

lich „Einspruch“ einlegt. Entsprechend § 44 II 1 SGB X ist jedoch auch ein unanfechtbar gewordener rechtswidriger nicht begünstigender Verwaltungsakt ganz oder teilweise für die Zukunft aufzuheben. Gemäß § 44 II 2 SGB X besteht hinsichtlich der Rücknahme des Verwaltungsaktes für die Vergangenheit Ermessen der Behörde. Vorliegend wurde der Rückforderungsbescheid mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben noch nicht

vollstreckt. Angenommen, dies wäre doch der Fall, hätte eine Erstattung der zu Unrecht entzogenen Leistungen nach Maßgabe des § 44 IV SGB X zu erfolgen.²²

²² Die Überlegungen zur Erstattung nach einer etwaigen Vollstreckung finden keine Anhaltspunkte im Sachverhalt und gehen über die gesetzlichen Regelungen hinaus. Denkbar wäre schließlich auch, dass die HM „freiwillig“, also ohne eine Vollstreckung zahlt.

Cornelius Holthöfer*

Fortgeschrittenenhausarbeit im Zivilrecht: Vorkaufsrecht, Vormerkung und gesetzliche Schuldverhältnisse

Die Fortgeschrittenenhausarbeit zur Vorlesung „Gesetzliche Schuldverhältnisse“ behandelt unterschiedliche Probleme des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts und der Vormerkung. Neben der Frage, ob ein unwirksames dingliches Vorkaufsrecht in die Vormerkung eines subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts umgedeutet werden kann, geht es vor allem um die Verwendungsersatzansprüche im Verhältnis zwischen Erst- und Zweiterwerber.

Sachverhalt

Der mit der F. Rau (F) verheiratete und mit ihr im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebende E.V. Rau (EV) hatte seit dem Jahre 2000 ein damals von seinem Vater, der der Eigentümer war, ererbtes und in der Nähe des Badeortes Travemünde gelegenes Grundstück, das mit einem einsam gelegenen aus dem 19. Jahrhundert stammenden, gänzlich aus Holz errichteten Badehotel bebaut ist, an dem die Eltern sehr gegangen hatten und dessen Erhalt und Bewirtschaftung „in altem Stil“, nämlich als Hotel für den altmodischen gediegenen individuellen Gast, sie in vielen Gesprächen dem EV „ans Herz gelegt“ hatten, verpachtet, und zwar bis zum 31. Dezember 2013 an den dann 75 Jahre alt sein werdenden und schon jahrzehntelang für die Eltern des EV als Hoteldirektor tätig gewesenen P. A. Echter (P), der im Hotel seit dem Beginn seiner Tätigkeit in diesem Haus auch eine ihm nach § 575 I Ziff. 3 BGB im Hinblick auf einen ihm nachfolgenden Hoteldirektor

wirksam bis zum 31. Dezember 2013 befristet vermietete Wohnung hat.

Reparaturen und laufende Unterhaltungskosten hat nach dem Pacht- und dem Mietvertrag der Verpächter und Vermieter EV zu tragen, wobei während solcher Arbeiten die Pacht und die Miete weiter zu entrichten ist. Der EV und die F, die kein weiteres Vermögen haben, leben mit drei kleinen Kindern als in wirtschaftlicher Hinsicht gänzlich erfolglose Künstler, er als Bildhauer, sie als Malerin, in ganz bescheidenen, aber idyllischen Verhältnissen im Allgäu und bestreiten ihren Lebensunterhalt von der von P gezahlten Pacht und Miete als ihrem einzigen Einkommen.

Im Jahre 2010 war der Hotelier K. U. Wann (K 1), der dabei war, an der Ostsee eine Hotelkette zu schaffen, an den EV herangetreten, um das Grundstück, das damals wie heute einen Verkehrswert von 5.000.000 € hatte, für einen Kaufpreis von 6.000.000 € von EV käuflich zu erwerben. Einen derart deutlich über dem Marktpreis liegenden Kaufpreis zu zahlen, war der K 1 deshalb bereit, weil er fürchtete, Konkurrenten könnten irgendwann versuchen, von EV diese herausragende Immobilie zu einem Kampfpfeis zu erwerben.

Das Geschäftsmodell des K 1, der, ohne je Marktforschung betrieben zu haben, auf einen von ihm lediglich vermuteten neuen Trend der deutschen Bevölkerung zum „Urlaub in Deutschland“ setzte, bestand darin, überall in den Ostseebädern der Lübecker Bucht ältere Hotels aufzukaufen und zu modernisieren, um sie dann selbst zu betreiben.

Was speziell das Hotel des EV anging, beabsichtigte der K 1, das Hotelgebäude nach einem Erwerb abzureißen

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer gekürzten Hausarbeit, die im Wintersemester 2011/2012 zur Vorlesung Schuldrecht BT III (Gesetzliche Schuldverhältnisse) von Herrn Dr. iur. Jürgen Plate VRiLG a.D. an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „gut“ bewertet.

und dort ein modernes Hotel für den Massentourismus zu errichten, das wegen seiner grandiosen Lage das „Flaggschiff“ seiner Hotelkette darstellen sollte. Dazu müsste ihm allerdings das Grundstück mitsamt dem Gebäude, so lautete die an EV gerichtete Forderung des K 1, geräumt übergeben werden.

Der EV rang mit sich, weil er angesichts der Pläne des K 1 den Willen der Eltern verraten würde. Andererseits fürchtete er sich vor plötzlich nötig werden könnenden größeren, von ihm zu bezahlenden Reparaturen und Erhaltungsarbeiten. Auch fühlte er sich von seiner Frau F, die, anders als er, die kümmerlichen Lebensverhältnisse der Familie leid war und die endlich einmal „besser leben“ wollte, dazu gedrängt, das Grundstück zu verkaufen.

Da aber ein solches Geschäft, wie der K 1 es ihm vorgeschlagen hatte, wegen der Verpachtung des Hotels und der Vermietung der Wohnung an den P gegenwärtig nicht realisierbar war – denn dieser hing sehr an seinem Beruf und an seiner Wohnung und war auch gegen eine ihm angebotene Zahlung einer hohen Abfindung nicht dazu bereit, den Pacht- und den Mietvertrag vorzeitig zu beenden – vereinbarten der auch insoweit im Einverständnis mit der F handelnde EV und der K 1 formgerecht ein am 1. April 2010 in das Grundbuch eingetragenes dingliches Vorkaufsrecht zu einem Festpreis von 6.000.000 €, dessen Ausübung der K 1 innerhalb von 12 Monaten nach Mitteilung eines Verkaufes an einen Dritten zu erklären hatte. Vereinbart wurde weiterhin, dass die von P gezahlte Pacht und Miete ab Zugang der Erklärung der Ausübung des Vorkaufsrechts dem K 1 zustehen sollte. Und für den Fall, dass es vor dem 31. Dezember 2013 nicht zu einem Verkauf des Grundstücks an eine dritte Person kommen würde, verpflichtete der EV sich formwirksam bindend bis zum 1. April 2014 zum Verkauf des Grundstücks und geräumten Hotels an den K 1 für 6.000.000 €, wobei zur Sicherung dessen zugunsten des K 1 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen wurde. Auf diese Weise meinte der K 1 eventuellen kaufinteressierten Konkurrenten zuvorkommen und sich das Grundstück sichern zu können. Die F war im Notartermin zugegen und stimmte allem formwirksam zu.

Anfang des Jahres 2011 erfuhr der EV, dass auf Antrag des K 1 das Insolvenzverfahren über dessen Vermögen mit dem I. V. Awalta (IV) als Insolvenzverwalter eröffnet worden war. Der K 1 hatte nämlich Bankkredite in Anspruch genommen, die infolge seiner sich bis dahin nicht rentiert habenden Geschäfte mit der Folge der Zahlungsunfähigkeit des K 1 notleidend geworden waren. Der EV ging daher davon aus, dass K 1 das Grundstück nun nicht mehr würde erwerben können.

Weil seine zunehmend an ihrem kärglichen Leben leidende Frau F ihn jetzt bedrängte, das Grundstück not-

falls auch unter Wert zu verkaufen, veräußerte der EV es am 1. April 2011 für einen Preis von 4.000.000 € formwirksam an den Hotelier K. T. Uuh (K 2), nachdem dieser dem EV, der den Verrat an den Wünschen seiner Eltern durch den Abschluss der Verträge mit K 1 schon bereute, in den Vorverhandlungen zugesichert hatte, dass das Hotel nicht nur für die Dauer des Pachtvertrages mit P, sondern auch in der Folgezeit unter einem neuen Direktor im alten Stil weiterbewirtschaftet werden würde, so dass EV den niedrigeren Kaufpreis gerne in Kauf nahm. Die F war beim Notartermin, der bei demselben Notar stattfand, zugegen und stimmte allem formwirksam zu.

Der K 2 hatte sich trotz des bestehenden und ihm vor Abschluss des Kaufvertrages von EV mitgeteilten Vorkaufsrechts, dessen Inhalt er durch Einsicht in das Grundbuch zur Kenntnis genommen hatte, zum Kauf entschlossen, weil er wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des K 1 keine Ausübung des Vorkaufsrechts mehr befürchtete, zumal zu einem Preis, der mit 6.000.000 € weit über dem Marktpreis lag.

Noch am 1. April 2011 zahlte der K 2 den Kaufpreis von 4.000.000 € an den beurkundenden Notar als Treuhänder.

Mit einer noch am 1. April 2011 zugegangenen Erklärung teilte der EV dem IV den Verkauf an K 2 für 4.000.000 € mit.

Als K 2 am 1. Juni 2011 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen und der Kaufpreis zugunsten des EV freigegeben wurde, übergab dieser am gleichen Tag das Grundstück an den K 2.

Im Januar und Februar 2012 musste der K 2 das Dach, das durch den Orkan vom 4. Januar 2012 beschädigt worden war, für – mangels des Abschlusses einer entsprechenden Versicherung von ihm selbst zu tragende – 80.000 € neu eindecken lassen. Nach allgemeiner Erfahrung und unter Berücksichtigung der lokalen Besonderheiten (Witterung, Sturmrisiko) ist zu erwarten, dass das Dach erst in 10 Jahren erneut eingedeckt werden muss.

Der K 2 nutzte die unfreiwillige Betriebsunterbrechung bis zu der für den 1. März 2012 geplanten Wiedereröffnung dazu, für 20.000 € die an sich intakte, aber veraltete Elektro- und Telekommunikationsinstallation des Hotels zu modernisieren. Um diesen Betrag stieg der Wert des Grundstücks.

