

Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

Lösungshinweise zum 7. Besprechungsfall

I. Anspruch des G gegen M auf Herausgabe des bebauten Grundstücks in A-Stadt aus § 985 BGB

1. Eigentum des G an dem Grundstück

Ursprünglich war V Eigentümer des Grundstücks in A-Stadt. Eine Eigentumsübertragung von V an K nach §§ 873 I, 925 BGB hat nicht stattgefunden. Danach hat V dem G das Grundstück aufgelassen und G ist im Grundbuch eingetragen worden. Damit hat G nach §§ 873 I BGB Eigentum an dem Grundstück in A-Stadt von V erworben.

2. Besitz des M an dem Grundstück

M ist als Mieter unmittelbarer Besitzer des Grundstücks.

3. Recht des M zum Besitz nach § 986 I BGB?

a) Aus dem Mietvertrag?

Einen Mietvertrag hat M nicht mit G, sondern mit V geschlossen.

b) Aus dem Mietvertrag i.V.m. §§ 566, 578 II 1, I BGB?

G könnte in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis zwischen V und M nach § 566 I BGB kraft Gesetzes eingetreten sein. Voraussetzung ist zunächst, dass der Mietvertrag zwischen V und M wirksam zustande gekommen ist. Dies ist der Fall, insbesondere steht der Wirksamkeit nicht der nur mündliche Abschluss des Vertrages entgegen. Dadurch ist der Mietvertrag nicht formnichtig, sondern gilt nach §§ 578 II 1, I, 550 S. 1 BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen. § 566 BGB ist über § 578 II 1, I BGB auch auf Räume anwendbar, die wie hier die Arztpraxis keinen Wohnraum darstellen. Vermieter und Veräußerer des Grundstücks sind (in der Person des V) identisch. Das Grundstück ist an G veräußert worden, nachdem es dem M überlassen wurde.

Hinweis:

Entgegen dem unrichtigen Titel von § 566 BGB („Kauf bricht nicht Miete“) ist nicht der schuldrechtliche Vertrag mit dem Erwerber, sondern die Vollendung des dinglichen Erwerbs nach §§ 873 I, 925 BGB für die „Veräußerung“ iSv. § 566 I BGB maßgebend.

G ist als Erwerber des Grundstücks in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis zwischen V und M eingerückt. Grundsätzlich würde M daher ein Recht zum Besitz gegen G haben.

c) **Ausnahmsweise Unwirksamkeit des Übergangs des Mietverhältnisses nach §§ 566, 578 II 1, I BGB wegen der Sicherungswirkung der Vormerkung entsprechend § 883 II BGB?**

Der Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis an G könnte dem G gegenüber unwirksam sein, wenn die zugunsten des K eingetragene Vormerkung auf G übergegangen ist und die Vermietung des Grundstücks an M als eine vormerkungswidrige „Verfügung“ nach § 883 II BGB nicht dem G gegenüber wirkt. Da eine Vermietung als schuldrechtliches Rechtsgeschäft keine „Verfügung“ iS. eines Rechtsgeschäfts ist, das unmittelbar auf ein bestehendes Recht einwirkt, kommt nur eine entsprechende Anwendung von § 883 II BGB in Betracht.

aa) **Entsprechende Anwendbarkeit von § 883 II BGB auf den Übergang von Mietverhältnissen nach §§ 566, 578 II 1, I BGB?**

Zwar ist der Wortlaut von § 883 II BGB („Verfügung“) nicht erfüllt (siehe oben), doch kommt eine analoge Anwendung in Betracht. Diese Frage ist äußerst umstritten. Die Interessenlage ist durchaus ähnlich wie bei einer Verfügung, da die Anwendung von §§ 566, 578 II 1, I BGB zu einer Art „dinglichen Wirkung“ des Mietverhältnisses gegenüber dem Erwerber des Grundstücks führt. Allerdings setzt die Analogie eine planwidrige Regelungslücke voraus. In dieser Hinsicht wird vor allem von der Rechtsprechung argumentiert, § 566 BGB als Vorschrift des sozialen Mieterschutzes sei vom Gesetzgeber allgemein der Vorrang eingeräumt, so dass es einer ausdrücklichen Regelung bedurft hätte, wenn sie ausnahmsweise gegenüber einem Vormerkungsberechtigten nicht zum Zuge kommen dürfte. Hiergegen könnte sprechen, dass es sich nicht um eine Wohnraummiete handelt. Beide Auffassungen sind gut vertretbar, entscheidend ist die Begründung. Entscheidet man sich gegen eine analoge Anwendung von § 883 II BGB ist die Prüfung im Wege eines Hilfgutachtens fortzusetzen.

