

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 277

Die Auflassungsvormerkung

**Eine Fiktion
der bedingten Verfügung im
Immobiliarsachenrecht**

**Von
Jürgen Stamm**



Duncker & Humblot · Berlin

Jürgen Stamm · Die Aufassungsvormerkung

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 277

Die Auflassungsvormerkung

Eine Fiktion
der bedingten Verfügung im
Immobiliarsachenrecht

Von

Dr. Jürgen Stamm



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 3-428-10420-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	15
	I. Problemstellung und Zielsetzung	15
	II. Gang der Untersuchung	15
§ 2	Die Ausgangslage und die Zielsetzung der Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei Schaffung der Vormerkung	17
	I. Das Ausgangsproblem: Die sachgerechte Abwicklung eines Grund- stückskaufvertrages durch die wechselseitige Gewährleistung der Zug-um-Zug-Einrede	18
	II. Die Frage nach der Schutzbedürftigkeit des Käufers vor unberech- tigten Zwischenverfügungen des Verkäufers	19
	III. Die Vorteile einer frühzeitigen Grundbucheintragung des Käufers ..	20
	IV. Vergleich mit dem Eigentumsvorbehalt im Mobiliarsachenrecht und Erweiterung des Blickwinkels auf die Bedingungslehre	22
	V. Die Parallele zwischen dem Schutz des Vorbehaltskäufers und des Vormerkungsberechtigten vor Zwischenverfügungen des Käufers ..	23
	VI. Die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung gemäß § 925 Abs. 2: Die Fragwürdigkeit der ratio legis vor dem Hintergrund der Auflass- ungsvormerkung	23
	VII. Das halbherzige Gesetzgebungsverfahren bei der nachträglichen Einfügung der Vormerkung in den zweiten Entwurf des BGB anstelle eines Verzichts auf die Regelung des § 925 Abs. 2	26
	VIII. Lösungsansatz: Rückbesinnung auf die anfänglichen Vorstellungen des Gesetzgebers von der Gleichstellung der Vormerkung mit dem bedingten Vollrecht	29
§ 3	Der Torso der vom Bürgerlichen Gesetzbuch vorgesehenen Lösung im Detail	31
	I. § 883 Abs. 1 S. 1: Die Eintragungsfähigkeit eines schuldrechtli- chen Anspruchs im Grundbuch im Widerstreit zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip	31
	II. Die Fragwürdigkeit eines sog. akzessorischen Sicherungsrechts zur Erfüllung eines primären Leistungsanspruchs	32
	III. Bedingungsfreundlichkeit der Vormerkung gemäß § 883 Abs. 1 S. 2 versus Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung gemäß § 925 Abs. 2	33
	IV. § 883 Abs. 2 S. 1: Durchbrechung des Abstraktionsprinzips durch Rückkopplung der dinglichen Verfügung an die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Anspruchs	34

V.	Die rangwahrende Wirkung der Vormerkung gemäß § 883 Abs. 3: Durchbrechung des Prioritätsprinzips	35
VI.	§ 885: Die Wesensverwandtschaft von Vormerkung und Widerspruch gemäß § 899	36
	1. Die gesetzgeberischen Bezüge der Vormerkung zum Widerspruch	36
	2. Sinn und Zweck des Widerspruchs gemäß § 899	37
	3. Erklärung für die vereinfachten Eintragungsvoraussetzungen des Widerspruchs	37
	a) Der Bezug des Widerspruchs zur formellen Grundbuchbewilligung gemäß § 19 GBO	38
	b) Der Bezug zur einstweiligen Verfügung: Der Widerspruch als typisierte Sicherungsmaßnahme des Gerichts im Falle der Fehlerhaftigkeit des Grundbuchs	38
	4. Der wesentliche Unterschied der Vormerkung zum Widerspruch: Das Fehlen einer dinglichen Berechtigung des Betroffenen und die Bezugnahme auf den schuldrechtlichen status quo ..	39
	5. Das eigentliche Dilemma der Vormerkung: Der Wertungswiderspruch zwischen den vereinfachten Eintragungsvoraussetzungen und den dinglichen Rechtswirkungen	40
VII.	Die Parallelen und Unterschiede zwischen dem Anspruch des Vormerkungsberechtigten aus § 888 und dem Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894	41
VIII.	Ergebnis: Vormerkung als Fremdkörper im Bürgerlichen Gesetzbuch	43
§ 4	Lösungsvorschläge	44
I.	Zulassung der bedingten Auflassung im Wege einer teleologischen Reduktion des § 925 Abs. 2	44
	1. Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion des § 925 Abs. 2	45
	2. Das bereits bestehende Wahlrecht zwischen bedingter Einigung oder Bestellung einer Vormerkung im Rahmen der beschränkt dinglichen Immobiliarsachenrechte	47
	3. Die Lösung über die bedingte Auflassung	48
	a) Schutz des Käufers vor Zwischenverfügungen des Verkäufers durch Rückgriff auf die allgemeine Bedingungslehre gemäß § 161	48
	b) Vermeidung der bei der Vormerkung auftretenden dogmatischen Verwerfungen	50
	c) Vergleich der mit der bedingten Auflassung verbundenen Risiken für den Rechtsverkehr mit den Unsicherheiten bei der Vormerkung	50
	d) Möglichkeit zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten über die Eigentümerstellung durch Erstreckung des Eintragungserfordernisses auf den Bedingungseintritt	51