Am 27. Februar 2012 verkündete das Olympische Komitee völlig überraschend, dass – weil Brasilien sich wegen der nicht mehr zu beherrschenden Straßenkriminalität in Rio de Janeiro außerstande sah, die Olympischen Sommerspiele 2016 auszutragen – diese wegen der über-

zeugenden und nach wie vor sofort umsetzbaren Bewerbung der Freien und Hansestadt Hamburg aus dem Jahre 2003 für die dann doch nach London vergebenen Olympischen Spiele des Jahres 2012 nach Hamburg verlegt werden würden und dass die Segelkonkurrenzen nicht, wie seinerzeit geplant, in Kiel-Schilksee, sondern im Vorort Travemünde der Hansestadt Lübeck stattfinden sollten, um so dem beabsichtigten Motto für diese Olympischen Spiele, die als „Hanse-Spiele“ in die Sportgeschichte eingehen sollten, einen zutreffenden historischen Hintergrund zu verleihen.

Auch wurden Ende Februar 2012 die Ergebnisse einer vom „Deutschen Tourismusverband“ vorgenommenen umfassenden Marktforschung zum Reiseverhalten der Deutschen bekannt, denen zufolge die Deutschen sich angesichts der immer wärmer werdenden Sommer und wegen krisenhafter Entwicklungen rund um das Mittelmeer erstmals wieder seit den Jahren des „Wirtschaftswunders“ vom „Urlaub im Süden“ langfristig abwenden und einen Urlaub in Deutschland, speziell an der See, vorziehen würden.

Als dies beides dem IV – das Insolvenzverfahren über das Vermögen des K 1 war noch nicht abgeschlossen – bekannt wurde, entschloss er sich dazu, die Geschäfte des K 1 fortzuführen, nachdem er die Banken als Hauptgläubiger dafür gewonnen hatte, alle notleidenden Kredite langfristig umzuschulden. Als die Banken sich auch bereit erklärten, den Erwerb des Grundstücks des EV und den von K 1 bereits geplanten Abriss und Neubau zu finanzieren, erklärte der IV mit einer am 2. März 2012 dem EV zugegangenen Erklärung die Ausübung des Vorkaufsrechts und verlangte von ihm Zug-um-Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises die Auflassung. In einem parallelen Schreiben forderte er den K 2 auf, die Zustimmung zur Eintragung des K 1 in das Grundbuch zu erklären.

Der EV und der K 2 weigern sich, dem nachzukommen, wobei der K 2 ausführt, dass er – wenn überhaupt – die Zustimmung allenfalls Zug-um-Zug gegen Erstattung des an EV gezahlten Kaufpreises von 4.000.000 € und der für das Haus aufgewendeten 100.000 € erklären müsse, wobei der IV erwidern u. a. darauf hinweist, dass er das Gebäude ja abzureißen plane und daher keinerlei Interesse an den von K 2 durchgeführten Arbeiten habe.

Der IV will wissen,

1. ob er von EV die Auflassung Zug-um-Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises (zur Höhe müssten Sie sich ggf. entscheiden) verlangen kann; (A)
2. ferner, ob er von K 2 die Zustimmung zur Eintragung des K 1 in das Grundbuch verlangen kann. (B)

Gutachten

A. Anspruch auf Auflassung gemäß § 433 I 1 BGB i. V. m. § 80 I InsO

Der IV kann von EV die Auflassung des Grundstücks an K 1 verlangen, wenn K 1 einen Anspruch gegen EV auf Auflassung des Grundstücks hat. Durch die Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des K 1 bleibt dieser Rechtsinhaber seines Vermögens¹; der Insolvenzverwalter IV ist aber gemäß § 80 I InsO hinsichtlich des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens verfügungsbehaftet.² Ein Anspruch des K 1 auf Auflassung des Grundstücks könnte sich aus einem Kaufvertrag mit EV gemäß § 433 I 1 BGB ergeben.

I. Wirksamer Kaufvertrag

K 1 und EV müssten einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben.

1. Durch Angebot und Annahme

Ein wirksamer Kaufvertrag kommt gemäß §§ 145 ff. BGB durch Angebot und Annahme zustande.³ Eine solche Vereinbarung über eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung ist im vorliegenden Fall zwischen K 1 und EV am 01.04.2010 jedoch nicht zustande gekommen. Der Wille und die Erklärungen der Vertragsparteien waren lediglich darauf ausgerichtet, ein Vorkaufsrecht zu begründen, nicht jedoch darauf, einen Kaufvertrag zu schließen. Ein Kaufvertrag ist gemäß §§ 145 ff. BGB dementsprechend nicht zustande gekommen.

2. Durch Einräumung eines Vorkaufsrechts

Fraglich ist, ob die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts bereits eine Verpflichtung zur Auflassung seitens des EV begründet haben könnte. Dabei kommt es auf die Art des vereinbarten Vorkaufsrechts an. Ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht wird von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung als doppelt bedingter Kaufvertrag gewertet.⁴ Bei den Bedingungen, an die der Kaufvertrag gebunden wird, handelt es sich um den Eintritt des Verkaufsfalles an einen Dritten sowie die Erklärung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten.⁵

Diese Lehre auch auf das dingliche Vorkaufsrecht zu erweitern, wie es teilweise vorgeschlagen wird⁶, ist jedoch

¹ Godehard Kayser, in: Kreft, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2008, § 80 Rn. 3.

² Godehard Kayser, in: Kreft, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2008, § 80 Rn. 12.

³ Hartmut Oetker/Felix Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, § 2 Rn. 25.

⁴ BGH vom 15.06.1960, NJW 1960, 1805 (1806).

⁵ Barbara Grunewald, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 463 Rn. 3.

⁶ Martin Schermaier, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, vor §§ 1094 ff.

bedenklich. Im Gegensatz zur Rechtsnatur des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts, könnte es sich bei dem dinglichen Vorkaufsrecht um ein Gestaltungsrecht handeln.⁷ Schon der von der herrschenden Meinung angenommene Charakter eines echten dinglichen Rechts⁸ widerspricht einer Betrachtung des dinglichen Vorkaufsrechts als doppelt bedingter schuldrechtlicher Kaufvertrag. Das dingliche Vorkaufsrecht unterscheidet sich im Wesentlichen dadurch vom schuldrechtlichen, dass es auch Dritten gegenüber Wirksamkeit entfaltet, demnach also ein absolutes Recht ist.⁹ Es kann sich deshalb nicht um einen doppelt bedingten Kaufvertrag handeln. Vor allem aber spricht gegen den doppelt bedingten Kaufvertrag bei einem dinglichen Vorkaufsrecht die gesetzliche Regelung der §§ 1098 I 1, 464 II BGB. Diese nicht abdingbare Regelung besagt, dass der Inhalt eines solchen bedingten Kaufvertrages vorher nicht festgelegt werden kann, sondern sich erst aus dem Vertrag zwischen dem Kaufverpflichteten und dem Dritten ergibt.¹⁰ Das dingliche Vorkaufsrecht ist als Gestaltungsrecht anzusehen.¹¹

a) Dingliches Vorkaufsrecht

Entscheidend ist demnach, was für ein Vorkaufsrecht im vorliegenden Fall vereinbart worden ist. Der ausdrücklichen Erklärung der Parteien zufolge wollten sie ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht gemäß § 1094 I BGB vereinbaren. Allerdings haben EV und K 1 das Vorkaufsrecht zu einem Preis von 6.000.000 € bestellt. Wegen der bindenden Wirkung des § 464 II BGB gemäß § 1098 I 1 BGB kann eine solche mit einem Festpreis versehene Vereinbarung jedoch nicht wirksam geschlossen werden.¹²

aa) Teilnichtigkeit

Die Preisvereinbarung und damit ein Teil des Rechtsgeschäfts zwischen EV und K 1 ist mithin nichtig. Gemäß § 139 BGB kann ein teilnichtiges Rechtsgeschäft jedoch dann aufrechterhalten werden, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien es auch ohne den nichtigen Teil vereinbart hätten. Möglich ist ein Erhalt nur, wenn das nach Abtrennung des nichtigen Teils verbleibende Rechtsgeschäft alleine bestehen kann.¹³ Auch ohne die Kaufpreisabrede könnte das Vorkaufsrecht eigenständig bestehen.

Es ist dementsprechend der mutmaßliche Wille der Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit zu ermitteln. K 1 kam es einzig darauf an, den zukünftigen Erwerb des Grundstücks zu sichern. Da der Kaufpreis auch noch über dem Marktwert von 5.000.000 € lag, hätte K 1 ein solches Vorkaufsrecht auch ohne die Kaufpreisabrede vereinbart. Unwahrscheinlich ist, dass dasselbe für EV gilt. Im vorliegenden Fall war der hohe Kaufpreis, den der K 1 dem EV anbot, ausschlaggebend für EVs Zustimmung zur Eintragung eines Vorkaufsrechts. Grundsätzlich war der EV dem Verkauf an K 1 gegenüber eher abgeneigt, da der K 1 das Hotel abreißen lassen wollte, dessen Fortbestand dem EV dem Willen seiner Eltern entsprechend am Herzen lag. Er musste lange mit sich ringen, und einzig das Angebot weit über dem Marktwert bewegte ihn schließlich dazu, dem Vorschlag des K 1 zuzustimmen. Es ist folglich nicht davon auszugehen, dass EV dieses Rechtsgeschäft ohne die Kaufpreisvereinbarung vorgenommen hätte. Somit ist das Rechtsgeschäft gesamtlich gemäß § 139 BGB, weshalb grundsätzlich eine Anwendung des § 140 BGB in Frage kommt.¹⁴

bb) Umdeutung

Von vielen Stimmen in der Literatur ist anerkannt, dass das dingliche Vorkaufsrecht, solange es sich um ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht gemäß § 1094 I BGB handelt, in die Vormerkung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts umgedeutet werden kann.¹⁵ Im Grundbuchverfahren ist die Möglichkeit der Umdeutung von Willenserklärungen weitgehend unumstritten.¹⁶ Der Umdeutung bereits eingetragener Willenserklärungen wird hingegen vor allem die Offenlegungsfunktion einer Grundbucheintragung entgegengehalten mit dem Argument, dass das Vertrauen in das Grundbuch zu schützen sei.¹⁷

Plausible Gründe sprechen dennoch in diesem Fall für die Umdeutung trotz der schon geschenehen Eintragung. Anderenfalls würde der Vorkaufsberechtigte durch den Fehler eines Grundbuchbeamten, der im Grundbuchverfahren zur gebotenen Umdeutung berechtigt wäre, derartige Anstrengungen jedoch unterließ, unbillig benachteiligt.¹⁸ Da ein nach der Umdeutung rückwirkend entstehendes Rechtsgeschäft schon aufgrund der Natur der Umdeutung kein „Mehr“ zum eigentlich eingetragenen Rechtsgeschäft enthalten dürfte, würde auch keine Partei besser oder schlechter gestellt als im ursprünglichen

Rn. 7.

⁷ Dieter Eickmann, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 6. Aufl. 2011, § 1094 Rn. 1.