bb) **Erwerb einer wirksamen Vormerkung durch G?**

Wenn man § 883 II BGB entsprechend anwendet, müsste G im Zeitpunkt der Vermietung Inhaber einer durch Vormerkung gesicherten Forderung sein.

(1) Erwerb der Vormerkung analog § 401 BGB

Die Vormerkung wurde nicht zugunsten von G, sondern zugunsten von K zur Sicherung von dessen Auflassungsanspruch gegen V im Grundbuch eingetragen. G könnte jedoch die Vormerkung gemäß oder **analog § 401 BGB** dadurch erworben haben, dass ihm K den Auflassungsanspruch abgetreten hat. § 401 BGB wird allgemein auf akzessorische Sicherungsrechte angewendet, auch wenn sie nicht explizit genannt sind. Die Aufzählung der akzessorischen Rechte in § 401 BGB ist nicht abschließend. Auch wenn die Vormerkung nach h. M. nicht als beschränktes dingliches Recht einzuordnen ist, wird ihr ein akzessorischer Charakter beigelegt. Überwiegend anerkannt ist, dass die Vormerkung daher bei einer Abtretung des vorgemerkten Anspruchs kraft Gesetzes ohne besondere Abrede auf den Zessionar (Abtretungsempfänger) übergeht. (Lehnt man dies ab, ist hilfgutachtlich weiterzuprüfen.) Dies setzt jedoch wegen der Akzessorietät der Vormerkung voraus, dass der vorgemerkte Auflassungsanspruch wirksam abgetreten wurde und in der Person des G besteht.

(2) *Wirksame Abtretung eines Auflassungsanspruches von K an G?*

Voraussetzung für einen wirksamen Erwerb der Vormerkung durch G analog § 401 BGB ist, dass K und G wirksam einen Abtretungsvertrag geschlossen haben und der abgetretene Auflassungsanspruch tatsächlich bestand oder ausnahmsweise von G gutgläubig erworben wurde.

- *Wirksamer Abtretungsvertrag zwischen K und G?*

Der Abtretungsvertrag zwischen K und G könnte nach § 125 S. 1 formnichtig sein, wenn er entsprechend § 311b I 1 BGB hätte notariell beurkundet werden müssen. Direkt ist diese Formvorschrift nicht anwendbar, weil die Abtretung ein Verfügungsgeschäft ist. Auch eine analoge Anwendung wegen der Warnfunktion der Beurkundung ist zweifelhaft, weil G durch den Abtretungsvertrag nur den Anspruch auf Auflassung erwirbt, nicht jedoch verpflichtet ist, das Grundstück zu erwerben. Wenn man den Forderungskauf zwischen K und G entsprechend § 311b I 1 BGB für beurkundungspflichtig hält, betrifft dies nicht den abstrakten Abtretungsvertrag (Trennungs- und Abstraktionsprinzip). Sogar wenn man eine entsprechende Anwendung von § 311b BGB auf die Abtretung als Verfügungsgeschäft annähme, wäre im Übrigen daran zu denken, eine Heilung analog § 311b I 2 BGB zu bejahen, weil das Grundstück an G mittlerweile aufgelassen und er im Grundbuch eingetragen wurde.