II.	Interpretation der Vormerkung als Fiktion des bedingten Vollrechts analog § 883 Abs. 3	52
1.	Die Regelung des § 883 Abs. 3 als deutlichster Anknüpfungspunkt für das Verständnis der Vormerkung als Fiktion des bedingten Vollrechts	52
2.	Das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke im Rahmen der Voraussetzungen für den Ersterwerb der Vormerkung	53
3.	Die bestehenden gesetzlichen Lücken im Bereich der Rechtsfolgen der Vormerkung	53
4.	Vergleichbarkeit der Interessenlage	54
III.	Möglichkeit der dynamischen Umstellung von der Vormerkung zu der bedingten Auflassung durch das vorliegende zweigliedrige Lösungsmodell	55
IV.	Überlegungen de lege ferenda: Plädoyer für eine Streichung des § 925 Abs. 2 und einen Verzicht auf das Institut der Vormerkung ..	56
§ 5	Die Interpretation der Vormerkung als Fiktion der bedingten Verfügung und die Auswirkungen für das Verständnis der gesetzlichen Bestimmungen zur Vormerkung	58
I.	Die Eintragung des schuldrechtlichen Anspruchs im Grundbuch als Ausdruck der Bedingungskomponente der fingierten Auflassung ..	58
II.	Die vereinfachten Eintragungsvoraussetzungen als Ausdruck der bloßen Fiktionswirkung der Vormerkung	59
1.	Die Einstufung des § 885 als formelles Grundbuchrecht und die Wesensverwandtschaft zu § 19 GBO	60
2.	Die Nähe der Vormerkung zum Widerspruch bei Annahme einer fingierten Auflassung	60
III.	Die abweichend von § 161 Abs. 1 und 2 geregelte relative Unwirksamkeit gemäß § 883 Abs. 2 als Zugeständnis der bloßen Fiktionswirkung des bedingten Rechts	61
IV.	Die Nähe des § 883 Abs. 2 zu § 883 Abs. 3 und ihre Rückbeziehung auf die allgemeine Bedingungslehre	62
V.	Die verbleibende Eigenart des § 883 Abs. 3: Die von § 159 abweichende dingliche Rückwirkung	63
VI.	Bedingungsausfall gemäß den §§ 886, 887 und die Parallele zur Beendigung des Schwebezustandes im Falle der Bedingungsvereitelung gemäß § 162	64
VII.	Der Anspruch aus § 888 im Vergleich mit dem Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 vor dem Hintergrund des hier entwickelten Lösungsmodells	65
1.	Die Entbehrlichkeit des § 888 bei Zulassung der bedingten Auflassung und Rückgriff auf den Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894	65
2.	Reduzierung des § 888 als bloße Verweisungsnorm durch Abbildung auf die Struktur des § 894 anhand des Verständnisses der Vormerkung als Fiktion des bedingten Vollrechts	66

