

Kostenlose Klausurvorbereitung Zwischenprüfung September 2026



UNTERLAGEN ZIVILRECHT

Newsletter 



Juristisches Repetitorium
hemmer

Frühbucherrabatt bis 15.08.2026

FIT12! Hauptkurs 26 II

Dein ONLINE-Jahreskurs

Dein Jahreskurs

in Präsenz in Bochum, Göttingen und Hamburg

Kursstart Oktober 2026

ONLINE-INFO
21.09.2026 UM 19.00 UHR

Hier kostenlos und unverbindlich registrieren

**Bereite Dich mit den Profis erfolgreich
auf Dein Examen vor!**



Fragen an: hemmer@rep.schloemer-sperl.de
Probeführen jederzeit möglich!

Newsletter

**Herzliche Einladung
zum Probehören!**

**Kostenlos und
unverbindlich Probehören:**

07.10.2026 um 18.00 Uhr

Registrierung

Probehörer-Link für Anmeldung über Iphone:

https://us06web.zoom.us/webinar/register/WN_L8no4ozzQZmliGleabt7YQ

Du befindest Dich auf der Zielgeraden zu Deinem Staatsexamen
und hast nur noch wenige Monate?

Du hast bereits das Uni-Rep oder ein anderes Rep hinter Dir?

VERLIERE NICHT DEN BLICK AUF DAS WESENTLICHE:

Time!

3 Monate

2 h / Woche

11 Termine

18.00-20.00 Uhr

via Zoom Webinar

pro Monat nur 49,00 €*

Dozent!

Zivilrecht

RA Michael Sperl

RA Dr. Samad Zarifkar

Ass.iur. Anna Onoszko, LL.M.

Öffentliches Recht

RA Dr. Uwe Schlömer

RAuN Christian Pope

Strafrecht

RA Dr. Philipp Hammerich



Die wichtigsten Themen:

07.10.2026	Verwaltungsrecht AT	18.11.2026	Verwaltungsrecht BT
14.10.2026	StaatsorgR/EuropaR	25.11.2026	Strafrecht BT
21.10.2026	BGB AT	02.12.2026	Schuldrecht BT I
28.10.2026	Schuldrecht AT	09.12.2026	Schuldrecht BT II
04.11.2026	Strafrecht AT	16.12.2026	Sachenrecht
11.11.2026	Grundrechte		

Zur Anmeldung



Juristisches Repetitorium hemmer

Schlömer & Sperl
RECHTSANWÄLTE

Steinhöft 5-7 (Haus am Fleet)

20459 Hamburg

Tel. 040 – 317 669 00

hemmer@rep.schloemer-sperl.de

*nach Belegung und Zahlung drei
Monate zum Vollpreis, erhält man
als "Wiederholer" des Finishkurses
50% Rabatt.

Fall 2

(Vertiefungsfall zur selbständigen Bearbeitung)

Abel hat der Bauunternehmerin Bock einen Bus mietweise zur Nutzung in deren Betrieb überlassen. Bock beauftragte den Arbeiter Caspar, die Arbeiterinnen und Arbeiter zu einem Firmenfest zu fahren. Auf der Fahrt prallte der Bus durch Fahrlässigkeit des Caspar mit einem Lkw zusammen. Abel erhielt den Bus in beschädigtem Zustand zurück.

Zwei Jahre später verlangt Abel von Bock und Caspar Schadensersatz.

Die beiden verweigern beharrlich unter Berufung auf Verjährung die Übernahme der Reparatur des Busses.

Wie ist die Rechtslage bezüglich der Ansprüche des A?

Fall 3

Der Eigentümer eines Hausgrundstücks in Würzburg hatte an den M Wohnräume vermietet. M vermietete sodann ein Zimmer der Wohnung unter, ohne nach dem Mietvertrag dazu berechtigt zu sein.

Der Untermieter zahlte an den M eine höhere Miete, als dieser an den Eigentümer zu entrichten hatte. Nach dem Ende der Vertragsbeziehung verlangt der Eigentümer von dem Mieter den bezogenen Untermietzins heraus.

Zu Recht?

Abwandlung zur selbständigen Bearbeitung:

Ist für die dauerhafte Aufnahme des nichtehelichen Lebensgefährten in die Wohnung die Zustimmung des Vermieters erforderlich?

SchuldR-BT-2

Fall 2 - Lösung - Seite 1

Fall 2 - Lösung

ÜBERSICHT FALL 2

I. Anspruch des A gegen die B

1. Anspruch aus § 546 i.V.m. §§ 280 I, III, 283 BGB
⇒ (-), da trotz starker Beschädigung eine Rückgabe nach erfolgter Reparatur noch möglich ist
2. Schadensersatz aus § 280 I BGB wegen Pflichtverletzung des Mietvertrages
 - a) Schuldverhältnis, Pflichtverletzung, Vertretenmüssen
⇒ (+), Zurechnung gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB
 - b) Problem: Muss Fristsetzung gem. §§ 280 III, 281 I BGB vorliegen?
⇒ nach BGH (-), da bereits abgeschlossene Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Pflicht i.S.d. § 241 II BGB während des bestehenden MietV
⇒ auch vertretbar: Verletzung der leistungsbezogenen Rückgabepflicht; dann aber Fristsetzung gem. § 281 II BGB entbehrlich
 - c) Anspruch aber gem. § 548 I BGB schon nach 6 Monaten verjährt
3. Anspruch aus §§ 989, 990 BGB
⇒ (-), da der Mietvertrag der B ein Recht zum Besitz (RzB) i.S.d. § 986 I BGB gab
4. Anspruch aus § 831 BGB
 - a) Rwk. u H. des Verrichtungsgehilfen C (+)
 - b) Entgegen §§ 195, 199 I BGB aber ebenfalls Verjährung, da § 548 I BGB auch für Deliktanspruch gilt

II. Anspruch des A gegen den C

1. Vertragliche Ansprüche (-)
2. Anspruch aus §§ 989, 990 BGB
⇒ (-), da C lediglich Besitzdiener war und außerdem die Besitzerin B ein RzB hatte
3. Anspruch aus § 823 I BGB
 - a) Vss'en des § 823 I BGB grds. (+)
 - b) Problem: Gilt die kurze Verjährung des § 548 I BGB auch für den Anspruch des A gegen C?
 - aa) § 548 I BGB modifiziert grds. §§ 195, 199 I BGB
 - bb) Zwischen A und C besteht aber kein Mietvertrag
 - cc) Allerdings können die Grundsätze zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch auf evtl. Haftungsprivilegierungen oder Verjährungsregeln angewendet werden
 - (1) Leistungsnähe des C (+)
 - (2) Interesse der B am Schutz des C (+)
 - (3) Erkennbarkeit von (1) und (2) (+)
4. Anspruch aus § 18 StVG
⇒ (-), da das Unfallfahrzeug selbst nicht in den Schutzbereich des § 18 StVG fällt

Da A zwei Jahre gewartet hat, stehen ihm gegen B und gegen C keine Ansprüche zu

SchuldR-BT-2

Fall 2 - Lösung - Seite 2

LÖSUNG FALL 2

I. Anspruch des A gegen B

1. § 546 BGB i.V.m. §§ 280 I, III, 283 BGB

In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Rückgabe.

Unmöglichkeit ist aber abzulehnen, da keine Unmöglichkeit vorliegt, wenn der Schwerpunkt in der Beschädigung liegt. §§ 280 I, III, 283 BGB entfallen also immer dann, wenn überhaupt noch etwas zurückgegeben wird bzw. eine Reparatur möglich ist.¹

Demnach ist § 546 BGB i.V.m. §§ 280 I, III, 283 BGB nicht gegeben.

2. Ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 280 I BGB wegen Pflichtverletzung des Mietvertrags besteht.

a) Die Zurechnung der schuldhaften Pflichtverletzung erfolgt über § 278 S. 1 Alt. 2 BGB.

Anmerkung: Da der Arbeitnehmer nur Besitzdiener i.S.d. § 855 BGB ist, liegt keine Gebrauchsüberlassung i.S.d. § 540 BGB vor. Damit erfolgt die Verschuldenszurechnung auch nicht nach § 540 II BGB, sondern nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB.

b) Fraglich ist nur, ob gem. §§ 280 III, 281 I BGB eine vorherige Fristsetzung erforderlich gewesen wäre.

Dies ist abzulehnen, da es sich nicht um die Verletzung der leistungsbezogenen Rückgabepflicht aus § 546 I BGB handelt, sondern um eine nicht leistungsbezogene Pflichtverletzung gem. § 241 II BGB während des Bestehens des Mietvertrages (Sorgfaltspflicht des Mieters gegenüber dem Vermieter).²

Anmerkung: Arbeiten Sie hierzu BGH, Life&LAW 07/2018, 442 ff. = jurisbyhemmer durch!

c) Allerdings ist der Anspruch aus § 280 I BGB nach § 548 I BGB bereits verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar, § 214 I BGB.³

Anmerkung: Die 6-monatige Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache beginnt mit dem Rückerhalt der Mietsache i.S.d. § 548 I S. 2 BGB. Dieser setzt eine Änderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters und dessen Kenntnis hiervon voraus, weil der Vermieter erst durch die unmittelbare Sachherrschaft in die Lage versetzt wird, sich ungestört ein umfassendes Bild von etwaigen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache zu machen.

Für den Verjährungsbeginn ist der Rückerhalt der Mietsache auch dann maßgeblich, wenn der Mietvertrag noch nicht beendet ist. Dies hat zur Folge, dass ein Anspruch i.S.d. § 548 I S. 1 BGB bereits vor Beendigung des Mietverhältnisses verjähren kann.

Vgl. hierzu BGH, Life&LAW 09/2025, 582 ff. = NJW-RR 2025, 524 ff. = jurisbyhemmer!

3. Anspruch aus §§ 989, 990 BGB

Ein Anspruch gem. §§ 989, 990 BGB scheidet schon deshalb aus, weil es an einer Vindikationslage fehlt. Der Mietvertrag gibt ein Recht zum Besitz. Die Figur des „nicht so berechtigten Besitzers“ ist abzulehnen.

4. Anspruch aus § 831 BGB

Die Verjährung des § 548 I BGB gilt analog auch im Rahmen der unerlaubten Handlungen.

Der Vermieter ist nämlich regelmäßig Eigentümer oder zumindest berechtigter Besitzer der Mietsache, sodass bei einer Verschlechterung der Mietsache nahezu immer auch der Tatbestand des § 823 I BGB erfüllt ist. Würde § 548 BGB nicht im Rahmen des Deliktsrechts angewendet, würde diese Vorschrift und deren Sinn und Zweck weitgehend leerlaufen.

II. Ansprüche des A gegen C

1. Vertragliche Ansprüche entfallen.

2. §§ 989, 990 BGB

Ansprüche aus EBV entfallen, da C im Zeitpunkt der Verletzungshandlung nur Besitzdiener war und außerdem ein Recht zum Besitz hatte.

¹ Vgl. dazu auch BGH, NJW 1993, 2797 = jurisbyhemmer.

² So BGH, Life&LAW 07/2018, 442 ff.; BGH, Life&LAW 02/2014, 85 ff. = NJW 2014, 143 ff. = jurisbyhemmer; vgl. auch Fest, JURA 2005, 780 [781].

³ Grüneberg, § 548 BGB, Rn. 6; bei völliger Zerstörung der Mietsache gilt § 548 BGB nicht (vgl. Grüneberg, § 548 BGB, Rn. 10).

SchuldR-BT-2

Fall 2 - Lösung - Seite 3

3. § 823 I BGB

Eine rechtswidrige und schuldhaftige Eigentumsverletzung liegt vor.

Es stellt sich aber die Frage, ob § 548 I BGB auch zugunsten des C eingreifen kann.

Das ist nur der Fall, wenn C in den Schutzbereich des Vertrages zwischen A und B fällt. Nach allgemeiner Ansicht gelten die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte nicht nur für die Anspruchs begründung.

Sie dienen vielmehr auch dazu, den Dritten in den Genuss der Haftungsbeschränkungen kommen zu lassen, die sich aus dem Vertragsverhältnis ergeben, in welches der Dritte einbezogen ist (sog. „Verjährungsprivilegierung mit Schutzwirkung für Dritte“).

Anmerkung: Dieses Problem war Gegenstand der Aufgabe 1 im Ersten Staatsexamen im Termin 2016-II in Bayern.⁴

Die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung (Leistungsnähe; Schutzinteresse aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers; Erkennbarkeit) liegen vor.⁵

Anmerkung: Für die Anwendbarkeit der Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter spricht außerdem als „Überdies-Argument“, dass der Arbeitgeber bei Haftung des Arbeitnehmers aus § 823 BGB diesen gegenüber Drittanprüchen freistellen müsste.

Nach den Grundsätzen der betrieblich veranlassten Arbeit ist der Arbeitgeber nämlich analog §§ 670, 257 BGB zur Freistellung verpflichtet (sog. „innerbetrieblicher Schadensausgleich“).

Das Privileg des § 548 BGB würde dem B damit im Ergebnis „nichts bringen“.

4. § 18 StVG

Ein Anspruch nach dem StVG scheidet aus, da das Unfallfahrzeug selbst nicht unter den Schutzzweck des StVG fällt.

⁴ Sachverhalt und Lösung dieser Klausur finden Sie in **Life&LAW 11/2016, 795 ff.**

⁵ Vgl. dazu auch die Fallbesprechung von Schneider in JuS 2004, 230 [233].

I. Wiederholungsfragen:

1. Wann verjährt der Anspruch des Vermieters gegen den Mieter aus §§ 280 I, 546 BGB auf Schadensersatz wegen Beschädigung der Mietsache?
2. Gilt dies auch für konkurrierende Ansprüche des Vermieters, z.B. aus § 823 BGB?
3. Wann verjähren Schadensersatzansprüche des Vermieters gegen Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen des Mieters, die den Schaden verursacht haben?

II. Vertiefungsfragen:

1. Grundsätzlich bedarf der Abschluss des Mietvertrages keiner Form. Welche Konsequenz ergibt sich, wenn gegen § 550 BGB verstoßen wurde? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 5 f.!**
 2. Kann die Erhaltungspflicht des Vermieters im Mietvertrag abbedungen werden? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 13!**
 3. Bestehen Bedenken gegen eine vollständige Überbürdung der Instandsetzungskosten auf den Mieter durch AGB? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 13!**
 4. Aus der für den Mieter resultierenden Obhutspflicht entsteht wegen § 536c BGB eine Anzeigepflicht. Welche Konsequenzen ergeben sich für den Mieter, wenn er die Anzeige unterlässt? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 34!**
 5. Kind verbringt mit den Eltern Ferien auf dem Bauernhof und
 - bricht sich das Bein auf defekter Treppe
 - im Hof
 - stürzt Heuboden herunter, da die Bretter morsch sind
- a) Welche Anspruchsgrundlage(n) auf Schadensersatz kommen in Betracht? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, BGB-AT I, Rn. 36 sowie Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 38 ff.!**
- b) Was gilt, wenn die Eltern ihre Aufsichtspflicht verletzt haben? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Schadensersatzrecht II, Rn. 260 ff.!**

SchuldR-BT-2

Fall 2 - Lösung - Seite 4

6. Besteht zwischen Vermieter und Untermieter ein Schuldverhältnis? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 71!**
7. Welche Konsequenz ergibt sich hieraus bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses im Verhältnis Eigentümer/Untermieter? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 71!**
8. Welcher Anspruch steht dem Untermieter dann gegen den Hauptmieter zu? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 30!**
9. Was gilt, wenn der Untermieter die Mietsache beschädigt? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 71!**
10. Wie entsteht ein Vermieterpfandrecht, unter welchen Voraussetzungen erlischt es? Wie kann es durchgesetzt werden? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 77 ff.!**
11. Was gilt hinsichtlich des Kündigungsrechts bei mehreren Mietern? **Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Rückgriffsansprüche, Rn. 225!**

III. Arbeitsanleitung:

1. Beim Zusammentreffen vertraglicher und deliktischer Ansprüche stellt sich immer die Frage, inwieweit die kurze Verjährungsfrist auch für die deliktischen Ansprüche gilt. Dies wird z.B. bei § 434 BGB anders als bei § 548 BGB nicht angenommen. Lesen Sie dazu **Hemmer/Wüst, Deliktsrecht II, Rn. 301 ff.**
2. Ersatzansprüche des Mieters wegen Schönheitsreparaturen, die er während des Mietverhältnisses in der irrigen Annahme einer entsprechenden Verpflichtung ausgeführt hat, verjähren nach § 548 II BGB binnen sechs Monaten ab Beendigung des Mietverhältnisses. Führt der Mieter Schönheitsreparaturen durch, die er aufgrund einer unwirksamen Schönheitsreparaturenklausel gar nicht geschuldet hat, so steht ihm gegen den Vermieter ein Bereicherungsanspruch gem. §§ 812 I S. 1 Alt. 1, 818 II BGB zu. Sollte der Vermieter schuldhaft eine unwirksame Klausel im Mietvertrag verwendet haben, z.B. weil zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages nach der Rechtsprechung des BGH eine solche Vertragsgestaltung bereits für unzulässig erklärt wurde, so bestehen auch Ansprüche auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.

