundschild § 32 Rn. 10 f.
 - gegen Hypothek: § 27 Rn. 26 a. E., 31,
37 ff.; § 30 Rn. 1; § 31 Rn. 2
 - gegen die Sicherungsgrundschuld: § **33**
Rn. 6, **12 ff.**
 - gegen die Vindikation: § 12 Rn. 11 ff.,
16, 18 (nach Verjährung), 68 (wegen
Verwendungen)
 - gegen Vormerkung: § 22 Rn. 5, 26, 30
- Einstweilige Verfügung:
 - Erwerbsverbot: § 1 Rn. 33
 - Verfügungsverbot: § 1 Rn. 32
 - Vormerkung: § 22 Rn. 11, 13, 15, 31
 - Widerspruch: § 20 Rn. 76
- Eintragung: § 1 Rn. 23; § **19 Rn. 1, 43 ff.**; § 20
Rn. 17 ff.; vgl. Grundbuch
 - Antrag: § 19 Rn. 24 ff.
 - arglistige Täuschung: § 20 Rn. 19
 - Auflassungsnachweis: § 19 Rn. 38
 - Auslegung: § 20 Rn. 20; § 25 Rn. 13
 - Begriff: § 20 Rn. 19
 - Betrug: § 20 Rn. 19
 - Bewilligung: § 19 Rn. 32 ff.; § 20
Rn. 7, 18
 - Briefgrundpfandrechte: § 20 Rn. 25
 - Fälschung: § 20 Rn. 19
 - Geschäftsfähigkeit: § 20 Rn. 23
 - „innerer Zusammenhang“: § 20 Rn. 21
 - Kongruenz mit Einigung: § 20 Rn. 21
 - durch Privatperson: § 20 Rn. 19, 58
 - Umdeutung: § 19 Rn. 51

- „Verbrauch“ einer Eintragung: § 20 Rn. 22
- Verfügungsbefugnis: § 20 Rn. 23
- Verfügungsbeschränkung: § 20 Rn. 24
- Voreintragung: § **19 Rn. 39 ff.**; § 20 Rn. 49
- „unwirksame“: § 20 Rn. 19
- Wiederverwendung bzw.
 „Wiederaufladen“ einer Eintragung:
 § 20 Rn. 22
- widersprüchliche: § 20 Rn. 59
- Zwischenverfügung: § 19 Rn. 50
- Einwendungen, vgl. auch Einrede
 - gegen Anspruch aus Pfandrecht: § 15 Rn. 19, 35
 - gegen Besitzschutzansprüche: § 5 Rn. 18 ff.; § 6 Rn. 18
 - gegen Vindikation: § 12 Rn. 11 f., 16
- Einwilligung in verbotene Eigenmacht: § 5 Rn. 3, 18
- Embryo: § 2 Rn. 14
- Emissionen: § 9 Rn. 56; vgl. Immissionen
- Enteignung: § 8 Rn. 2; § 11 Rn. 86
 - Administrativenteignung: § 8 Rn. 6
 - Aufopferungsanspruch: § 8 Rn. 5
 - enteignender Eingriff: § 8 Rn. 5
 - Enteignungsentschädigung: § 8 Rn. 6
 - enteignungsgleicher Eingriff: § 8 Rn. 5
 - Legalenteignung: § 8 Rn. 6
 - Nassauskiesungsbeschluss: § 8 Rn. 4
 - Schweretheorie: § 8 Rn. 3
 - Sonderopfertheorie: § 8 Rn. 3
 - Sozialbindung: § 8 Rn. 2
- Enthaltung
 - durch Entfernung vor der
 Beschlagnahme: § 28 Rn. 7 f.
 - durch Entfernung nach der
 Beschlagnahme: § 28 Rn. 9 ff.
 - von Miet– und Pachtforderungen: § 28 Rn. 15 ff.
- Erbbaugrundbuch: § 24 Rn. 3, 7 ff.
- Erbbaurecht: § 20 Rn. 3, 17, Fn. 7; § **24 Rn. 1 ff.**
 - Begründung: § 24 Rn. 3
 - Belastung: § 24 Rn. 8
 - Erlöschen: § 24 Rn. 10 ff.
 - Heimfallrecht: § 24 Rn. 12
 - Inhalt: § 24 Rn. 4 ff., 9
 - Schutz: § 24 Rn. 6
 - Übertragung: § 24 Rn. 7
 - Vollstreckung: § 24 Rn. 8
- Erbbauszins: § 24 Rn. 3, 4, 12
- Erbe
 - Fiktion des Erbenbesitzes: § 4 Rn. 31
 - mittelbarer Besitz des Vorerben: § 4 Rn. 34
 - Nacherbfall: § 4 Rn. 34 ff.
- Schutz vor Abhandenkommen:
 § 10 Rn. 32
- Stellung des vorläufigen Erben:
 § 4 Rn. 31
- verbotene Eigenmacht des Dritten, der
 Erbchaftssachen ergreift: § 4 Rn. 31
- Erbenbesitz: § 4 Rn. 31 ff.
 - des vorläufigen Erben: § 4 Rn. 33
 - des Nacherben: § 4 Rn. 34 ff.
- Erbengemeinschaft: § 10 Rn. 3
- Erbenhaftung: § 9 Rn. 35
- Erbfall: § 10 Rn. 2
- Erbschein: § 4 Rn. 32; § 10 Rn. 32; § 19 Rn. 15; § 20 Rn. 52
- Erhaltungskosten: s. Verwendungen
- Ersitzung: § 10 Rn. 32; § **11 Rn. 1 ff.**;
 § **20 Rn. 81**
 - als Enteignung: § 8 Rn. 7
 - Ausschlussurteil: § 23 Rn. 67
 - außerordentliche: § 11 Rn. 12;
 § 12 Rn. 100
 - Buchersitzung: § 20 Rn. 84
 - als *causa*: § 11 Rn. 12
 - *contra tabulas*: § 23 Rn. 66 ff.
 - der eigenen Sache: § 11 Rn. 8
 - guter Glaube: § 11 Rn. 3
 - Hemmung § 11 Rn. 5
 - Lastenfreiheit: § **11 Rn. 11**; § 13 Rn. 14, 23; § **20 Rn. 90**
 - öffentlicher Sachen: § 2 Rn. 18; § 11 Rn. 11 a. E.
 - *secundum tabulas*: § 20 Rn. 25 ff.
 - Tabularersitzung: § 20 Rn. 84 ff.
 - Unterbrechung: § 11 Rn. 6
 - Verfassungsmäßigkeit: § 8 Rn. 7
 - Zeit: § 11 Rn. 4, 12
- Ersitzungsbesitz: § 11 Rn. 10; § 12 Rn. 96;
 § **13 Rn. 2, 7, 10 ff.**
- Ersterwerb, gutgläubiger: § 17 Rn. 5, 19;
 § 22 Rn. 15; § 27 Rn. 11;
 § 32 Rn. 6
- Erwerb, lastenfreier: § 10 Rn. 41 ff.
- Erwerbsgestattung: § 11 Rn. 42 ff.
- Erwerbsrechte: § 1 Rn. 10
- Erwerbstheorie: § 11 Rn. 45
- Erwerbsverbot: § 1 Rn. 33
- Erzeugnisse: § 2 Rn. 36, 53
 - Erwerb: § 11 Rn. 35 ff.
 - Erwerbsgestattung: § 11 Rn. 42 ff., 49 ff.
 - Haftung: § 28 Rn. 3
- exceptio non numeratae pecuniae*: § 27 Rn. 8;
 § 31 Rn. 2
- exceptio iusti domini*: § 13 Rn. 2
- exceptio rei venditae et traditae*: § 12 Fn. 25

Fahrlässigkeit:

- grobe – leichte: § 10 Rn. 6

Fälligkeitshypothek: § 26 Rn. 7

falsa demonstratio non nocet: § 20 Rn. 10

Falschparker § 5 Rn. 7, 12

Faustpfandprinzip: § 15 Rn. 1

(Besitzpfand), 11

fehlerhafter Besitz: § 5 Rn. 6, 13; § 7 Rn. 5

„Fehleridentität“: § 1 Rn. 27; vgl. auch

Anfechtung

Fensterrecht: § 23 Rn. 59

Fiktion

- des Erbenbesitzes: § 4 Rn. 31
- der Richtigkeit des Grundbuchs:
§ 20 Rn. 55 ff.

Finder: vgl. Fund

Fische: § 11 Rn. 58

Flaschenpfand: § 15 Rn. 4

Flurstück: § 19 Rn. 1

Forderung, gesicherte: § 15 Rn. 5 ff. (Pfand);

§ 22 Rn. 4 ff. (Vormerkung); § 26

Rn. 13 ff.; § 27 Rn. 3 ff.; § 32 Rn. 1, 2

- als Haftungsobjekt: § 28 Rn. 14 ff.

Forderungsabtretung zur Besitzübertragung:

§ 6 Rn. 12; § 9 Rn. 26; § 10 Rn. 23

Forderungspfändung: § 28 Rn. 14

„Fräsmaschinenfall“: § 10 Rn. 24

freiwillige Gerichtsbarkeit: § 19 Rn. 23

Fremdbesitz: § 3 Rn. 4; § 4 Rn. 10;

§ 6 Rn. 3, 5, 7, 8 ff.; § 9 Rn. 5, 13, 29,

Fn. 32; § 10 Rn. 22; § 11 Rn. 67;

§ 17 Rn. 9

Fremdbesitzerezess: § 12 Rn. 26, 33

Frösche: § 23 Rn. 87

Früchte: § 2 Rn. 52 ff.