⁸ Harry Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 124 Rn. 3.

⁹ Fritz Baur/Rolf Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 21 Rn. 24.

¹⁰ Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 1094 Rn. 5.

¹¹ Martin Schermaier, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, vor §§ 1094 ff. Rn. 7.

¹² BGH vom 29.06.1966, WM 1966, 891 (892); OLG München vom 29.10.2007, RNotZ 2008, 226 (228); Martin Schermaier, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, § 1094 Rn. 31.

¹³ Jürgen Ellenberger, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 139 Rn. 10.

¹⁴ Othmar Jauernig, in: ders., BGB, 14. Aufl. 2010, § 140 Rn. 2.

¹⁵ Martin Schermaier, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, § 1094 Rn. 31; Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 140 Rn. 25.

¹⁶ Johan Frank, Der unzulässige Löschungserleichterungsvermerk – zur Umdeutung von Grundbucheintragungen, MittBayNot 1997, S. 217 (217).

¹⁷ Harm Peter Westermann, Verdeckte Nachverpfändung von Grundstücken, NJW 1970, S. 1023 (1026).

¹⁸ Andreas Wacke, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 873 Rn. 55.

chen Rechtsgeschäft.¹⁹ Schließlich ist auch das Argument der Schutzwürdigkeit des in das Grundbuch Vertrauen zu entkräften mit der Erwägung, dass er durch die anscheinend zulässige Eintragung, von der er Kenntnis hat, hinreichend vor den Folgen eines durch Umdeutung entstehenden Rechtsgeschäfts gewarnt ist, dessen Rechtsfolgen dem bestehenden unwirksamen eingetragenen Rechtsgeschäft ohnehin gleichen müssen.²⁰ Im vorliegenden Fall hatte K 2 Kenntnis von einem eingetragenen Vorkaufsrecht und war folglich vorgewarnt. Die Rechtsfolgen können ihn nicht unvorbereitet treffen.

Somit muss sich in diesem Fall, mit der Rechtsprechung, für die Möglichkeit einer Umdeutung einer Grundbucheintragung entschieden werden²¹. Eine Umdeutung könnte also im vorliegenden Fall dazu führen, dass rückwirkend statt des dinglichen Vorkaufsrechts ein Ersatzrechtsgeschäft in Form einer Vormerkung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts entstanden ist, wenn die Voraussetzungen eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts und die Voraussetzungen zur wirksamen Eintragung einer Vormerkung zum Zeitpunkt der Eintragung vorgelegen hatten.

(1) Voraussetzungen eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts

Zu prüfen ist, ob EV und K 1 durch die Vereinbarung des unwirksamen dinglichen Vorkaufsrechts auch die Voraussetzungen erfüllten, die zur Vereinbarung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts gemäß §§ 463 ff. BGB notwendig gewesen wären. Das Ersatzgeschäft hätte wirksam begründet werden können müssen. Insbesondere dürfte das Ersatzgeschäft auch nicht an einem Formmangel gelitten haben.²² Das Formerfordernis des § 311 b I BGB, der notariellen Beurkundung, gilt sowohl für das schuldrechtliche²³ als auch für das dingliche Vorkaufsrecht.²⁴ Laut Sachverhalt ist das unwirksame, dingliche Vorkaufsrecht zumindest formwirksam vereinbart, und aus dem identischen Formerfordernis folgt, dass auch das besondere Formbedürfnis des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts erfüllt gewesen ist.

Weiterhin könnte die Zustimmung der F notwendig gewesen sein. Für Ehepartner in einer gesetzlichen Zugewinnngemeinschaft gilt gemäß § 1365 I 1 BGB, dass jeder Teil der Zustimmung des anderen Teils zu einem Rechtsgeschäft dann bedarf, wenn er sich darin verpflichtet,

über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Da F und EV anderweitig ohne Vermögen sind, handelt es sich bei dem Grundstück um EVs Vermögen im Ganzen. Es wird jedoch auch in solchen Fällen ein Zustimmungserfordernis abgelehnt, wenn es sich um die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts handelt. Der Schutzwürdigkeit des Partners sei nämlich dadurch genüge getan, dass es zumindest zum Eintritt des Verkaufsfalls, ohne den das Vorkaufsrecht nicht geltend gemacht werden kann, zweifelsfrei der Zustimmung des anderen Teils bedürfe.²⁵ Allerdings ist diese Frage vorliegend nicht relevant, da F ihr Einverständnis vor dem Notar abgab. In diesem Fall scheidet eine Wirksamkeit auch nicht an einer inhaltlichen Kaufpreisabrede, da eine solche für das schuldrechtliche Vorkaufsrecht grundsätzlich zulässig ist.²⁶

(2) Voraussetzungen einer Vormerkung

Außerdem könnten die Voraussetzungen einer Vormerkung gemäß § 883 BGB zum Zeitpunkt der Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts vorgelegen haben.

(a) Sicherungsfähiger Anspruch

Den vormerkungsfähigen Anspruch könnte das rückwirkend entstandene schuldrechtliche Vorkaufsrecht darstellen. Die Vormerkung schützt einen schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung.²⁷ Wie oben bereits festgestellt, handelt es sich bei einem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht um einen doppelt bedingten Kaufvertrag und somit um einen schuldrechtlichen Anspruch gemäß §§ 433 I, 158 I BGB auf dingliche Rechtsänderung, namentlich auf Übereignung des Grundstücks durch Auflassung und Eintragung.

(b) Bewilligung

Da EV die Eintragung eines dinglichen Vorkaufsrechts bewilligte, und diese die Wirkungen einer Vormerkung entfaltet, ist auch von einer hypothetischen Bewilligung einer Vormerkungseintragung auszugehen.

(c) Eintragung

Die Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts ist geschehen. Somit ist auch das Ersatzgeschäft eingetragen, in das das Vorkaufsrecht umgedeutet werden muss, in diesem Fall die Vormerkung des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts.

(d) Berechtigung des Bewilligenden

Schließlich müsste EV zum Zeitpunkt der Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts auch zur Eintragung einer Vormerkung berechtigt gewesen sein. Zum Zeitpunkt der Eintragung war EV Eigentümer des Grundstücks und folglich der Berechtigte.

¹⁹ *Andreas Wacke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 873 Rn. 55.

²⁰ *Andreas Wacke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 873 Rn. 55.

²¹ OLG Jena, JW 1929, 3319 (3319); LG Darmstadt vom 26.02.2004, Rpfleger 2004, 349 (350).

²² *Bernd Rüthers/Astrid Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 17. Aufl. 2011, § 27 Rn. 10.

²³ *Walter Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 463 Rn. 2.

²⁴ *Harry Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 124 Rn. 10.

²⁵ *Jörg Mayer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 23. Edition, § 1365 Rn. 19.

²⁶ *Walter Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 464 Rn. 6.

²⁷ *Peter Bassenge*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 883 Rn. 1.

(3) Übereinstimmen mit dem Willen der Parteien

Die Umdeutung müsste auch mit dem Willen der Vertragsparteien des unwirksamen Rechtsgeschäfts übereinstimmen. Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht hat in Verbindung mit der Vormerkung dieselbe Wirkung wie das ursprünglich gewollte dingliche Vorkaufsrecht. Der Unterschied besteht alleine darin, dass die Kaufpreisabrede und andere besondere Vereinbarungen zwischen EV und K 1 in diesem Fall bestehen bleiben. EV kam es gerade auf diesen Preis an, der deutlich über dem Marktwert von 5.000.000 € liegt. Dem K 1 kam es in erster Linie darauf an, den Erwerb des Grundstücks sicherzustellen. Auch der hohe Preis war ihm recht, da das Grundstück gerade für ihn als Hotelier besonderen Wert besaß. Die Umdeutung stimmt demnach mit dem Willen der Parteien überein.

cc. Zwischenergebnis

Somit ist ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht gemäß §§ 463 ff. BGB zusammen mit einer Vormerkung i. S. d. § 883 BGB zur Sicherung des sich daraus ergebenden Anspruchs rückwirkend entstanden.

b) Schuldrechtliches Vorkaufsrecht

Bei dem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht handelt es sich um einen doppelt bedingten Kaufvertrag. Deshalb ist ein Kaufvertrag zwischen EV und K 1 zustande gekommen. Die Auflassung an K 1 kann IV gemäß § 80 I InsO aus diesem Vertrag geltend machen, wenn die beiden Bedingungen eingetreten sind. Es muss dementsprechend zu einem Verkaufsfall gekommen sein und IV muss das Vorkaufsrecht des K 1 geltend gemacht haben, um eine Verpflichtung des EV zu begründen.

3. Verkaufsfall

Ein Verkaufsfall gemäß § 463 BGB tritt ein, wenn ein Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und einem Dritten, der weder Vorkaufsberechtigter noch Vorkaufsverpflichteter ist, zustande kommt.²⁸ K 2 war Dritter und zwischen ihm und EV ist ferner ein wirksamer Kaufvertrag am 01.04.2011 zustande gekommen. Insbesondere das Formerfordernis gemäß § 311 b I BGB wurde gewahrt. Auch die Zustimmung der F, die gemäß § 1365 BGB erforderlich ist, liegt vor.

4. Fristgemäßes Ausübung

Am 02.03.2012 erklärte IV gemäß § 80 I InsO die Ausübung des Vorkaufsrechts des K 1. Die gesetzliche Frist von 2 Monaten gemäß § 469 II 1 BGB ist in Übereinstimmung mit § 469 II 2 BGB in der Vereinbarung zwischen K 1 und EV durch eine Frist von 12 Monaten ersetzt worden. Am 01.04.2011 ist IV die Erklärung zugegangen, wonach das Grundstück an K 2 verkauft werden sollte. Der

Beginn der Frist wurde folglich am 01.04.2011 ausgelöst. Somit wurde mit der Erklärung am 02.03.2012 die Frist gewahrt, die gemäß §§ 187 I, 188 II HS 1 BGB mit Ablauf des 01.04.2012 enden sollte. Gemäß § 464 I 2 BGB bedarf die Erklärung nicht der Form des Kaufvertrags, also ergeben sich auch hieraus keine Wirksamkeitshindernisse.