Ansprüche aus GoA gem. §§ 539 I, 683, 670 BGB lehnt der BGH mangels Führung eines fremden Geschäfts ab.⁶

Nach Ansicht des BGH findet die kurze Verjährung des § 548 II BGB sowohl für den Anspruch aus § 812 BGB als auch für einen etwaigen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB Anwendung.

Lesen Sie dazu **BGH, Life&LAW 07/2011, 525 f.** sowie **Life&LAW 04/2011, 233 ff. = jurisbyhemmer.**

3. Zum Thema Schönheitsreparaturen lesen Sie den Aufsatz von **Tyroller, Die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung zur formularvertraglichen Abwälzung der Vornahme von „Schönheitsreparaturen“ auf den Mieter, Life&LAW 01/2019, 56 ff.**
4. Zieht der Mieter aus, ohne zu renovieren, so verletzt er eine Leistungspflicht aus dem Mietvertrag. Der Vermieter kann unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 BGB vom Mieter Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Nach h.M. handelt es sich bei dem Schaden, der dem Gläubiger aus einem Deckungsgeschäft entsteht, schon begrifflich um einen sog. Schaden statt der Leistung. Der Vermieter kann den Schadenersatz auch abstrakt geltend machen und die Kosten eines „hypothetischen Deckungsgeschäfts“ anhand eines Kostenvoranschlags einer Fachfirma berechnen. Die Rechtsprechungsänderung des BGH zum werkvertraglichen Mängelrecht ist auf den Schadensersatz statt der Leistung in diesem Fall nicht übertragbar! Lesen Sie dazu **BGH, Life&LAW 03/2023, 158 ff.**

⁶ **BGH, Life&LAW 08/2009, 505 ff.** = NJW 2009, 2590 f. = jurisbyhemmer.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 1

Fall 3 - Lösung

ÜBERSICHT FALL 3

AUSGANGSFALL

- I. Anspruch aus § 535 II BGB
⇒ (-), da keine Vertragsanpassung i.S.d. § 553 II BGB
- II. Anspruch aus § 280 I i.V.m. § 535 BGB
 1. Schuldverhältnis = Mietvertrag
 2. Zu vertretende Pflichtverletzung
⇒ (+) durch unberechtigte Untervermietung an Dritten, vgl. § 540 I S. 1 BGB
 3. Schaden des E
⇒ entgangene (fiktive) Erhöhung des Mietzinses i.S.d. § 553 II BGB ⇒ § 252 BGB?
 - a) *Kausalität fraglich, da entgangene Mietzinserhöhung keine unmittelbare Folge der UnterV ist*
 - b) Aber: Kein entgangener Gewinn, da keine Gewinnwahrscheinlichkeit, vgl. § 252 S. 2 BGB
⇒ nur Gewinnaussicht, da M bei Verweigerung der Erlaubnis kündigen kann, §§ 549 I, 540 I S. 2 BGB
- III. Anspruch aus §§ 687 II, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB
⇒ (-), da Untervermietung kein Geschäft des Vermieters, sondern ein Eigengeschäft des Mieters ist
- IV. Anspruch aus §§ 987, 990 BGB
⇒ Kein EBV z.Zt. der Nutzungsziehung, da RzB aus Mietvertrag
- V. Anspruch aus § 823 I BGB
 1. Anwendbar neben §§ 987 ff. BGB, da EBV (-)
 2. Eigentumsverletzung?
⇒ wohl (-), da dem E nach Vermietung kein Gebrauchsrecht mehr zusteht
 3. Jedenfalls aber kein ersatzfähiger Schaden
⇒ Untervermietung ist nicht kausal für das Ausbleiben der Mieterhöhung (s.o.)

VI. Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB [analog]

1. Verfügung (-), da Mietvertrag nur Verpflichtungsgeschäft
2. Analoge Anwendung auf Vermietung?
⇒ der Vermietung kommt zwar über § 566 BGB eine quasidingliche Wirkung zu
⇒ aber die Vermietung wirkt nur relativ (vgl. § 986 I S. 2 BGB) und ist damit nicht gegenüber E wirksam

VII. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB

Problem: Liegt ein Eingriff in einen fremden Zuweisungsgehalt vor?

⇒ Nach h.M. liegt Zuweisungsgehalt bei Untervermietung nicht beim Vermieter

1. *Erteilung der Erlaubnis steht nicht im Belieben des Eigentümers, vgl. §§ 549 I, 540 I S. 2, 553 I BGB*
2. *Zulässigkeit der Untervermietung ergibt sich aus dem jeweiligen Mietvertrag und nicht aus der Güterzuordnung*
3. *Möglichkeiten des Vermieters sind abschließend geregelt*
 - Unterlassungsklage, §§ 549 I, 541 BGB
 - Recht zur außerordentlichen Kündigung, §§ 549 I, 543 II S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB

ABWANDLUNG

- ⇒ entscheidend ist, ob der Partner einer ne-
heILG Dritter i.S.d. §§ 540 I S. 1, 553 BGB
ist
- ⇒ wird vom BGH aber bejaht (str.)

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 2

LÖSUNG FALL 3

Ausgangsfall¹

I. Anspruch des E gegen M aus § 535 II BGB

Dann müsste der vereinbarte Mietzins auch der Untermietzins sein.

Zu höheren Geldleistungen ist der Mieter auch im Falle der Gebrauchsüberlassung eines Teils des Wohnraums nur dann verpflichtet, wenn eine Vereinbarung i.S.d. **§ 553 II BGB** vorliegt.

Es fehlt aber gerade eine derartige einverständliche Änderung des Mietvertrags.

Anmerkung: Für die Anwendbarkeit des § 553 BGB darf es sich nicht um die Gebrauchsüberlassung des gesamten Wohnraums, sondern nur um einen Teil hiervon handeln.

Soll der gesamte Wohnraum untervermietet werden, gilt lediglich § 540 BGB. Die den § 540 BGB ergänzende Vorschrift des § 553 BGB ist in diesem Fall nicht anwendbar.²

II. Herausgabe des Mietzinses aus §§ 280 I, 535 ff. BGB

1. Das **Schuldverhältnis** i.S.d. § 280 I S. 1 BGB ist der Mietvertrag zwischen E und M.

2. Wenn eine Sache ohne Erlaubnis des Vermieters an einen Dritten untervermietet wird, liegt gegenüber dem Vermieter gem. **§§ 549 I, 540 I S. 1 BGB** eine Pflichtverletzung des Mietvertrags vor, die der Mieter zu vertreten hat (§ 280 I S. 2 BGB).

3. Fraglich ist der Schaden.

a) Dieser wäre gegeben z.B. bei stärkerer Abnutzung oder Prozesskosten gegen den Untervermieter. Dies ist aber hier nicht der Fall.

b) Hier könnte man insoweit einen Schaden bejahen, als gemäß **§ 553 II BGB** die Erlaubnis zur teilweisen Untervermietung nur gegen Zusage eines höheren Entgelts erteilt wird.

aa) Problematisch ist aber, ob die entgangene Mieterhöhung einen durch die unbefugte Untervermietung entstandenen **kausalen** Schaden darstellt.

(1) Hieran fehlt es bereits, da das Ausbleiben der Mieterhöhung (Vertragsfiktion) zwischen E und M nicht die Folge der unbefugten Untervermietung ist.

(2) Die Kausalität ließe sich bejahen, wenn man in der Nichtanzeige der durchgeführten Untervermietung die relevante Pflichtverletzung des Mieters sieht.

Dass der Mieter es unterließ, die Erlaubnis zur Untervermietung einzuholen, hat nämlich möglicherweise den Abschluss eines Vertrags über eine Erhöhung des Mietzinses vereitelt.

Allerdings besteht keine Rechtspflicht zum Tätigwerden des M in dem Sinn, dass M gemäß **§ 553 II BGB** einen Mietvertrag mit angemessener Erhöhung abschließen muss.

Denn Inhalt der den Mieter gemäß **§§ 549 I, 540 I S. 1 BGB** treffenden Vertragspflicht ist nicht, bei der Untervermietung die Erlaubnis des Vermieters einzuholen, sondern schlechthin die Untervermietung zu unterlassen.

bb) Aber selbst, wenn man entgegen den bisherigen Ausführungen eine Kausalität zwischen der unbefugten Untervermietung und entgangener Mieterhöhung bejaht, fehlt es dennoch an den Voraussetzungen des § 252 BGB.

Anmerkung: § 252 S. 1 BGB geht in § 249 I BGB auf. Wesentlich ist, dass § 252 S. 2 BGB eine erhebliche Beweiserleichterung enthält.

Dem Vermieter ist nämlich dadurch, dass der Mieter es unterließ, um die Erlaubnis der Untervermietung nachzusuchen, lediglich eine Gewinnchance entgangen. Ob die entgangene Chance dem entgangenen Gewinn gleichzustellen ist, hängt gemäß § 252 S. 2 BGB davon ab, ob der Vermieter den Gewinn mit **Wahrscheinlichkeit** hätte erzielen können.

Hier sind **§§ 549 I, 540 I S. 2 BGB** zu beachten. Der Mieter kann nämlich bei Verweigerung der Zustimmung außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen. Damit entfällt aber bereits die Wahrscheinlichkeit der Gewinnerzielung.

Außerdem wäre der Anspruch auf den gezogenen Untermietzins aus §§ 280 I, 535 BGB nicht gerechtfertigt, da als Schaden höchstens die fiktive Erhöhung des Mietzinses verlangt werden könnte.

Ein Anspruch aus §§ 280 I, 535 BGB muss also hauptsächlich wegen der gesetzlichen Wertung der **§§ 549 I, 540 I S. 2 BGB** und des **§ 553 II BGB** abgelehnt werden.

¹ Vgl. dazu auch die **Aufgabe 1, 2018-I** im Bayerischen Ersten Staatsexamen. Die Lösung finden Sie in **Life&LAW 05/2018, 325 ff.!**

² Grüneberg, § 553, Rn. 1 und Rn 3.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 3

Außerdem hat der Gesetzgeber mit **§§ 549 I, 541 BGB** (Unterlassungsklage) und **§§ 549 I, 543 II Nr. 2 Alt. 2 BGB (i.V.m. § 569 BGB)** (fristlose Kündigung) zwei Sanktionen bei der unberechtigten Untervermietung geregelt, so dass darüber hinausgehende Ansprüche nach BGH „contra legem“ wären.³

III. Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses gemäß §§ 687 II S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB

Ein Anspruch aus §§ 687 II S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB setzt voraus, dass M ein fremdes Geschäft geführt hat und sich dieses als eigenes angemaßt hat.

Mit der Untervermietung hat der Mieter aber kein objektiv fremdes Geschäft durchgeführt.

Die Untervermietung ist ein Geschäft des Mieters, nicht des Eigentümers.

Der Eigentümer ist nicht in der Lage, während des Bestehens des Mietvertrags einem Dritten den unmittelbaren Besitz an der Mietsache einzuräumen. Daher ist die vertragswidrige Untervermietung nur **Ausübung des überlassenen Gebrauchs in einer dem Mieter nicht zustehenden Weise**.⁴

§ 687 II BGB setzt immer ein fremdes Ausschließlichkeitsrecht voraus.

Ergebnis: §§ 687 II S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB entfällt.

IV. Anspruch aus §§ 987, 990 BGB auf Herausgabe der Nutzungen, die durch die Untervermietung erzielt worden sind.

1. Nutzungen i.S.d. § 100 BGB liegen vor. Es handelt sich beim Untermietzins um eine mittelbare Rechtsfrucht i.S.d. § 99 III BGB.⁵
2. Voraussetzung ist weiter ein EBV im Zeitpunkt der Erlangung der Nutzung. M muss also unrechtmäßiger Besitzer gewesen sein, d.h. auf Herausgabe in Anspruch genommen, kein Recht zum Besitz gehabt haben.
- a) Es kommt eventuell ein Verlust des Rechts zum Besitz aus dem Mietvertrag durch Überschreiten der mietvertraglichen Rechte in Betracht („nicht-so-berechtigter Besitzer“).

In diesem Fall ist die Anwendung der EBV-Regeln nach absolut überzeugender h.M.

ausgeschlossen, da diese Konstellation bereits über die §§ 280, 535 BGB abgedeckt ist. Denn die Pflichtverletzung des Mietvertrags beseitigt nicht das daraus resultierende Besitzrecht.

- b) Jedenfalls ergibt sich bereits aus **§§ 549 I, 540 I S. 1 BGB**, dass die Besitzberechtigung im vorliegenden Fall bestehen bleibt. Der Mieter ist nur nicht berechtigt, die Sache ohne Erlaubnis weiterzuvermieten.

Außerdem folgt aus **§§ 549 I, 543 II S. 1 Nr. 2 BGB**, dass bis zur Kündigung ein wirksamer Mietvertrag besteht.

Ergebnis: Damit scheidet ein Anspruch aus §§ 987, 990 mangels EBV aus.

V. Anspruch auf Herausgabe der Nutzung gemäß § 823 I BGB

1. § 823 BGB ist anwendbar, da ein EBV gerade nicht vorliegt.

Anmerkung: Aber auch wenn man den „nicht-so-berechtigten“ Besitzer als unrechtmäßigen Besitzer i.S.d. §§ 987 ff. BGB ansieht, ist § 823 BGB direkt anwendbar.

Der unrechtmäßige Fremdbesitzer, der zwar hinsichtlich seines Besitzrechts gutgläubig ist, dieses aber überschreitet, haftet nach § 823 BGB direkt, (sogenannter **Fremdbesitzerexzess**), denn es besteht kein Grund mehr für die Haftungsprivilegierung. Dieser Grund ist nur gegeben bei dem Eigenbesitzer, der sich für den Eigentümer hält.

2. Des Weiteren müsste durch die unbefugte Gebrauchsüberlassung in das Eigentumsrecht des Vermieters eingegriffen worden sein (§ 903 BGB).

Dadurch, dass M die Räume an U untervermietet hat, hindert er aber den E nicht am Gebrauch. Durch die Mietüberlassung an M hat der E nämlich derart über seine Räume disponiert, dass die Nutzung durch die nicht erlaubte Untervermietung keine darüber hinaus gehende Dispositionsbeeinträchtigung ist (a.A. vertretbar).

Eine Eigentumsverletzung liegt damit nicht vor.⁶

3. Jedenfalls fehlt es aber am Vorliegen eines kausalen Schadens („Überdies-Argument“).
- a) Das Ausbleiben der Mieterhöhung ist keineswegs die Folge der unbefugten Untervermietung (s.o.).

³ BGH, NJW 1996, 838 ff. (841) = jurisbyhemmer.

⁴ BGH, NJW 1964, 1853, BGH, NJW 1996, 840 = jurisbyhemmer.

⁵ Vgl. Hemmer/Wüst, Sachenrecht I, Rn. 110.

⁶ Ebenso Wolf/Merz, JuS 1991, 661.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 4

- b) Außerdem fällt der Schaden nicht in den Schutzbereich des § 823 I BGB, denn Sinn und Zweck des § 823 BGB kann es nicht sein, einen Anspruch entgegen **§§ 549 I, 553 II BGB** zu schaffen, was quasi auf einen geänderten vertraglichen Anspruch hinausläufe.

Ergebnis: Ein Anspruch gem. § 823 I BGB scheidet damit aus.

VI. Anspruch des Vermieters gegen den Mieter auf Untermietzins aus § 816 I S. 1 BGB

1. Der Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB setzt eine Verfügung voraus. Fraglich ist, ob die Untervermietung eine Verfügung ist.
- a) Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar auf ein Recht eingewirkt wird, in der Weise, dass es in der Regel übertragen, belastet, aufgehoben oder in seinem Inhalt verändert wird. Verfügungen beschränken sich nicht auf dingliche Rechtsänderungen, sondern betreffen auch schuldrechtliche, z.B. Erlass, Abtretung, Aufrechnung.

Daher ist insoweit unerheblich, dass die Miete ein schuldrechtlicher Vertrag ist. Trotzdem liegt nach der Definition keine Verfügung vor, da die Untervermietung nicht unmittelbar auf das Eigentumsrecht des Vermieters i.S. einer Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung einwirkt.

- b) Möglicherweise kommt aber § 816 I S. 1 BGB analog in Betracht.

Die Analogie setzt eine Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus. Für eine vergleichbare Interessenlage spricht, dass der Vermietung über § 566 BGB eine gewisse dingliche Wirkung in den Rechtsfolgen zukommt.

Zusätzlich könnte angeführt werden, dass der unberechtigt Untervermietende sich in Gestalt des Mietzinses den Gebrauchswert der Sache zueignet, welcher dem Eigentümer gebührt. Überdies ist die Vermietung insoweit mit einer Verfügung in Form einer Nießbrauchbestellung (§§ 873 I, 1030 I BGB) vergleichbar, als dadurch ein Nutzungsrecht auf Zeit begründet wird. Andererseits kennt nur das Mietrecht besondere soziale Mieterschutzvorschriften. Diese sind einer Verfügung fremd.

Eine Analogie ist aber abzulehnen, da eine Verfügung einen endgültigen Vermögensübergang voraussetzt, woran es bei der bloß zeitweiligen Vermietung fehlt.