§ 6 Die Rückführung der Vormerkung in das Wertungssystem des Bürgerlichen Gesetzbuchs	68
I. Reduzierung der Durchbrechung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips auf den bekannten und anerkannten Rahmen des Eigentumsvorbehalts	68
II. Bewahrung des numerus clausus im Sachenrecht durch Rückgriff auf das dingliche Vollrecht	71
III. Aufwertung der allgemeinen Bedingungslehre über das Mobiliarsachenrecht hinaus auch im Grundstücksverkehr	71
IV. Beachtung des Prioritätsprinzips und Plädoyer für eine dingliche Rückwirkung der Bedingung entsprechend dem Meinungsspektrum im Mobiliarsachenrecht	72
§ 7 Folgerungen für die Diskussion um die Rechtsnatur der Vormerkung	73
I. Berechtigte Verwerfung einer absoluten Verfügungsbeschränkung oder einer obligatorischen Schuldübernahme durch den Gesetzgeber	73
II. Die Notwendigkeit einer Stellungnahme zu den übrigen Lösungswegen angesichts der bestehenden Gesetzeslücken	74
III. Erwerb des zu sichernden Rechts selbst durch die Vormerkung? ..	75
IV. Das Verständnis der Vormerkung als bloßer Grundbuchvermerk ohne Rechtsqualität	76
1. Die dogmatischen Vorteile bei einer Parallelwertung der Vormerkung zum Widerspruch	76
2. Der rechtspolitische Nachteil des Verständnisses der Vormerkung als bloßer Grundbuchvermerk: Einschränkung der Sicherungsfunktion der Vormerkung im Falle der Nichtberechtigung des Verkäufers	77
3. Der derzeitige Zwiespalt der Literaturstimmen zwischen dem Verständnis der Vormerkung als bloßer Grundbuchvermerk einerseits und den ihr zugeordneten dinglichen Wirkungen andererseits	78
4. Bereinigung des derzeitigen Dilemmas durch das ergänzende Verständnis der Vormerkung als Fiktion des bedingten Vollrechts	79
V. Das Verständnis der Vormerkung als Sicherungsmittel eigener Art .	81
1. Die Gefahr der Verfestigung der gesetzlichen Lückenhaftigkeit der §§ 883 ff. und die einhergehende Beliebigkeit der juristischen Lösungen bis hin zur reinen Interessenjurisprudenz	81
2. Rechtsfortbildung durch Trennung des Sicherungsmittels „eigener Art“ in das dingliche Vollrecht und ein schuldrechtsbezogenes Bedingungelement	83
3. Rückschlüsse für die Rechtsnatur der Vormerkung als „beschränkt“ dingliches Recht und als vermeintlich „wesensgleiches minus“ zum Vollrecht	84

VI.	Das Verständnis der Vormerkung als relative Verfügungsbeschränkung oder als Veräußerungsverbot und die Unterschiede zur bedingten Verfügung	85
1.	Die sich aus den gesetzlichen Bestimmungen ergebenden Bedenken gegen ein Verständnis der Vormerkung als relative Verfügungsbeschränkung oder als relatives Veräußerungsverbot ..	86
2.	Verwerfung einer teleologischen Reduktion des § 137 S. 1 im Hinblick auf die weniger einschneidenden Regelungen zur bedingten Verfügung	87
§ 8	Erörterung bekannter Probleme vor dem Hintergrund des hier entwickelten Verständnisses zur Vormerkung	89
I.	Der vormerkungsfähige Anspruch: Die sog. „gesicherte Erwerbsposition“ als Spiegelbild der hier favorisierten teleologischen Reduktion des § 925 Abs. 2	89
1.	Die von der herrschenden Meinung vorgenommene teleologische Reduktion des § 883 Abs. 1 S. 2	90
2.	Die Parallelität der Begründungsmuster zur sog. „gesicherten Erwerbsposition“ und zur teleologischen Reduktion des § 925 Abs. 2	91
3.	Die weitere Parallele zur sog. „gesicherten Erwerbsposition“ in der Anwartschaftslehre und die Möglichkeit zur Rechtsvereinheitlichung	93
II.	Die Frage nach der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung und der Streit um die gesetzliche Grundlage	94
1.	Die Inkongruenz zwischen dem Meinungsspektrum zur Rechtsnatur der Vormerkung einerseits und der uneingeschränkten Bejahung des gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung andererseits	94
2.	Stellungnahme zu der Diskussion: Das berechtigte Schweigen des Gesetzgebers angesichts der direkten Anwendbarkeit des § 892	96
III.	Der sog. Verfügungsschutz der Vormerkung	96
1.	Entbehrlichkeit der Diskussion um den sog. Verfügungsschutz der Vormerkung angesichts der Parallelen zur bedingten Verfügung über eine bewegliche Sache	97
2.	Plädoyer für eine Rückbesinnung auf die allgemeine Bedingungslehre und die Wertungen des § 161	99
IV.	Der Erwerbsschutz der Vormerkung	99
1.	Die sog. kleine Lösung: Versagung eines Erwerbsschutzes	99
2.	Die sog. große Lösung der herrschenden Meinung: Umfassender Schutzzweck der Vormerkung	100
3.	Rückbesinnung auf die Frage nach der Rechtsnatur der Vormerkung und Einbeziehung der Wertungskriterien des Sachenrechts in die bisher vornehmlich interessenbezogene Diskussion	101