5. Kein Ausschluss

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass K 2 dem EV bei Abschluss des Vertrages zusicherte, das Hotel nicht abzureißen, sondern es in der bestehenden Form weiter zu betreiben. Gemäß § 466 BGB ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen, wenn sich der Dritte dem Vorkaufsverpflichteten gegenüber zu Nebenleistungen verpflichtet, die der Vorkaufsberechtigte nicht erfüllen kann. Allerdings ist eine solche Beschränkung im Umgang mit der Kaufsache, der sich der K 2 unterwirft, nicht als Nebenleistung zu verstehen, da eine Gegenleistung als Austauschwert darin nicht gesehen werden kann.²⁹

Auf das Vorkaufsrecht kann zwar durch K 1 auch stillschweigend durch Erlassvertrag verzichtet werden.³⁰ Dieser Erlassvertrag kann auch durch schlüssiges Verhalten begründet werden.³¹ Dass EV und K 2 wegen der Insolvenz des K 1 fest damit rechneten, dass K 1 sein Vorkaufsrecht nicht ausüben würde, begründet alleine ohne ein Zutun des K 1 jedoch keinen Ausschluss des Vorkaufsrechts.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts könnte jedoch gegen Treu und Glauben verstoßen. Dies wird zum einen bei einseitigem Verzicht angenommen³² wofür hier jedoch keine Anhaltspunkte sprechen. Zum anderen wird die Treuwidrigkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts jedoch auch dann angenommen, wenn der Vorkaufsberechtigte scheinbar nicht in der Lage ist, seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zu erfüllen.³³ Aufgrund der Insolvenz des K 1 war der Anschein gegeben, dass er seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nicht würde nachkommen können, worauf sich sowohl EV als auch K 2 verlassen. Allerdings wird dabei lediglich auf die Unwirksamkeit der Ausübungserklärung abgestellt. Da K 1 zum Zeitpunkt der Ausübungserklärung jedoch aufgrund der Bankkredite wieder über die Mittel verfügte, den Kaufvertrag zu erfüllen, ist eine Unwirksamkeit der Ausübung nicht gegeben.

6. Zwischenergebnis

Da die Bedingungen des doppelt bedingten Kaufvertrages eingetreten sind, ist ein Anspruch auf Auflassung gemäß §§ 433 I, 464, 158 I BGB entstanden.

²⁹ Johannes Wertenbruch, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 466 Rn. 5.

³⁰ Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 463 Rn. 27.

³¹ Walter Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 463 Rn. 8.

³² Peter Mader, in: Staudinger, BGB, Neub. 2004, § 464 Rn. 24.

³³ Walter Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 464 Rn. 3.

²⁸ Kurt Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 7. Aufl. 2008, Rn. 143.

II. Erlöschen wegen Unmöglichkeit gemäß § 275 I Alt. 1 BGB

Der Anspruch könnte jedoch aufgrund nachträglich eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung gemäß § 275 I Alt. 1 BGB ausgeschlossen sein. Wenn EV das Grundstück rechtswirksam an K 2 übereignet hätte, ist die Erfüllung an K 1 für ihn subjektiv unmöglich.

1. Wirksame Übereignung an K 2

Die Übereignung setzt sich zusammen aus Einigung und Eintragung gemäß § 873 BGB. EV hat sich als Berechtigter mit K 2 über den Eigentumsübergang formwirksam gemäß § 925 BGB geeinigt und K 2 wurde als neuer Eigentümer am 01.06.2011 im Grundbuch eingetragen. Die Parteien waren sich auch zum Zeitpunkt der Eintragung über den Eigentumsübergang einig. Der K 2 hat folglich das Eigentum erworben und folgerichtig wäre EV die Auflassung an K 1 grundsätzlich unmöglich.

2. Relative Unwirksamkeit

Die Übereignung an K 2 könnte K 1 gegenüber jedoch relativ unwirksam sein. Wie oben bereits geprüft, muss das ursprünglich eingetragene Vorkaufsrecht in ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht und eine dieses Recht sichernde Vormerkung umgedeutet werden. Eine Vormerkung verhindert gemäß § 883 II 1 BGB, dass Verfügungen über das betroffene Grundstück, die den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden, dem Vormerkungsberechtigten gegenüber Wirksamkeit entfalten. Die Übertragung des Eigentums ist eine Verfügung, die den Auflassungsanspruch des K 1, der durch Vormerkung gesichert ist, vereiteln würde. Demnach ist sie K 1 gegenüber unwirksam. K 1 ist somit gegenüber EV immer noch Eigentümer und zur Auflassung in der Lage.

3. Zwischenergebnis

Folglich ist EV die Auflassung an K 1 möglich und der Anspruch ist nicht wegen Unmöglichkeit untergegangen.

III. Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB

Schließlich ist fraglich, ob der Anspruch auch durchsetzbar ist. EV könnte ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB zustehen, das der Durchsetzbarkeit entgegenstünde. Dafür müsste EV aus dem gegenseitigen Vertrag, aus dem er die Auflassung schuldet, einen Anspruch gegen den K 1 haben. Da die Bedingungen des doppelt bedingten Kaufvertrages gemäß §§ 433 I, 464, 158 I BGB eingetreten sind, besteht nun zwischen EV und K 1 ein Kaufvertrag zu den Konditionen des Kaufvertrages zwischen EV und K 2 mit der Ausnahme der Höhe des Kaufpreises, die durch die Kaufpreisabrede zwischen K 1 und EV auf 6.000.000 € festgelegt wurde. EV hat demnach gegen K 1

einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gemäß § 433 II BGB. Der Kaufvertrag ist als Schuldverhältnis, bei dem die Verpflichtung zur Leistung von beiden Vertragsparteien nur um der Gegenleistung willen abgegeben wird³⁴ auch ein gegenseitiger Vertrag.

Eine Befreiung des K 1 von der Pflicht zur Kaufpreiszahlung an EV könnte jedoch dann vorliegen, wenn er den Kaufpreis gemäß § 1100 BGB dem K 2 zu erstatten hätte. K 2 ist, wie oben bereits geprüft, zwar neuer Eigentümer und Käufer in einer Person, § 1100 BGB findet jedoch nur auf das dingliche Vorkaufsrecht Anwendung. Dieses wurde zwar fälschlicherweise eingetragen, aber wie oben bereits geprüft, muss es in ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht samt Vormerkung umgedeutet werden. Folglich wird K 1 nicht durch § 1101 BGB von der Verpflichtung der Kaufpreiszahlung gegenüber EV frei. Ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB des EV besteht mithin.

IV. Endergebnis zu A

Folglich kann IV einen Anspruch gegen EV auf Auflassung an K 1 gemäß §§ 433 I, 464, 158 I BGB i. V. m. § 80 I InsO geltend machen. Aufgrund des Zurückbehaltungsrechts des EV gemäß § 320 ist der Anspruch nur Zugum-Zug gemäß § 322 BGB gegen Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 6.000.000 € an EV durchsetzbar.

B. Ansprüche auf Zustimmung zur Grundbucheintragung

IV kann von K 2 die Zustimmung zur Eintragung des K 1 in das Grundbuch verlangen, wenn K 1 ein solcher Anspruch gegen K 2 zusteht.

I. Anspruch aus § 894 BGB

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 894 BGB ergeben. Dafür müsste das Grundbuch zunächst unrichtig sein. Der Inhalt des Grundbuchs müsste mit der materiellen Rechtslage im Widerspruch stehen.³⁵ Das ist unter anderem dann der Fall, wenn ein falscher Berechtigter eingetragen ist.³⁶ Dies könnte wegen der Eintragung des K 2 als Eigentümer der Fall sein. Wie oben bereits geprüft, ist die Eintragung des K 2 als Eigentümer K 1 gegenüber aufgrund seiner Vormerkung unwirksam. Allerdings gilt die Eintragung lediglich in dem Verhältnis zwischen K 1 und K 2 als unwirksam.³⁷ Allen anderen,

³⁴ Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, vor § 320 Rn. 5.

³⁵ Karl-Heinz Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2008, § 894 Rn. 19.

³⁶ Ulrich Krause, in: Anwaltskommentar BGB, 2005, § 894 Rn. 16.

³⁷ Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 2.

insbesondere EV gegenüber, ist K 2 jedoch Eigentümer geworden. Das Grundbuch entspricht deshalb der materiellen Rechtslage und ist nicht unrichtig. Ein Anspruch auf Zustimmung zur Grundberichtigung aus § 894 BGB gegen K 2 besteht nicht.

II. Anspruch aus § 888 BGB

Es könnte ein Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung des K 1 aus § 888 BGB bestehen.

1. Anspruch entstanden

Der Anspruch könnte entstanden sein. Dies setzt eine vormerkungswidrige Verfügung voraus und dass die Einwilligung des Anspruchsgegners gemäß § 19 GBO zur Eintragung des durch die Vormerkung gesicherten Rechts erforderlich ist.³⁸ Aufgrund der Vormerkung, die durch die Umdeutung ex tunc entstanden ist, ist die Verfügung in Form der Übereignung an K 2 dem K 1 gegenüber unwirksam, da sie seinen durch die Vormerkung gesicherten Anspruch auf Übereignung des Grundstücks vereiteln würde. Auch ist die Zustimmung des K 2 gemäß § 19 GBO erforderlich, da er, wie oben geprüft, der neue Eigentümer ist. Da er somit der neue Verfügungsberechtigte an dem Grundstück ist, würde sein Recht durch die Eintragung des K 1 betroffen. Die Eintragung kann mithin nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden. Der Anspruch ist somit entstanden.

2. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste durchsetzbar sein. Der Durchsetzbarkeit könnten Zurückbehaltungsrechte des K 2 entgegenstehen. Ein Zurückbehaltungsrecht gegen Zahlung des Kaufpreises gemäß § 1100 BGB scheidet aus, da die Norm, wie oben bereits festgestellt, nur auf das dingliche Vorkaufsrecht Anwendung findet. Der Kaufpreis ist des Weiteren nicht als Verwendung i. S. d. §§ 994, 996 BGB anzusehen.³⁹ Andere Erstattungsansprüche gegen K 1 bezüglich des Kaufpreises kommen nicht in Betracht. K 2 kann zwar den Kaufpreis somit nicht von K 1 ersetzt verlangen. Er kann sich jedoch auf das Zurückbehaltungsrecht des EV gemäß § 320 BGB berufen und die Zustimmung verweigern, bis der Kaufpreis an EV ausgezahlt ist.⁴⁰

Zurückbehaltungsrechte könnten K 2 gegen K 1 hingegen bezüglich der von K 2 getätigten Aufwendungen auf das Grundstück in Höhe von insgesamt 100.000 € in Form der Neueindeckung des Daches und der Modernisierung der Telekommunikations- und Elektroanlagen zustehen.

Dafür müsste K 2 einen Gegenanspruch auf Ersatz dieser Kosten gegen K 1 geltend machen können.

a) Gegenansprüche bezüglich der Kosten für die Reparatur des Daches

K 2 könnte dem Anspruch des K 1 zunächst Gegenansprüche auf Ersatz der Kosten für die Instandsetzung des Daches i. H. v. 80.000 € entgegen halten.

aa) Aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 683, 677, 670 BGB

Ein Gegenanspruch, um ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen, könnte sich aus der echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 683, 677, 670 BGB ergeben.