Außerdem liegt noch ein weiterer Unterschied vor. Vermietung und Untervermietung sind zwei verschiedene Fälle.

Nur beim unbefugten Vermieten wird dem Eigentümer die Möglichkeit entzogen, die Sache zu nutzen. Beim Tatbestand der unberechtigten Untervermietung besteht diese Möglichkeit von vornherein nicht. Hier steht dem Vermieter ein Herausgabeanspruch i.S.d. §§ 985, 986 I S. 2 BGB zu.

Anmerkung: Auf der Rechtsfolgenseite ist der Anspruch durch den auch bei § 869 S. 2 BGB enthaltenen Rechtsgedanken, dass die vorherigen Besitzverhältnisse wieder hergestellt werden sollen, eingeschränkt.

2. Unabhängig von der Vergleichbarkeit scheitert ein Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB daran, dass die Vermietung durch M nicht gegenüber E wirksam ist.

Die Frage, ob die Untervermietung wirksam oder unwirksam war, kann aber gar nicht gestellt werden, denn die Wirksamkeit des Untermietvertrages hängt überhaupt nicht von der Erlaubnis oder Zustimmung des Eigentümers ab. Ein anderes würde nur dann gelten, wenn § 540 I BGB als Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB fungieren würde. Die schuldrechtliche Vereinbarung findet nur zwischen den Parteien Mieter-Untermieter statt. Da aber der Mieter zur Gebrauchsüberlassung an den Untermieter nicht berechtigt war, steht diesem auch kein abgeleitetes Recht zum Besitz zu, so dass der Vermieter jederzeit nach § 986 I S. 2 BGB vorgehen kann.

Damit greift die Untervermietung nicht wirksam in den Rechtskreis des Vermieters ein.

Ergebnis: Ein Anspruch analog § 816 I S. 1 BGB entfällt.

VII. §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II BGB auf Werter-satz

Eine Eingriffskondiktion liegt nur dann vor, wenn das Erlangte nach der Güterzuordnung einem anderen gehört.

M hat als vermögenswerten Vorteil die Möglichkeit der angemessenen Untervermietung erlangt.

Achtung: Hinsichtlich der von U gezahlten Untermiete liegt eine Leistung von U an M vor, die gegenüber der Nichtleistungskondiktion des Vermieters vorrangig ist!

Dies erfolgte nicht durch Leistung des Vermieters, denn dieser hat die Untervermietung gerade nicht gestattet. In Betracht kommt demnach nur eine Bereicherung in sonstiger Weise.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 5

M müsste hierfür den Vorteil auf Kosten des V erlangt haben. Das ist nur dann der Fall, wenn M in eine Rechtsposition eingegriffen hat, die nach der Rechtsordnung dem V zu dessen ausschließlicher Verfügung und Verwertung **zugewiesen** ist.

1. Die h.M., die auf den **Zuweisungsgehalt** abstellt, begründet ihre Meinung aus den Bestimmungen der §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 951, 812, 816 I S. 1 BGB.

Wenn jemand eine fremde Sache gebraucht oder benutzt, wenn er sie verarbeitet oder in sein Haus einbaut, oder wenn er sie unter dem Schutz des Rechtsscheins wirksam veräußert, dann hat er etwas erlangt, was nach dem Zuweisungsgehalt dem Eigentümer zusteht. Unrechtmäßig ist die Bereicherung in der Regel deshalb, weil sie der in dem Eigentum liegenden Güterzuweisung widerspricht.

2. Die auf den Zuweisungsgehalt abstellende Ansicht grenzt auch das Bereicherungsrecht sachgerecht vom Deliktsrecht ab.

Es ist daher zu fragen, ob die Nutzung der Untervermietung dem Eigentümer zugewiesen ist.

- a) Man könnte eventuell darauf abstellen, dass dem Eigentümer die Befugnis zukommt, die Untervermietung zu erlauben oder zu versagen, und dies wäre Ausfluss des Eigentumsrechts, **§§ 549 I, 540 I S. 2 BGB**.

Dann geht die Eingriffskondiktion aber nicht auf Herausgabe des Mietzinses, sondern nur auf Wertersatz für den Eingriff (§ 818 II BGB). Die Nutzungsentschädigung besteht dann nur in Höhe eines angemessenen Mietzuschlags.

- b) **Diese** (nur zum Teil vertretene) **Ansicht ist abzulehnen**.

- aa) Das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter ist nämlich im Mietvertrag geregelt.

Hiernach ist entweder die Untervermietung ausdrücklich gestattet oder gemäß **§§ 549 I, 540 I S. 2 BGB** von der Erlaubnis des Vermieters abhängig. Die Erteilung der Erlaubnis steht aber nicht im Belieben des Eigentümers (vgl. **§§ 549 I, 540 I S. 2 und § 553 I BGB**) und ergibt sich damit nicht aus der Güterzuordnung.

- bb) Wegen der **§§ 549 I, 540 BGB** ergibt sich daher nicht aus der Güterzuordnung (Zuweisungsgehalt), sondern aus dem jeweiligen Mietvertrag, ob Untervermietung erlaubt ist oder nicht. Bei der unberechtigten Untervermietung hat deshalb der Ausgleich nur nach Vertragsrecht zu erfolgen.

Anmerkung: Ähnlich ist der vom BGH entschiedene Fall, wonach ein Sicherungseigentümer, dem nach der Sicherungsabrede mit dem Sicherungsgeber kein Nutzungsrecht zusteht, die durch Vermietung des Sicherungsgutes gezogenen Nutzungen nicht gemäß § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion) herausverlangen kann.⁷

- cc) Im Übrigen widerspräche die Gewährung eines Eingriffskondiktionsanspruchs der Wertung der **§§ 549 I, 541 BGB** und **§§ 549 I, 543 II Nr. 2 i.V.m. § 569 BGB**.

Mit der Unterlassungsklage und dem Recht zur außerordentlichen Kündigung hat der Gesetzgeber abschließend die Möglichkeiten des Vermieters gegen eine unberechtigte Untervermietung geregelt.

- dd) Ferner kann man die Fremdheit des Geschäfts, die Rechtsgutsverletzung bei § 823 BGB und den Eingriff bei § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB nur entweder insgesamt bejahen oder insgesamt verneinen.

Alles andere wäre im Ergebnis inkonsequent. Der **Vermieter selbst wäre nämlich gar nicht berechtigt**, eine vermietete Wohnung **nochmals zu vermieten**.

Dieses Ergebnis ist zwar nicht unbestritten, entspricht aber den gesetzlichen Wertungen.

Der BGH betont dabei⁸, dass seine Rechtsprechung den Vermieter nicht unbillig benachteiligt. Der Vermieter könne sich nämlich gegen den unbefugten Gebrauch durch einen Dritten mit einer Unterlassungsklage (**§§ 549 I, 541 BGB**) oder durch fristlose Kündigung (**§§ 549 I, 543 II Nr. 2 Alt. 2 i.V.m. § 569 BGB**) ausreichend zur Wehr setzen.

Ergebnis: Damit entfällt mit der ganz h.M. § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB.

⁷ BGH, **Life&LAW 08/2007, 507 ff.** = NJW 2007, 2156 ff. = jurisbyhemmer.

⁸ Vgl. hierzu auch **Hemmer/Wüst, Bereicherungsrecht, Rn. 322 ff.**, insbesondere 330, 330a, sowie BGH, NJW 1996, 840 = jurisbyhemmer.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 6

Anmerkung: Anders zu lösen ist der Fall, wenn das Mietverhältnis beendet ist:

I. Zieht der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses, aber vor Rechtshängigkeit der Räumungsklage weiterhin die Untermiete ein, so ist die Rechtslage umstritten.

1. Anspruch aus §§ 987, 990 I BGB strittig

Zieht ein Mieter trotz Beendigung des Mietverhältnisses nicht aus, so liegt bezüglich der Mietsache eine Vindikationslage (ein EBV) vor. Außerdem weiß der Mieter regelmäßig, dass sein Besitzrecht beendet ist; jedenfalls beruht seine Unkenntnis regelmäßig auf grober Fahrlässigkeit, sodass der Mieter in analoger Anwendung des § 932 II BGB bösgläubig ist (analog, weil es bei § 990 I BGB um den guten Glauben an das Recht zum Besitz geht).

Fraglich ist nun, ob der tatbestandlich vorliegende Anspruch **neben § 546a I BGB anwendbar** ist.

a) Nach e.A. entfallen die §§ 987 ff. BGB, da die Vorschriften über die Vertragsabwicklung, z.B. §§ 546a, 571 BGB, vorgehen. § 546a I BGB sei eine abschließende lex specialis gegenüber den Nutzungsersatzansprüchen aus § 987 BGB und § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB.

Für die Sperrwirkung des § 546a I BGB spräche auch § 546a II BGB, der die Geltendmachung eines **weiteren Schadens** nicht ausschließt. Im Umkehrschluss sei daher die Geltendmachung eines **weiteren Nutzungsersatzanspruchs** ausgeschlossen.

b) Nach Ansicht des BGH stellt § 546a I BGB keine Sonderregelung dar, die den Anspruch aus dem EBV verdrängt.⁹

§ 546a I BGB soll nur eine **Mindestentschädigung** gewähren, sodass konkurrierende Ansprüche nicht ausgeschlossen sind. Nach dieser Ansicht kann der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die tatsächlichen Nutzungen, d.h. die erhaltene Untermiete herausverlangen.

2. Anspruch aus § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB auf Herausgabe der erhaltenen Untermiete

Durch die Vorenthaltung der Mietsache erlangt der Mieter auf Kosten des Vermieters den Besitz an derselben.

a) Teilweise wird vertreten, dass der Vermieter mit seinem Rückgabeverlangen deutlich mache, dass er dem Mieter nicht mehr den Besitz zum Zweck der Vertragserfüllung (solvendi causa) überlasse, sodass ein Eingriff seitens des Mieters vorläge, § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB.¹⁰

b) Der BGH ging früher davon aus, dass auch nach Beendigung des Mietverhältnisses der Besitz vom Vermieter geleistet wurde, da man die Besitzüberlassung nicht zeitlich aufspalten könne (sog. einheitliche Leistung). Lediglich der Rechtsgrund fällt später weg, sodass § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB einschlägig ist.¹¹

Nach neuerer und überzeugender Ansicht liegt ein Fall der Eingriffskondition vor, da der Vermieter mit seinem Rückgabeverlangen deutlich gemacht hat, dass er dem Mieter nicht mehr den Besitz zum Zwecke der Vertragserfüllung (solvendi causa) überlassen will.¹²

aa) Der Anspruch aus Eingriffskondition ist neben § 546a I BGB anwendbar. Der BGH und die h.L. gehen davon aus, dass § 546a I BGB die Ansprüche aus Bereicherungsrecht nicht verdrängt.¹³ §§ 812 ff. BGB stehen gleichberechtigt neben dem Anspruch aus § 546a I BGB. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass durch § 546a BGB darüberhinausgehende Bereicherungsansprüche verdrängt werden sollen.

bb) Allerdings steht die Sperrwirkung des EBV (§ 993 I HS 2 BGB) einem Anspruch aus Eingriffskondition entgegen.

II. Zieht der Mieter nach Rechtshängigkeit der Räumungsklage weiterhin die Untermiete ein, so ist die Rechtslage eindeutig.

Auf das Konkurrenzverhältnis zwischen dem nachvertraglichen Entschädigungsanspruch aus § 546a I BGB und den Vorschriften zum EBV kommt es nämlich ab Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs nicht mehr an, weil man in diesem Fall über die Verweisung des § 292 II BGB in das Rechtsfolgenrecht des EBV gelangt.

Hat der Vermieter den Mieter auf Rückgabe der Mietsache verklagt, so schuldet er daher nach §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB unstreitig auch die Herausgabe der erlangten Untermiete.¹⁴

⁹ BGH, NJW-RR 2009, 1522 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁰ So Leenen/Fleischhauer, JuS 2005, 709 (714).

¹¹ Vgl. BGH, NJW 1968, 197 ff. = jurisbyhemmer.

¹² Leenen/Fleischhauer, JuS 2005, 709 (714).

¹³ BGH, NJW 1977, 1335 f. = jurisbyhemmer; Grüneberg, § 546a BGB, Rn. 19.

¹⁴ BGH, Life&LAW 02/2010, 80 ff. = NJW-RR 2009, 1522 ff. sowie BGH, Life&LAW 07/2014, 499 ff. = jurisbyhemmer.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 7

Abwandlung

Strittig ist, ob der Lebensgefährte eines Mieters als „Dritter“ i.S.d. § 540 I S. 1 BGB anzusehen ist, für dessen Aufnahme in die Wohnung die Erlaubnis des Vermieters erforderlich ist.

1. Teilweise wird vertreten, dass der Lebensgefährte nicht „Dritter“ i.S.d. § 540 I S. 1 BGB sei.¹⁵

Die Aufnahme eines Lebensgefährten in die Wohnung gehöre zur Bildung einer auf Dauer angelegten Gemeinschaft ähnlich wie beim Ehegatten oder sonstigen nahen Angehörigen. Dieser persönliche Lebensbereich des Mieters sei daher von dem Recht zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietwohnung umfasst.

a) Eine Unterscheidung zwischen Ehegatten bzw. Lebenspartner einerseits und Personen, die in einer eheähnlichen Beziehung zusammenlebten, andererseits, sei auch im Hinblick auf die gewandelten sozialen Anschauungen nicht mehr gerechtfertigt.

b) Als weiteres Argument wird § 563 II S. 3 BGB angeführt. Der Gesetzgeber hat durch § 563 II S. 3 BGB (Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft, und zwar homo- wie heterosexuell¹⁶) ein Eintrittsrecht des (nichtehelichen) Lebensgefährten in den Mietvertrag bei Tod des Mieters vorgesehen. Dadurch wurde die rechtliche Stellung des Lebensgefährten derjenigen des Ehegatten angenähert. Die frühere Differenzierung zwischen Ehegatten und nichtehelichen Lebensgefährten könne deshalb nicht mehr aufrechterhalten werden.

2. Nach Ansicht des BGH und der h.M. ist der Lebensgefährte des Mieters hingegen „Dritter“ i.S.d. §§ 540, 553 BGB.¹⁷

a) Zunächst ist jede Person, die nicht Partei des Mietvertrages ist, „Dritter“ im Sinne des § 540 BGB.

Hiervon ausgenommen sind nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung (Art. 6 GG) stehenden persönlichen Beziehung und - mit Rücksicht auf ihren nur kurzen Aufenthalt - Besucher des Mieters.

Im Übrigen gilt jedoch, dass andere Personen als der Mieter unter den grundsätzlichen Erlaubnisvorbehalt des § 540 I S. 1 BGB fallen.

b) Zwar sieht § 563 BGB ausdrücklich den Eintritt des Partners in den Mietvertrag bei Tod des Mieters vor, und zwar sowohl für den Partner einer homosexuellen Lebenspartnerschaft (§ 563 I Alt. 2 BGB) als auch für sonstige homo- bzw. heterosexuelle Lebensgefährten (§ 563 II S. 3 BGB).

Die ihr zu Grunde liegende allgemeine **Wertentscheidung** des Mietrechtsreformgesetzes **rechtfertigt es jedoch** entgegen einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht (s.o.) **nicht, den Lebensgefährten** im Rahmen der §§ 540, 553 BGB **dem Ehegatten gleichzustellen**.

Hätte der Gesetzgeber eine solche Gleichstellung gewollt, hätte er eine dem § 563 II S. 3 BGB entsprechende Bestimmung zur Klarstellung auch in §§ 540, 553 BGB aufgenommen.

Die Situation bei der Aufnahme eines Lebensgefährten in die gemietete Wohnung zur Bildung einer auf Dauer angelegten Beziehung ist mit der Lage, die sich für einen nichtehelichen Lebensgefährten nach dem Tod des Mieters ergibt, nicht ohne weiteres zu vergleichen.

Es macht nämlich einen Unterschied, ob der gemeinsame Haushalt in einer vom Mieter zunächst allein genutzten Wohnung erst begründet werden soll, oder ob der Partner dort bereits - möglicherweise jahrelang - gemeinsam mit dem Mieter seinen eigenen Lebensmittelpunkt gehabt hat, den er nunmehr aufgeben müsste.

Dass ein Partner in dieser Lage einen stärkeren Schutz verdient als derjenige, der bisher nicht am Gebrauch der Wohnung teilgenommen hat, liegt auf der Hand.

c) Der Mieter - und mittelbar auch sein (künftiger) Lebensgefährte - sind außerdem **durch § 553 I BGB vor willkürlicher Versagung des Erlaubnis** des Vermieters **hinreichend geschützt**.

Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) und das daraus hergeleitete Recht auf ungehinderte Gestaltung des persönlichen Lebensbereiches innerhalb der Wohnung gebieten es nicht, die von der bisherigen herrschenden Meinung entwickelten Grundsätze über den vom Erlaubnisvorbehalt des § 540 BGB ausgenommenen Personenkreis auf den Lebensgefährten auszuweiten.

¹⁵ Vgl. z.B. LG Hamburg, WuM 1980, 255 = jurisbyhemmer.