- mittelbare Rechtsfrüchte: § 2 Rn. 56
- mittelbare Sachfrüchte: § 2 Rn. 54
- Rechtsfrüchte: § 2 Rn. 55
- Sachfrüchte: § 2 Rn. 53

Fund: § 10 Rn. 35; § 11 Rn. 63 ff., 82

- Ablieferungspflicht: § 11 Rn. 76
- Anzeigepflicht: § 11 Rn. 68, 73
- Behördenfund: § 11 Rn. 76 ff.
- Empfangsberechtigter: § 11 Rn. 68
- Finder: § 11 Rn. 65 ff., 73 ff., 76 ff.,
Fn. 158 ff.
- Finderlohn: § 11 Rn. 65, 68, 76 ff.
- Haftung: § 11 Rn. 72
- Herausgabepflicht: § 11 Rn. 72
- Kleinfund: § 11 Rn. 9, 74
- Verkehrsanstalt: § 11 Rn. 71 ff.
- Verkehrsfund: § 11 Rn. 76 ff.
- Verlieren: § 11 Rn. 63 ff.
- Versteigerung: § 11 Rn. 70, 79

Gartenzwerge: § 23 Rn. 26; Fn. 75

Gebäudeeigentum (DDR): § 2 Rn. 35; § 19

Rn. 21; § 24 Rn. 1

Gebäudeeinsturz, drohender:

§ 23 Rn. 45

Gebrauchsvorteile: § 2 Rn. 57

- bei Bruchteilseigentum: § 8 Rn. 13
- Nutzungsherausgabe: § 12 Rn. 46, 48
- keine Herausgabepflicht des redlichen
Besitzers: § 12 Rn. 50

gefährdende Anlagen: § 23 Rn. 44

Gefälligkeitsverhältnis: § 11 Rn. 44

Gegenstände: § 2 Rn. 1

- unkörperliche: § 1 Rn. 5

Geheißerwerb: § 9 Rn. 49; § 10 Rn. 26

Geld, gutgläubiger Erwerb: § 10 Rn. 36

Geldvindikation: § 12 Rn. 8

Gemeinschaftseigentum: § 8 Rn. 11 ff.

(Eigentütermehrheit); § 24 Rn. 13, 17

(Wohnungseigentum)

Gemeinschaftsverhältnis,

nachbarliches: § 23 Rn. 9, 18, 22,
25 f., 38, 42

- Hilfspersonen: § 23 Rn. 9

Genehmigung, behördliche: § 23 Rn. 32

Geräusche als Besitzstörung: § 5 Rn. 15;

§ 23 Rn. 22, 27, 78

Gerechtigkeiten: § 25 Rn. 3, 33

Geräte als Besitzstörung: § 23 Rn. 22, 100

geringstes Gebot: § 29 Rn. 14

Gesamthandseigentum: § 8 Rn. 12

Gesamthandsgemeinschaft: § 8 Rn. 12;

§ 23 Rn. 63

Gesamthypothek: vgl. Hypothek; Regress

Gesamtsache: § 2 Rn. 10; § 12 Rn. 79

Gesamtschuld: § 23 Rn. 84, 97

Geschäft, dingliches: vgl. dingliche

Rechtsgeschäfte

Geschäft für den, den es angeht:

§ 9 Rn. 45

Geschäftsfähigkeit: § 10 Rn. 5, 32

- Zeitpunkt: § 1 Rn. 23

Geschäftsführer: § 11 Rn. 73

Geschäftsführung ohne Auftrag:

§ 11 Rn. 33

Gesetzliches Schuldverhältnis

- aufgrund eines Fundes: § 11 Rn. 67
- aufgrund des Nießbrauchs:
§ 14 Rn. 4 ff.

Gewaltrechte des Besitzers: § 5 Rn. 7 ff.;

§ 6 Rn. 16

Gewässer, stehendes: § 2 Rn. 3, 36; § 5

Rn. 16; § 11 Rn. 58

Gewere: § 13 Rn. 6

Gewohnheitsrecht: § 2 Rn. 18; § 11 Fn. 121;
§ 25 Fn. 17

Gläubigergefährdung

– durch Sicherungsübereignung: § 9 Rn. 15
(§ 930 Besitzkonstitut)

Gläubigerverzug bei Vindikation: § 12 Rn. 9

Globalsicherheit, revolvingende: § 9 Rn. 19;

§ 18 Rn. 7

Globalzession: § 17 Rn. 31

– und verlängerter Eigentumsvorbehalt:
§ 17 Rn. 31

Grenzanlagen: § 23 Rn. 51; § 25 Rn. 7

Grenzbaum: § 23 Rn. 52

Grenzscheidungsklage: § 23 Rn. 50

Grenzverlauf: § 20 Rn. 57

Grenzwand: § 23 Rn. 51

Grenzzeichen, verrückte oder unkenntliche:
§ 23 Rn. 49

Grobimmissionen: § 23 Rn. 22, 42

Grundakte: § 19 Rn. 18

Grundbuch: § 10 Rn. 6; § 19; vgl. auch

Aktivvermerk; Amtswiderspruch;
Amtslöschung; Antragsrecht;
Auflassungsnachweis; Bewilligung;
Buchungszwang; Eintragung;
Grundstück; Personalfolium;
Realfolium; subjektiv-dingliche
Rechte; Rötung; Zwischenverfügung

– Abteilungen: § 19 Rn. 15–17; § 21
Rn. 5, 9 ff.

– Berichtigung: § 20 Rn. 44 ff.; § 21
Rn. 10; § 22 Rn. 1

– Berichtigungsanspruch: § 20 Rn. 45

– Bestandsverzeichnis: § 19 Rn. 12

– Einrichtung: § 19 Rn. 10 ff.

– Einsichtsrecht: § 19 Rn. 22

– Eintragungsfähigkeit: § 19 Rn. 6

– elektronisches: § 19 Rn. 20

– gemeinschaftliches Grundbuchblatt:
§ 19 Rn. 13

– Gesellschaft bürgerlichen Rechts:
§ 20 Rn. 71

– Grundbuchblatt: § 19 Rn. 10 ff.,
19; Anhang

– Konsensprinzip: § 19 Rn. 32

– Löschung: § 19 Rn. 52; § 20 Rn. 29, Fn. 32

– und materielles Recht: § 19 Rn. 54

– öffentlicher Glaube: § 20 Rn. 55 ff., 64,
66, 68, 78

– Richtigkeitsvermutung: § 20 Rn. 53

– Unrichtigkeit: § 20 Rn. 44 ff.

– Verein, nicht rechtsfähiger: § 20 Fn. 191

– Widerspruch: § 20 Rn. 72 ff.

Grundbuchamt: § 19 Rn. 2

Grundbuchbeamter: § 19 Rn. 2; § 21 Rn. 7; s.

auch Untersuchungspflicht

Grundbuchberichtigungsanspruch: § 20 Rn. 45

Grundbuchbezirk: § 19 Rn. 2, 11

Grundbuchblatt: § 19 Rn. 4, 5, 10, 13, 19

„Grundbuchfähigkeit“:

– Gesellschaft bürgerlichen Rechts:
§ 20 Rn. 71

– Verein, nicht rechtsfähiger: § 20 Fn. 191

Grunddienstbarkeiten: § 20 Rn. 31, 86, 89;

§ 25 Rn. 1 ff.; vgl. auch
Dienstbarkeiten

– altrechtliche: § 25 Rn. 19

– Anpassung: § 25 Rn. 13

– Beendigung: § 25 Rn. 18

– Begleitschuldverhältnis: § 25 Rn. 14

– Begriff: § 25 Rn. 3

– Besitz: § 7 Rn. 2

– Bestellung: § 25 Rn. 5 f.

– Inhalt: § 25 Rn. 7 ff.

– Schonungspflicht: § 25 Rn. 12

– Schutz: § 25 Rn. 16 f.

– Überbau: § 25 Rn. 16

– Unterhaltungspflicht: § 25 Rn. 14

– Verjährung: § 25 Rn. 16, 18

– zugunsten eines Gewerbes:
§ 25 Rn. 9 ff.

Grundeigentum: § 23

– Auflassung: § 23 Rn. 61 ff.

– Dereliktion: § 23 Rn. 69 f.

– Ersitzung: § 20 Rn. 84 ff.; § 23 Rn. 66 ff.

– Erwerb: § 23 Rn. 61 ff.

– Inhalt: § 23 Rn. 1 ff.

– Nachbarrecht: § 23 Rn. 9 ff.

– öffentlichrechtliche Schranken: § 23
Rn. 4 ff.

– Okkupation: § 23 Rn. 69 f.

– privatrechtliche Schranken: § 23 Rn. 2 f.

– Schutz: § 23 Rn. 71 ff.

grundeigentumsähnliche Rechte: § 1 Rn. 2;

§ 19 Rn. 21; § 24 Rn. 1

Grundpfandrechte: § 2 Rn. 51; § 20 Rn. 3 f.,

25, 40, 86; §§ 26 ff.; vgl. auch

Grundschild; Hypothek; Rentenschuld;
Eigentümergrundpfandrecht

– Akzessorietät: § 26 Rn. 16

– Begriff: § 26 Rn. 1

– Beleihungsgrenzen: § 26 Rn. 12

– Brief: § 26 Rn. 11

– Entstehung: § 26 Rn. 11

– Publizität: § 26 Rn. 2

– Sicherheit: § 26 Rn. 12

– Tilgung: § 26 Rn. 3 ff.

– Verwertungsrecht: § 26 Rn. 2

Grundschuld: § 32; vgl. auch

Grundpfandrechte;

Eigentümergrundschuld

– Ablösung: § 32 Rn. 18

– Akzessorietät: § 26 Rn. 16

– Arten: § 33

– Aufhebung: § 32 Rn. 19

– Ausschluss der Übertragbarkeit: § 32 Rn. 8

– Begriff und Bedeutung: § 32 Rn. 1 ff.

– Belastung: § 32 Rn. 13

– Bestellung: § 32 Rn. 5 f.

– Briefgrundschuld: § 32 Rn. 5, 8

– Buchgrundschuld: § 32 Rn. 5, 8

– Eigentümergrundschuld, s. dort

– Erlöschen: § 32 Rn. 18 f.

– Fälligkeit: § 32 Rn. 16 f.

– gutgläubiger Erwerb: § 32 Rn. 6, 9 f.

– Haftungsobjekte: § 32 Rn. 15, 17

– Inhabergrundschuld: § 33 Rn. 34

– Inhaltsänderung: § 32 Rn. 14

– isolierte: § 32 Rn. 1, 4, 17

– Kündigung: § 32 Rn. 16

– Pfändung: § 32 Fn. 22

– Rentenschuld: § 26 Rn. 9; § 33 Rn. 35

– Sicherungsgrundschuld: § 26 Rn. 16;

§ 32 Rn. 1, 2, 4; § 33 Rn. 1 ff.