Zunächst müsste in der vorgenommenen Arbeit eine fremde Geschäftsbesorgung zu sehen sein. Eine Geschäftsbesorgung ist jedes rechtliche oder tatsächliche Handeln.⁴¹ Fremd ist sie dann, wenn sie dem Interessenkreis eines anderen zugeordnet werden kann.⁴² Die Reparatur des Daches, die K 2 vornehmen lässt, ist eine Geschäftsbesorgung. Diskutabel ist schon die Frage, ob diese Geschäftsbesorgung fremd war. Sie kommt zwar objektiv K 1 zugute, allerdings war K 2 noch Eigentümer des Grundstücks, als er die Geschäftsbesorgung tätigte. Allerdings scheitert ein solcher Anspruch zumindest am Fehlen eines Fremdgeschäftsführungswillens. Aus § 687 I BGB ergibt sich, dass die Vorschriften der §§ 677–686 BGB keine Anwendung finden, wenn der Geschäftsführer das Geschäft in der Vorstellung tätigt, dass es sein eigenes sei. Aufgrund der Insolvenz des K 1 ging K 2 davon aus, dass K 1 sein Vorkaufsrecht nicht ausüben würde. Er vertraute vielmehr auf den Fortbestand seines Eigentums an dem Grundstück. Somit besorgte er das Geschäft, das sich als Aufwendung darstellt, im Glauben, es sei sein eigenes. Ein Gegenanspruch auf Ersatz der Reparaturkosten des Daches aus §§ 683, 677, 670 BGB ist folglich ausgeschlossen.

bb) Aus Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gemäß § 994 BGB

Ein Gegenanspruch auf Ersatz der 80.000 € Reparaturkosten könnte sich aus § 994 BGB ergeben. Ein solcher Verwendungsersatzanspruch ist jedoch nur dann denkbar, wenn die Verwendungen, sofern es sich um welche handelt, in einer Vindikationslage entstanden wären.⁴³ Dafür hätte zur Zeit der Entstehung der von K 2 geltend gemachten Kosten ein Herausgabeanspruch gemäß §§ 985, 986 BGB des K 1 gegen den K 2 bestehen müssen.⁴⁴ Die erste Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist

³⁸ Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 19.

³⁹ Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 994 Rn. 10.

⁴⁰ Arndt Lorenz, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 888 Rn. 8; Karl-Heinz Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2008, § 888 Rn. 52; Othmar Jauernig, in: ders., BGB, 14. Aufl. 2010, § 888 Rn. 3.

⁴¹ Dirk Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. 2010, § 41 Rn. 840.

⁴² Dirk Looschelders, SchuldR BT, 6. Aufl. 2010, § 41 Rn. 842.

⁴³ Manfred Wolf, Sachenrecht, 21. Aufl. 2005, § 11 Rn. 241.

⁴⁴ Manfred Wolf, SachenR, 21. Aufl. 2005, § 10 Rn. 218.

die Eigentümerposition des Anspruchstellers⁴⁵, in diesem Fall die Eigentümerstellung des K 1. Wie oben bereits geprüft, erwarb K 2 am 01.06.2011 das Eigentum an dem Grundstück. Die Kosten entstanden im Januar 2012 zu einer Zeit, in der sich das Grundstück noch im Eigentum des K 2 befand. K 1 hatte zu dieser Zeit keine Eigentumsposition an dem Grundstück inne und konnte zur Zeit der Verwendungen mithin keinen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB geltend machen.

Auch § 994 i. V. m. § 999 II BGB ist diesbezüglich als Anspruchsgrundlage nicht einschlägig, da auch danach nur Verwendungen zu ersetzen sind, die in einer zuvor bestehenden Vindikationslage dem vorherigen Eigentümer gegenüber entstanden sind und die sich der neue Eigentümer dann entgegenhalten lassen muss.⁴⁶ Die Investitionen des K 2 wurden jedoch nicht in einer Vindikationslage aufgebracht. Der § 994 BGB ist somit nicht direkt anwendbar. Eine Anwendung über § 292 II BGB scheidet auch aus, da zur Zeit der Aufwendungen keine Rechtshängigkeit bestand. Eine analoge Anwendung kommt nur dann in Betracht, wenn eine planwidrige Regelungslücke besteht.⁴⁷ Dies ist aber schon dann zu bezweifeln, wenn das BGB andere Verwendungsersatzansprüche in diesem Fall zuließe, die eine solche Lücke schließen könnten. Folglich sind zunächst weitere in Betracht kommende Gegenansprüche zu prüfen.

cc) Aus Bereicherungsrecht

Ferner kommen Gegenansprüche aus dem Recht über die ungerechtfertigte Bereicherung in Betracht.

(1) Aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB

Eine Anspruch aus der allgemeinen Leistungskondiktion gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB auf Ersatz der Kosten für die Reparatur des Daches setzt eine Leistung voraus. K 1 könnte zwar um ersparte Aufwendungen bereichert sein, denn zur Vornahme der Reparatur des Daches wäre er im Rahmen des Miet-/Pachtvertrages, in den er, entsprechend der Vereinbarung zwischen K 1 und EV, ab Ausübung des Vorkaufsrechts eintreten sollte, P gegenüber verpflichtet. Unter der Leistung i. S. d. § 812 I 1 Alt. 1 BGB versteht man jedoch die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.⁴⁸ K 2 konnte zu der Zeit, zu der ihm die Kosten der Reparatur entstanden, nicht damit rechnen, dass seine Aufwendungen K 1 zu gute kommen würden. Er mehrte das Vermögen des K 1 mithin nicht bewusst, geschweige denn zweckgerichtet.

(2) Aus spezieller Verwendungskondition gemäß §§ 951, 812 I 1 Alt. 2 BGB

Ein Bereicherungsanspruch auf Ersatz der Verwendungen aus §§ 951, 812 I 1 Alt. 2 BGB scheitert am fehlenden Rechtsverlust i. S. d. § 946 BGB. Das Grundstück befand sich zur Zeit der Vornahme der Reparaturarbeiten im Eigentum des K 2.⁴⁹ Folglich konnte K 2 durch die Verbindung seiner Arbeitsmaterialien mit dem in seinem Eigentum befindlichen Grundstück keinen Rechtsverlust erleiden.

(3) Aus Verwendungskondition gemäß § 812 I 1 Alt. 2 BGB

Fraglich ist weiterhin, ob er den Aufwendungsersatz aus Verwendungskondition gemäß § 812 I 1 Alt. 2 BGB geltend machen kann. Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass der Anspruchsteller Verwendungen auf eine ihm fremde Sache getätigt hat.⁵⁰ Zu dem Zeitpunkt, in dem K 2 die Kosten für die Reparatur entstanden, war er selbst Eigentümer des Grundstücks. Somit war die Sache nicht fremd, und ein Anspruch aus Verwendungskondition die Reparaturkosten betreffend scheidet aus.

dd) Gegenanspruch aus Eigentümer-Besitzer-Verhältnis analog

Da keine weiteren Gegenansprüche in Betracht kommen, könnte schließlich alleine eine analoge Anwendung der §§ 994 ff. BGB zu einem Verwendungsersatzanspruch führen.

(1) Analoge Anwendung

Eine analoge Anwendung des § 994 BGB ist teilweise von der Rechtsprechung abgelehnt worden.⁵¹ Das Verhältnis zwischen Vormerkungsberechtigtem und vormerkungswidrig eingetragenen Eigentümer sei schon deshalb mit dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht gleichzusetzen, weil die Eintragung einer Vormerkung nicht zu einer Eigentümerstellung erstarkt.⁵² Die Vormerkung sichere lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch, und Zurückbehaltungsrechte könnten demnach nur innerhalb der bestehenden Schuldverhältnisse zwischen Vormerkungsberechtigtem und Vormerkungsschuldner sowie zwischen Vormerkungsschuldner und vormerkungswidrig eingetragenen Eigentümer geltend gemacht werden.⁵³ Folgt man dieser Überlegung, dann wäre eine Regelungslücke, sofern sie denn überhaupt angenommen werden könnte, zumindest nicht planwidrig, da die Regeln über die einzelnen bestehenden Schuldverhältnisse abschließenden Charakter hätten.

⁴⁵ Manfred Wolf, SachenR, 21. Aufl. 2005, § 10 Rn. 218.

⁴⁶ Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 999 Rn. 14.

⁴⁷ Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 144.

⁴⁸ Hartwig Sprau, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 812 Rn. 3.

⁴⁹ Jürgen Kohler, Verwendungsersatzansprüche des Zwischenerwerbers gegen den Vormerkungsgeschützten, NJW 1984, S. 2849 (2856).

⁵⁰ Guido Toussaint, in: juris Praxis Kommentar BGB, 14. Aufl. 2010, § 812 Rn. 97.

⁵¹ OLG Hamburg vom 02.10.1961, NJW 1961, 2350 (2350).

⁵² OLG Hamburg vom 02.10.1961, NJW 1961, 2350 (2351).

⁵³ OLG Hamburg vom 02.10.1961, NJW 1961, 2350 (2351).

Diese Ansicht wird jedoch mittlerweile weitestgehend abgelehnt.⁵⁴ Es nicht ersichtlich, weshalb derjenige Besitzer, der sogar Eigentümer geworden ist, für Verwendungen im Gegensatz zum nicht berechtigten Besitzer keinen Ersatz verlangen können soll, obwohl er die weitaus stärkere Rechtsposition innehatte.⁵⁵ Ein solches Ergebnis würde zu einem Wertungswiderspruch führen und wäre insofern nicht zufriedenstellend.⁵⁶ Da die Vorschriften der §§ 994–1003 BGB für den nichtberechtigten Besitzer gelten, müssen sie daher nach herrschender Meinung erst recht zu Gunsten des vorübergehenden Eigentümers gelten.⁵⁷ Für die vergleichbare Interessenlage wird auf die dingliche Wirkung verwiesen, die einer Auflassungsvormerkung zukommt.⁵⁸ Außerdem sprächen die Wesensverwandtschaft zwischen § 888 BGB und § 894 BGB mit der Nähe zu § 985 BGB und die systematische Stellung der §§ 994–996 BGB für eine Geltung auch im Immobiliarsachenrecht.⁵⁹ Aus diesen Gründen sind die Interessenlagen vergleichbar. Folglich sprechen gewichtige systematische und teleologische Gründe für eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Verwendungsersatz im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Daher ist diese mittlerweile auch in der Rechtsprechung weitestgehend vertretene Ansicht⁶⁰ vorzugswürdig. Danach ist eine analoge Anwendung im vorliegenden Fall möglich und geboten.