¹⁶ § 563 II S. 3 BGB ist also geschlechtsneutral, vgl. Grüneberg, § 563, Rn. 15.

¹⁷ BGH, Life&LAW 04/2004, 229 ff. = NJW 2004, 56 ff.; BGH, NJW 1991, 1750; OLG Hamm, NJW 1982, 2876; OLG Hamburg, NJW-RR 1988, 1481, 1482; BayObLG, WuM 1984, 13 = jurisbyhemmer; Grüneberg, § 540, Rn. 5.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 8

Nach § 553 I S. 1 BGB steht dem Mieter, der ein berechtigtes Interesse an der Aufnahme des Dritten in seine Wohnung hat, ein Anspruch auf Erlaubnis gegen den Vermieter zu. Die nachvollziehbare Darlegung vernünftiger Gründe für die Bildung einer Wohngemeinschaft oder einer ähnlichen Form des Zusammenlebens genügen hierfür.

Angesichts gewandelter Moralvorstellungen ist der auf höchstpersönlichen Motiven beruhende **Wunsch** des Mieters, eine solche **Gemeinschaft zu bilden oder fortzusetzen**, in aller Regel **für die Darlegung eines berechtigten Interesses** an der Aufnahme des Dritten in die Wohnung **ausreichend**.

Die Vorschriften der §§ 540, 553 BGB gewährleisten mithin einen angemessenen Ausgleich zwischen den berechtigten Belangen sowohl des Mieters als auch des Vermieters.

Einer - vom Gesetzgeber nicht gewollten - Ausdehnung des privilegierten Personenkreises, der, obwohl nicht Partei des Mietvertrages, von vornherein nicht zu den „Dritten“ im Sinne der §§ 540, 553 BGB zählt, bedarf es nicht.

„Sound“: Stützt der Mieter gegenüber dem Vermieter sein Anliegen auf eine derartige Absicht, hat er einen klagbaren Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis, die der Vermieter nur dann versagen kann, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der Wohnraum übermäßig belegt würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen nicht zugemutet werden kann (§ 553 I BGB).

I. Wiederholungsfragen:

1. Warum entfällt bei der unberechtigten Untervermietung ein Anspruch aus §§ 280, 535 BGB?
2. Warum entfallen Ansprüche aus EBV, insbesondere §§ 987, 990 BGB?
3. Mit welcher Begründung entfällt ein Anspruch aus § 823 I BGB?
4. Warum kommt ein Anspruch aus §§ 687 II, 681 S. 2, 667 BGB nicht in Betracht?
5. Die Untervermietung stellt im Verhältnis zur Vermietung einen weiteren Unterfall dar. Welche Bedeutung hat dies im Rahmen der analogen Anwendung des § 816 I BGB? Mit welchem „schlagenden Argument“ ist die analoge Anwendung mit der h.M. abzulehnen?

6. Was versteht man unter der Lehre vom Zuweisungsgehalt und welche Bedeutung hat dies für die unberechtigte Untervermietung?

II. Arbeitsanleitung:

1. Zur Untervermietung lesen Sie zusammenfassend **Tyroller**, „Examensrelevante Fragen rund um den Untermietervertrag“, **Life&LAW 02/2012, 133 ff.**
2. Eine Überlassung eines Teils des Wohnraums an Dritte i.S.d. § 553 I BGB liegt vor, wenn der Mieter den Gewahrsam an dem Wohnraum nicht vollständig aufgibt. Ein Anspruch des Mieters gegen den Vermieter auf Gestattung der Gebrauchsüberlassung an Dritte kann grds. auch bei einer Einzimmerwohnung gegeben sein, **BGH, Life&LAW 03/2024, 152 ff.**
3. Ein Anspruch auf Zustimmung kann daher auch bei einer nur beruflich genutzten Nebenwohnung bestehen, **BGH, Life&LAW 03/2024, 169 ff.**
4. Der Wunsch, aus humanitären Gründen eine geflüchtete Frau aus der Ukraine aufzunehmen, begründet ein berechtigtes Interesse an einer Untervermietung, vgl. **BGH, Life&LAW 03/2024, 172 f.**
5. Verweigert der Vermieter die Zustimmung zu Unrecht, so verletzt er eine mietvertragliche Pflicht und ist damit zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Vgl. hierzu **BGH, Life&LAW 09/2014, 637 ff. = jurisbyhemmer.**
6. Erteilt der Vermieter dem Mieter eine Erlaubnis zur Untervermietung, so kann dieser ohne besondere Anhaltspunkte nicht davon ausgehen, dass die Erlaubnis eine tageweise Vermietung an Touristen umfasst, **BGH, Life&LAW 04/2014, 308 = NJW 2014, 622 = jurisbyhemmer.**
7. Ein berechtigtes Interesse des Mieters i.S.d. § 533 I S. 1 BGB besteht nicht, wenn der Mieter eine über die Deckung der wohnungsbezogenen Aufwendungen hinausgehende Gewinnerzielung des Mieters durch die Untervermietung des Wohnraums erfolgt. Vgl. dazu **BGH, Life&LAW 05/2026, 299 ff. = NJW 2026, 664 ff. = jurisbyhemmer.**

Untervermietung mit „Gewinn“ – so ist das nicht erlaubt!

I. Wer hat das entschieden?

BGH, Urt. v. 28.01.2026, VIII ZR 228/23
Life and Law 2026, 299 (Heft 5)

II. Sachverhalt:

M mietete von V eine Zweizimmerwohnung. Die monatliche Kaltmiete betrug **460 € pro Monat**. Da M für eineinhalb Jahre (Juli 2018 bis Januar 2020) ins Ausland zieht, fragt er bei V um eine Erlaubnis zur Untervermietung nach, die ihm V auch für den Zeitraum Juli 2018 bis Januar 2020 erteilt.

Da M länger im Ausland bleibt, vermietet er die Wohnung an zwei Untermieter für den Zeitraum **2. Februar 2020 bis zum 31. Oktober 2020** unter. Die monatliche Kaltmiete betrug hierbei **962 €** zuzüglich der Nebenkosten in Höhe von 138 €. M behielt einen Satz der Wohnungsschlüssel zurück und lagerte persönliche Gegenstände und Kleidung in einem abgegrenzten Bereich eines Zimmers.

M bat V Ende Januar 2020 um die Erlaubnis zur Untervermietung bis Ende Oktober 2020. Er teilte dem V dabei die persönlichen Daten der Mieter mit. **V reagierte auf die Anfrage nicht**. Im **November 2020** fragte V bei M nach, ob er denn noch in der Wohnung lebe. M teilte dem V daraufhin mit, dass er immer noch im Ausland sei und die Wohnung untervermietet ist.

Im Januar 2022 fordert der V den M auf, die unerlaubte Untervermietung zu beenden. M weigerte sich, das Untermietverhältnis zu beenden. Mit Schreiben vom 28. Februar 2022 kündigte V dem M **fristlos, hilfsweise ordentlich**.

Da M die Wohnung nicht räumte, klagt V gegen M **auf Räumung und Herausgabe** der Wohnung.

Frage: Ist die Klage des V begründet?

III. Warum wichtig fürs Examen?

Sehr sehr examensrelevant

Allerdings sehr durch „die Medien“ gegangen – und damit sehr bekannt.

Trotzdem: Der Fall wird in beiden Examen abgeprüft werden!!

IV. Und das musst Du zur Falllösung wissen:

Die Klage des V ist begründet, wenn ihm gegen den M ein Anspruch auf Räumung und Herausgabe der vermieteten Wohnung zusteht.

I. Anspruch auf Rückgabe und Räumung gem. §§ 549 I, 546 I BGB

Ein Anspruch auf Rückgabe und Räumung des V könnte sich aus §§ 549 I, 546 I BGB ergeben, wenn der V das Mietverhältnis mit dem M wirksam beendet hat, vgl. § 542 I BGB.

1. Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung nach §§ 549 I, 543 II 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB

a) Kündigungserklärung (+)

Die Kündigung erfolgte hier ausweislich des Sachverhalts gemäß §568 I BGB formgemäß schriftlich und ist damit wirksam erfolgt (+).

b) Kündigungsgrund gem. §§ 549 I, 543 II 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB

Der M müsste die Rechte des V dadurch **in erheblichem Maße verletzt** haben, dass er die Mietsache (Wohnung) **unbefugt einem Dritten überlassen** hat, § 543 II Nr. 2 Alt. 2 BGB.

Hinweis:

Der Mieter ist **ohne** die **Erlaubnis des Vermieters** **nicht berechtigt**, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen, insbesondere sie weiter zu vermieten, **§ 540 I 1 BGB**. Dem Vermieter steht in dem Falle der Versagung ein Sonderkündigungsrecht gem. § 540 I 2 BGB zu, wenn der Vermieter die Zustimmung grundlos verweigert. Grundlos ist die Verweigerung dann, wenn nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, § 540 I 2 BGB. Im **Wohnraummietrecht** wird die Vorschrift um den **§ 553 BGB ergänzt**.

Danach hat der Mieter einen **Anspruch auf die Erlaubniserteilung**, wenn er nach Vertragsschluss ein **berechtigtes Interesse an der Untervermietung eines Teils des Wohnraums** hat, **§ 553 I 1 BGB**.

aa) Keine Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung

Der V hat dem M für den maßgeblichen Zeitraum **ab Februar 2020** keine Zustimmung erteilt, weshalb eine Erlaubnis für diesen Zeitraum nach § 540 I 1 BGB **nicht vorlag**. Das „Schweigen“ des Vermieters kann **nicht** als konkludente Zustimmung verstanden werden.

Demnach handelt es sich um eine **unberechtigte Untervermietung**.

bb) Verletzung der Vermieterrechte in erheblichem Maße?

Die **unberechtigte Untervermietung** müsste auch in **erheblichem Maße** die Rechte des V verletzt haben, **§ 543 II 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB**.

An eine solchen Erheblichkeit **fehlt es**, wenn der M einen **Anspruch auf Erlaubniserteilung** hatte, **§ 553 I 1 BGB**.

(1) Kernproblem 1 des Falles: Untervermietung hier eines „Teils der Wohnung“?

Der M müsste einen Teil der Wohnung untervermietet haben.

(a) Meinungsstand

Was unter einer Teilüberlassung zu verstehen ist, ist umstritten:

Hinweis:

Im vorliegenden Fall hat sich der BGH mit dieser Fragestellung nicht explizit auseinandergesetzt, was vermutlich darauf zurückzuführen ist, dass dieser Punkt zwischen den Parteien unstreitig war. In einer Klausursituation sind hierzu jedoch Ausführungen zwingend erforderlich, weshalb im Folgenden näher auf diese Problematik eingegangen wird. In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung **BGH, Life&Law 03/2024, 152 ff.** von besonderer Relevanz. Diese Entscheidung lief zwar bereits im Examen, eine erneute Prüfung oder eine ähnliche Konstellation ist jedoch nicht auszuschließen.

e.A. (MüKo, § 553, Rn. 4): Hiernach soll die Teilüberlassung bei einer Einzimmerwohnung begrifflich nicht möglich sein.

a.A. (BeckOK, § 553, Rn. 4): Dem Mieter muss zumindest die Hälfte der Wohnung zur Nutzung verbleiben.

Das sagt der BGH 13.9.2023 VIII ZR 109/22 (Life&Law 03/2024,152 f.):

Es kann ein schutzwürdiges Interesse an einer Überlassung bestehen, wenn eine Ein-Zimmer-Wohnung gemietet wurde. Es ist nicht erforderlich, seinen Lebensmittelpunkt in der alten Wohnung zu behalten. Vielmehr genügt es, wenn der Mieter noch in der Lage ist, die Wohnung teilweise zu nutzen. Das ist der Fall, wenn der Mieter den **Gewahrsam an dem Wohnraum nicht vollständig aufgibt. Dafür genügt das u.U. das Zurückbehalten eines Wohnungsschlüssels...**

(b) Zwischenergebnis

Vorliegend hat der M einen Wohnungsschlüssel zurückbehalten und lagerte persönliche Gegenstände in einem Teil der Wohnung ein. **Danach ist nach Ansicht des BGH von einer teilweisen Wohnungsüberlassung auszugehen.**

(2) Kein Recht zur Kündigung wegen berechtigtes Interesse des M, § 553 I 1 BGB?

Der M müsste dann ein **berechtigtes Interesse** an der teilweisen Wohnungsüberlassung haben, **§ 553 I 1 BGB**. Dann läge i.d.R. keine erhebliche Verletzung der Vermieterrecht vor.

Kernproblem 2 des Falles: **Wie weit geht das Interesse des Mieters?**

(a) Grundsatz

- Ein **berechtigtes Interesse des Mieters** ist anzunehmen, wenn ihm vernünftige Gründe zur Seite stehen, die seinen Wunsch nach Überlassung eines Teils der Wohnung an Dritte nachvollziehbar erscheinen lassen
- Als berechtigt ist hierbei jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht anzusehen, das mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung in Einklang steht.
- **Ob ein solches Interesse besteht**, ist durch Auslegung der Vorschrift des § 553 I 1 BGB zu ermitteln.

(b) Kompensationsinteresse ausreichend

- Dem **Sinn und Zweck** der Vorschrift entspricht es, **einen billigen Ausgleich zwischen den Interessen des Mieters und des Vermieters schaffen**
- Dem Mieter soll bei einer wesentlichen Änderung der Lebensverhältnisse (z.B. vorübergehender Auslandsaufenthalt, Arbeitslosigkeit, Trennung vom Lebenspartner) das **Mietverhältnis erhalten bleiben**

- Daher ist das Interesse des Mieters, seine **Mietaufwendungen** durch eine Untervermietung zu verringern bzw. **zu kompensieren**, grundsätzlich ein **berechtigtes Interesse** i.S.v. § 553 I 1 BGB

(c) Aber: Auch ein darüberhinausgehendes Gewinninteresse?

Das sagt der BGH: NEIN!

- Das über das Kompensationsinteresse hinausgehendes Interesse an einer **Gewinnerzielung durch die Untervermietung ist nicht von dem berechtigten Interesse umfasst**

→ **Verfassungsrechtliche Auslegung**

Recht auf gewinnbringende Untervermietung aus Art. 14 I GG?

- Auch das **Besitzrecht an der Wohnung** fällt zwar unter „**Eigentum**“ i.S.d. **Art. 14 I GG**. Die Wohnung ist für jedermann regelmäßiger Mittelpunkt der privaten Existenz; auf ihren Gebrauch ist der einzelne zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Sicherung seiner Freiheit und zur Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen
- Die **wirtschaftliche Verwertung** der Wohnung, mithin die Befugnis, aus deren vertraglicher Überlassung zur Nutzung durch andere den Ertrag zu ziehen, der zur finanziellen Grundlage für die eigene Lebensgestaltung beiträgt, ist aber **durch Art 14 I GG deren Eigentümern(!) zugewiesen**
- Ein solches Verständnis entspricht den in einen verhältnismäßigen Ausgleich zu bringenden grundrechtlich geschützten Rechtspositionen des Vermieters und des Mieters. Aus diesem Grund steht dem Mieter **kein Recht** auf gewinnbringende Untervermietung zu

→ **BGH: Keine Korrektur zum Schutzes des Untermieters**

- Nach Ansicht des BGH steht ein solches Verständnis auch im Einklang mit der **gesetzgeberischen Wertentscheidung** bezüglich der **Interessen des Untermieters**

- Der Umstand, dass der Untermieter die Wohnung nach einer wirksamen Kündigung des Hauptmieters räumen muss (**§ 546 II BGB**), beruht auf einer Wertentscheidung des Gesetzgebers, wonach der **Untermieter** einen **geringeren Bestandschutz** als der Hauptmieter genießt. Der Untermieter trägt das Risiko, dass im Einzelfall die Untervermietung unberechtigt erfolgt
- Zuletzt werden Untermieter auch durch den Ausschluss einer gewinnbringenden Untervermietung **gerade vor überzogenen Mietforderungen der Hauptmieter geschützt**

(d) Zwischenergebnis

Der M hat vorliegend eine im Verhältnis zur Hauptmiete **doppelt so hohe** Untermiete verlangt. **Das Kompensationsinteresse wurde demnach sehr deutlich überschritten.**

Hinweis: Häufig wird in der Praxis in vergleichbaren Fällen argumentiert, dass die Wohnung **möbliert** untervermietet wurde (mit wertvollem Inventar) und deswegen die Untermiete deutlich höher sein „darf“ als die Hauptmiete.

Im vorliegende Fall war aber die Untermiete **praktisch doppelt so hoch(!)** wie die Miete. Das wird in aller Regel auch nicht durch sehr wertvolles Inventar gerechtfertigt...

Ein berechtigtes Interesse des M lag damit nicht vor.

(3) Verletzung der Rechte des V in erheblichen Maße

Die unberechtigte Untervermietung hat den V somit auch **in erheblichem Maße verletzt**:

Das ergibt sich auch aus der **Länge der Untervermietung** sowie aus dem Umstand, dass die Untermiete praktisch **doppelt so hoch ist wie die Miete**.

c) Ergebnis

Ein Kündigungsgrund nach §§ 549 I, 543 II 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB liegt vor (+)

Auf die Wirksamkeit der hilfsweisen ordentlichen Kündigung kommt es daher nicht mehr an.