4.	Der verbleibende, aber im Gesetz angelegte Wertungswiderspruch der sog. großen Lösung in Form der vereinfachten Eintragungsvoraussetzungen der Vormerkung	102
5.	Die Friktionen innerhalb der sog. kleinen Lösung: Preisgabe der Rechtsnatur der Vormerkung im Kreis der enumerativen Sachenrechte	103
V.	Maßgeblicher Zeitpunkt für den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung	104
1.	Einschränkung des sog. Erwerbsschutzes und Beziehung der Gutgläubigkeit des Erwerbers auf den Zeitpunkt der Anspruchs-entstehung	104
2.	Die uneingeschränkte große Lösung: Beziehung der Gutgläubigkeit auf den Zeitpunkt der Antragstellung beim Grundbuchamt	105
3.	Lösung der Streitfrage in Anknüpfung an das identische Problem beim Eigentumsvorbehalt und unter Einbeziehung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips	105
4.	Nochmaliges Plädoyer für eine dingliche Rückwirkung der Bedingung über die Regelung des § 883 Abs. 3 hinaus	106
VI.	Die Durchsetzung des durch die gutgläubig erworbene Vormerkung geschützten Anspruchs	107
1.	Stimmen, die eine Mitwirkung des Berechtigten an der Eigentumsübertragung für erforderlich halten	107
2.	Abwicklung des Dreiecksverhältnisses nach Maßgabe der Vertragsverhältnisse	108
a)	Konsequenter Rückbezug auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung analog § 883 Abs. 3	108
b)	Die Verwerfungen einer obligatorischen Schuldübernahme durch Gewährung eines materiellrechtlichen Anspruchs des Vormerkungsinhabers gegen den Berechtigten analog § 888 .	109
c)	Die formelle Bedeutung des § 888 und die Gefahren einer materiellrechtlichen Deutung für den Berechtigten bis hin zum Verlust seiner Ersatzansprüche gegen den Bucheigentümer	110
VII.	Die Frage nach Verwendungsersatzansprüchen des Zwischenerwerbers gegen den Vormerkungsinhaber aus §§ 994 ff.	111
1.	Der Streitstand in Rechtsprechung und Literatur	112
2.	Befürwortung der Verwendungsersatzansprüche angesichts der Wesensverwandtschaft der §§ 888, 894, 985	112
3.	Ein weiteres Argument aus der systematischen Stellung der §§ 994 ff.	113
4.	Das Eintragungserfordernis im Grundbuch als Brücke vom allgemeinen Vindikationsanspruch zu den §§ 894, 888 und das Fehlen eines entsprechenden Pendant für die §§ 994 ff.	113