– Übergang, gesetzlicher: § 32 Rn. 12

– Übertragung: § 32 Rn. 8 ff.

– Umwandlung: § 20 Fn. 87; § 32 Rn. 5, 7

– Verpfändung: § 32 Rn. 13

– Verwertung: § 32 Rn. 17

– Verzicht: § 32 Rn. 19

– Zins: § 32 Rn. 5, 16

– Zweiterwerb: § 32 Rn. 9 ff.

Grundstück: § 2 Rn. 7, 20; § 11 Rn. 14; § 19 Rn. 3 ff.

– Haftung: § 28 Rn. 1 ff.

– Teilung: § 20 Rn. 41 ff.; § 23 Rn. 17

– Vereinigung: § 20 Rn. 39

– Vertiefung: § 23 Rn. 46

– Zuschreibung: § 20 Rn. 40

grundstücksgleiche Rechte: § 24 Rn. 1

Grundstücksgrenzen: § 19 Rn. 3; § 20 Rn. 57

Grundstücksrechte

– Änderung: § 20 Rn. 33 ff.

– Aufhebung: § 20 Rn. 27, 32, 63

– Rang: § 21

– Verjährung: § 20 Rn. 84 f.

guter Glaube: § 1 Rn. 19 ff., 31 f.; § 10

Rn. 5 ff.; § 11 Rn. 3, 39, 49 ff.; § 12

Rn. 23, 31 f., 43 f., 60 ff.; 107; § 13

Rn. 7, 10, 20; § 14 Rn. 8 ff.; § 15

Rn. 13 ff.; § 20 Rn. 64

– und AGB § 15 Rn. 14

– Gegenstand: § 10 Rn. 5

– Nachforschungspflicht: § 10 Rn. 6, 9 f.; § 20 Rn. 64

– Umfang: § 10 Rn. 5 ff.

– Vermutung: § 10 Rn. 13 f.; § 20 Rn. 64

– Zeitpunkt: § 1 Rn. 23; § 10 Rn. 13 f.; § 20 Rn. 66

gutgläubiger Erwerb; vgl. auch

Eigentumsübertragung;

Abhandenkommen; Bösgläubigkeit;

Nichtberechtigter; Pfandrecht

– abhanden gekommener Sachen: § 10 Rn. 32 ff.

– Anwartschaftsrecht: § 17 Rn. 5, 19

– Ausgleich: § 10 Rn. 39

– bei Doppelbuchung von Grundstücken: § 20 Rn. 59

– Eigentum: § 10

– bei „unwirksamer“ Eintragung: § 20 Rn. 58

– Gesellschaft bürgerlichen Rechts: § 20 Rn. 71

– Grundschulden: § 32 Rn. 6, 9 f.

– Grundstücksrechte: § 20 Rn. 54 ff.

– guter Glaube: § 10 Rn. 5 ff.

– Kausalität des Rechtsscheins: § 10 Rn. 12

– Kulturgut: § 12 Rn. 107

– Lastenfreiheit: § 10 Rn. 41 ff.

– Mietrecht: § 20 Rn. 62

– öffentliche Sache: § 2 Rn. 18

– öffentlichrechtliche Dienstbarkeit: § 2 Rn. 18

– Prüfungspflicht: § 10 Rn. 9 f.

– Unrichtigkeit des Grundbuchs: § 20 Rn. 44 ff.

– Verfassungsmäßigkeit: § 8 Rn. 7; § 10 Fn. 1

– Verfügungsbeschränkungen: § 20 Rn. 24

– Verkehrsgeschäft: § 10 Rn. 3

– Vormerkung: § 22 Rn. 3, 16, 18, 31 f.

– Vorrang: § 20 Rn. 62

– bei widersprüchlichen Eintragungen: § 20 Rn. 59

– Zeitpunkt des guten Glaubens: § 10 Rn. 13 f., 38; § 11 Rn. 3

– Zweiterwerb: § 15 Rn. 47; § 17

Rn. 19 ff.; § 20 Rn. 62; § 22 Rn. 16 f.; § 27 Rn. 22 ff.; § 32 Rn. 9 ff.

Haftungsverband: § 17 Rn. 23; § 28

Hamburger Stadtsiegel-Fall: § 2 Rn. 18 Fn. 28

Hammerschlagsrecht: § 23 Rn. 57

Hand- und Spanndienste: § 25 Rn. 33
 Handlungsstörer: § 5 Rn. 16; § **23 Rn. 76 ff.**
 Hausmusik: § 23 Rn. 27
 Hausverbot: § 5 Fn. 8
 Heimfallrecht: § 24 Rn. 12
 Hemmung der Ersitzung: § 11 Rn. 5
 Herausgabeanspruch: § 6 Rn. 3 f., 5 f., 12; § 9 Rn. 19 f., 23
 – aus Besitz: § 5 Rn. 13 f.; § 6 Rn. 17 ff.
 – aus Eigentum: § 12; s. auch Vindikation; rei vindicatio
 – aus Nießbrauch: § 14 Rn. 2
 – aus Pfandrecht: § 15 Rn. 19
 – aus Recht zum Besitz: § 13
 herrenlose Sache: § 11 Rn. 52, 57 ff., 61 f.; vgl. Dereliktion
 Hersteller: § 11 Rn. 21, 26; vgl. Verarbeitung
 Hilfspersonen
 – Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: § 12 Rn. 29
 – Haftung des Besitzers für das Verhalten von H. bei Vindikation: § 12 Rn. 9, 23, 29
 – Hersteller: § 11 Rn. 26
 – nachbarrechtliches Gemeinschaftsverhältnis: § 23 Rn. 9
 – Schatzfund: § 11 Rn. 83
 – Überbau: § 23 Rn. 18
 Hinterlegungsbescheinigung: § 9 Rn. 57
 Höchstbetragshypothek: § 26 Rn. 10; § **31 Rn. 4 f.**
 Hypothek: § 26 Rn. 13 ff.; vgl. auch Grundpfandrechte
 – Ablöserecht des Eigentümers: § 29 Rn. 8
 – Abstrakte Löschungsbewilligung: § 30 Rn. 7
 – Abtretung: § **27 Rn. 12 ff.**
 – Abzahlungshypothek: § 26 Rn. 5
 – Akzessorietät: § 26 Rn. 13 f.; § 27 Rn. 3 ff.
 – Amortisationshypothek: § 26 Rn. 6
 – Aufhebung: § 30 Rn. 3
 – Beeinträchtigung: § 29 Rn. 2
 – Belastung: § 27 Rn. 16
 – Bestellung: § 27 Rn. 1 ff.
 – Bestellungsvertrag: § 27 Rn. 7 ff.
 – Bestimmtheit der Forderung: § 27 Rn. 5
 – Briefhypothek: § 27 Rn. 9, 27 ff.
 – Buchhypothek: § 27 Rn. 8
 – Einreden: § 27 Rn. 37 ff.
 – Erlöschen: § 30
 – Fälligkeit: § 29 Rn. 10
 – Fälligkeitshypothek: § 26 Rn. 7
 – Forderung: § 27 Rn. 3 ff.
 – Forderungsauswechslung: § 27 Rn. 20

– Gefährdung: § 29 Rn. 1
 – Gegenstand: § 27 Rn. 2
 – Geltendmachen: § 27 Rn. 32 ff.
 – Gesamthypothek: § 8 Rn. 15; § 26 Rn. 15; § **31 Rn. 9 ff.**
 – gesetzliches Schuldverhältnis: § 29 Rn. 5 ff.
 – gutgläubiger Ersterwerb: § 27 Rn. 11
 – gutgläubiger Zweiterwerb: § 27 Rn. 22 ff.
 – Haftungsobjekte: § 28
 – Haftungsverband: § 17 Rn. 23; § **28**
 – Höchstbetragshypothek: § 26 Rn. 10; § **31 Rn. 4 f.**
 – Hypothekenbrief: § 20 Rn. 60; § 27 Rn. 9
 – Inhalt: § 29
 – Inhaltsänderung: § 27 Rn. 17 ff.
 – Kündigung: § 29 Rn. 7
 – Kündigungshypothek: § 26 Rn. 8
 – Legitimation des Gläubigers: § 27 Rn. 32 ff.
 – Legitimationskette: § 27 Rn. 27 ff.
 – Löschung: § 30 Rn. 3
 – Löschungsanspruch: § 30 Rn. 6 ff.
 – Löschungsbewilligung: § 30 Rn. 7
 – Löschungsvormerkung: § 30 Rn. 4 f.
 – „Mitreißtheorie“: § 27 Rn. 26
 – Mobiliarhypothek: vgl. dort
 – Rechtsgrund: § 27 Rn. 6
 – Schutz: § 29 Rn. 1 ff.
 – Sicherungshypothek: § 26 Rn. 14; § 31 Rn. 1 ff.
 – Sicherungsvertrag: § 27 Rn. 6
 – Teilung: § 27 Rn. 21
 – Tilgungshypothek: § 26 Rn. 4
 – Übergang kraft Gesetzes: § 27 Rn. 43 ff.
 – Übertragung: § 27 Rn. 12, 13 ff.
 – Umwandlung: § 20 Rn. 42, Fn. 87
 – Verfallsklausel: § 29 Rn. 11
 – Verkehrshypothek: § 26 Rn. 14
 – Verwertung: § 29 Rn. 10 ff.
 – Verzicht: § 30 Rn. 1
 – Voraussetzungen: § 26 Rn. 13
 – Wertpapierhypothek: § 31 Rn. 6
 – Zinsen: § 20 Rn. 89; § 27 Rn. 48 ff.
 – Zwangshypothek: § 27 Rn. 10; § 29 Rn. 19; § 31 Rn. 1, 9
 – Zwangsversteigerung: § 29 Rn. 13 ff.
 – Zwangsverwaltung: § 29 Rn. 16
 – Zwangsvollstreckung: § 29 Rn. 11 f.
 Hypothekenbank, s. Pfandbriefbank
 Hypothekenhaftung: § 28; § 29 Rn. 11 f.
 – Beschlagnahme des Grundstücks: § 28 Rn. 9 ff.; § 29 Rn. 12