Das Mietverhältnis wurde demnach wirksam beendet.

2. Endergebnis

Ein Anspruch des V auf Rückgabe und Räumung gem. §§ 549 I, 546 I BGB besteht.

Ergänzend weitere Ansprüche

II. Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB

Hinweis:

Während § 546 BGB auf **Räumung** geht, ist § 985 BGB nur auf **die Herausgabe** gerichtet. Grund dafür ist, dass im Rahmen des § 546 BGB die Sache so zurückgegeben werden muss, wie sie beim Einzug war – also idR leer (GRÜ § 546 Rn. 2).

1. V = Eigentümer

2. M = mittelbarer Besitzer

3. kein Recht zum Besitz, § 986 I 1 1. Alt. BGB

- Recht zum Besitz aus dem Mietvertrag (§ 535 I 1 BGB) ist durch die wirksame Kündigung vom 28. Februar 2022 beendet worden.

4. Ergebnis

Anspruch aus § 985 BGB (+)

III. Anspruch aus § 812 I 2 1. Alt. BGB

- Rechtsgrund durch die wirksame Kündigung des Mietvertrages weggefallen
- Anspruch aus § 812 I 2 1. Alt. BGB (+)

IV. Anspruch aus §§ 823 I, 249 I BGB

- **Eigentumsverletzung** resultiert aus der schuldhaften **Vorenthaltung der Mietsache** trotz wirksamer Kündigung (§ 546 I BGB), so dass V von M Herausgabe der Wohnung im Wege der Naturalrestitution verlangen kann.
- Anspruch aus §§ 823 I, 249 I BGB (+)

V. Endergebnis

Die Klage des V ist somit begründet, da V gem. § 546 I BGB die Räumung und nach § 985 BGB, § 812 I 2 1. Alt. BGB, §§ 823 I, 249 I BGB die Herausgabe der Wohnung verlangen kann.

Hinweis:

Bitte in diesem Zusammenhang mit der unberechtigten Untervermietung zudem eine **Klassikerkonstellation** des Mietrechts beachten: Die Frage, ob dem Vermieter ein Anspruch auf Herausgabe des vom Hauptmieter erzielten Mehrerlöses zusteht (also der Betrag, um den die Untermiete die Hauptmiete übersteigt; vgl. **Life&Law 05/2018, 325 f.**). Die Prüfung dieser Fragestellung bietet sich systematisch unmittelbar im Anschluss an die Erörterung der Kündigung an.

Mietrecht III

Schadensersatz bei nicht erfolgter Schönheitsreparatur und fiktive Schadensabrechnung im Mietrecht

I. Der Fall/Das Problem:

V kündigt gegenüber K wirksam den seit 10 Jahren bestehenden Mietvertrag zum 31.7.2022.

Im MV steht eine zulässige Schönheitsreparaturklausel.

M zieht aus, ohne die erforderlichen Schönheitsreparaturen vorzunehmen.

V setzt M mit Schreiben vom 01.08.2022 eine angemessene Frist zur Vornahme der Schönheitsreparaturen.

Nach Ablauf der Frist verlangt V von M Schadensersatz auf der Basis eines Kostenvoranschlags eines Meistermalerbetriebs in Höhe von 4.000 € netto wegen nicht vorgenommenen Schönheitsreparaturen des M.

Frage: Anspruch V gegen M?

II. Die Examensrelevanz:

Hoch!

Der Schadensersatz aus §§ 280 I, III, 281 BGB wegen nicht erfolgter Schönheitsreparatur **bei Auszug** ist und bleibt ein **absoluter Examensklassiker** seit vielen Jahren!

Und dann noch das Thema „**fiktive Schadensabrechnung**“ – **diesmal im Mietrecht!!**

Wichtig ist, dass man bei der Lösung zwischen Schönheitsreparatur im **bestehenden** und **beendeten** MV **genau unterscheidet!**

III. Lösung:

Anspruch V gegen M aus §§ 280 I, III, 281 BGB auf Zahlung von 4000 €

Zum Verständnis: Die §§ 536 ff. BGB regeln nur das Mängelrecht im Mietrecht. Da es darum hier nicht geht, ist auf das **allg. Leistungsstörungenrecht** zurückzugreifen!

1. Schuldverhältnis

- Mietvertrag über Wohnraum gem. §§ 535, 549 BGB

2. Pflichtverletzung

a) fälliger, einredefreier Anspruch

- **Anspruch:** Vornahme der Schönheitsreparaturen
 - Vorliegend, indem eine zulässige Schönheitsreparaturklausel besteht, unproblematisch (+)
 - Diese Verpflichtung soll auch gerade **nach Beendigung des Mietverhältnisses** bestehen
- **Fälligkeit:**
 - = (+), wenn aus der Sicht eines objektiven Betrachters Renovierungsbedarf besteht
 - Hier ausweislich des SV (+)
- **Einredefreiheit:** (+)

b) Nicht oder nicht vertragsgemäße Leistung

Exkurs:

Differenzierung zwischen Nichtleistung und nicht vertragsgemäßer Leistung

- **Nichtleistung** = *vollständige Nichterbringung der Leistung trotz Fälligkeit*
- **Nicht vertragsgemäße Leistung** = *Leistung, die dem Inhalt der geschuldeten Leistungspflicht nicht oder nur zum Teil entspricht*
 - **Insbesondere:**
 - Leistung eines Aliud § 434 V BGB
 - Schlechtleistung §§ 434 II, III, IV BGB

- Hier: **Nichtleistung** (+)

c) Setzung einer angemessenen Frist

= **Angemessenheit** (+), wenn sie so lange bemessen ist, dass eine bereits angefangene Leistung beendet werden kann

- Hier laut SV (+)

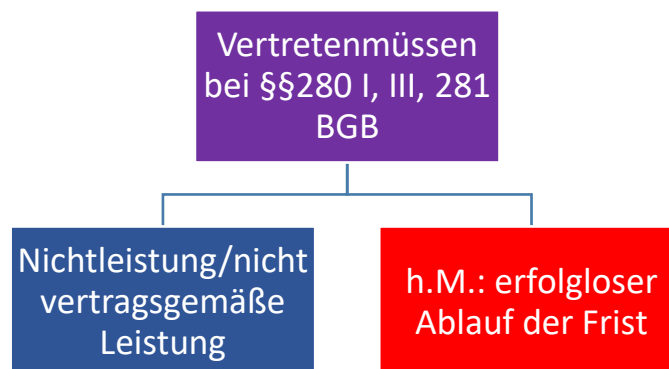
Exkurs: Genügt das schlichte Ausziehen für die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung i.S.d. § 281 II Alt. 1 BGB?

- **Grundsatz:** (-)
- **Ausnahme:** (+), wenn sich ein **offensichtlicher Renovierungsbedarf erkennenbar aufdrängt** oder der Vermieter den Mieter bereits vor Mietende konkret **auf die Erforderlichkeit bestimmter Arbeiten hingewiesen** hat

d) Erfolgloser Ablauf der Frist (+)

3. Vertretenmüssen

- **P: Bezugspunkt des Vertretenmüssens (str.)**



- **Beweislastumkehr:** § 280 I 2 BGB
- M kann sich nicht exkulpieren, sodass **Vertreten müssen (+)**

4. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung

- **Schaden** = *jede unfreiwillige Einbuße, die jemand infolge eines bestimmten Ereignisses an seinen Rechtsgütern erleidet*
- Art und Umfang des Schadensersatzes richten sich hier nach **§ 251 I BGB (!)** (BGH, str.)

Exkurs: Wieso ist § 249 BGB bei §§ 280 I, III, 281 BGB nicht anwendbar?

- Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung, ist die Leistung gem. § 281 IV BGB ausgeschlossen
- Der **Anspruch auf Naturalrestitution** gem. § 249 I BGB würde den in **§ 281 IV BGB** angeordneten **Ausschluss** des Anspruchs des Gläubigers auf die **primäre Leistung unterlaufen**
- Deshalb ist auch **§ 249 II BGB nicht anwendbar**, da diese Vorschrift voraussetzt, dass der Geschädigte nach § 249 I BGB auch Naturalrestitution verlangen kann

Folge:

Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bestimmt sich nach **§ 251 I BGB**

- Ausgangspunkt zum Bestimmen des **Vermögensschadens**:
Differenzhypothese
(= *Vergleich der Vermögenslage nach der schädigenden Handlung mit derjenigen, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung bestünde*)
- **Hier:** V muss die Schönheitsreparaturen selbst durchführen
(sog. Deckungsgeschäft)
 - Insb.: Material- und Arbeitskosten
- **Problem:** Sind auch die Kosten eines nur hypothetischen Deckungsgeschäfts ersatzfähig? (sog. **fiktive Abrechnung**)
 - **Bisherige st.Rspr.:**
Eine fiktive Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 BGB ist im Mietrecht **zulässig**
 - **Aber:** Änderung der Rspr. aufgrund des Verbots der fiktiven Abrechnung im Werkvertragsrecht?

Nochmal als kurzer Exkurs: Ersatz von fiktiven Mängelbeseitigungskosten**Hinweis:**

Ausführliche Darstellung des Problems in **Finsh! SchR AT Fall 7**

- **Werkvertragsrecht (VII. Senat BGH):** fiktive Mängelbeseitigungskosten können **nicht** mehr verlangt werden
 - Arg.: Besteller hat ohnehin ein Selbstvornahmerecht und diesbezüglich auch einen Vorschussanspruch gem. § 637 III BGB; es droht die Gefahr der Überkompensation i.R.d. Äquivalenzinteresses
- **Kaufrecht (V. Senat BGH):** fiktive Mängelbeseitigungskosten können weiterhin verlangt werden
 - Arg.: keine Gefahr der Überkompensation
 - im Kaufrecht gibt es keine § 637 III BGB entsprechende Norm
- **Rechtslage im Mietrecht?**
 - Der Vermieter hat **im bestehenden (!!) Mietverhältnis** einen mit **§ 637 III BGB** vergleichbaren Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für die (beabsichtigte) Selbstvornahme

Wichtiger Exkurs: Anspruch auf Ersatzvornahme und Zahlung eines Vorschusses im bestehenden (!) Mietverhältnis

- Gerät der Mieter **während des bestehenden Mietverhältnisses** mit der Durchführung der fällig gewordenen Schönheitsreparaturen (zur Fälligkeit s. oben) in **Schuldnerverzug (§286 BGB)**, kann der Vermieter
 - diese als Ersatzvornahme selbst durchführen und
 - vom Mieter einen Vorschuss i.H.d. voraussichtlichen Renovierungskosten verlangen (st.Rspr.)
- Eine gesetzliche Grundlage für den Anspruch auf Zahlung des Vorschusses existiert nicht; er lässt sich aber letztlich mit **§ 242 BGB i.V.m. § 536a II Nr. 1 BGB analog** begründen
- im bestehenden Mietverhältnis besteht hingegen **kein Anspruch** aus §§ 280 I, III, 281 BGB (str.)

➔ **bedeutet dies, dass die fiktive Abrechnung im Mietrecht ausscheidet?**

- **Das sagt der VIII. Senat BGH:**
Nein! Fiktive Abrechnung möglich
 - Ein Anspruch auf Vorschuss steht vorliegend **nicht** in Rede, da V den Schadensersatzanspruch aus **einem beendeten (!) Mietverhältnis** geltend macht
 - Es ist **keine einheitliche Sichtweise** für alle Vertragstypen geboten
 - Zwar befindet sich die Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz statt der Leistung im allg. Schuldrecht
 - Doch ist bei der Beurteilung der Möglichkeit einer fiktiven Schadensabrechnung den **Besonderheiten einzelner Vertragstypen** Rechnung zu tragen

▪ im Mietrecht besteht keine Gefahr der Überkompensation

- Gefahr des Missverhältnisses besteht nicht, da der Umfang und die Kosten der Schönheitsreparaturen in **§ 28 IV 3 II. Berechnungsverordnung** für Mietverhältnisse **vorgegeben** ist

Hinweis:

Die II. BerechnungsVO gilt für den sozialen Wohnungsbau und den steuerbegünstigten freien Wohnungsbau. In der Praxis wird die II. BerechnungsVO aber auch in anderen MV angewandt...

- der zu errechnende Schadensersatz ergibt sich somit aus der Anwendung der Norm

→ **Folge:**

Es ist somit weiterhin eine fiktive Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§280 I, III, 281 BGB im Mietrecht zulässig

- aber: Vermieter kann nach dem **Rechtsgedanken des § 249 II 2 BGB** nur den **Nettobetrag** verlangen

Ergebnis

Anspruch V gegen M aus § 280 I, III, 281 BGB auf Zahlung von 4000 € (+)

Zusammenfassung: Rechte des Vermieters gegen den Mieter wegen unterbliebenen Schönheitsreparaturen

- **Das Mietverhältnis besteht noch:**
 - Anspruch aus §§ 280 I, II, 286 BGB
 - Ersatzvornahme
 - Vorschussanspruch §§ 242, 536 a II Nr.1 BGB analog
- **Das Mietverhältnis besteht nicht mehr:**
 - Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, III, 281 BGB
 - fiktive Abrechnung ist möglich!

IV. Rechtsprechung

BGH Life & Law 2023, 158 (Heft 3)
= BGH, Urteil vom 10.05.2022, VIII ZR 277/20

Fall 15

V verkauft sein Grundstück an K; beide sind über den Kaufpreis von insgesamt 500.000,- € einig, geben jedoch im notariellen Kaufvertrag zur Steuerersparnis nur 400.000,- € an. Kurz nach Abschluss des Kaufvertrages wird für K eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

Aufgrund einer einstweiligen Verfügung der C gegenüber V erwirkt diese am 07. März eine Vormerkung mit dem Inhalt, der C ein Wegerecht durch das Grundstück des V zu gestatten. Vorangegangen war ein von V an C erteiltes schriftliches Versprechen, in dem er dieser als Nachbar ein Wegerecht in Form einer Grunddienstbarkeit verkaufte.

Am 15. April wird K als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Prüfen Sie folgende Fragen in einem Gutachten:

1. Kann K von C die Löschung der zu deren Gunsten eingetragenen Vormerkung verlangen?
2. Kann C die Bestellung der Grunddienstbarkeit verlangen?
3. Welche Ansprüche bestehen im Verhältnis von K zu V, wenn die Grunddienstbarkeit auch gegenüber K wirkt?

Fall 16

Der Bucheigentümer B verkauft das Grundstück an den unredlichen K und lässt ihm eine Auflassungsvormerkung eintragen. K tritt seinen Übereignungsanspruch an die redliche D ab.

D und B einigen sich, dass das Eigentum am Grundstück auf die D übergehen soll.

Danach erwirkt der Eigentümer E einen Widerspruch gegen die Eintragung des B.

Trotzdem wird D als Eigentümerin eingetragen. E verlangt nun von D Herausgabe des Grundstücks und Zustimmung zur Grundbuchberichtigung.

Zu Recht?

Sachenrecht

Fall 16 - Lösung - Seite 1

Fall 16 - Lösung

ÜBERSICHT FALL 16

A) Anspruch des E auf Herausgabe gem. § 985 BGB

- I. D ist unmittelbare Besitzerin
- II. E war ursprünglich Eigentümer
- III. Eigentumserwerb der D gem. §§ 873, 892 BGB
 1. Auflassung und Eintragung gem. §§ 873, 925 BGB (+)
 2. Berechtigung des B (-)
 3. Gutgläubiger Erwerb gem. § 892 BGB

⇒ (-); D zwar gutgläubig, aber vor Rechtserwerb Widerspruch des E eingetragen (vgl. §§ 899, 892 I S. 1 BGB)
 4. Anderes Ergebnis wegen Vormerkung?

⇒ Nach h.M. schaltet Vormerkung analog § 883 II BGB einen Widerspruch aus
 5. Erwerb der Vormerkung durch D?