(2) Notwendige Verwendungen

Ein Verwendungsersatzanspruch könnte sich jedoch lediglich dann aus § 994 BGB analog ergeben, wenn es sich bei den getätigten Aufwendungen um notwendige Verwendungen handelte. Die Definition von Verwendungen ist durchaus umstritten. Die Rechtsprechung sieht lediglich in denjenigen Maßnahmen Verwendungen, die darauf abzielen, den Bestand der Sache zu erhalten, wiederherzustellen oder deren Zustand zu verbessern⁶¹, während die Literatur den Verwendungsbegriff weiter fasst und alle Vermögensaufwendungen als Verwendungen ansieht, die einer Sache zugute kommen sollen.⁶² Die Kosten für die Reparatur des Daches sind nach beiden Definitionen als Verwendungen zu verstehen. Sie wirken sich auch nicht sachändernd auf das Grundstück aus,

weshalb sie grundsätzlich unter den Verwendungsbegriff des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses fallen.⁶³

Notwendig sind Verwendungen, wenn sie aus objektiver Sicht dem Erhalt der Substanz einer Sache oder deren Nutzbarkeit dienen oder zumindest zu dienen bestimmt sind. Die Reparatur des Daches diene dem Erhalt der Nutzbarkeit des Hotels und war mithin objektiv notwendig. Für die Kosten ist dementsprechend nach § 994 BGB analog Ersatz zu verlangen.

Fraglich bleibt jedoch weiterhin, ob K 2 die Reparatur des Daches als notwendige Aufwendung gemäß § 994 I BGB analog oder gemäß § 994 II BGB ersetzt verlangen kann.

(3) Bösgläubigkeit

Zur Beantwortung dieser Frage ist zu prüfen, ob sich K 2 bei Entstehung der notwendigen Verwendungen in gutem oder im bösen Glauben befand, da § 990 BGB im Rahmen des § 994 BGB analog entsprechende Anwendung finden muss.

Eine Meinung will eine Bösgläubigkeit des Zwischenerwerbers erst bei Ausübung des Vorkaufsrechts bejahen. Für diese Betrachtungsweise spräche, dass der Zwischenerwerber nicht bösgläubig in Bezug auf seinen Besitz sein kann, solange noch kein Herausgabeanspruch des Vorkaufsberechtigten gegen ihn entstanden ist.⁶⁴ Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass sich die Frage nach dem guten Glauben des Zwischenerwerbers auch schon vor Entstehung des Herausgabeanspruchs stellt, da er die Sache nicht im Vertrauen auf eine Besitzberechtigung, sondern als Eigenbesitzer besitzt.⁶⁵ Es bleibt daher fraglich, ob er einem gutgläubigen, nicht verklagten Besitzer gleichgestellt werden soll, also bleibt die Frage nach der Schutzwürdigkeit des Zwischenerwerbers.⁶⁶

Auch kann nicht auf seinen Glauben auf ein Besitzrecht gegenüber dem Verkäufer abgestellt werden, da nur auf das Verhältnis zwischen Vormerkungsberechtigtem und Zwischenerwerber abgestellt werden kann.⁶⁷

Die Gegenmeinung stellt dagegen auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme von dem Vorkaufsrecht ab.

(a) Grundsatz

Die Rechtsprechung geht von der Bösgläubigkeit regelmäßig schon von dem Zeitpunkt an aus, an dem der Dritte, in diesem Fall also der K 2, von dem Bestehen eines dinglich durch Vormerkung gesicherten Vorkaufsrechts

54 Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 45.

55 Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 45.

56 Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 45.

57 Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 45.

58 BGH vom 05.10.1979, WM 1980, 167 (168).

59 Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 46.

60 BGH vom 05.10.1979, WM 1980, 167 (167); BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (763).

61 Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 994 Rn. 4.

62 Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 994 Rn. 5.

63 Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 994 Rn. 11.

64 BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764).

65 BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764).

66 BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764).

67 BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764).

erfährt.⁶⁸ Vorliegend erfährt K 2 noch vor Abschluss des Kaufvertrages mit EV von dem Vorkaufsrecht des K 1. Dass es sich um eine falsche Eintragung handelt, wäre unschädlich, da sich die Wirkung des durch Vormerkung gesicherten Vorkaufsrechts nicht von der Wirkung des dinglichen Vorkaufsrechts unterscheidet, und K 2 durch seine Kenntnisnahme folglich vorgewarnt ist.

Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze wären mithin auf diesen Fall anwendbar und K 2 hätte die Verwendungen nach der in § 990 BGB bestimmten Haftung getätigt. Für notwendige Verwendungen könnte er folglich nur unter den Voraussetzungen des § 994 II BGB Ersatz verlangen. Auch die Literatur schließt sich der Rechtsprechung verbreitet an, mit der Begründung, dass der Zwischenerwerber durch die Eintragung bereits genügend vor der Möglichkeit des Eigentumsverlusts gewarnt sei.⁶⁹

(b) Einschränkung

Das grundsätzliche Abstellen auf den Zeitpunkt der Kenntnis vom Vorkaufsrecht wird zum Teil insofern eingeschränkt, als dass zusätzlich auf die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Zwischenerwerbers auf den Fortbestand seiner Eigentümerstellung abgestellt wird. Dieser ist nur dann schutzwürdig, wenn sich das Vertrauen auf besondere Umstände stützt.⁷⁰ Abzustellen wäre danach auf den Wahrscheinlichkeitsgrad mit dem der Zwischenerwerber mit dem Eintritt des vorgemerkten Rechts rechnen musste.⁷¹ Somit wäre für die Beantwortung der Frage nach Gut- oder Bösgläubigkeit entscheidend, ob ganz besondere Umstände den Glauben des K 2 rechtfertigten, der Vormerkungsschutz werde nicht zum Tragen kommen.⁷²

Im vorliegenden Fall stützte sich das Vertrauen des K 2 auf den Fortbestand seiner Eigentümerstellung auf den besonderen Umstand der Insolvenz des K 1, die K 2 bekannt war. Darüber hinaus war dem K 2 bekannt, dass K 1 das Grundstück durch Ausübung seines Vorkaufsrechts nur zu einem Preis von 6.000.000 € erwerben können, der weit über dem Marktwert des Grundstücks von 5.000.000 € lag. Dass aus der Insolvenz heraus ein solches Verlustgeschäft vorgenommen werden würde, war aus Sicht des K 2 unwahrscheinlich. Die Verlegung der Olympischen Sommerspiele 2016 in den Einzugsbereich des Hotels und insbesondere die Abhaltung der damit zusammenhängenden Regatten in direkter Nähe des Hotels, die am 27.02.2012 für das Jahr 2016 bekannt ge-

geben wurden, machten eine Finanzierung des von K 1 geplanten Projektes durch Investoren wiederum wahrscheinlicher, da sie möglicherweise eine Wertsteigerung mit sich bringen würden.

Die Verwendungen tätigte K 2 jedoch schon vor dieser Bekanntgabe, da er für die Reparaturen eine Betriebspause nutzte, die am 01.03.2012 endete, zu dem die Arbeiten abgeschlossen sein mussten. Da diese Ankündigung des Olympischen Komitees zudem vollkommen überraschend erfolgte, wurde das Vertrauen in den Eigentumsfortbestand zur Zeit der Verwendungen dadurch nicht geschmälert. Auch die Ergebnisse der Marktforschung des „Deutschen Tourismusverbands,“ die gleichfalls Ende Februar bekannt gegeben wurden, wirkten sich nicht auf das Vertrauen des K 2 in die Nichtausübung des Vorkaufsrechts aus, da die Reparaturarbeiten zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen waren.

(c) Ergebnis

Die ganz herrschende Meinung lässt mittlerweile das alleinige Wissen von der Vormerkung auch eines bedingten Anspruches für die Bösgläubigkeit genügen.⁷³ Herangezogen wird hierfür auch der Rechtsgedanke des § 142 II BGB, wonach sich der von der Anfechtbarkeit eines Vertrages Wissende so behandeln lassen muss, als wenn der Vertrag von Anfang an nichtig gewesen wäre.⁷⁴ Überträgt man diesen Rechtsgedanken auf den vorliegenden Fall, muss sich auch K 2 so behandeln lassen, als hätte er von Anfang an von der Ausübung des Vorkaufsrechts gewusst. Für diese Betrachtungsweise spricht im vorliegenden Fall auch, dass die erste Bedingung des Vorkaufsrechts zum Zeitpunkt, in dem die Verwendungen entstanden sind, bereits eingetreten ist. Das Vorkaufsrecht war somit bereits entstanden und lediglich von der Ausübung durch den K 1 abhängig. Mithin ist die Vorstellung des K 2, K 1 bzw. IV werde aufgrund der Insolvenz ein solches unprofitables Geschäft nicht vornehmen, nicht genug, einen guten Glauben des K 2 zu begründen. Die Verwendungen entstanden somit nach Eintritt der in § 990 bestimmten Haftung, und K 2 kann Ersatz lediglich über § 994 II BGB analog verlangen.

(4) Verweisung auf GoA

Gemäß § 994 II BGB bestimmt sich eine Ersatzpflicht notwendiger Verwendungen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Dabei handelt es sich um eine partielle Rechtsgrundverweisung, wobei lediglich das Erfordernis des Fremdgeschäftsführungswillens ausgeschlossen wird, da dieser im Rahmen des § 994

⁶⁸ BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764); BGH vom 19.05.2000, WM 2000, 1550 (1552).

⁶⁹ Peter Bassenge, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 888 Rn. 8; Herbert Grziwotz, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1098 Rn. 9.

⁷⁰ BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764).

⁷¹ Andreas Wacke, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 888 Rn. 17.

⁷² Jürgen Kohler, NJW 1984, S. 2847 (2854).

⁷³ Johannes Hager, Die Vormerkung, JuS 1990, S. 429 (436); Harry Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann, SachenR, 8. Aufl. 2011, § 82 Rn. 36.

⁷⁴ Jürgen Kohler, NJW 1984, S. 2849 (2854).

BGB nie gegeben sein wird und der Anspruch insofern keinerlei praktische Relevanz hätte.⁷⁵

(a) Fremde Geschäftsbesorgung

Im Rahmen der analogen Anwendung der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auf den Fall der Vormerkung muss auch die Geschäftsführung i. S. d. Aufbringens von Verwendungen als fremd gelten, auch wenn sie im Moment der Vornahme einer im Eigenbesitz des Verwendenden Tätigenden befindlichen Sache zugute kamen. Die Vormerkung bewirkt gerade, dass der Zwischenerwerber objektiv wirksam das Eigentum erwirbt und seine Eigentümerstellung lediglich dem Vormerkungsberechtigten gegenüber relativ unwirksam ist.⁷⁶ In solchen Fällen werden Verwendungen immer objektiv zunächst eigenen bzw. nicht fremden Sachen zugute kommen. Ein Anspruch aus § 994 II BGB wäre dann grundsätzlich ausgeschlossen, woran aber nicht festgehalten werden kann, wenn man sich mit der herrschenden Meinung für eine analoge Anwendung der Regeln über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis entscheidet. Es ist also von einer fremden Geschäftsbesorgung auszugehen.

(b) Ohne Auftrag oder Berechtigung

K 2 handelte außerdem ohne Auftrag und war im Verhältnis zu K 1 auch nicht zur Vornahme der Geschäftsbesorgung berechtigt.