- Bestandteile: § 28 Rn. 3
- Enthftung: § 28 Rn. 6 ff.
- Erzeugnisse: § 28 Rn. 3
- Forderungen: § 28 Rn. 14 ff.
- Grundstück: § 28 Rn. 1 ff.
- Miet- und Pachtforderungen: § 28 Rn. 14 ff.
- Versicherungsforderungen: § 28 Rn. 20
- wiederkehrende Leistungen: § 28 Rn. 19
- Zubehör: § 28 Rn. 4

- Immaterialgüterrecht: § 1 Rn. 6
- Immissionen: § 23 Rn. 22 ff.
 - grobe: § 23 Rn. 22, 39
 - ideelle: § 23 Rn. 26
 - negative: § 23 Rn. 25
 - Ortsüblichkeit: § 23 Rn. 28
 - Wesentlichkeit: § 23 Rn. 27 f.
- Imponderabilien: § 23 Rn. 22
- Inbegriff: § 2 Fn. 9
- Indossament: § 9 Rn. 55
- Inhabergrundschuld: § 33 Rn. 34
- Inhaberpapier: § 9 Rn. 55; § 10 Rn. 4, 27, 37
- Inhaberschuldverschreibung: § 9 Rn. 53, 58; § 26 Rn. 1; § 31 Rn. 6
- Inhaltsbestimmung des Eigentums: § 8 Rn. 4 f.
- Insichgeschäft: § 9 Rn. 2, 42 f.
- Insolvenz
 - Vermerk: § 21 Rn. 3
 - Verwalter: § 22 Rn. 24

- Inventar: § 1 Rn. 11; § 9 Rn. 35; § 15 Rn. 1; § 25 Rn. 29
- Kataster: § 19 Rn. 1, 3
- Kater und Katzen: § 23 Rn. 40
- Kausalprinzip: § 1 Rn. 26
- Kausalität des Rechtsscheins: § 10 Rn. 12
- Kettenauflassung: § 20 Rn. 14
- Kettengeschäft: § 9 Rn. 50
- Kfz-Brief: § 9 Fn. 167; § 10 Rn. 10, 12
- Kleinfund: § 11 Rn. 68, 74
- Knebelungsvertrag
 - bei Sicherungsübereignung: § 18 Rn. 6
- Kommissionär: § 6 Rn. 9; § 9 Rn. 40 f.; § 15 Rn. 18, 56
- Kommittent: § 9 Rn. 41 ff.
- Konfusion: § 20 Rn. 32; § 22 Rn. 5, 32
- Konkurrenzen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: § 12 Rn. 40, 50, 51, 66
- Konnossement: § 9 Rn. 59
- Konsensprinzip: § 9 Rn. 15
 - formelles: § 19 Rn. 32
 - materielles: § 19 Rn. 32
- Konsolidation: § 1 Rn. 11; § 14 Rn. 10; § 15 Rn. 16, 52; § 20 Rn. 32; § 22 Rn. 32; § 25 Rn. 45
 - der Vormerkung: § 22 Rn. 32
- Kontokorrentvorbehalt: § 17 Rn. 33; § 18, 5 b
- Konvaleszenz: § 9 Rn. 34 f.
- Konversion: § 1 Rn. 20
- Konzernvorbehalt: § 17 Rn. 33; § 18 Rn. 15
- Kraftfahrzeugbrief: § 9 Rn. 54 Fn. 167; § 10 Rn. 10, 12
- Kündigungshypothek: § 26 Rn. 8
- Kulturgüterschutz: § 1 Rn. 31; § 12 Rn. 97 ff.

- Ladeschein: § 9 Rn. 59 ff.
- Lasten, öffentliche: § 19 Rn. 8 f.
- Lastenfreiheit: § 10 Rn. 42; § 11 Rn. 11, 24, 29; § 17 Rn. 13; § 19 Rn. 51, Fn. 17; § 20 Rn. 86
- Legalenteignung: § 8 Rn. 6
- Legalservitut: § 23 Rn. 15
- Legitimationskette: § 27 Rn. 27 ff.
- Legitimationspapier: § 10 Rn. 37
- Leibgedingsvertrag: § 25 Rn. 32
- Leiche: § 2 Rn. 15
- Leistungskondition: § 11 Rn. 9
- Leiterrecht: § 23 Rn. 57
- lex commissoria*: s. Verfallsklausel
- Locusprinzip: § 21 Rn. 7
- longa manu traditio*: § 4 Rn. 15
- Löschungsanspruch: § 30 Rn. 6 ff.
- Löschungsbewilligung: § 20 Rn. 27; § 30 Rn. 7
- Löschungsvormerkung: § 22 Rn. 6; § 30 Rn. 4 f.
- Luftraum: § 6 Rn. 16; § 23 Rn. 8, 57
- Luxusverwendungen: § 12 Rn. 59

- Meeresküste: § 2 Rn. 18
- mehrstufiger Besitz: § 6 Rn. 7
- Mehrheitsbeschluss
 - Bruchteilsgemeinschaft: § 8 Rn. 13
 - Nutzung von Gemeinschaftseigentum bei Wohnungseigentum: § 24 Rn. 18
 - Veranlassung zur Veräußerung von Wohnungseigentum: § 24 Rn. 18
 - bei Verwaltung von Miteigentum: § 24 Rn. 18
- Mengensachen: § 2 Rn. 9
- menschlicher Körper: § 2 Rn. 14
- Miete und Pacht
 - als mittelbare Sachfrüchte: § 2 Rn. 54

– als Haftungsobjekte der Hypothek: § 28 Rn. 14 ff.
 – Verdinglichung, s. ebenda
 Mieter: § 5 Rn. 9, 13, 22; § 6 Rn. 7, 13
 Mietvertrag: § 6 Rn. 3; § 12 Rn. 10
 Mitbenutzungsrecht (DDR):
 § 25 Rn. 20
 Mitbesitz: § 4 Rn. 8; § 5 Rn. 22; § 9 Rn. 28 ff., 58; § 10 Rn. 16
 Miteigentum: § 8 Rn. 13 ff.; § 9 Rn. 8, 28 ff., 56, 58; § 10 Rn. 16, 25, 29; § 11 Rn. 16 f., 19, 62, s. Dereliktion
 mittelbarer Besitz: § 3 Rn. 4; § 4 Rn. 1 ff.; § 5 Rn. 13 ff.; § 6
 – Besitzwille: § 6 Rn. 5 f.
 – Erwerb: § 6 Rn. 8 ff.
 – Geschichte: § 6 Rn. 1
 – Schutz: § 6 Rn. 15 ff.
 – Übertragung: § 6 Rn. 11 f.
 – Verlust: § 6 Rn. 13 f.
 – Voraussetzungen: § 6 Rn. 3 ff.
 – Wesen: § 6 Rn. 2
 Mobiliarhypothek: § 15 Rn. 1;
 § 18 Rn. 2 ff.
 Mobiliarzwangsvollstreckung: § 12 Rn. 4
 – Duldung bei Nießbrauch: § 14 Rn. 15
 – Pfandverwertung: § 15 Rn. 30
 Momentanbesitz: § 4 Rn. 22
 Muttersache: § 11 Rn. 37, Fn. 90, 102

 Nachbarklage: § 23 Rn. 113; vgl.
 Gemeinschaftsverhältnis
 Nachbarrecht: § 23 Rn. 9 ff.
 – Verjährung: § 23 Rn. 53
 nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch:
 § 23 Rn. 42
 nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis:
 § 23 Rn. 9
 Nachbarrechtsgesetze der Länder: § 23 Rn. 54 ff.
 Nachbarwand: § 23 Rn. 51, 55
 Nacherbe: § 4 Rn. 34 ff.
 Nacherbenvermerk: § 20 Rn. 47, 62;
 § 21 Rn. 3
 Näherrechte: § 25 Rn. 39
 Namenspapier: § 9 Rn. 53; § 10 Rn. 27
 Nassauskiesungsbeschluss: § 8 Rn. 4
 Naturalrestitution: § 11 Rn. 33
 Nebenbesitz: § 6 Rn. 14; § 9 Rn. 23; § 10 Rn. 24; § 17 Rn. 18
 Negative Einwirkungen
 – auf ein Grundstück: § 23 Rn. 25
 Negative Einwirkungen
 – auf ein Grundstück: § 23 Rn. 25

nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet: § 10 Fn. 3
 Nichtberechtigter: § 9 Rn. 33 f., 40; § 10 Rn. 24, 34, 39, 42; § 11 Rn. 9, 49 ff.; vgl. Abhandenkommen;
 Bösgläubigkeit; gutgläubiger Erwerb
 Nichteigentümer: § 10; vgl.
 Abhandenkommen; Bösgläubigkeit; gutgläubiger Erwerb; Nichtberechtigter
 Nichterbe: § 10 Rn. 32
 Nicht-mehr-Berechtigter: § 12 Rn. 14
 Nicht-so-Berechtigter: § 12 Rn. 21
 nicht wesentlicher Bestandteil: § 2 Rn. 10, 41
 Nießbrauch: § 2 Rn. 39 f.; § 6 Rn. 7; § 14; § 20 Rn. 3, 86, 90; § 25 Rn. 24 ff.
 – Abnutzung: § 25 Rn. 28
 – Ausübungsüberlassung: § 14 Rn. 9
 – Bestellung durch Nichtberechtigten: § 14 Rn. 7
 – dingliche Surrogation: § 25 Rn. 29
 – Eigentümersnießbrauch: § 20 Rn. 26; § 25 Rn. 25
 – Entstehung: § 14 Rn. 8
 – an Forderungen: § 16 Rn. 9 ff.
 – gesetzliches Schuldverhältnis: § 14 Rn. 4 ff.
 – gewöhnliche Unterhaltungskosten: § 25 Rn. 28
 – an Grundstücken: § 25 Rn. 24 ff.
 – Inventar: § 25 Rn. 29
 – ordnungsgemäße Wirtschaft: § 25 Rn. 28 f.
 – an Rechten: § 16 Rn. 1 ff.
 – Sukzessivnießbrauch: § 14 Rn. 8
 – Übertragung: § 14 Rn. 9
 – uneigentlicher: § 14 Rn. 3
 – am Unternehmen: § 14 Rn. 17
 – am Vermögen: § 14 Rn. 11 ff.
 – Vermächtnisnießbrauch: § 14 Rn. 1
 – vund Vermietung/Verpachtung: § 25 Rn. 26 f., 30
 – Versicherungspflicht: § 14 Rn. 4
 – Versorgungsnießbrauch: § 14 Rn. 1
 – Verzicht: § 14 Rn. 10
 – Vorbehaltsnießbrauch: § 14 Rn. 1
 – an Wertpapieren: § 16 Rn. 12
 – wesentliche/nicht wesentliche Bestandteile: § 25 Rn. 27
 – Wirtschaftsplan: § 25 Rn. 28
 – Zubehör: § 25 Rn. 27
 Notleitungsrecht: § 23 Rn. 19
 Notstand, aggressiver: § 8 Rn. 10
 Notweg: § 23 Rn. 19 ff.
 Notwegrente: § 20 Rn. 89; § 23 Rn. 20