⇒ Vormerkung geht mit Abtretung des Auflassungsanspruchs als akzessorisches Sicherungsmittel analog § 401 BGB auf D über, wenn K Vormerkungsinhaber war
- a) K könnte die Vormerkung von B erworben haben, § 885 BGB
- aa) Bewilligung (+), aber B war nicht Berechtigter
- bb) Gutgläubiger („Erst“)Erwerb des K

⇒ Vormerkung kann nach h.M. gem. § 893 Alt. 2 BGB gutgläubig erworben werden, jedoch war K bösgläubig
- b) Gutgläubiger („Zweit“)Erwerb der Vormerkung durch Zessionar D selbst?
- aa) Nach Ansicht der Literatur ist gutgläubiger Zweiterwerb nicht möglich
 - (1) Kein rechtsgeschäftlicher Erwerb, sondern kraft Gesetzes analog § 401 BGB
 - (2) Vergleich mit der Hypothek überzeugt nicht, da die Übertragung der Vormerkung anders als bei der Hypothek (vgl. Form des § 1154 BGB) ohne Publizitätsakt nur nach § 398 S. 1 BGB erfolgt

bb) Nach Ansicht des BGH ist gutgläubiger Zweiterwerb analog § 892 I BGB möglich

- (1) Wirkung des § 883 II BGB rechtfertigt die Analogie
- (2) Vormerkung ist im Grundbuch eingetragen
- (3) Interessenlage ist vergleichbar
- (4) Mittelbare rechtsgeschäftliche Übertragung gemäß § 398 BGB reicht für gutgläubigen Erwerb
- (5) Vergleich mit Hypothek

⇒ Durch Übertragung der Forderung geht akzessorische Hypothek über (§ 1153 BGB); dennoch gibt es gutgläubigen Erwerb nach § 892 bzw. § 1138 BGB

cc) Ergebnis:

Nach überzeugender Ansicht des BGH gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung durch D, sodass Widerspruch analog § 883 II BGB unbeachtlich war

⇒ daher gutgläubiger Eigentumserwerb der D gem. §§ 925, 873, 892 BGB

Anspruch des E gegen D aus § 985 BGB (-)

B) Kein Anspruch auf Grundbuchberichtigung

- I. Anspruch aus § 894 BGB

⇒ (-), da D im Grundbuch zu Recht als Eigentümerin steht
- II. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB

(-) wegen vorrangiger Leistungsbeziehung zwischen D und B (Subsidiarität der Eingriffskondiktion)

Sachenrecht

Fall 16 - Lösung - Seite 2

LÖSUNG FALL 16

A. Als Anspruchsgrundlage auf Herausgabe kommt § 985 BGB in Betracht.

- I. Dieser Anspruch entfällt aber, wenn D gem. §§ 873, 925 BGB das Eigentum am Grundstück erworben hat.

Einigung (= Auflassung, § 925 BGB) und Eintragung im Grundbuch liegen vor.

- II. B war allerdings Nichtberechtigter, sodass nur ein gutgläubiger Erwerb in Betracht kommt.

Dieser ist grds. gem. §§ 891, 892 I BGB denkbar, da B im Grundbuch steht („Bucheigentümer“).

Ein gutgläubiger Eigentumserwerb der D von B als Nichtberechtigtem nach Abtretung des Übereignungsanspruchs durch K entfällt, da ein Widerspruch des E vor der Eintragung als Eigentümer im Grundbuch eingetragen war, vgl. §§ 899, 892 I S. 1 BGB.

- III. Etwas anderes könnte jedoch dann gelten, wenn D eine Vormerkung erworben hat und diese auch gegen E wirkt.

1. Wirkung der Vormerkung:

Fraglich ist schon, ob bei Annahme einer redlich erworbenen Vormerkung der D diese überhaupt gegenüber dem eingetragenen Widerspruch des E wirkt (das gleiche Problem stellt sich, wenn kein Widerspruch eingetragen ist, sondern D nach dem Erwerb der Vormerkung bösgläubig geworden wäre!).

Zwar passt § 883 II BGB nicht direkt, weil die Eintragung des Widerspruchs keine Verfügung über das Grundstück bedeutet.¹

Dennoch lässt die h.M. den Widerspruch (oder die Eintragung des wahren Berechtigten) nicht gegen den gutgläubigen Vormerkungsinhaber wirken, weil die Vormerkung ihre Aufgaben nur erfüllen kann, wenn sie den Vorgemerkten nicht bloß gegen abweichende Verfügungen des Veräußerers schützt, sondern auch gegen andere Beeinträchtigungen seines Erwerbs²:

Mit der Vormerkung ist der Grund für die Erfüllung des Anspruchs gelegt, der Erwerb des Rechts vollzieht sich dann unabhängig von der weiteren Entwicklung des Grundbuchinhalts und dem guten Glauben des Berechtigten (sog. „große Lösung“)³.

2. Bestehen einer Vormerkung der D

Fraglich ist weiter, ob D überhaupt eine Vormerkung erworben hat.

- a) Die Vormerkung kann sie nur von K erworben haben.

- aa) Fraglich ist, ob K selbst Inhaber einer Vormerkung war und D damit vom Berechtigten durch Abtretung der Forderung die Vormerkung entsprechend § 401 BGB erworben hat.

- (1) K selbst könnte die Vormerkung vom Bucheigentümer B als Berechtigtem durch Bewilligung gem. § 885 I BGB erworben haben (**Merke:** § 873 BGB ist nicht anwendbar, da § 885 BGB lex specialis ist, und keine Einigung zu erfolgen hat⁴).

Berechtigter ist jedoch nur derjenige, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen wird, vgl. § 885 I S. 1 BGB. Betroffen ist damit der gegenwärtige Inhaber des dinglichen Rechts, das durch die Erfüllung des schuldrechtlichen Anspruchs übertragen oder belastet wird⁵. Das ist hier E als wahrer Eigentümer.

Indem B die Vormerkung bewilligte, handelte er damit als Nichtberechtigter.

- (2) K könnte die Vormerkung entsprechend §§ 893, 892 BGB gutgläubig vom Nichtberechtigten erworben haben.⁶

Nach ganz h.M. ist der gutgläubige Ersterwerb einer Auflassungsvormerkung möglich.

Da die Vormerkung nach dieser h.M. aber kein Recht an einem Grundstück, sondern ein dingliches Sicherungsmittel eigener Art ist, wird nicht § 892 I BGB, sondern § 893 Alt. 2 BGB angewandt⁷.

Es fehlt aber an den Voraussetzungen der §§ 892, 893 Alt. 2 BGB, da K bösgläubig war.

¹ Vgl. Grüneberg, § 883 Rn. 20 a.E.

² BGHZ 57, 341 = jurisbyhemmer; Medicus/Petersen, BR, Rn. 554.

³ Vgl. Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn. 120 f. vgl. auch RGZ 121, 44 sowie BGH, NJW 1981, 446 = jurisbyhemmer.

⁴ Vgl. Grüneberg, § 885 Rn. 1

⁵ Grüneberg, § 885 Rn. 10.

⁶ Sog. gutgläubiger Ersterwerb, Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn. 114 ff.; dazu auch Grüneberg, § 893 Rn. 3; § 885 Rn. 12.

⁷ MüKo, § 893 Rn. 11 plädiert für eine analoge Anwendung des § 893 Alt. 2.

Sachenrecht

Fall 16 - Lösung - Seite 3

Zwischenergebnis: K selbst ist damit nicht Inhaber einer Vormerkung geworden, D konnte nicht vom Berechtigten erwerben.

- bb) Ein Erwerb der Vormerkung durch D von K ist damit nur dann möglich, wenn ein redlicher Erwerb durch die Zessionarin (D) für zulässig erachtet wird.

Es handelt sich hierbei nicht um den gutgläubigen Ersterwerb der Vormerkung vom Scheineigentümer (dies ist grds. möglich, siehe oben), sondern um den **gutgläubigen Zweiterwerb** vom Scheininhaber der Vormerkung.⁸

Ob ein gutgläubiger Zweiterwerb möglich ist, ist strittig.

(1) Ansicht in der Literatur

Nach verbreiteter Ansicht in der Literatur scheidet ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung bei der Zession des gesicherten Anspruchs aus.⁹

Anmerkung: Dabei nimmt die Diskussion in erster Linie die zunächst unwirksam bestellte Vormerkung in den Blick und nicht die hier vorliegende Konstellation des Rangverhältnisses.

Argumentiert wird damit, dass es wegen des Übergangs der Vormerkung kraft Gesetzes analog § 401 I BGB an dem für einen gutgläubigen Erwerb notwendigen rechtsgeschäftlichen Erwerb fehle.

Außerdem wird vorgebracht, dass es auch an der für den Schutz des guten Glaubens nach §§ 892 f. BGB vorausgesetzten sachenrechtlichen Übertragungsform und damit an der Wahrung des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips mangle.

Da die Vormerkung jederzeit außerhalb des Grundbuchs übergehen könne, begründe ihre Eintragung keine Vermutung dafür, dass der eingetragene Berechtigte auch Inhaber der Vormerkung sei. Zudem bestehe kein Bedürfnis für einen derartigen Schutz des Rechtsverkehrs.

Zwar gibt es bei der Hypothek, die auch nicht rechtsgeschäftlich übertragen wird, sondern kraft Gesetzes mit Abtretung der gesicherten Forderung auf den Zessionar übergeht (vgl. § 1153 I BGB bzw. § 401 I BGB), unstreitig einen gutgläubigen Zweiterwerb. Hypothek und Vormerkung könnten aber nicht miteinander verglichen werden.

Der entscheidende Unterschied im Verhältnis zur Hypothek besteht bei der Vormerkung nämlich darin, dass die Abtretung der Forderung formlos ohne jeden Publizitätsakt erfolgt. Es genügt für die Übertragung der Forderung die formlose Einigung nach § 398 S. 1 BGB. Der Erwerb der Vormerkung nach § 401 BGB analog vollzieht sich also außerhalb des Grundbuchs, während die Hypothek Briefübergabe bzw. Grundbucheintragung gemäß § 1154 I, III BGB voraussetzt und damit ein Publizitätsakt vorliegt.

(2) Ansicht des BGH

Nach Ansicht des BGH¹⁰ und der Rechtsprechung der Instanzgerichte¹¹ ist ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung analog § 892 I BGB grundsätzlich möglich.

Auch in der Lit. wird ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung zum Teil bejaht, wobei insbes. auf die Schutzbedürftigkeit des Erwerbers abgestellt wird, der auf den durch die Eintragung des Zedenten hervorgerufenen Rechtsschein vertrauen dürfe.¹²

Bei der Abtretung einer durch Vormerkung gesicherten Forderung gilt der Inhalt des Grundbuchs analog § 892 I S. 1 BGB zugunsten des Zessionars im Hinblick auf den Grundbuchstand unter Einschluss des Rangs der Vormerkung sowie das Vorliegen ihrer sachenrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen als richtig. Die analoge Anwendung auf den Zweiterwerb der Vormerkung ist geboten, weil die Vormerkung sowohl in ihrer Wirkung als auch im Hinblick auf die Grundbuchlage in gewissen Beziehungen einem dinglichen Recht angenähert ist und eine mit dem Erwerb eines dinglichen Rechts vergleichbare Interessenlage besteht.

⁸ Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn. 127 ff.; zum gutgläubigen Zweiterwerb allgemein vgl. Göppel, Life & LAW 05/2001, 365 ff.

⁹ BeckOGK/Assmann, BGB, § 885, Rn. 161 ff.; BeckOK/Eckert, BGB, § 885, Rn. 27 f.; Grüneberg, BGB, § 885 Rn. 19; Tiedtke, Jura 1981, 354 (367 ff.); Wiegand, JuS 1975, 212; Medicus/Petersen, a.a.O., Rn. 556 f.; Knöpfle, JuS 1981, 157 (166).

¹⁰ Vgl. BGH, Life&LAW 05/2023, 285 ff. = DNotZ 2023, 271 ff.; BGHZ 25, 16 (23) = jurisbyhemmer; zustimmend auch BayObLGZ 1999, 226 (230 f.).

¹¹ KG Berlin, OLGZ 1978, 122 (124) = jurisbyhemmer; OLG Saarland, Rpfleger 1995, 404 (406) = jurisbyhemmer; OLG München, BWNotZ 2002, 12 (14) = jurisbyhemmer.

¹² Erman/Artz, BGB, § 883 Rn. 29; Jauernig/Berger, BGB, 18. Aufl., § 883 Rn. 28; MüKo/Lettmaier, BGB, § 885 Rn. 47; Kempf, JuS 1961, 22; Furtner, NJW 1963, 1484; Wunner, NJW 1969, 113 (116 ff.).

Sachenrecht

Fall 16 - Lösung - Seite 4

(a) Wirkung des § 883 II BGB rechtfertigt analoge Anwendung der Vorschriften über Grundstücksrechte

Zwar ist die Vormerkung kein dingliches Recht, wie es § 892 I S. 1 BGB voraussetzt, sondern als Sicherungsmittel eigener Art anzusehen. Sie verleiht aber dem gesicherten schuldrechtlichen Anspruch in beträchtlichem Umfang dingliche Wirkungen im Sinn einer dinglichen Gebundenheit des Grundstücks.

Sie bewirkt insbesondere die relative Unwirksamkeit von Zwischenverfügungen (§ 883 II BGB) und sichert dem dinglichen Recht, auf dessen Einräumung der vormerkungsgesicherte Anspruch gerichtet ist, denjenigen Rang zu, der ihm zugekommen wäre, wenn es selbst bereits zur Zeit der Eintragung der Vormerkung eingetragen worden wäre (§ 883 III BGB). Damit ist die Vormerkung einem dinglichen Recht angenähert.¹³

(b) Vormerkung ist im Grundbuch eingetragen

Auch im Hinblick auf ihre Eintragung im Grundbuch ist die Vormerkung teilweise einem dinglichen Recht angenähert. Zwar lässt sich aufgrund der strengen Akzessorietät der Vormerkung dem Grundbuch nicht entnehmen, ob die Forderung - und damit insoweit auch die Vormerkung - (noch) besteht oder (noch) dem Eingetragenen zusteht.

Das Erlöschen und der Übergang der Forderung vollziehen sich außerhalb des Grundbuchs. Aus der Eintragung im Grundbuch ergibt sich aber bei einer gem. § 885 I S. 1 Alt. 2 durch Bewilligung bestellten Vormerkung zum einen, dass die Bewilligung dessen, dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, erteilt worden ist, und zum anderen die dingliche Gebundenheit des betroffenen Rechts und die Rangstellung der Vormerkung.

Anders als bei dem Erwerb einer Forderung oder eines Pfandrechts ergibt sich bezüglich dieses „sachenrechtlichen Teils“ der Vormerkung aus dem Grundbuch ein objektiver Rechtsschein, auf den der Zessionar einer vormerkungsgesicherten Forderung vertrauen kann.

(c) Vergleichbare Interessenlage

Bei einem Zweiterwerb der Vormerkung liegt auch eine mit dem Erwerb eines dinglichen Rechts vergleichbare Interessenlage vor.

Ebenso wie bei der Übertragung eines dinglichen Rechts besteht im Interesse des Rechtsverkehrs auch bei dem gesetzlichen Übergang der Vormerkung infolge der Abtretung des gesicherten Anspruchs ein Bedürfnis, sich auf das Grundbuch verlassen zu können. Die Vormerkung soll dem Berechtigten das zu dem Zeitpunkt des Erwerbs der Vormerkung nach der Grundbuchlage bestehende Erfüllungsvermögen des Schuldners sichern.

Die Eintragung der Vormerkung ist insofern Grundlage für das Vertrauen, das Eigentum ohne die im Zeitpunkt des Übergangs nicht vorhandenen oder nachträglich eingetragenen Belastungen erwerben zu können.

Derjenige, der den gesicherten Anspruch durch Abtretung erwirbt, ist auf die möglichst frühzeitige Absicherung seines in Aussicht genommenen Rechtserwerbs nicht weniger angewiesen als der ursprüngliche Erwerber. Gerade bei Kettenverkäufen besteht ein praktisches Bedürfnis für die Verkehrsfähigkeit der Vormerkung. Die Fälligkeit der Kaufpreiszahlung ist oft von der Absicherung des Käufers durch eine Vormerkung abhängig. Eine solche kann aber der ursprüngliche Käufer nach § 885 I S. 1 Alt. 2 BGB erst bestellen, wenn er im Grundbuch eingetragen ist. Diese Eintragung abzuwarten, wäre mit einem erheblichen Aufwand von Zeit und Kosten verbunden. Daher besteht ein praktisches Bedürfnis für einen Zweiterwerb der Vormerkung analog § 401 I BGB im Wege der Abtretung des gesicherten Anspruchs.

(d) Dogmatische Bedenken der Literatur sind nicht überzeugend

Die dogmatischen Bedenken der Literatur gegen die analoge Anwendung des § 892 I S. 1 BGB greifen nicht durch.

Es fehlt für die analoge Anwendung weder an einem rechtsgeschäftlichen Erwerb, noch ist die analoge Anwendung in dem dargestellten Umfang deswegen ausgeschlossen, weil sich der Übergang der Vormerkung ohne einen sachenrechtlichen Übertragungstatbestand außerhalb des Grundbuchs vollzieht.

Obwohl die Vormerkung nicht isoliert, sondern nur infolge der Abtretung des gesicherten Anspruchs übergehen kann, handelt es sich bei der Übertragung des Anspruchs und dem Übergang der Vormerkung um einen einheitlichen rechtsgeschäftlichen Vorgang.¹⁴

¹³ BGHZ 60, 46 (49 ff.) = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2022, 1167 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁴ So auch MüKo/Lettmaier, a.a.O., § 885 Rn. 47.

Sachenrecht

Fall 16 - Lösung - Seite 5

Der Übergang der Vormerkung knüpft - anders als etwa die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts - nicht an rein tatsächliche Vorgänge oder von dem Parteiwillen unabhängige Ereignisse, sondern an die rechtsgeschäftliche Übertragung der Forderung an. Die Vertragspartner können den Übergang der Vormerkung zwar ausschließen.¹⁵ In aller Regel wird der Übergang der Vormerkung aber das Hauptanliegen der Vertragspartner bei der Abtretung des gesicherten Anspruchs sein, weswegen häufig auch untechnisch von einer „Abtretung der Vormerkung“ gesprochen wird.