(c) Voraussetzung des § 683 BGB

Ferner müsste die Geschäftsführung gemäß § 683 BGB im objektiven Interesse des K 1 gewesen sein und seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprochen haben. Die Reparatur des Daches war zumindest im objektiven Interesse des K 1, da K 2 dadurch einer Wertminderung des Gebäudes vorbeugte. Fraglich ist jedoch, ob die Geschäftsführung auch dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des K 1 entsprach.

IV äußerte K 2 gegenüber, dass an den Verwendungen kein Interesse bestünde, da K 1 das auf dem Grundstück befindliche Hotel abzureißen gedenke. Maßgeblich ist jedoch allein der Zeitpunkt, zu welchem die Geschäftsbesorgung durchgeführt wurde. Die Geschäftsbesorgung liegt zeitlich vor dieser Erklärung. Allerdings äußerte K 1 dem EV gegenüber schon während der Vertragsverhandlungen ausdrücklich den Willen, das Hotel so bald wie möglich abreißen zu lassen. Die kostspieligen, auf Werterhalt des Gebäudes gerichteten Verwendungen entsprachen demnach nicht seinem wirklichen Willen. Es ist diesbezüglich auch unschädlich, dass K 2 diese ausdrückliche Willensäußerung nicht bekannt war, da der

Wille des Geschäftsherrn auch ohne Kenntnis des Geschäftsführers gegen diesen wirkt.⁷⁷

Der entgegenstehende Wille des K 1 war auch nicht nach § 679 BGB unbeachtlich, und K 1 hat die Geschäftsbesorgung nicht gemäß § 684 S. 2 genehmigt.

(d) Verweisung durch § 684 S. 1 BGB

Die herrschende Meinung sieht jedoch in der Verweisung des § 994 II BGB auch eine Verweisung auf § 684 S. 1 BGB. Insofern ist der Geschäftsherr dem Geschäftsführer trotz seines entgegenstehenden Willens zur Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten nach Maßgabe der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet. Bei dieser Verweisung handelt es sich nach herrschender Meinung um eine Rechtsfolgenverweisung, wonach lediglich der § 818 BGB ausschlaggebend ist, und die Voraussetzungen der §§ 812 ff. BGB nicht zu prüfen sind.⁷⁸

(e) Rechtsfolge gemäß § 818 BGB

Gemäß § 818 I BGB ist das Erlangte herauszugeben. K 1 erspart die auf Werterhalt der Immobilie gerichteten Aufwendungen, die er im Rahmen des Miet-/Pachtvertrages mit P anderenfalls selbst hätte aufbringen müssen. Die von K 2 getätigten Verwendungen können jedoch wegen ihrer Beschaffenheit nicht herausgegeben werden, weshalb K 1 nur Wertersatz gemäß § 818 II BGB schulden könnte. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass K 1 kein Interesse an den aufgebrachten Verwendungen bekundete. Dabei handelt es sich um das Problem der sog. aufgedrängten Bereicherung. Da K 1 das Gebäude abreißen lassen wollte, legt er keinen Wert auf die von K 2 durchgeführten Reparaturmaßnahmen.

Teilweise wird versucht, dieses Problem über einen Gegenanspruch auf Beseitigung des Verwendungserfolges zu lösen.⁷⁹ Wenn ein solcher Anspruch aus schadensersatzrechtlichen Vorschriften i. V. m. § 249 I BGB oder aus § 1004 BGB dem Anspruch auf Wertersatz entgegensteht, soll er dauerhaft seine Durchsetzbarkeit vereiteln.⁸⁰ Allerdings wird die Reparatur des Daches weder als Schaden i. S. d. § 249 I BGB noch als Beeinträchtigung des Eigentums i. S. d. § 1004 BGB anzusehen sein.

Aus diesem Grund sind noch weitere Wege entwickelt worden, den Anspruchsgegner vor dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen zu schützen, an denen er keinerlei Interesse hatte. So wird zum einen auf den subjektiven Wert der Bereicherung für den Anspruchsgegner

⁷⁵ Harry Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann, SachenR, 8. Aufl. 2011, § 32 Rn. 15.

⁷⁶ Jürgen Kohler, NJW 1984, S. 2849 (2854).

⁷⁷ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 32. Aufl. 2007, § 35 Rn. 24.

⁷⁸ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 32. Aufl. 2007, § 35 Rn. 55.

⁷⁹ Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, § 34 Rn. 899.

⁸⁰ Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, § 34 Rn. 899.

im Rahmen des § 818 II BGB abgestellt.⁸¹ Zum anderen wird § 818 III BGB analog auch für die Fälle, in denen das Erlangte dem Empfänger von Anfang an keinen Nutzen bringt, herangezogen.⁸² Auf die Realisierung des Werterhaltes kann es im vorliegenden Fall dagegen nicht ankommen, da K 1 das Eigentum am Grundstück und den darauf entstandenen Verwendungen noch nicht erlangt hat.

Wo die Frage behandelt wird, ist für den vorliegenden Fall letztlich nicht entscheidend, da sich für den Fall keine Unterschiede aus den unterschiedlichen Herangehensweisen ergeben. In beiden Fällen kann K 2 keinen Ersatz für die Aufwendungen verlangen, da K 1 in den Verwendungen subjektiv keinen Nutzen sieht.

Ein anderes Ergebnis kann sich jedoch aus einer differenzierenden Lösung ergeben, die dem gutgläubig Verwendenden stets und dem bösgläubig Verwendenden nur dann den Ersatzanspruch zuerkennen will, wenn dem Anspruchsgegner eine Realisierung der Bereicherung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB zuzumuten ist.⁸³ Im vorliegenden Fall erscheint es unbillig, einen Verwendungsersatzanspruch des K 2 scheitern zu lassen. Der K 1 muss ab Eigentumsübergang die Pflichten des Vermieters gegenüber P noch bis zum 31.12.2013 erfüllen, was Reparaturen wie die von K 2 vorgenommene, beinhaltet. K 1 hätte die Reparatur selbst in dieser oder ähnlicher Weise vornehmen müssen, und hätte sonst zumindest mit Mietminderung gemäß § 536 BGB rechnen müssen. Diese Kosten bleiben K 1 erspart. Diesen Vermögensvorteil wird K 1 höchst wahrscheinlich realisieren, die Realisierung ist ihm zumindest zuzumuten. Schließlich muss auch unbeachtet bleiben, dass K 2 das Dach mit einer prognostizierten Wirkung für zehn weitere Jahre gedeckt hat und eine lediglich provisorische Behebung des Schadens eher K 1 Interesse entsprochen hätte. K 2 wäre nicht zuzumuten gewesen, das Dach nur provisorisch zu decken und das Risiko der Entstehung baldiger Nachbesserungskosten auf sich zu nehmen. Auch hätte man nicht von ihm verlangen können, bis zum Ablauf der Ausübungsfrist des Vorkaufsrechts mit den Reparaturen zu warten, da der Mietvertrag mit P ihn zu der Vornahme der Arbeiten verpflichtete. Es wäre mit Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nicht zu vereinbaren, K 2 mit diesen notwendigen Kosten zu belasten und K 1 vor dem Ersatzanspruch zu schützen, da diese Kosten auch ihm selbst entstanden wären, wenn K 2 sie nicht vorgenommen hätte. Diese Lösung ist vorzugswürdig, da auf die einzelnen Gegebenheiten des Sachverhaltes Rücksicht genommen werden kann. Der Einwand des

IV, der K 1 hätte an den Verwendungen aufgrund seines Abrissvorhabens keinerlei Interesse, hat daher letztendlich keine Auswirkungen.

(5) Ausschluss gemäß § 994 I 2 BGB

Schlussendlich ist der Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verwendungen auch nicht durch § 994 I 2 BGB beschränkt. Bei der Reparatur des Daches handelt es sich nicht um alltäglich wiederkehrende Kosten, die nach dem regelmäßigen Verlauf der Benutzung anfallen.⁸⁴ Das Instandhalten des Daches ist vielmehr dem Zufall unterworfen und wird von zufälligen Naturereignissen wie Stürmen beeinflusst. Außerdem hält eine Dachdeckung im Regelfall für eine längere Zeit vor. Daher handelt es sich nicht um gewöhnliche Erhaltungskosten, um die der Verwendungsersatzanspruch gemäß § 994 I 2 gemindert sein könnte.

ee) Gegenanspruch aus spezieller Verwendungskondition analog

Schließlich ist ein Anspruch aus den §§ 951, 812 I 1 Alt. 2 BGB mit analoger Anwendung des § 946 BGB denkbar, um einen Verwendungsersatzanspruch herzuleiten. Umstritten ist nämlich, ob der § 946 BGB auch auf den Fall angewendet werden kann, dass bewegliche Sachen mit dem eigenen Grundstück verbunden werden, an dem das Eigentum erst im Nachhinein verloren geht.⁸⁵ Zudem würde sich die Frage stellen, ob die Verwendungskondition trotz der Sperrung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses grundsätzlich anwendbar wäre. Dies wird von großen Teilen der Literatur kategorisch abgelehnt.⁸⁶ Doch von anderen Stimmen in der Literatur wird die Verwendungskondition für anwendbar erklärt neben dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.⁸⁷ Diese Fragen können jedoch dann unbeantwortet bleiben, wenn sich auch bei analoger Anwendung kein Anspruch ergäbe.

K 1 erspart Aufwendungen in Höhe der von K 2 aufgebrauchten Verwendungen. Bei einer analogen Anwendung soll zudem unschädlich sein, dass der Rechtsverlust auf Seiten des K 2 noch nicht durch die Verbindung eingetreten ist. Ein solcher Anspruch scheidet jedoch spätestens an der Unmittelbarkeit, mit der das Etwas erlangt werden muss. Die Vermögensmehrung tritt nur über den Umweg über das Vermögen des EV bei K 1 ein und nicht in dem Verhältnis zwischen K 1 und K 2. Da die Unmittelbarkeit nicht gegeben ist, scheidet ein Anspruch auf Verwendungsersatz gemäß § 951, 812 I 1 Alt. 2 BGB analog.

⁸⁴ Klaus Englert, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 6. Aufl. 2011, § 994 Rn. 3.

⁸⁵ Wolfgang Wiegand, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 946 Rn. 13.

⁸⁶ Karl-Heinz Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, vor §§ 994–1003 Rn. 43.

⁸⁷ Claus-Wilhelm Canaris, Das Verhältnis der §§ 994ff. BGB zur Aufwendungskondition nach § 812 BGB, JZ 1996, S. 344 (346).

⁸¹ Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2: Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, § 72 IV, S. 286.

⁸² Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, § 34 Rn. 899.