5. Direkte Anwendung der §§ 994 ff. bei Annahme eines Rückbezugs der Vormerkung analog § 883 Abs. 3: Wandel des Zwischenenerwerbers vom Eigentümer zum nichtberechtigten Fremdbesitzer	114
VIII. Der sogenannte gutgläubige Zweiterwerb der Vormerkung	115
1. Der Streit um den gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung im Blickfeld des § 401	116
2. Die wechselhafte Betonung von dinglicher Komponente beim Ersterwerb und schuldrechtlicher Komponente beim Zweiterwerb der Vormerkung als Folge der Unsicherheit über ihre Rechtsnatur	117
3. Ausgleich des fehlenden dinglichen Publizitätsmoments beim Zweiterwerb der Vormerkung durch Rückgriff auf die Regelungen zur Hypothek?	119
a) Ablehnung einer analogen Anwendung des § 1138, 1. Fall im Hinblick auf die fehlende Vergleichbarkeit von Vormerkung und Hypothek	119
b) Entsprechende Ablehnung einer analogen Anwendung des § 1154	120
c) Verbleibender Rechtsgedanke aus der Regelung des § 1154 Abs. 3: Notwendigkeit des Rückbezugs des Zweiterwerbstatbestandes auf den Ersterwerbstatbestand	122
4. Eigener Lösungsvorschlag unter Rückführung der Diskussion auf die Frage nach der Rechtsnatur der Vormerkung	122
a) Rückführung des Zweiterwerbstatbestandes der Vormerkung auf den derivativen Übertragungstatbestand des zu sichernden Rechts	123
b) Berücksichtigung des Publizitätsprinzips auch beim sog. Zweiterwerb vom Berechtigten	125
5. Alternativer Lösungsvorschlag: Zweiterwerb der Vormerkung in Anlehnung an den Ersterwerb durch schuldrechtliche Forderungsabtretung und dingliche Eintragungsbewilligung analog §§ 398, 883, 885	125
6. Gefahr der Trennung von Vormerkung und Anspruch durch die hier entwickelten Lösungsvorschläge?	127
a) Ausschluss der Trennbarkeit von Vormerkung und Anspruch im Rahmen der alternativen Lösungsvariante	127
b) Die prinzipielle Möglichkeit der Trennung von Vormerkung und Anspruch im Rahmen der ersten Lösungsvariante als einfacher Ausdruck des Trennungsprinzips	128
aa) Ausschluss der isolierten Geltendmachung der Vormerkung und der doppelten Inanspruchnahme des Schuldners	128

bb)	Harmonisierung von dinglicher und schuldrechtlicher Rechtslage im Wege der schuldrechtlichen Verpflichtung zur gemeinsamen Übertragung der Vormerkung mit dem Anspruch	128
cc)	Anspruch des Schuldners gegen den Inhaber einer isolierten Vormerkung analog § 886 auf Beseitigung der Vormerkung	130
7.	Die erst im Anschluss an die Auswahl des angemessenen Zweiterwerbstatbestandes zu beantwortende Frage nach der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs	130
a)	Die unüberbrückbare Kluft zwischen der cessio legis des § 401 und dem rechtsgeschäftlichen Erwerbstatbestand der §§ 892, 893	131
b)	Der Folgestreit innerhalb der §§ 892, 893 als Indiz für die Nähe des gutgläubigen Zweit- zum Ersterwerbstatbestand ..	132
c)	Unmittelbare Geltung des § 892 als Folge des sich gemäß dem zu sichernden Recht vollziehenden Zweiterwerbs der Vormerkung	132
d)	Differenzierung bei der Frage des gutgläubigen Zweiterwerbs parallel zum gutgläubigen Ersterwerb zwischen der dinglichen Bestellungskomponente und dem schuldrechtlichen Anspruchselement	133
e)	Rückführung der bereits bestehenden Differenzierung beim gutgläubigen Erst- und Zweiterwerb der Vormerkung auf den dem numerus clausus der Sachenrechte vorbehaltenen Verkehrsschutz	134
IX.	Ergebnis: Dogmatische Untermauerung der bestehenden Rechtsprechung und Kurskorrektur im Rahmen des Zweiterwerbs der Vormerkung	136
§ 9	Möglichkeiten zur Rechtsvereinheitlichung von Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht anhand der hier entwickelten Lösung	138
I.	Parallelen zum „Erst- und Zweiterwerb“ des Anwartschaftsrechts im Mobiliarsachenrecht	138
II.	Die bereits derzeit im Rahmen der §§ 17, 45 GBO vorgenommene Anlehnung des Zweiterwerbstatbestandes des Anwartschaftsrechts an die §§ 873, 925	139
III.	Anwartschaftslehre versus Akzessorietätsgedanke	140
IV.	Rückführung der Diskussion um das sog. Anwartschaftsrecht im Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht auf die Bedingungslehre	142
V.	Gegenüberstellung der denkbaren Fallkonstellationen zum gutgläubigen Erwerb aus Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht vor dem Hintergrund der §§ 161 Abs. 3, 932 ff., 892	143
1.	Gutgläubiger „Zwischenerwerb“ des Vollrechts vom Veräußerer	143
a)	Die dem § 161 Abs. 3 zugrunde liegende Fallkonstellation ..	143
b)	Der Zwischenerwerb im Mobiliarsachenrecht beim Eigentumsvorbehalt	144