Die analoge Anwendung des § 892 I S. 1 BGB scheidet auch nicht wegen eines fehlenden sachenrechtlichen Übertragungstatbestandes aus. Zwar ist es zutreffend, dass der gutgläubige Erwerb von dinglichen Rechten in der Regel an einen solchen Tatbestand anknüpft. Bei der Vormerkung kann es hingegen auf die Eintragung der Zession im Grundbuch entgegen vereinzelter Ansichten schon deshalb nicht ankommen, weil diese nur deklaratorisch ist. Der gutgläubige Zweiterwerb der Vormerkung in dem dargestellten Umfang bezieht sich aber gerade nicht auf den Übergang der Vormerkung, der sich allein nach der Forderung richtet, sondern lediglich darauf, dass sich aus dem Grundbuch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der abgetretenen Forderung ergibt. Der gute Glaube an den aus dem Grundbuch ersichtlichen „sachenrechtlichen Teil“ der Vormerkung ist nicht deswegen weniger schutzwürdig, weil sich die von der Forderung abhängigen Elemente der Vormerkung nicht aus dem Grundbuch ergeben.

(3) Zwischenergebnis

Nach alledem ist die analoge Anwendung des § 892 I S. 1 BGB auf den Zweiterwerb der Vormerkung geboten. Da D gutgläubig war, hat sie die Vormerkung von K im Wege eines gutgläubigen Zweiterwerbs analog § 892 I BGB erworben.

Aufgrund des gutgläubig lastenfreien Zweiterwerbs der Vormerkung war der Widerspruch des E der D gegenüber analog § 883 II BGB unwirksam (sog. „große Lösung“).

Ergebnis: D hat damit das Eigentum am Grundstück gutgläubig nach § 892 I BGB von B erworben. E steht damit kein Anspruch auf Herausgabe zu.

B. Grundbuchberichtigung

Da D zu Recht im Grundbuch steht, kann E von D **nach § 894 BGB¹⁶** nicht die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung verlangen.

Auch ein **Anspruch aus § 812 I S. 1 BGB in Betracht** besteht nicht. Zwar kann auch die Grundbuchposition als vermögenswertes Etwas kondiziert werden. Der Anspruch aus § 812 I S. 1 BGB ist auch nach allgemeiner Meinung neben § 894 BGB anwendbar. Die Eingriffskondition nach § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB ist vorliegend allerdings gesperrt durch die vorrangige Leistungsbeziehung zwischen B und D. Aufgrund der sog. Subsidiarität der Eingriffskondition besteht daher im vorliegenden Fall kein bereicherungsrechtlicher Anspruch des E auf Grundbuchberichtigung.

Wiederholungsfragen:

1. Wie wirkt ein im Grundbuch eingetragener Widerspruch? Gilt dies auch gegenüber einem Vormerkungsinhaber?
2. Geht eine Vormerkung bei der Forderungsabtretung mit über?
3. Wonach wird eine Vormerkung erworben?
4. Nach welchen Vorschriften richtet sich der gutgläubige Ersterwerb einer Vormerkung?
5. Skizzieren Sie kurz den Streit hinsichtlich des gutgläubigen Zweiterwerbs!

¹⁵ Vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., § 20 Rn. 53.

¹⁶ Der Anspruch aus **§ 1004 I BGB** tritt nach h.M. hinter den Grundbuchberichtigungsanspruch des § 894 BGB zurück, da anderenfalls die Kostentragungspflicht des Gläubigers nach § 897 BGB unterlaufen würde; vgl. BGH, NJW 1952, 622 ff. = **jurisbyhemmer**.

Sachenrecht

Fall 16 - Lösung - Seite 6

Zusammenfassung zur Vormerkung

1. **Problem: Recht am Grundstück?**

(-), damit Probleme bei: §§ 892 / 894 / 883 II BGB

⇒ analoge Anwendung da „Recht auf Grundstück“, verdinglichtes Sicherungsmittel hinsichtlich schuldrechtlichen Anspruchs

2. **Problem: Erwerb?**

§ 885 BGB als *lex specialis* zu § 873 BGB!

a) **Gutgläubiger Ersterwerb**

§ 892 BGB analog, a.A. § 893 Alt. 2 BGB; a.A. § 893 Alt. 2 BGB (analog), damit § 892 BGB entsprechend ⇒ jedenfalls (+)

b) **Gutgläubiger Zweiterwerb?**

§ 892 BGB? Problem: Rechtsgeschäft eigentlich (-), da nur Forderung abgetreten wird und Vormerkung analog § 401 BGB mit übergeht

⇒ Aber: Mittelbares Rechtsgeschäft der Abtretung reicht aus (so BGH; a.A. Lit.)

3. **Problem: Wirkung der Vormerkung**

a) Grundsätzlich gegen (Zwischen-) Verfügungen, § 883 II BGB ⇒ relative Unwirksamkeit

b) Auch gegen jede Vormerkung, bewilligt oder durch e.V.

c) Gegen späteren Widerspruch bzw. Grundbuchberichtigung („große Lösung“)

⇒ entscheidender Zeitpunkt: Eintragung der Vormerkung

d) Gegen späteren bösen Glauben („große Lösung“)

⇒ entscheidender Zeitpunkt: Antrag auf Eintragung der Vormerkung, § 892 II BGB analog

e) Gegen Verpflichtungsgeschäfte grds (-), anders bei Vermietung wegen § 566 BGB (strittig)

Fall 17

(Vertiefungsfall zur häuslichen Nacharbeit)

A ist als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Wirklicher Eigentümer ist aber E, was A nicht weiß.

A lässt sich am 15. März an erster Rangstelle eine Eigentümergrundschild von 10.000,- € eintragen. Am 20. April wird eine von A für B bestellte Briefhypothek von 8.000,- € ins Grundbuch eingetragen. Diese Hypothek dient zur Sicherung eines dem A von B gewährten Darlehens in gleicher Höhe, für welches B im Hinblick darauf, dass es nur durch eine zweitrangige Hypothek gesichert ist, 8 % statt 7 % Zinsen verlangt.

Am 01. Juni verkauft A dem C das Grundstück in notariell beurkundeter Form für 22.000,- € (wobei die vorhandenen Belastungen bestehen bleiben sollen). Für C wird eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Erst danach erwirkt der wahre Eigentümer E einen Widerspruch gegen die Eintragung.

Prüfen Sie folgende Fragen in einem Gutachten:

1. Wie ist die Rechtslage bezüglich der Eigentümergrundschild und der Hypothek unter besonderer Berücksichtigung der Rangstellen der Belastungen?
2. Kann C seine Eintragung als Eigentümer erreichen? Wie kann er das?
3. Hat E Ausgleichsansprüche gegen A? Welche könnten das sein?

Fall 18

B gewährt dem A ein Darlehen von 10.000,- €.

Als Sicherheit bestellt ihr A eine Briefhypothek an seinem Grundstück. B wird im Grundbuch als Hypothekengläubigerin eingetragen.

Nach zehn Jahren wird B unerkennbar geschäftsunfähig. Sie tritt „die Hypothek“ in öffentlich beglaubigter Form unter Übergabe des Hypothekenbriefes an C ab, der sie in gleicher Form an D veräußert. Von der Geschäftsunfähigkeit der B wissen C und D nichts.

D verlangt nun Zahlung von A. Auch der Betreuer der B verlangt Zahlung.

A möchte wissen, wem er die 10.000,- € zahlen muss!

Fall 18 - Lösung

ÜBERSICHT FALL 18

I. Anspruch des D gegen A aus der Forderung, § 488 I S. 2 BGB

1. Abtretung der Forderung aus § 488 I S. 2 BGB?

P: Nur Abtretung der Hypothek!

a) Auslegung als Abtretung der Forderung

⇒ Grund: Isolierte Abtretung der Hypothek wäre nicht möglich (§ 1153 II BGB)

b) Form des § 1154 BGB (+)

2. Abtretbarer Anspruch des C?

⇒ C müsste selbst Inhaber der Darlehensforderung gewesen sein

⇒ (-), da Abtretungsvertrag zwischen C und B gem. §§ 398 S. 1, 1154 BGB wegen §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB nichtig war

Ergebnis: Da C nicht Inhaber der Forderung war und kein gutgläubiger Forderungserwerb möglich ist, hat D keinen Anspruch aus § 488 I S. 2 BGB erworben.

II. Anspruch des D aus der Hypothek, § 1147 BGB

⇒ Kein Anspruch auf Zahlung, aber evtl. Zahlung des A zur Abwendung der ZVS, vgl. § 1142 BGB

1. Erwerb der Hypothek gem. § 1153 I BGB?

⇒ (-), da Abtretung der Darlehensforderung von C nicht wirksam war (s.o.)

2. Gutgläubiger Erwerb gem. § 1138 BGB?

a) § 1138 BGB erklärt § 892 BGB auch bzgl. Forderung für anwendbar

⇒ Im GB ist aber noch die B eingetragen

b) Aber: Erweiterung des guten Glaubens durch § 1155 BGB

⇒ Veräußerer C hat von der eingetragenen Vorgängerin B mit öffentlicher Beglaubigung erworben

Damit hat D für eine logische Sekunde die Forderung erworben (Fiktion), sodass die Hypothek gem. § 1153 I BGB auf ihn überging ⇒ Anspruch aus § 1147 BGB (+)

III. Wertungsmäßige Bejahung eines Anspruchs aus § 488 I S. 2 BGB?

P: B steht Forderung nach § 488 I S. 2 BGB und D die „forderungsentkleidete“ Hypothek zu ⇒ Gefahr einer Doppelbelastung des A?

1. Ansicht der h.M. (sog. „Mitreißtheorie“)

⇒ Wegen § 1153 II BGB und des Grds. der Akzessorietät soll zum Schutz des Eigentümers A die Forderung mit auf den D übergehen

2. Gegenansicht (sog. „Trennungstheorie“)

⇒ D erwirbt eine forderungsentkleidete Hypothek, da der Eigentümer durch §§ 1144, 1160, 1161 BGB ausreichend geschützt ist und die h.M. gegen den Wortlaut des § 1138 BGB verstößt

Ergebnis: Nach h.M. hat D mit der Hypothek auch die Forderung erworben, nach der Gegenansicht nicht.

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 2

LÖSUNG FALL 18

I. Anspruch des D aus der Forderung, § 488 I S. 2 BGB

1. C hat zwar nur „die Hypothek“ an D veräußert, eine isolierte Abtretung der Hypothek ohne gleichzeitige Abtretung der Forderung ist aber nicht möglich, § 1153 II BGB. Die Hypothek folgt kraft Gesetzes der Forderung nach, § 1153 I BGB (vgl. auch § 401 BGB).

Die Parteien wollten in Wahrheit die rechtsgeschäftlichen Erklärungen vornehmen, die zur Übertragung der Hypothek erforderlich sind. Die Auslegung der Parteierklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB ergibt damit, dass sie sich über den Forderungsübergang geeinigt haben.

Die dazu nötige Form des § 1154 BGB ist eingehalten; dieser geht hier als Sonderregel dem § 398 BGB vor, wonach keine Form erforderlich wäre. C hat dem D eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erteilt (vgl. § 1155 BGB). Die Übergabe des Hypothekenbriefs ist erfolgt.

Anmerkung: Beachten Sie die andere Situation bei der Grundschuld. Da für diese § 1153 BGB als Akzessorietätsvorschrift nicht gilt (wohl aber § 1154 BGB, der nur etwas anders gelesen werden muss), werden Grundschuld und Forderung in **zwei verschiedenen** Verträgen übertragen (wobei diese aber natürlich rein tatsächlich - wie so oft - auch in einem Vorgang liegen können); die Form des § 1154 BGB gilt daher bei der GS nur für das Grundpfandrecht selbst, während die Forderung nach § 398 BGB formlos abtretbar ist.

D ist somit Inhaber der Forderung geworden, wenn C als Berechtigter verfügt hat.

2. C seinerseits könnte die Darlehensforderung von B im Wege der Abtretung erworben haben. Voraussetzung dafür wäre eine wirksame Einigung über den Forderungsübergang, §§ 398 S. 1, 1154 BGB.
- a) Gemäß §§ 104 Nr. 2, 105 BGB war jedoch die Abtretungserklärung der B nichtig. C ist damit nicht Inhaber der Forderung geworden.
- b) Ein **gutgläubiger Erwerb der Forderung** seitens des D von C scheidet aus. Die Ausnahme des § 405 BGB liegt nicht vor.

Fraglich ist, ob sich aus § 1138 BGB etwas anderes ergibt.

Um die Hypothek als Kreditmittel verkehrsfähig zu halten, wird durch die Vorschrift des **§ 1138 BGB** das Fehlen der Forderung überwunden.

Dennoch greift die Vorschrift an *dieser* Stelle nicht ein: Zweck dieser Vorschrift ist es ausschließlich, die Hypothek erwerben zu können, d.h. dass der Hypothekenerwerb nicht aus Akzessorietätsgründen scheitert. **§ 1138 BGB führt damit nicht zum Erwerb der Forderung als solcher.** Vielmehr wird das Bestehen der Forderung nur **fingiert**, um den Hypothekenerwerb nicht schon allein aufgrund der strengen Akzessorietät scheitern zu lassen.

Insoweit liegt kein Erwerb der Forderung vor (vgl. aber nochmals unten).

II. Anspruch des D aus der Hypothek, § 1147 BGB

A hat eventuell 10.000,- € an D zu zahlen, um die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück abzuwenden, wenn D Inhaber der Hypothek ist und damit nach §§ 1113, 1147 BGB vorgehen kann.

Klarzustellen ist aber wegen § 1147 BGB, dass aus der Hypothek **selbst** für den Berechtigten **kein Anspruch** auf Zahlung gegeben ist, sondern „nur“ auf Duldung der Zwangsvollstreckung.

Erst nach der Zwangsversteigerung besteht gem. § 1113 BGB ein Zahlungsanspruch „aus dem Grundstück“ (gemeint ist damit aus dem Erlös).

A kann aber zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gem. § 1142 BGB freiwillig zahlen.

1. D könnte die Hypothek durch Abtretung der Darlehensforderung von C erlangt haben, §§ 1153, 1154 BGB.

Da die Forderung aber nicht wirksam abgetreten wurde (s.o.), ist dies grds. nicht der Fall.

2. D könnte aber dennoch die Hypothek nach §§ 1153, 1154 BGB erworben haben, wenn die gem. § 1138 BGB fingierte Möglichkeit eines gutgläubigen Forderungserwerbs eingreift.

Bei D kann die Fiktion des § 1138 BGB eingreifen, da er - anders als C - mit einem Geschäftsfähigen kontrahiert hat (Merke: § 1138 BGB überwindet nur das Fehlen der Forderung, nicht sonstige Mängel!).

- a) Um einen Hypothekenerwerb zu ermöglichen, erklärt § 1138 BGB insoweit den § 892 BGB auch bezüglich der Forderung für anwendbar.
- aa) Um die Hypothek als Kreditmittel verkehrsfähig zu halten, wird durch die Vorschrift des § 1138 BGB also das Fehlen der Forderung überwunden, nämlich durch eine Fiktion.

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 3

Es gilt wegen § 1138 Alt. 1 BGB zu Gunsten des Erwerbers der hypothekarisch gesicherten Forderung das Grundbuch als richtig.

Daher kann für eine juristische Sekunde ein gutgläubiger Forderungserwerb erfolgen, in welcher die Hypothek nach § 1153 I BGB dann übergehen kann.

bb) Als Inhaber der Darlehensforderung ist aber nicht der dem D gegenüber verfügende C, sondern immer noch die B im Grundbuch eingetragen.

cc) C kann aber als Besitzer des Hypothekenbriefs seine Gläubigerberechtigung durch eine *öffentlich beglaubigte* Abtretungserklärung von der eingetragenen B ableiten.

Gemäß § 1155 BGB gilt daher dem Erwerber D gegenüber der C als Grundbuchlegitimierter. Er muss **als Veräußerer** der Briefhypothek am Ende der Kette stehen. Es ist nicht erforderlich, dass die Abtretung zwischen Veräußerer und Erwerber ihrerseits öffentlich beglaubigt ist. Diese Beglaubigung lag zwar vor, war aber nicht nötig.

Anmerkung: § 1155 BGB ist also auch nur notwendig, wenn es um **gutgläubigen** Erwerb geht. Wird vom Berechtigten erworben, reicht die Form des § 1154 BGB unproblematisch aus.

Damit hat D die Forderung für eine logische Sekunde nach §§ 1138 Alt. 1, 1155, 892 I S. 1 BGB gutgläubig erworben. Damit konnte die Hypothek gem. § 1153 I BGB auf D übergehen.

Anmerkung: C hat zwar die Hypothek seinerseits nicht von B erworben, da B geschäftsunfähig war und ihre Willenserklärung damit nach §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB nichtig war (s.o., und § 1138 BGB nicht geholfen hat). C war somit nicht Inhaber der Hypothek. Einziger Grund hierfür war aber, dass C die Forderung von B nicht erworben hat. Damit liegt hier kein Fall des sog. „Doppelmangels“ vor, sondern lediglich ein Fall des Forderungsmangels. Die zusätzliche Anwendung des § 892 BGB bzgl. der Hypothek ist daher nur in den Fällen nötig, in denen der dingliche Beststellungsakt der Hypothek selbst unwirksam war. Zum Problem des Doppelmangels lesen Sie Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn. 195 f.