Notwehr: § 5 Rn. 7 ff.; § 8 Rn. 1
nuda proprietas: § **11 Rn. 12**; § 12 Rn. 11, 100; § 20 Fn. 118, **Rn. 85**
nudum ius: § **11 Rn. 12**; § 12 Rn. 16; § **20 Rn. 85**, 90; § **23 Rn. 67**; vgl. auch *dominium sine re*
nulli res sua servit: § 1 Rn. 11
numerus clausus der Sachenrechte: § 1 Rn. 18
 Nutzpfund: § 15 Rn. 3
 Nutzungen: § 2 Rn. 57; § 12 Rn. 41 ff.; § 22 Rn. 26
 Nutzungsherausgabe
 – keine bei Verbindung, Vermischung, Verarbeitung: § 12 Rn. 50
 Nutzungsmöglichkeit
 – Beeinträchtigung der eigenen N.: § 23 Rn. 25
 Nutzungsrechte: § 1 Rn. 10; § 11 Rn. 35 ff.

Objekte des Sachenrechts: § 1 Rn. 5, 12
 obligatorisches Recht: § 1 Rn. 7; § 2 Rn. 27
 offener Besitz: § 4 Rn. 11 ff., 15
 öffentlichrechtliche Dienstbarkeit: § 2 Rn. 18
 öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung: § 8 Rn. 9; § 23 Rn. 4 ff., 36
 öffentliche Sachen: § 2 Rn. 17 ff.
 – Eigentum: § 2 Rn. 18
 – Ersitzung: § 2 Rn. 18; § 11 Rn. 11 a. E.
 – gutgläubiger Erwerb: § 2 Rn. 18
 öffentlicher Glaube
 – bei Buchhypothek: § 26 Rn. 14
 – bei Briefhypothek: § 26 Rn. 11; § 27 Rn. 31
 Öffentlicher Glaube des Grundbuchs: § 20 Rn. 1, 55 ff., 64, 78; § 26 Rn. 14; § 27 Rn. 31
 öffentliches Eigentum: § 2 Rn. 18
 Okkupation
 – Grundstücke: § 23 Rn. 70
 – Mobilien: § 11 Rn. 52, 57 ff.
 Orderlagerschein: § 9 Rn. 59 ff.
 Orderpapier: § 9 Rn. 53, 55; § 10 Rn. 4, 27, 37
 Organbesitz: § 4 Rn. 9
 Organspende: § 2 Rn. 16
 Organhandel: § 2 Rn. 16
 Organtransplantation: § 2 Rn. 16
 Ortsüblichkeit: § 23 Rn. 28
 Pandektensystem: § 1 Rn. 1
 Parzelle: § 19 Rn. 1
 Parzellenverwechslung: § 20 Rn. 10, 21
 Patentrecht: § 10 Rn. 4
 Parken: § 5 Rn. 7, Rn. 12
 Personalfolium: § 19 Rn. 13
 Personalkredit: § 26 Rn. 2

persönliche Dienstbarkeit: vgl. auch Dienstbarkeit
 – Beendigung: § 25 Rn. 29
 – Bestellung: § 25 Rn. 27
 – Dauerwohnrecht: § 25 Rn. 32
 – Inhalt: § 25 Rn. 28
 – Nießbrauch: § 25 Rn. 30
 – Sicherungsdienstbarkeit: § 25 Rn. 10 f.
 – Wohn(ungs)recht: § 25 Rn. 31
 petitorischer Besitzschutz: § 3 Rn. 2; § **13 Rn. 9**
petitorium absorbet possessorium: § 5 Rn. 21 Fn. 53
 Pfandbrief: § 26 Rn. 1
 Pfandbriefbank: § 26 Rn. 1
 Pfandrecht: § 9 Rn. 54; § **15**
 – Akzessorietät: § 15 Rn. 5
 – Arten: § 15 Rn. 1 ff.
 – Begründung: § 15 Rn. 8 ff.
 – Belastung: § 15 Rn. 45 ff.
 – besitzloses: § 15 Rn. 1; § 18 Rn. 2, Fn. 5
 – Einreden: § 15 Rn. 35
 – gesicherte Forderung: § 15 Rn. 5 ff.
 – gesetzliches: § 15 Rn. 2, 56 ff.
 – gewerbliches: § **15 Rn. 31**, 37; § 18 Rn. 13
 – gutgläubiger Erwerb: § 15 Rn. 13 ff.
 – Inhalt: § 15 19 ff.
 – Pfandreife: § 15 Rn. 29 ff.
 – Pfändungspfandrecht: § 15 Rn. 61 ff.
 – Rang: § 15 Rn. 15 ff., 53 ff.
 – an Rechten: § 16 Rn. 13 ff.
 – Schutz: § 15 Rn. 19 f.
 – Sicherungseigentum: § 18 Rn. 3, 9 ff.
 – Übertragung: § 15 Rn. 45 ff.
 – Verfallsklausel: § 15 Rn. 31
 – Verwertung: § 15 Rn. 29–44, 53 ff.
 – Verzicht: § 15 Rn. 50
 – Zweiterwerb: § 15 Rn. 47
 Pfandversteigerung
 – öffentliche: § 15 Rn. 36 ff.
 Pfandverwertung
 – Pfandreife: § 15 Rn. 29 ff.
 – Grenzen: § 15 Rn. 34
 – Umfang: § 15 Rn. 33
 – Voraussetzungen: § 15 Rn. 29 ff., 36 ff.
 Pfändung: § 10 Rn. 2; § 15 Rn. 8, 61
 – Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers: § 17 Rn. 9, **25**
 – Auflassungsanwartschaft: § 20 Rn. 14 f.
 – Früchte, ungetrennt: § 11 Rn. 35 Fn. 89
 – Nießbrauch: § 14 Rn. 9
 – Sicherungseigentum: § 18 Rn. 1
 – der Vindikation: § 12 Rn. 9
 Pfändungspfandrecht: § 15 Rn. 61 ff.

possessorischer Besitzschutz: § 3 Rn. 2;

§ 5 Rn. 1

Prädialservituten: § 25 Rn. 2

Präsentatsbeamter: § 19 Rn. 2

prior tempore potior iure: § **1 Rn. 16**; § 15

Rn. 15; § 21 Rn. 1

Prioritätsprinzip: § 1 Rn. 16; § 21 Rn. 1, 7

Produktionsprinzip: § 11 Rn. 21

Prozessbesitzer: § 12 Rn. 22, 28 ff., 43 f., 65

Prozessstandschaft: § 8 Rn. 17

Publizitätsprinzip: § 1 Rn. 17, 23, 25; § 3

Rn. 2; § 9 Rn. 16, 49 f.; vgl.

dingliches Recht

Putativnotstand: § 8 Rn. 10

quasi-negatorischer Anspruch: § 23 Rn. 110

Rang: § 1 Rn. 16; § 15 Rn. 15 ff.; § 21; vgl.

dingliches Recht

– Änderung: § 21 Rn. 18, 21 ff.

– Ende: § 21 Rn. 36

– gesetzlicher: § 21 Rn. 4 ff.

– gleicher: § 21 Rn. 11

– Locusprinzip: § 21 Rn. 7

– Prinzip der festen Rangordnung: § 21

Rn. 36; § 30 Rn. 1, 6

– Prinzip der gleitenden Rangordnung:

§ 15 Rn. 16; § 21 Rn. 36; § 30 Rn. 1

– Prioritätsprinzip: § 21 Rn. 1, 7

– Rangordnung: § 21 Rn. 2, 29

– Rangprivilegien: § 15 Rn. 18; § 21 Rn. 14

– Rangstelle: § 21 Rn. 29

– Rangvereinbarung: § 21 Rn. 16 ff.

– Rangvorbehalt: § 21 Rn. 29 ff.

– relativer: § 15 Rn. 15 ff.; § 20 Rn. 62;

§ **21 Rn. 10, 15**; 30 ff.

– vertraglicher: § 21 Rn. 16 ff.

Rangtausch: § 21 Rn. 21 ff.

Rangvorbehalt: § 21 Rn. 29 ff.

– Beendigung: § 21 Rn. 35

– Entstehung und Ausübung: § 21 Rn. 31 ff.

– Zwischenrente: § 21 Rn. 25 f., 35;

§ 22 Rn. 31

Realfolium: § 19 Rn. 13

Realkredit: § 26 Rn. 2

Reallast: § 20 Rn. 3 f., 31, 42, 86, 89; § **25**

Rn. 33 ff.

– Ablösung: § 25 Rn. 38

– Abtretung: § 25 Rn. 37

– Beendigung: § 25 Rn. 38

– Begriff: § 25 Rn. 33 ff.

– Bestellung: § 25 Rn. 36 f.

– Geldrente: § 25 Rn. 34

– Inhalt: § 25 Rn. 33 ff.