- *Abtretungsgegenstand: Bestand ein wirksamer Auflassungsanspruch des K gegen V?*

K müsste einen wirksamen Anspruch auf Auflassung gegen V aus dem mit V abgeschlossenen Kaufvertrag haben. Der notarielle Kaufvertrag mit einem beurkundeten Kaufpreis von 130.000 Euro ist jedoch nach § 117 I BGB als Scheingeschäft nichtig. Das verdeckte Geschäft, der mündlich vereinbarte Kauf zu 245.000 Euro ist nach § 117 II BGB i.V.m. §§ 125 S. 1, 311b I 1 BGB formnichtig. Die schriftliche Bestätigung des V wenige Tage nach dem Notartermin genügt der Form des § 311b I 1 BGB nicht. Eine Heilung nach § 311b I 2 BGB durch Eintragung des K ist nicht eingetreten. Auch wenn man der Auffassung ist, die Eintragung des G bewirke eine solche Heilung, würde diese Heilung nur *ex nunc* wirken, so dass im Augenblick der Abtretung noch kein abtretbarer wirksamer Auflassungsanspruch vorlag. Die Vormerkung hätte G erst dann von analog § 401 BGB erworben, als er im Grundbuch eingetragen wurde. Zu diesem Zeitpunkt war das Grundstück aber bereits an M vermietet.

- *Gutgläubiger Erwerb des durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruches nach § 405 BGB?*

§ 405 BGB stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass Forderungen nicht gutgläubig erworben werden können (eine weitere Ausnahme ist z. B. § 2366 BGB). Sowohl die notarielle Kaufvertragsurkunde als auch die schriftliche Bestätigung des V sind „Urkunden über die Schuld“ des V zur Auflassung des Grundstücks. Diese Urkunden hat K dem G vorgelegt, woraufhin die Abtretung vereinbart wurde. Folge ist, dass sich V dem neuen Gläubiger G gegenüber nicht darauf berufen darf, dass der Kaufvertrag über das Grundstück nur zum Schein erfolgt ist. Gerade die Einwendung des § 117 I BGB wird überwunden (§ 405 BGB schließt nur bestimmte Einwände aus). Der Auflassungsanspruch entsteht in der Person des G, ohne dass K den Anspruch gehabt hätte.

(3) Gutgläubiger „Miterwerb“ auch der Vormerkung?

- Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung nach § 893, 2. Alt. BGB?

§ 893, 2. Alt. BGB kommt für einen gutgläubigen Ersterwerb in Frage.¹ Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch um einen möglichen Zweiterwerb der Vormerkung durch G.

- Gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung?

● Nach § 892 BGB?

Ein gutgläubiger Zweiterwerb nach § 892 BGB scheitert nach einer Auffassung daran, dass die Vormerkung kein „Recht an einem Grundstück“ darstellt und kein rechtsgeschäftlicher Erwerb der Vormerkung erfolgt, sondern diese analog § 401 BGB kraft Gesetzes übergeht. Dennoch wird für den Fall, dass ein vormerkungsfähiger Anspruch tatsächlich besteht und nur die Vormerkung selbst nicht wirksam entstanden ist, von der h. M. ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung für möglich gehalten.² Dass die Vormerkung analog § 401 BGB mit dem abgetretenen Anspruch übergeht, stehe der Bejahung eines rechtsgeschäftlichen Vormerkungserwerbs nicht entgegen. Im vorliegenden Fall existiert aber ein Anspruch in der Person des K gerade nicht. Darauf, dass ein vormerkungsgesicherter Anspruch besteht, erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht. Deshalb kann allein auf § 892 BGB ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung nicht gestützt werden.

● Gutgläubiger „Miterwerb“ nach § 405 BGB?