c) Die Fallkonstellation bei der Vormerkung: Entbehrlichkeit einer dem § 161 Abs. 3 vergleichbaren Regelung im Rahmen des § 883 Abs. 2	145
2. Gutgläubiger Erwerb des Vollrechts vom bedingten Erwerber ..	146
3. Gutgläubiger Erwerb des sog. Anwartschaftsrechts?	147
a) Fallvarianten beim Eigentumsvorbehalt	147
b) Fallvarianten bei der Vormerkung	149
c) Erste Parallele: (Gutgläubiger) Erwerb nur in Übereinstimmung mit dem Publizitätsprinzip	149
d) Zweite Parallele: Maßgeblicher Zeitpunkt für die Gutgläubigkeit des Erwerbers	150
e) Dritte Parallele: Trennbarkeit des Anwartschaftsrechts bzw. der Vormerkung von der zugrunde liegenden Forderung und Abkehr von dem Akzessorietätsgedanken	150
f) Vierte Parallele: Möglichkeit des Durchgangs- oder Direkterwerbs im Dreiecksverhältnis von Verkäufer, Käufer und Dritten	151
g) Fünfte Parallele: Ausschluss eines gutgläubigen Erst- und Zweiterwerbs bei Ausfall der Bedingung in Form von Mängeln der zugrunde liegenden Forderung	153
§ 10 Resümee	155
Literaturverzeichnis	159
Gesetzesmaterialien	164
Sachwortverzeichnis	165

§ 1 Einleitung

I. Problemstellung und Zielsetzung

Der Streit um die Rechtsnatur der Vormerkung ist so alt wie diese selbst. Die vorliegende Monographie will demzufolge die bereits über ein Jahrhundert andauernde Diskussion nicht um eine weitere Begriffskategorie erweitern, sondern die Überlegungen vielmehr auf bekannte Rechtsfiguren zurückführen. Der Umstand, dass Generationen von Juristen bislang kaum zu einer überzeugenden rechtlichen Qualifizierung der Vormerkung gelangt sind, ist für den Verfasser zugleich Veranlassung, die Rechtsfigur der Vormerkung als solche in Frage zu stellen. Dabei ist es hilfreich, an die Wurzel der Entwicklungsgeschichte zurückzugehen und die Ausgangslage zu betrachten, in der sich der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs befand, als er die Rechtsfigur der Vormerkung in das Bürgerliche Gesetzbuch einfügte. Da der Gesetzgeber insbesondere die Auflassungsvormerkung vor Augen hatte, konzentriert sich auch die nachfolgende Untersuchung auf diese Rechtsfigur.¹

II. Gang der Untersuchung

Der Beginn der nachfolgenden Untersuchung widmet sich der historischen Ausgangslage des Gesetzgebers bei Schaffung der Vormerkung (nachfolgend § 2). Es gilt, die Problemlage zu umreißen, die der Gesetzgeber lösen wollte, und diese in einen Gesamtzusammenhang einzuordnen, der sich aus den allgemeinen gesetzlichen Wertungen ergibt, die dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegen. Im Anschluss ist der vom Gesetzgeber eingeschlagene Lösungsweg im Einzelnen zu untersuchen. Dabei werden Schwachpunkte der gesetzlichen Regelungen aufgedeckt, die zu den heute allseits bekannten Problemen führen (§ 3). Der Lösung des Gesetzge-

¹ Genau genommen müsste man von einer Eigentumsvormerkung sprechen, da der Begriff der Auflassung nur ein Element der Eigentumsübertragung an einem Grundstück umschreibt (ebenso *Weirich*, NJW 1989, 1979 (1980), und *Hager*, JuS 1990, 429 (430)). Da sich der Begriff der „Auflassungsvormerkung“ jedoch im Allgemeinen eingebürgert hat, soll diese Terminologie hier beibehalten werden. Gleichwohl ist an späterer Stelle auf die Gefahren einzugehen, die mit einer derart unscharfen Begrifflichkeit verbunden sind. Es besteht insbesondere die Gefahr der Verselbständigung derartiger Wortschöpfungen.