– Rückstände: § 25 Rn. 34, 37

– Schutz: § 25 Rn. 38

– Sicherungsreallast: § 25 Rn. 36

– Stamm- und Mutterrecht: § 25 Rn. 35

– subjektiv-dingliche Reallast: § 25 Rn. 36

– subjektiv-persönliche Reallast:

§ 25 Rn. 36

– Vererblichkeit: § 25 Rn. 37

– wiederkehrende Leistungen: § 25 Rn. 34

– Wohnungsreallast: § 25 Rn. 110

Recht

– am eingerichteten und ausgeübten

Gewerbebetrieb: § 23 Rn. 110

– an eigener Sache: § 1 Rn. 11; § 20 Rn. 26

– an herrenlosen Sachen: § 1 Rn. 12

– an Rechten: § 1 Rn. 12

– an Sachen: § 1 Rn. 6

– dingliches: vgl. dingliche Rechte

– subjektiv-dingliches: § 2 Rn. 25; § 19

Rn. 12, 14; § 20 Rn. 31, 42; § 23

Rn. 16, 19; § 25 Rn. 1 ff., 34, 37; § 28

Rn. 2, 19

– verdinglichtes: § **13 Rn. 8, 19 ff.**;

§ 17 Rn. 8

– zum Besitz: § 3 Rn. 1 ff., 5 ff.; § 12

Rn. 11, 16, 81; § 17 Rn. 10, 12, 26 ff.;

§ 20 Rn. 86

Rechtsbesitz: § 1 Rn. 13 ff.; § 7; § 20 Rn. 86

Rechtsboden: § **22 Rn. 8**; § 27 Rn. 5

Rechtsfortwirkungsanspruch: § 11 Rn. 32

Rechtsfrüchte: § 2 Rn. 52 ff.

Rechtsgesamtheiten: § 2 Rn. 10 f.;

§ 10 Rn. 4

Rechtsgeschäft: vgl. dingliches Rechtsgeschäft

Rechtshängigkeit

– der Herausgabeklage: § 12 Rn. 22

Rechtsmissbrauch: § 20 Rn. 85 (Ersitzung)

Rechtsnachfolger: § 22 Rn. 25; § **23 Rn. 11,**

21, 51, **91**, 93, 94

Rechtspfleger: § 19 Rn. 2

Rechtsschein: § 10 Rn. 12, 15, 22 f., 29; § 21

Rn. 7 f.

Regress (Gesamthypothek): § 31 Rn. 15

rei vindicatio: § 13 Rn. 2;

s. Herausgabeananspruch

Rektapapier: § 9 Rn. 53; § 10 Rn. 4

relative Unwirksamkeit: § 1 Rn. 32; § 16

Rn. 7; § 20 Rn. 29; § 22 Rn. 18 ff.;

§ 30 Rn. 8

Rechtsnachfolge: § 12 Rn. 18

relative Verfügungsbeschränkung: § 1

Rn. 30 ff.; § 20 Rn. 24, 62

relatives Eigentum: § **1 Rn. 15, 32 f.**; § 13

Rn. 2, 10, 15

Rente

- zur Abgeltung eines Überbaus: § 2 Rn. 25, 54; § 20 Rn. 90; § 21 Rn. 14; § 23 Rn. 16; § 28 Rn. 19

- für die Duldung eines Notwegs: § 20 Rn. 90; § 23 Rn. 20; § 28 Rn. 19

Rentenschuld: § 25 Rn. 34, 38; § 26 Rn. 9; § 33 Rn. 35

Repräsentationstheorie: § 9 Rn. 59

res communes omnium: § 2 Rn. 12 f.

res divini iuris: § 2 Rn. 12 f.

res extra commercium: § 2 Rn. 12 f.

res publicae: § 2 Rn. 12 f., 17 f.

res sacrae: § 2 Rn. 19

Restitutionsgesetze: § 12 Rn. 97 ff.

Rettungslohn: § 11 Fn. 162

Richtigstellung des Grundbuchs: § 20 Rn. 44

Rötung: § 19 Rn. 51

Rückerwerb des Nichtberechtigten: § 10

Rn. 39; § 20 Rn. 70

Rückgewähranspruch: § 33 Rn. 8, 9, 24

Sachen, Begriff: § 1 Rn. 5

- besitzlose: § 9 Rn. 27; § 10 Rn. 23

- beschränkt verkehrsfähige: § 2 Rn. 14, 17 ff.

- bewegliche: § 2 Rn. 41

- einfache: § 2 Rn. 5 ff.

- einheitliche: § 2 Rn. 22

- feste: § 2 Rn. 9

- Gesamtsache: § 2 Rn. 10

- herrenlose: vgl. dort

- Individualsachen: § 2 Rn. 8

- körperliche: § 1 Rn. 5; § 2 Rn. 1 ff.

- Mengensachen: § 2 Rn. 9

- menschlicher Körper: § 2 Rn. 14

- öffentliche: § 2 Rn. 17

- *res extra commercium*: § 2 Rn. 12

- *res sacrae*: § 2 Rn. 18

- Sachgesamtheiten: § 2 Rn. 11; § 9 Rn. 19; § 10 Rn. 4

- Strukturen: § 2 Rn. 4 ff.

- unkörperliche: § 1 Rn. 5

- zusammengesetzte: § 2 Rn. 10, 24

Sachfrüchte: § 2 Rn. 52 ff.

Sachgesamtheit: § 2 Rn. 10

- Übereignung: § 9 Rn. 19

Sachherrschaft: § 2 Rn. 18; § 4 Rn. 1 ff.,

11 ff., 19 ff., 31 ff.; § 6 Rn. 1, 2, 3 f., 15 ff.; § 10 Rn. 15

Sachstrukturen: § 2 Rn. 4 ff.

Sachübergabe: § 9 Rn. 5 ff.

Sammeldepot: § 9 Rn. 56 f.; § 10 Rn. 30

Sammelurkunde: § 9 Rn. 57 f.

Schaden

- Abgrenzung zur Eigentumsbeeinträchtigung: § 12 Rn. 84

- durch Beeinträchtigung des Besitzes: § 23 Rn. 117

Schadensersatzansprüche: § 12 Rn. 15, 20, 25 ff.

Schadensreparaturen

- als Erhaltungsmaßnahmen: § 12 Rn. 56 f.

- bei Nießbrauch: § 14 Rn. 4 ff.

Schatz: § 11 Rn. 80 ff., Fn. 174

- Entdecker: § 11 Rn. 79 f., 82 f.

- Entschädigung: § 11 Rn. 86

Schatzregal: § 11 Rn. 86

Scheck: § 9 Rn. 55; § 10 Rn. 28

Scheinbestandteil: § 2 Rn. 39 f.; § 11 Rn. 14; § 23 Rn. 15

Schiff, Übereignung: § 9 Rn. 61 ff.;

§ 10 Rn. 31

Schiffsregister: § 9 Rn. 62; § 10 Rn. 31; § 11 Rn. 2

Schriftform

- bei Grundschuldübertragung: § 32 Rn. 8

- bei Hypothekenübertragung: § 27 Rn. 13 ff.

Schuldübernahme: § 22 Rn. 30

Sekunde, juristische: § 9 Rn. 43 f.; § 15 Rn. 55; § 17 Rn. 23

Selbsthilferecht: § 5 Rn. 10; § 11 Rn. 61; § 23 Rn. 47

Servitut: § 25 Rn. 2

Sicherungsabrede, s. Sicherungsvertrag

Sicherungsdienstbarkeit: § 25 Rn. 10 f.

Sicherungseigentum: § 17 Rn. 33; § 18

- Absonderung: § 18 Rn. 11 Fn. 47; vgl. Insolvenz

- Aussonderung: § 18 Rn. 11 Fn. 47; vgl. Insolvenz

- Bestellung: § 10 Rn. 9; § 18 Rn. 4 ff.

- Bestimmtheit: § 9 Rn. 19

- Eigenbesitz: § 18 Rn. 9 ff.

- erweitertes: § 18 Rn. 14 f.

- Inhalt: § 18 Rn. 9 ff.

- an Sachgesamtheiten: § 9 Rn. 19

- Sicherungsvertrag: § 18 Rn. 6

- Verfallsklausel: § 18 Rn. 13

- Verfügungen: § 18 Rn. 10

- und Vermieterpfandrecht § 15 Rn. 55

- verlängertes: § 18 Rn. 14 f.

- Verwertung: § 18 Rn. 13

- Zulässigkeit: § 18 Rn. 2

Sicherungsglobalzession: § 17 Rn. 31

Sicherungsgrundschuld: § 26 Rn. 16; § **33**

Rn. 1 ff.

- Abtretung: § 32 Rn. 8; § **33 Rn. 12 ff.**
- Akzessorietätsersatz: § 33 Rn. 5
- Bestellung: § 32 Rn. 5; § **33 Rn. 2**
- „dingliche“ Einreden: § 32 Rn. 10
- *dolo-agit*-Einrede: § 33 Rn. 10, 14
- Einreden: § **33 Rn. 6, 12 ff.**
- Eintragungsfähigkeit: § 33 Rn. 3
- gutgläubiger einredefreier Erwerb: § 33 Rn. 13 f.
- Kündigung: § 32 Rn. 16; § **33 Rn. 22**
- Rückgewähranspruch: § **33 Rn. 8, 9, 24**
- Sicherungsvertrag: § **33 Rn. 4 ff.**
- Sittenwidrigkeit: § 33 Rn. 11
- Tilgung: § **33 Rn. 16 ff.**
- Übertragung: s. Abtretung
- Verwertung: § 33 Rn. 21 ff.
- Zahlung „auf die Forderung“/„auf die Grundschuld“: § **33 Rn. 17 f.**
- Zins: § **33 Rn. 2, 22**
- Zweckerklärung, s. Sicherungsvertrag

Sicherungshypothek: § 26 Rn. 14; § 31 Rn. 1 ff.

Sicherungszeession: § 16 Rn. 22

Sicherungsvertrag: § **33 Rn. 4 ff.**

Sittenwidrigkeit dinglicher Rechtsgeschäfte: § 1 Rn. 27

Software: § 2 Rn. 3

Sondereigentum: § 24 Rn. 13, 15, 17

Sondernutzungsrecht: § 24 Rn. 18

Sonderverwahrung: § 9 Rn. 56

Sozialbindung des Eigentums: § 8 Rn. 2

Spezialitätsprinzip: § 1 Rn. 14, 24; § 2 Rn. 50; § 20 Rn. 43; § 25 Rn. 6

Spolienklage: § 6 Rn. 1

Stadtsiegel-Fall, hamburgischer: § 2 Rn. 18 Fn. 28

Stellvertretung: § 4 Rn. 26 ff.; § 6 Rn. 9; § 9 Rn. 45 ff.