Der vorliegende Fall unterscheidet sich von den bisher diskutierten Fällen eines Zweiterwerbs der Vormerkung dadurch, dass G den Auflassungsanspruch des K gutgläubig nach § 405 BGB erwirbt. Ein gesetzlicher Übergang der Vormerkung analog § 401 BGB würde an sich scheitern, weil dem K der Auflassungsanspruch vor der Abtretung nicht zustand und daher die Vormerkung in der Person des K niemals wirksam entstanden ist (also auch nicht übergehen kann). Doch wird § 405 BGB auf die akzessorischen Rechte und Nebenrechte (wie z. B. eine Vormerkung) erstreckt, die nach § 401 BGB auf den Zessionar übergegangen wären, wenn der Anspruch in der Person des Zedenten bestanden hätte.³ Erlaubt das Gesetz ausnahmsweise einen gutgläubigen Forderungserwerb, kann deshalb auch dem Erwerb der Vormerkung nicht entgegenstehen, dass sie in der Person des Zedenten niemals wirksam bestanden hat. G hat die Vormerkung demnach gemäß § 405 BGB i.V.m. einer analogen Anwendung des § 401 BGB gutgläubig „miterworben“. (Eine andere Auffassung ist bei guter Begründung vertretbar; dann ist hilfsgutachtlich weiterzuprüfen.)

d) Zwischenergebnis:

G ist nach der hier vertretenen Auffassung im Zeitpunkt der Vermietung des Grundstücks als Arztpraxis an M Inhaber eines Auflassungsanspruchs, den er gutgläubig von K erworben hat, sowie Inhaber einer diesen Anspruch sichernden Vormerkung, die er nach § 405 BGB und analog § 401 BGB wegen der Akzessorietät der Vormerkung gutgläubig „miterworben“ hat.

¹ Vgl. z. B. BGHZ 25, 16 (23); BGHZ 57, 341; BGH NJW 1994, 2947; nach anderer Ansicht ist § 892 BGB anwendbar, vgl. z. B. Müllert, AcP 197 (1997), 347.

² Vgl. z. B. BGHZ 60, 46, 50, und die weitere Darstellung z. B. bei Erman-A. Lorenz, BGB, 12. Aufl. 2008, § 883 Rn. 29.

³ Vgl. z. B. MünchKomm-Roth, § 405 BGB Rn. 12; PWW-H. P. Müller, § 405 BGB Rn. 1.

4. Ergebnis:

Je nachdem, wie man sich oben zu 3.c.aa entscheidet, ist G in die Rechtsstellung des V aus dem Mietverhältnis nicht eingerückt (so dass ein Recht zum Besitz nicht besteht und G das Grundstück nach § 985 BGB herausverlangen kann) bzw. eingerückt (so dass M ein Recht zum Besitz hat und der Vindikationsanspruch nicht besteht).

Der Vollständigkeit halber (in der Vorlesung nicht eigens geprüft):

II. Anspruch des G gegen M auf Rückgabe des Grundstücks aus § 546 I BGB

1. Bestehen eines Mietverhältnisses zwischen G und M

Je nachdem wie man oben zu I.3.c.aa entscheidet, ist G in das Mietverhältnis zwischen V und M eingerückt oder nicht. Entscheidet man sich für Ersteres, ist zu prüfen, ob G das Mietverhältnis wirksam kündigen und sodann nach § 546 I BGB die Rückgabe der Mietsache verlangen kann. Ansonsten erfolgt die folgende Prüfung hilfsgutachtlich.

2. Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung

a) Anwendbarkeit der ordentlichen Kündigung nach § 580a BGB

Das Mietverhältnis endet nicht erst nach § 542 II Nr. 1 BGB nach dem mündlich vereinbarten Fünfjahreszeitraum, sondern gilt nach §§ 550 S. 1, 578 II 1, I BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

b) Kündigungserklärung

G kann jederzeit die Kündigung (rechtsgeschäftliche Gestaltungserklärung) erklären, ohne die Schriftform einhalten oder Kündigung begründen zu müssen (§ 578 BGB verweist nicht auf §§ 568, 573 BGB).

c) Kündigungsgrund

Ein berechtigtes Interesse nach § 573 BGB ist nicht erforderlich (§ 578 BGB verweist nicht auf § 573 BGB).

d) Kündigungsfrist

Gemäß §§ 578 II 1, I, 550 S. 2 BGB darf G frühestens zum Ablauf eines Jahres nach der Überlassung kündigen. Die Kündigungsfrist richtet sich nach § 580a II BGB.