bers sind alternative Lösungen gegenüberzustellen, die der Gesetzgeber ebenfalls ins Auge gefasst hatte, namentlich die Zulassung einer bedingten Auflassung. Diese Rechtsfigur erweist sich zugleich auch als Schlüssel für das Verständnis der bestehenden Regelungen zur Vormerkung (§ 4). Ihre Interpretation als Fiktion der bedingten Verfügung lässt die gesetzlichen Regelungen der §§ 883 ff. in neuem Licht erscheinen. Sie ermöglicht insbesondere die Ausräumung der zuvor aufgezeigten Schwachpunkte der §§ 883 ff. (§ 5). Eine derartige Neubewertung der Vormerkung muss sich zuletzt daran messen lassen, ob sie auch die prinzipiellen Wertungswidersprüche, die die Vormerkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs offenbart, aufzulösen vermag. Anzusprechen sind hier insbesondere das Trennungs- und Abstraktionsprinzip, der numerus clausus der Sachenrechte, das Prioritätsprinzip und die allgemeine Bedingungslehre (§ 6).

Die Überlegungen zur Rückführung der Vormerkung in das bestehende System des Bürgerlichen Gesetzbuchs geben im Anschluss Gelegenheit, die Diskussion um die Rechtsnatur der Vormerkung aus einem neuen Blickwinkel zu beleuchten (§ 7). Dabei erscheinen auch die bestehenden Streitigkeiten um die Vormerkung, insbesondere die Fragen des gutgläubigen Erst- und Zweiterwerbs, in einem neuen Licht. Ausgehend von der Zielsetzung, die Diskussion um die Vormerkung auf bekannte Rechtsfiguren zurückzuführen, ist hier die Frage zu beantworten, ob sich hinter den bestehenden Streitigkeiten nicht bekannte Denkmuster verbergen. Die hier entwickelte Lösung ist auf die bislang in Rechtsprechung und Literatur erörterten Streitfragen zu projizieren (§ 8). Abschließend ist ein Abgleich mit den bestehenden Wertungsmechanismen des Mobiliarsachenrechts, namentlich der Anwartschaftslehre, durchzuführen mit dem Ziel, auch insoweit Ansätze für eine allgemeine Rechtsvereinheitlichung und damit für eine Rechtsvereinfachung aufzuzeigen (§ 9).

§ 2 Die Ausgangslage und die Zielsetzung der Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei Schaffung der Vormerkung

Die Rechtsfigur der Vormerkung hat sich im Laufe des Jahrhunderts seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs zunehmend verselbständigt. Betrachtet man die Entwicklungsgeschichte in Rechtsprechung und Literatur, so stellt man fest, dass die Vormerkung nahezu mystische Züge angenommen hat. Die Diskussion um ihre Rechtsnatur steht in engem Zusammenhang mit dem sog. Anwartschaftsrecht. Dabei hat die Vormerkung den Vorteil, dass ihre Anhänger sich auf die gesetzlichen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs berufen können. Aber auch der Umstand, dass der Begriff der Vormerkung im Bürgerlichen Gesetzbuch verwandt wird, gibt noch keinen Aufschluss über ihre Rechtsnatur. Dies zeigt die andauernde Diskussion und die Bandbreite der Lösungsvorschläge. Dabei wird allzu gern auf die fragmentarischen Regelungen zur Vormerkung verwiesen, die ein weites Feld zur Rechtsfortbildung eröffnen.² Der Gesetzgeber hat die weitere Ausgestaltung der Vormerkung Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.³ Das ist Berechtigung und Verpflichtung zugleich. Leider wird jedoch zumeist nur von der Berechtigung Gebrauch gemacht und so verwundert es nicht, dass kaum mehr auf die Wurzeln und die Entstehungsgeschichte der Vormerkung zurückgegriffen wird, obwohl ein solcher Rückgriff einige Vorteile mit sich bringt, wie nachfolgend im Einzelnen zu zeigen sein wird.

² Sehr instruktiv ist hierzu die Lektüre von *Hecks* „Grundriß des Sachenrechts“. *Heck* listet die gesetzlichen Lücken der Vormerkung im Einzelnen auf. Einleitend, § 47 I 3, stellt er fest: „Die Vormerkung ist im BGB sehr unvollständig geregelt. Das Recht der Vormerkung ist zu einem großen Teil, vielleicht zu dem größeren, Lückengebiet. Das Gesetz gibt nur eine Skizze, die auszuarbeiten ist, ein juristisches Knochengerippe, dem erst die Rechtspflege Fleisch und Blut zu beschaffen hat.“

³ *Heck*, § 47 III 1, und *Reinicke*, NJW 1964, 2373 (2373).