- im Besitz: § 4 Rn. 26 ff.
- beim Eigentumserwerb: § **9 Rn. 36 ff.**; § 10 Rn. 5
- Zwischenerwerb: § 9 Rn. 38

Stockwerkseigentum: § 2 Rn. 35; § **24 Fn. 14**

Stoffwert, bei Verarbeitung: § 11 Rn. 23, Fn. 54

Störer

- Eigentumstheorie: § 23 Rn. 87
- Handlungsstörer: § 5 Rn. 16; § **23 Rn. 76 ff.**
- Polizeirecht: § 23 Rn. 96
- Usurpationstheorie: § 23 Rn. 89
- Zustandsstörer: § 5 Rn. 16; § **23 Rn. 85 ff.**

Streifbanddepot: § 9 Rn. 56

subjektiv-dingliche Rechte: § 2 Rn. 25; § 19 Rn. 12, 14; § 20 Rn. 31, 41; § 23 Rn. 16, 19; § 25 Rn. 1 ff., 34, 37; § 28 Rn. 2, 19

subjektiv-persönliches Recht

- Vorkaufsrecht: § 25 Rn. 37

Substantialprinzip: § 11 Rn. 35

superficies solo cedit: § 2 Rn. 35

Surrogationsprinzip: § 16 Rn. 23; § 21 Rn. 13

System des Sachenrechts: § 1 Rn. 1

Tabularersitzung: § 20 Rn. 84 ff.

TA Lärm: § 23 Rn. 27

TA Luft: § 23 Rn. 27

Teich: § 2 Rn. 3, 35; § 5 Rn. 16; § 11 Rn. 58; § 23 Rn. 87

Teilbesitz: § 4 Rn. 7

Teileigentum: § 24 Rn. 13

Teilleistungen auf eine Hypothek

- Teilhypothekenbrief: § 27 Rn. 21
- Teilung der Hypothek: § 27 Rn. 21
- Übergang der Hypothek: § 27 Rn. 43 ff.

Tiere: § 2 Rn. 6

- wilde: § 11 Rn. 57 ff.

Tilgungshypothek: § 26 Rn. 4 ff.

titulus-modus-Lehre: § **1 Rn. 26**; § 9 Rn. 1; § 13 Rn. 3

Totensorgerecht: § 2 Rn. 15 f.

traditio ad incertam personam: § 9 Rn. 45

Traditionspapiere: § 9 Rn. 59 ff.; § 10 Rn. 28

Traditionsprinzip: § 9 Rn. 1

Transplantation: § 2 Rn. 16

Traufrecht: § 23 Rn. 60

Trennung von Bestandteilen

- Rechtsfolgen: § 11 Rn. 35 ff.

Trennung als Fruchtziehung: § 11 Rn. 35 ff.

Trennungsprinzip: § 1 Rn. 26; § 9 Rn. 1

Treu und Glauben im Sachenrecht: § 1 Rn. 4

Treuhand (Sicherungsübereignung): § 18 Rn. 1

Typenzwang: § 1 Rn. 18

Überbau: § **23 Rn. 10 ff.**; § 25 Rn. 16

- Eigengrenzüberbau: § 23 Rn. 17
- entschuldigter: § 23 Rn. 13 ff.
- Hilfspersonen: § 23 Rn. 18
- unentschuldigter: § 23 Rn. 12

Überbaurente: § 20 Rn. 89; § 23 Rn. 16

Übereignung vgl. Eigentumsübertragung

Überfall: § 23 Rn. 48

Übergabe: § 1 Rn. 23; § 9 Rn. 5 ff.

- des Mitbesitzes: § 9 Rn. 8

Überhang: § 23 Rn. 47
 Übermaßfrüchte: § **12 Rn. 48**; § 14 Rn. 4
 Übersicherung § **18 Rn. 7 f.**; § 33 Fn. 3
 Übertragungstheorie: § 11 Rn. 44
 Umbildung: § 11 Rn. 21 ff.
 Umdeutung vgl. Konversion
 Umwandlung eines Rechts: § 20 Rn. 38 ff.
 unentgeltlicher Besitzer: § 12 Rn. 38, 42, 47
 Unentgeltlichkeit des Erwerbs: § 12
 Rn. 43 f., 50
 unmittelbarer Besitz: vgl. Besitz,
 unmittelbarer
 Unterbrechung der Ersitzung: § 11 Rn. 6
 Unterlassungsanspruch: § 23 Rn. 104
 – öffentlich-rechtlicher: § 23 Rn. 115
 – vorbeugender: § 23 Rn. 46
 Unternehmen: Übertragung, Verpfändung:
 § 1 Rn. 5
 Unternehmerpfandrecht: § 15 Rn. 58 ff.
 Untersuchungspflicht (Grundbuchbeamter):
 § 19 Rn. 50
 unwesentlicher Bestandteil: s. nicht
 wesentlicher Bestandteil
 Unzumutbarkeit: § 23 Rn. 12, 106
 Urheberrecht: § 10 Rn. 4
 Usurpationstheorie: § 23 Rn. 89

vacua possessio: § 4 Rn. 15
 Verarbeitung: § 10 Rn. 35; § **11 Rn. 21 ff.**,
 28 ff.; vgl. Hersteller
 Verarbeitungsklausel: § **11 Rn. 25 f.**;
 § 17 Rn. 26
 Veräußerungsverbot
 – durch Beschlagnahme: § 28 Rn. 9
 Verbindung: § 10 Rn. 35; § 11 Rn. 14 f., 16 ff.,
 24, 28 ff.
 verbotene Eigenmacht: § 3 Rn. 7; § **5**
 Rn. 2 ff., 7 ff., 13 ff.; § 6 Rn. 15 ff.;
 § 12 Rn. 38
 – Einwilligung: § 5 Rn. 3
 – Rechtfertigungsgrund: § 5 Rn. 4
 Verderb, drohender, beim Fund: § 11 Rn. 69
 – der Pfandsache: § 15 Rn. 23
 verdinglichte Rechte: § 1 Rn. 18; § **13 Rn. 8,**
 19 ff.; § 17 Rn. 8
 Verdinglichung
 – des Mietrechts: § **12 Rn. 12**; § **13 Rn. 7**;
 § 20 Rn. 17 Fn. 38, Rn. 62; § **22**
 Rn. 25; § 23 Rn. 70, 117; § 25 Rn. 30
 – eines Rechts: § **13 Rn. 7**
 Vereinigung
 – von Grundstücken: § 20 Rn. 1, 39
 Verfallsklausel: § 15 Rn. 31; § 18 Rn. 13;
 § 29 Rn. 11

Verfügung: § **1 Rn. 19**; § 2 Rn. 41;
 § 20 Rn. 63
 – Begriff: § **1 Rn. 19**; § **20 Rn. 63**, Fn. 163
 – Beschränkung: § 20 Rn. 24, 47;
 § 21 Rn. 3
 – relative Beschränkung: § 20 Rn. 62
 Verfügungsbefugnis/Verfügmacht: § **1**
 Rn. 19, 22 f., **30 ff.**; § **9 Rn. 5 ff.**,
 31 ff.; § 10 Rn. 5, 27; § 11 Rn. 44, 48,
 55; § 16 Rn. 14; § 20 Rn. 23 f.;
 § 22 Rn. 6
 – Zeitpunkt: § 1 Rn. 23
 Verfügungsverbote: § 1 Rn. 30 ff.; § 9 Rn. 31;
 § 20 Rn. 24; § 22 Rn. 12, 18, 22
 – absolute: § 1 Rn. 31
 – behördliche: § 1 Rn. 32
 – gerichtliche: § 1 Rn. 32
 – guter Glaube: § 1 Rn. 32
 – rechtsgeschäftliche: § 1 Rn. 30
 – relative: § 1 Rn. 32
 – Umgehung: § 1 Rn. 30
 Verjährung: § 1 Rn. 4
 – des § 951: § 11 Rn. 32
 – der Ansprüche aus Grundstücksrechten:
 § 20 Rn. 89 f.
 – des Anspruchs aus § 1004: § 20 Rn. 89;
 § 23 Rn. 109
 – des Anspruchs aus § 1007: § 13 Fn. 18
 – des Berichtigungsanspruchs: § 20 Rn. 50
 – bei der Grunddienstbarkeit: § 25 Rn. 18
 – des Heimfallanspruchs: § 24 Rn. 12
 – im Nachbarrecht: § 23 Rn. 53
 – der Vindikation: § 1 Rn. 4; § **11 Rn. 12,**
 15; § **12 Rn. 16, 18, 102 ff.**; § **20**
 Rn. 50, 89
 Verkehrsfund: § 11 Rn. 76 ff.
 Verkehrsgeschäft: § 10 Rn. 3; § 20 Rn. 56
 Verkehrshypothek: § 26 Rn. 14
 verlängerter Eigentumsvorbehalt: § 17
 Rn. 28 ff.
 – und Globalzession: § 17 Rn. 31
 Verlieren: vgl. Fund
 – und Sicherungseigentum: § 15 Rn. 55
 Vermengung: § 11 Rn. 19 ff.
 Vermieter: § 6 Rn. 3
 Vermieterpfandrecht:
 – gutgläubiger Erwerb: § 15 Rn. 58 f.
 – und Anwartschaftsrecht des
 Vorbehaltskäufers: § 17 Rn. 23
 – und Sicherungsübereignung: § 15 Rn. 55
 Vermischung: § 10 Rn. 35; § 11 Rn. 19 f.,
 24, 29 ff.
 Vermögen: Übertragung, Verpfändung:
 § 1 Rn. 5