⁸³ Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 72 IV, S. 293.

ff) Zwischenergebnis

Im Hinblick auf die Kosten für die Reparatur des Daches steht K 2 ein Verwendungsersatzanspruch gemäß § 994 BGB analog zu.

b) Gegenansprüche bezüglich Telekommunikations- und Elektroanlage

Ansprüche auf Ersatz der Kosten für die Modernisierung der Telekommunikations- und Elektroanlage aus den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag und aus der direkten Anwendung der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis scheitern aus denselben Gründen wie die Ansprüche auf Ersatz der Reparaturkosten. Die Geschäftsführung geschah nicht mit Fremdgeschäftsführungswillen und eine Vindikationslage war zur Zeit der Entstehung der Aufwendungen nicht gegeben. Zudem sind auch Ansprüche aus direkter Anwendung des Bereicherungsrechts aus den oben genannten Gründen ausgeschlossen. Es lag keine Leistung des K 2 an K 1 vor, ein Rechtsverlust ist durch die Verbindung mit dem Grundstück noch nicht eingetreten und schließlich wurden die Verwendungen auch nicht auf eine im Zeitpunkt der Vornahme fremde Sache getätigt. Schließlich scheidet auch ein Verwendungsersatzanspruch aus spezieller Verwendungskondition in entsprechender Anwendung gemäß § 951, 812 I 1 Alt. 2 BGB analog an der Unmittelbarkeit der Vermögensmehrung.

aa) Aus §§ 994, 996 BGB analog

Ein Anspruch könnte sich somit lediglich aus analoger Anwendung der Vorschriften der §§ 994 ff. BGB ergeben. Wie oben bereits geprüft, sind die §§ 994 ff. BGB analog auf den Fall der Vormerkung anwendbar. Es ist fraglich, um welche Art von Verwendungen es sich bei den Modernisierungskosten handelt. Da eine intakte, wenn auch veraltete Elektro- und Telekommunikationsanlage vorhanden war, war die Modernisierung nicht auf den Erhalt der Nutzbarkeit, sondern lediglich auf deren Verbesserung gerichtet. Es handelte sich somit nicht um notwendige Verwendungen, sondern lediglich um nützliche. Es ist durchaus umstritten, ob die Werterhöhung, die nützliche Verwendungen nach sich ziehen müssen, um unter den § 996 BGB subsumiert zu werden, nach objektiven oder subjektiven Kriterien zu beurteilen ist.⁸⁸ Während die eine Meinung den Aufdrängungsschutz des Bereicherungsrechts auf den § 996 BGB übertragen will und die Werterhöhung subjektiv bemisst, lehnt eine andere Ansicht eine solche Übertragung ab und beurteilt die Werterhöhung weiterhin nach lediglich objektiven Aspekten.⁸⁹ Dieser Streit muss jedoch im vorliegenden Fall nicht entschieden werden, da ein Verwendungsersatzanspruch gemäß § 996 BGB aufgrund der Bösgläubigkeit des K 2 zum Zeitpunkt der Vornahme der Modernisierungsarbeiten von vornherein ausgeschlossen ist.

⁸⁸ Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 996 Rn. 6.

⁸⁹ Claus-Wilhelm Canaris, JZ 1996, S. 344 (349).

bb) Zwischenergebnis

Es bestehen keine Gegenansprüche des K 2 gegen den K 1 bezüglich der Verwendungen in Form der Modernisierung an der Elektro- und Telekommunikationsanlage im Wert von 20.000 €.

c) Zurückbehaltungsrecht

K 2 kann gegen K 1 somit lediglich einen Gegenanspruch auf Ersatz der Verwendungen für die Reparatur des Daches gemäß § 994 BGB analog geltend machen und diesen dem Anspruch des K 1 entgegenhalten. Fraglich ist, welches Zurückbehaltungsrecht dieser Anspruch gewährt.

aa) Aus § 273 II BGB

Teilweise wird bei analoger Anwendung des § 994 BGB der § 273 II BGB zur Herleitung eines Zurückbehaltungsrechtes herangezogen.⁹⁰ Gegen eine Anwendung des § 1000 BGB analog spräche danach, dass ein solches Zurückbehaltungsrecht nur einem Herausgabeanspruch gegenüber geltend gemacht werden kann⁹¹, worum es sich jedoch bei dem Anspruch auf Zustimmung zur Grundbucheintragung nicht handelt. Diesbezüglich sei die Norm eng zu verstehen wohingegen § 273 II BGB weit ausgelegt werden könne.⁹² Die Notwendigkeit der Fälligkeit bei § 273 II BGB wird mit dem Argument übergangen, dass hinsichtlich des Zustimmungsanspruchs ein Verwendungsersatzanspruch schon bei der darauf gerichteten Klage fällig wäre.⁹³

bb) Aus § 1000 BGB analog

Teilweise wird über die analoge Anwendung des § 994 BGB ein Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 BGB analog hergeleitet.⁹⁴ Vor allem in Ermangelung der Fälligkeit der Verwendungsersatzansprüche zur Zeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes gemäß § 1001 BGB wird dieser Ansicht nach auf § 1000 BGB analog abgestellt.⁹⁵ Zudem erscheine es wenig plausibel, bei einer analogen Anwendung des Vorschriftenkomplexes über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis den § 1000 BGB auszuklammern.⁹⁶

cc) Ergebnis

Die besseren Argumente sprechen wohl für eine Herleitung aus § 1000 BGB analog, wenngleich die Frage im vorliegenden Fall für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung ist. Ein Zurückbehaltungsrecht ergibt sich demnach aus § 1000 BGB analog.

⁹⁰ Kurt Schellhammer, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, 3. Aufl. 2009, Rn. 984.

⁹¹ BGH vom 05.10.1979, WM 1980, 167 (168).

⁹² BGH vom 05.10.1979, WM 1980, 167 (168).

⁹³ BGH vom 05.10.1979, WM 1980, 167 (168).

⁹⁴ Rolf Stürner, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 888 Rn. 4a.

⁹⁵ Karl-Heiz Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2008, § 888 Rn. 81.

⁹⁶ Karl-Heiz Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2008, § 888 Rn. 81.

3. Endergebnis

Der Anspruch auf Zustimmung zur Grundbucheintragung gegen K 2 ist entstanden. Ihm stehen jedoch ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB und eines aus § 1000 BGB analog entgegen. Der Anspruch ist folglich nur Zug-um-Zug gegen Zahlung des Kaufpreises an EV und gegen Zahlung des Verwendungersatzes i. H. v. 80.000 € an K 2 durchsetzbar.

IV. Endergebnis zu B.

IV kann einen Anspruch des K 1 gegen K 2 auf Zustimmung zur Eintragung des K 1 gemäß § 888 BGB geltend machen. K 2 kann dem Anspruch jedoch Zurückbehaltungsrechte aus § 320 BGB und § 1000 BGB analog entgegenhalten, bis K 1 den Kaufpreis an EV gezahlt und K 1 seine Verwendungen i. H. v. 80.000 € ersetzt hat.

Sophie Victoria Knebel*

Der Fall W.: Auskunftspflichten und Unterlassungsansprüche bei der Vorteilsannahme verdächtigtem Politiker

Die Fallhausarbeit aus dem Schwerpunktbereich „Information und Kommunikation“ behandelt grundlegende Probleme des Presserechts, die auch aus europäischer Perspektive betrachtet und in einen größeren Zusammenhang gebracht werden. Eine zentrale Rolle spielen Auskunftsansprüche der Presse sowie Grenzen der Wort- und Bildberichterstattung.

Sachverhalt

Walter Wobbel (W) ist ein in der Öffentlichkeit bisher eher wenig bekannter Abgeordneter im Deutschen Bundestag. Im Vorfeld anstehender Auswahlentscheidungen für den Wirtschaftsausschuss weckt er das Interesse der Redaktion der wirtschaftskritischen Zeitschrift „Harte Zeiten“ (Z). Zwei Journalisten der Z recherchieren umfassend im Umfeld des W. Sie erfahren aus verschiedenen Quellen, dass W sich mehrfach von verschiedenen Großunternehmen auf Auslandsreisen hat einladen lassen, gerne verknüpft mit Luxus-Bordell-Besuchen. Auch verbringt W seine Urlaube fast immer in Ferienhäusern bestimmter Manager, und zwar kostenlos auf Einladung. Nicht zuletzt hat er zur Unterstützung eines Hauswerbs einen außerordentlich günstigen Privatkredit über 500.000 € von einem seit der Schulzeit mit ihm befreundeten Vorstandsvorsitzenden eines Konzerns erhalten.

Der Chefredakteur von Z setzt sich daraufhin telefonisch mit W in Verbindung, berichtet ihm von den Recherche-

ergebnissen und kündigt die Veröffentlichung eines kritischen Artikels an, bittet aber zuvor um Stellungnahme. W, erneut auf einer Auslandsreise, ist empört. Er ruft den Chefredakteur sofort aus dem Ausland an, erreicht ihn aber nicht. In einem 15-minütigen Wutanfall spricht er ihm daraufhin auf die Mailbox, regt sich über die Recherchen in seinem privaten und beruflichen Umfeld auf und droht mit strafrechtlichen Konsequenzen. Am nächsten Tag erscheint in der Zeitschrift Z ein erster Artikel, der sowohl über die Rechercheergebnisse der Journalisten als auch über den Anruf des W berichtet und dies mit der Anmerkung verbindet, eine solche Person sei für Funktionen im Wirtschaftsausschuss ungeeignet. Nunmehr ist die volle Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit da.

Zahlreiche Journalisten beginnen zu recherchieren und überschütten den W per Mail mit Fragen zu den Urlaubsreisen, zum privaten Kredit, zu Bordellbesuchen und zum Zustand der Ehe des W, zur Herkunft seiner Bionni-Anzüge ebenso wie der Kleider seiner Frau und nicht zuletzt zum Inhalt der Äußerungen, die auf der Mailbox des Chefredakteurs von Z festgehalten sind. W ist durchaus bemüht, die Fragen zu beantworten, liest aber immer wieder neue Vorwürfe in den Zeitschriften.

Die Zeitschrift Z genießt aufgrund der Ereignisse selbst besondere Aufmerksamkeit. Sie veröffentlicht zunächst einen Artikel unter der Überschrift: „Die deutsche Sprache hat einen neuen Begriff – das Wobbeln!“, und erläutert im Text den Begriff wie folgt: „Wobbeln hat verschiedene Bedeutungen, nämlich: 1. einen Wutanfall auf die Mailbox sprechen; 2. etwas umsonst mitnehmen, wo dies irgendwie geht.“ Neben die zweite Begriffsdefinition platziert sie ein verfremdetes Foto des W. Das ursprüng-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer gekürzten, von Frau Prof. Dr. Marion Albers gestellten Schwerpunkt-bereichshausarbeit der Verfasserin, die im Wintersemester 2011/2012 in der Vorlesung „Verfassungs- und europarechtliche Grundlagen des Kommunikations- und Informationsrechts“ gestellt und mit „vollbefriedigend“ bewertet wurde.