- Verpfändung: § 15 Rn. 8
 Verpflichtungsgeschäft: § 1 Rn. 26;
 § 2 Rn. 41
 Versetzung: § **20 Rn. 90**; § 25 Rn. 30, 38
 Versorgungsleitungen: § **2** Rn. 35, **39 f.**; § 23
 Rn. 8; § 24 Rn. 17; § 25 Rn. 4
 Versteigerung, öffentliche: § 10 Rn. 35, 38;
 § 15 Rn. 36 ff.
 – Erlös: § 11 Rn. 70, 74, 79
 Verstrickung: § 15 Rn. 61
 Vertiefung eines Grundstücks: § 23 Rn. 46
 Vertrag zugunsten Dritter: § 1 Rn. 22;
 § 22 Rn. 4
 Vertragsprinzip: § 1 Rn. 26; § 9 Rn. 1
 Vertreter: vgl. Stellvertretung
 Verwendungen: § 11 Rn. 32 f.; § **12 Rn. 55 ff.**;
 § 22 Rn. 26
 – Ersatzansprüche: § 12 Rn. 55 ff.
 – des Fremdbesitzers: § 12 Rn. 54
 – Luxusverwendungen: § 12 Rn. 59
 – notwendige: § 12 Rn. 57, 60, 65
 – nützliche: § 12 Rn. 58, 61 ff.
 Verwertung eines Grundstückes: § 21 Rn. 10
 Verwertungsrechte: § 1 Rn. 10
 – an Grundstücken: § 26 Rn. 2
 – aus Pfandrecht: § 15 Rn. 29–44
 – aus Zurückbehaltungsrecht: § 12 Rn. 78 ff
 Verwirkung
 – des Berichtigungsanspruchs: § 20 Rn. 50
 – des Herausgabeanspruchs: § **1 Rn. 4**;
 § 12 Rn. 106
 – des Anspruchs aus § 1004: § 23 Rn. 109
 Verzicht
 – auf Grundstücksrechte: § 20 Rn. 27 ff.;
 § 30 Rn. 1
 – auf die Hypothek: § 30 Rn. 1
 – auf den Nießbrauch: § 14 Rn. 10;
 § 16 Rn. 8
 – auf das Pfandrecht: § 15 Rn. 50 ff.;
 § 16 Rn. 21
 – auf subjektiv-dingliche Rechte:
 § 20 Rn. 31
 Verzug im Sachenrecht: § 1 Rn. 4
 Vindikation: § 9 Rn. 26; § **12**; vgl.
 Herausgabeanspruch; Eigentümer-
 Besitzer-Verhältnis; Verjährung
 – Abtretung: § 9 Rn. 26; § 12 Rn. 5 ff.
 – Fristsetzung: § 12 Rn. 9
 – Nebenpflichtverletzung: § 12 Rn. 9
 – Pfändung: § 12 Rn. 9
 – Verpfändung: § 12 Rn. 9
 – Wertvindikation: § 12 Rn. 8
 Vorbehaltskauf: § 17; vgl.
 Anwartschaftsrecht
 Vorenthaltungsschaden: § **12 Rn. 30**, 32 f., 35
 Vorkaufsrecht: § 20 Rn. 3, 31, 86; § **25**
 Rn. 39 ff.
 – Arten: § 25 Rn. 40
 – Begriff: § 25 Rn. 39 ff.
 – Erlöschen: § 25 Rn. 45
 – Inhalt: § 25 Rn. 39 ff.
 – Schutz: § 25 Rn. 41 ff.
 – Übertragung: § 25 Rn. 40
 – Vererblichkeit: § 25 Rn. 40
 – Vormerkungswirkung: § 25 Rn. 42 f.
 – Zubehör: § 25 Rn. 40
 Vormerkung: § 20 Rn. 24, 29, 82; § 21
 Rn. 2, 7; § **22**
 – Aufhebung: § 22 Rn. 30 ff.
 – Auflassungsvormerkung: § 22 Rn. 4 ff.
 – Bedeutung: § 22 Rn. 1 ff.
 – Eintragung von Amts wegen: § 22 Rn. 14
 – Entstehung: § 22 Rn. 11 ff.
 – Erlöschen: § 22 Rn. 30 ff.
 – Forderung, gesicherte: § 22 Rn. 4 ff.
 – Forderung, künftige: § 22 Rn. 8
 – gutgläubiger Erwerb: § 22 Rn. 3, 15,
 17, 28 ff.
 – Insolvenz: § 22 Rn. 24
 – Konsolidation: § 22 Rn. 31 f.
 – Löschungsvormerkung: § 22 Rn. 6; § 30
 Rn. 4 f.
 – Rechtsnatur: § 22 Rn. 3
 – relative Unwirksamkeit: § 22 Rn. 18 f.
 – Übertragung: § 22 Rn. 16 f.
 – Vertrag zugunsten Dritter: § 22 Rn. 4
 – Verzicht: § 22 Rn. 30
 – Widerspruch: vgl. dort
 – Wiederverwendung/„Wiederaufladen“:
 § 20 Rn. 22
 – Wirkungen: § 22 Rn. 18 ff.
 – Zweiterwerb: § 22 Rn. 16 f.
 – Zwischenrechte: vgl. dort
 Warenlager: § 2 Rn. 11; § 9 Rn. 19; § 15
 Rn. 55; § 18 Rn. 14
 Wasserleitungen: § 23 Rn. 58
 Wechsel: § 9 Rn. 55
 Wegnahmerecht: § 11 Rn. 33 f.; § 12 Rn. 79 ff.
 – Aneignungsberechtigter: § 12 Rn. 80
 – Ausschluss: § 12 Rn. 82
 – Schutz: § 12 Rn. 81
 – Voraussetzungen und Entstehung:
 § 12 Rn. 80
 – Wegnahmerecht als Bestandteil des
 Aneignungsrechts: § 12 Rn. 81
 – Wesen: § 12 Rn. 81
 – Wirkung: § 12 Rn. 81

- Werkunternehmerpfandrecht: § 15 Rn. 59
 Wertpapier: § 9 Rn. 52 ff.; § 10 Rn. 29 f.
 Wertpapierhypothek: § 31 Rn. 6 ff.
 Wertpapiersammelbank: § 9 Rn. 58
 Wertrecht: § 9 Rn. 58; § 10 Rn. 30
 Wertsteigerung: § 11 Rn. 22 f., 29
 Wertvindikation: § 12 Rn. 8
 wesentlicher Bestandteil: § 2 Rn. 10, **30–38**
 Wettbewerbsverbot: § **25 Rn. 10 ff.**
 Widerspruch: § **20 Rn. 26, 60, 72 ff.**, 84 ff.,
 Fn. 205; § 21 Rn. 3; § 22 Rn. 1
 Widerspruchslösung (Organtransplantation):
 § 2 Rn. 16
 Widmung: § 2 Rn. 18
 Wohn(ungs)recht: § 20 Rn. 86; § **25 Rn. 31**
 Wohnungseigentum: § 2 Rn. 35; § **24**
 Rn. 13 ff.
 – Abgeschlossenheit: § 24 Rn. 15, Fn. 16
 – Aufhebung: § 24 Rn. 23
 – Aufteilungsplan: § 24 Rn. 15
 – Belastung: § 24 Rn. 22
 – Eigentumsaufgabe: § 24 Rn. 23
 – Entstehung: § 24 Rn. 14 ff.
 – Gemeinschaftseigentum: § 24 Rn. 13, 17
 – Haftung: § 24 Rn. 21
 – Inhalt: § 24 Rn. 17 f.
 – Rechtsfähigkeit der
 Wohnungseigentümergeinschaft:
 § 24 Rn. 18
 – Schutz: § 24 Rn. 20
 – Sondereigentum: § 24 Rn. 13, 15, 17
 – Sondernutzungsrecht: § 24 Rn. 18
 – Teileigentum: § 24 Rn. 13
 – Übertragung: § 24 Rn. 22
 – Verwalter: § 24 Rn. 19
 – Vorratsteilung: § 8 Rn. 14; § 24 Rn. 16
 – Wiederaufbau: § 24 Rn. 18
 – Wohnungseigentümergeinschaft:
 § 24 Rn. 18
 – Wohnungseigentümersammlung:
 § 24 Rn. 18
 – Wohnungsgrundbuch: § 24 Rn. 15 f.
 Wohnungserbbaurecht: § 24 Rn. 13
 Wohnungsgrundbuch: § 24 Rn. 15 f.
 Wohnungsreallast: § 25 Fn. 110
 Wurzeln, eingedrungene: § 23 Rn. 47
 Zubehör: § 2 Rn. 22, 42 ff.; § 23 Rn. 64
 – Haftung: § 28 Rn. 4
 – Zweckbestimmung: § 2 Rn. 43
 „Zuckerfall“: § 6 Rn. 14
 Zugriffsrecht des dinglich Berechtigten: § 1
 Rn. 7, 9
 Zulassungsbescheinigung Teil 2: s.
 Kraftfahrzeugbrief
 Zuordnungsfunktion dinglicher Rechte: § 1
 Rn. 8, 12
 Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen:
 § 12 Rn. 69 ff.; bei
 Grundbuchberichtigungsanspruch:
 § 20 Rn. 49
 Zusammenschreibung von Grundstücken:
 § 19 Rn. 13
 Zuschreibung eines Grundstücks:
 § 20 Rn. 40
 Zustandsstörer: § 5 Rn. 16;
 § **23 Rn. 76, 85 ff.**
 Zustimmung: § 9 Rn. 32 f.
 Zustimmungslösung (Organtransplantation):
 § 2 Rn. 16
 Zwangshypothek: § 27 Rn. 10; § 29 Fn. 19;
 § 31 Rn. 1, 9
 Zwangsversteigerung: § 21 Rn. 1; § 29
 Rn. 13 ff.
 Zwangsverwaltung: § 29 Rn. 16
 Zwangsvollstreckung: § 10 Rn. 2; § 22 Rn. 24;
 § 29 Rn. 11 f.
 Zweige, überhängende: § 23 Rn. 47
 Zweiterwerb, gutgläubiger: § 15 Rn. 47; § 17
 Rn. 19 ff.; § 20 Rn. 62; § 22 Rn. 16 f.;
 § 27 Rn. 22 ff.; § 32 Rn. 9 ff.
 Zwischenrechte: § 21 Rn. 24 ff., 34;
 § 22 Rn. 31
 Zwischenverfügung: § 19 Rn. 50