Ergebnis: A kann die Zwangsvollstreckung in das Grundstück nur durch Zahlung an D abwenden.

III. Damit stellt sich aber nochmals die Frage, ob A aufgrund der Besonderheiten des Falles nicht doch auch gemäß § 488 I S. 2 BGB dem Gläubiger der Darlehensforderung zur Zahlung verpflichtet sein könnte.

1. Da die geisteskranke B die Forderung nicht wirksam abtreten konnte und § 1138 BGB den Forderungserwerb nur fingiert, nicht aber tatsächlich ermöglicht, steht die Forderung eigentlich noch der B zu (s.o.).

Dagegen ist der D mittlerweile Berechtigter an der „forderungsentkleideten“ Hypothek.

Daher wäre A zwei Zugriffsarten ausgesetzt, zum einen dem persönlichen Schuldner, zum anderen aus der Hypothek.

Mit der Verdopplung der Gläubigerrechte bestünde für ihn die **Gefahr einer Doppelbelastung**.

2. Ob in einem solchen Fall die Hypothek in der Hand des gutgläubigen Erwerbers die Forderung mit sich zieht, ist strittig:

a) Die angeblich¹ h.M. bejaht dies, sog. „Mitreiß- bzw. Einheitstheorie“.

Begründung: § 1153 II BGB und der Akzessorietätsgrundsatz des § 1153 I BGB.

Der Eigentümer, Schuldner A, hat weder das Auseinanderfallen von Rechtsschein und Rechtslage veranlasst noch ist er am Abtretungsgeschäft beteiligt gewesen.

b) Für die andere Ansicht (sog. „Trennungstheorie“) wird angeführt, dass kein Grund besteht, den D zusätzlich zum Gläubiger einer persönlichen Forderung zu machen.

Die Hypothek ist möglicherweise nicht viel wert, sie kann z.B. eine „schlechte“ Rangstelle haben.

Es ist für den Erwerber dann „ein Geschenk des Himmels“, eine Forderung zu erhalten, mit der er in das gesamte Vermögen des A und nicht nur in das Grundstück vollstrecken kann.

Diese Ansicht ist uneingeschränkt vorzuziehen!²

¹ So zumindest Karper in JuS 1989, 33.

² Sehr lesenswert dazu ist der Aufsatz von Petersen und Rothenfußer, WM 2000, 657 ff.

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 4

Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, ist nämlich insoweit geschützt, als er auf die Forderung nur zu leisten braucht, wenn ihm auch die Hypothek (-brief) zurückgegeben wird (vgl. hier §§ 1161, 1160 BGB).

Dies ist dem persönlichen Forderungsinhaber im vorliegenden Fall gerade nicht möglich, so dass faktisch gegen die Inanspruchnahme aus der Forderung eine dauernde Einrede besteht.

Die „Mitreißtheorie“ verstößt gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers, wie er in § 1137, 1138 BGB (bloße Fiktion des Forderungsübergangs) niedergelegt ist!

Zahlt der unachtsame - und damit nicht besonders schutzwürdige³ - Schuldner, der die Trennung von Forderung und Hypothek nicht kennt, trotzdem an den persönlichen Gläubiger, so steht er nicht rechtlos.

Wegen seiner (faktisch dauernden) Einrede kann er das Geleistete gemäß § 813 I S. 1 BGB kondizieren.

Sollte der Gläubiger entreichert sein, so ist kein Grund ersichtlich, warum der Schuldner, der auf jeglichen Schutz verzichtet hat, dieses Risiko nicht tragen soll.

Anmerkung: Wie Sie sich in der Klausur entscheiden, ist unerheblich, sofern Sie diese Problematik nur sehen.

Ergebnis: Nach richtiger Ansicht hat D mit der Hypothek die Darlehensforderung nicht erworben.

I. Wiederholungsfragen:

1. Warum ist eine isolierte Abtretung der Darlehensforderung nicht möglich?
2. Welche Form muss die Forderungsabtretung einhalten?
3. Warum ist in § 401 BGB die Regelung in Ansehung der Hypothek bei rechtsgeschäftlichem Forderungsübergang eigentlich überflüssig?
4. Findet über § 1138 BGB ein gutgläubiger Forderungserwerb statt?
5. Muss im Rahmen des § 1155 BGB auch die letzte Übertragung der Briefhypothek öffentlich beglaubigt sein?
6. Welche Gefahr will die „Mitreißtheorie“ verhindern; warum ist ihr im Ergebnis aber nicht zu folgen?

II. Arbeitsanleitung:

Lesen Sie begleitend zum Fall: **HEMMER/WÜST, Kreditsicherungsrecht, Rn. 249 ff.**

III. Vertiefungsfragen zu den Fällen 18, 19, 20:

1. Ein Hypothekengläubiger ist gegenüber anderen Gläubigern in der Regel privilegiert, da die gepfändete Sache quasi für ihn reserviert ist und die Wertbeständigkeit von Grund und Boden Hypothekengläubiger besonders sichert. Beispielhaft sind auch die §§ 10 I Nr. 4 und Nr. 5 ZVG.

Welche Vorteile bestehen für den Hypothekengläubiger insbesondere gegenüber dem Bürgen, gegenüber der Sicherungszession, der Verpfändung, der Forderung und der Sicherungsübereignung? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 157**)

2. Der Hypothekengläubiger kann gegen den Eigentümer gemäß § 1147 BGB die Zwangsvollstreckung betreiben, wenn er Inhaber eines Grundpfandrechts ist. Warum ist der Eigentümer nicht zur Zahlung verpflichtet? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 157**)

³ Schon im Römischen Recht galt der von Quintus Mucius Scaevola (D. 42, 8, 24) geprägte Satz: „**ius civile scriptum est vigilantibus**“ oder auf Deutsch: Das Recht ist für die Wachsamten geschrieben!

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 5

3. Was sind die Entstehungsvoraussetzungen der Hypothek, stellen Sie die Voraussetzungen des Hypothekenerwerbs klausurmäßig zusammen. (vgl. **HEMMER/WÜST Sachenrecht III, Rn. 166**)
4. Welche Rechtsfolge ergibt sich,
 - a) wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, bzw. nachträglich erlischt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 160**)
 - b) wenn Briefübergabe nicht erfolgt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 171**)
5. Welche Rechtsfolge ergibt sich, wenn die dingliche Einigung nicht vorliegt? (vgl. **HEMMER/WÜST Sachenrecht III, Rn. 168**)
6. Welche Bedeutung hat vor allem die vorläufige EGS? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 182**)
7. Da viele Banken mit der Valutierung des Darlehens erst abwarten, bis das Bauwerk fertig gestellt wird, bedarf der Eigentümer häufig eines Zwischenkredits, um sein Haus zu errichten. In welcher Form kann dem Zwischenkreditgeber eine dingliche Sicherheit verschafft werden? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 182**)

Den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs trägt § 1138 BGB Rechnung, § 1138 BGB ermöglicht in Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes trotz Nichtbestehens der Forderung den Hypothekenerwerb (so genannte forderungsentkleidete Hypothek).
8. Die Hypothek ist zur Forderung akzessorisch. Konsequenterweise würde eine strenge Akzessorietät dazu führen, dass die Hypothek nicht verkehrsfähig ist.

Den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs trägt § 1138 BGB Rechnung, § 1138 BGB ermöglicht in Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes trotz Nichtbestehens der Forderung den Hypothekenerwerb (so genannte forderungsentkleidete Hypothek).
- a) Wirkt sich § 1138 BGB auf die in Wirklichkeit nicht bestehende Darlehensforderung aus, wenn diese abgetreten wird? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193**)
- b) Die Übertragung der Hyp. erfolgt gemäß § 1153 BGB durch Abtretung der Forderung. Bei fehlender Forderung verhilft § 1138 BGB in Ansehung der Hypothek zum für den Hypothekenerwerb fiktiven Forderungserwerb. Der Eigentümer kann redlichen Erwerbern das Nichtbestehen der Forderung nicht entgegenhalten.

- Die Forderung gilt als so bestehend, wie sie eingetragen ist. Über §§ 398, 1154 I, 1138, 892 I BGB wird für den Hypothekenerwerb die Forderung erworben. Wie wird dann die Hypothek erworben, wenn der Abtretende nur eine Buchhypothek hat (z.B. Hypothekenbestellungen waren zusätzlich zur fehlenden Forderung wegen Geisteskrankheit unwirksam)? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 191 und Rn. 195**)
9. Bei der Briefhypothek, ebenso bei der Briefgrundschuld und Briefrentenschuld genügt für die Übertragung: dingliche Einigung, schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe (vgl. § 1154 I BGB), eine Eintragung ist nicht erforderlich. Der Erwerber kann sich dann nicht auf den Inhalt des Grundbuchs verlassen, da er das Grundbuch nicht für den Erwerb benötigt. §§ 892, 1138, 892 BGB können deshalb den Erwerber nicht schützen. Welche Bestimmung führt dazu, dass trotz Fehlens der Legitimation des Grundbuchs der bloße Briefbesitz des Zedenten für den Erwerb der Hypothek genügt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 197**)
 10. Welche Erschwernis bedeutet § 1155 gegenüber dem sonstigen Erwerb der Hypothek? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 197**)
 11. Warum ist folgendes Beispiel ein Musterbeispiel für § 1155 BGB?

G hat seine Briefhypothek an D, D an X, X an Y abgetreten, und zwar jeweils in öffentlich beglaubigter (oder beurkundeter Form). War D geisteskrank, so war sowohl die Einigung zwischen G und D, wie die zwischen D und X nichtig.

Weder D noch X sind also Hypothekar geworden. Y hat also mit dem Nichtberechtigten kontrahiert. (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 197**)
 12. Wie ist die Rechtslage, wenn eine der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen gefälscht war? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 198**)
 13. Wie Sie gesehen haben, beinhalten §§ 1138, 1155 BGB Durchbrechungen vom Grundsatz der Akzessorietät.
 - a) Welche Hypothek ist vom Schuldner gesehen die sicherste? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 160 und Rn. 162**)

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 6

b) Wie unterscheidet sich die Zession des Gläubigers bei der Sicherungshypothek, wenn der Gläubiger die Sicherungshypothek vor Valutierung oder nach Rückzahlung an einen Gutgläubigen abtritt, von der Zession bei der normalen Briefhypothek? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 a.E.)**)

14. Wenn der Schuldner auf eine Briefhypothek Teilzahlungen erbringt, muss er Wert darauf legen, dass sie auf dem Brief vermerkt werden, denn es droht wegen § 1138 BGB der Erwerb der forderungsentkleideten Hypothek. Welche Bestimmung schützt dann den Schuldner? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 171**)

15. Forderung und Hypothek können verschiedene Wege gehen. So kann es durchaus sein, dass der Gläubiger mit der einen Klage Erfolg hat, mit der anderen aber nicht. Bedeutsam wird dies neben § 1138 BGB auch bei § 1156 BGB, d.h. bei Rechtsvorgängen, die nach der Abtretung der Hypothek vorliegen. Zeigen sie die unterschiedliche Entwicklung von Forderung und Hypothek, wenn der Eigentümer nach Abtretung der Hypothek an den Altgläubiger (Inhaber von Forderung und Hypothek) zahlt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 189**)

16. Welchen Fehler macht der Eigentümer, der nach Abtretung der Hypothek an den Altgläubiger zahlt, wenn er anschließend vom Zessionar dann wirksam in Anspruch genommen werden kann? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 189**)

17. Bei der Übertragung der Hypothek auf einen neuen Hypothekengläubiger (vgl. §§ 1153, 1154 BGB) stellt sich häufig die Frage, welche Einreden und Einwendungen des Eigentümers dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden können.

Vorab ist in diesen Fällen zu erörtern, welche Einreden und Einwendungen im Verhältnis ursprünglicher Gläubiger und Schuldner in Betracht kommen, und erst dann, ob die Einreden und Einwendungen gegenüber dem neuen Gläubiger wirken.

Bestandsverändernde Einwendungen liegen vor, wenn ein anderer Gläubiger Inhaber des Pfandrechts wird.

a) Warum handelt es sich insbesondere bei den §§ 1163 I S.2, 1143, 1150, 1164 BGB um bestandsverändernde Einwendungen?

Erklären Sie die Rechtsfolgen anhand von Beispielen (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 202 ff.**).

b) Lösen Sie folgendes Beispiel: A verkauft B einen Omnibus, zur Sicherheit seiner Forderung lässt sich A eine Hypothek von C bestellen, später stellt sich heraus, dass der Omnibus fehlerhaft war, ein Gewährleistungsausschluss aber nicht eingreift. (vgl. **dazu allgemein HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 187**)

c) § 1137 I S. 1 i.V.m. § 770 BGB kann man bezeichnen als Einrede aus Gestaltungsrechten des Schuldners.

Warum hat diese Bestimmung Ähnlichkeit mit § 128 II HGB?

18. Bei der Forderungszession schützt § 404 BGB den Schuldner und erhält ihm auch gegenüber dem neuen Gläubiger seine Einreden. Die Umlauffähigkeit der Hypothek wäre aber entscheidend beeinträchtigt, wenn sich der Erwerber einer Verkehrshypothek alle Einwendungen und Einreden entgegenhalten lassen muss. Folgende Beispielsfälle sind exemplarisch und vom Bearbeiter kurz zu lösen:

a) Nach Hypothekenbestellung von A an B zahlt A. Es entsteht EGS, §§ 1163 I S. 2, 1177 BGB. Wie ist es, wenn B Forderung und Hypothek an C überträgt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 f.**)

b) Der vom Schuldner verschiedene Eigentümer E zahlt dem Gläubiger G, trotzdem überträgt G Forderung und Hypothek an D. (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 i.V.m. Rn. 204**)

c) Ein ablösungsberechtigter Dritter, z.B. Mieter, zahlt, dann gehen Forderung (vgl. § 268 III BGB) und Hypothek (vgl. § 1153 BGB) auf den Mieter über. Welche Konsequenz hat dies bei Abtretung von Forderung und Hypothek an einen Dritten? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 i.V.m. Rn. 206**)

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 7

d) Wie ist der Erwerber der Hypothek geschützt, wenn eine Einrede gegen die Forderung besteht? Warum ist er hinsichtlich des Erwerbs der Forderung nicht geschützt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 190 i.V.m. Rn. 194**)

19. Da die Hypothek mit der Übertragung der Forderung übergeht (vgl. § 1153 BGB) geht z.B. beim Bürgen nach Bezahlung die Forderung (vgl. § 774 BGB) und damit die akzessorische Hypothek (vgl. § 1153 BGB) mit über. Dasselbe gilt bei § 426 II BGB bei Gesamtschuldnern. Welche Folge sieht der Gesetzgeber vor, wenn für eine Schuld des S der E eine Hypothek und B eine Bürgschaft übernommen hat, wenn:

a) E zuerst an den Gläubiger zahlt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 204 f.**)

b) B zuerst zahlt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Rückgriffsansprüche, Rn. 76 ff.**)

c) In welcher Weise werden die vom Gesetz gewonnenen Ergebnisse am besten korrigiert? (vgl. **HEMMER/WÜST, Rückgriffsansprüche, Rn. 552**)

20. Der Hypothekar soll das Grundstück in seiner wirtschaftlichen Einheit verwerten können. Die Zugriffsmöglichkeiten sind in §§ 1120 ff. BGB umfassend geregelt. Die Hypothekenhaftung erstreckt sich auf das Grundstück selbst (§ 1113 BGB) die Bestandteile und Erzeugnisse auch nach der Trennung vom Grundstück (§ 1120 BGB), das Zubehör, das im Eigentum (Anwartschaftsrecht genügt) des Grundstückseigentümers steht (§ 1120 BGB), die Miet- und Pachtzinsforderungen (§ 1123 I BGB), Versicherungsforderungen i.S.d. §§ 1127 I, 1128 BGB. Grundsätzlich bleibt der Eigentümer trotz Hypothekenhaftung Herr in seinem Hause, d.h. er kann Erzeugnisse und Zubehör veräußern, seine Mietzinsforderungen abtreten (vgl. §§ 1121, 1123 II BGB). Welche Bedeutung hat dann die Beschlagnahme? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 209 ff.**)

21. Lösen Sie folgenden Grundfall zu §§ 1120 ff.: Das Grundstück des Bauunternehmers unterliegt der hypothekari-schen Haftung des H. Gleichwohl veräußert E einen Bagger nach §§ 929, 930 BGB an D. Kurz danach betreibt H die Zwangsvollstreckung in das Grundstück.

Nach wirksamer Beschlagnahme holt sich D, der von Hypothek und Zwangsvollstreckung nichts erfahren hat den Bagger ab. H meint, er könne den Bagger verwerten. Zu Recht? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 209 ff.**)

IV. Zahlung auf Hypothek und Forderung

1. Worauf wird gezahlt?

a) **Schuldner (= SiG) zahlt**

⇒ S zahlt regelmäßig auf Forderung, welche gem. § 362 I BGB erlischt

b) **SiG, der nicht persönlicher Schuldner ist, zahlt**

⇒ Zahlung auf die Hypothek = Ablösung, § 1142 BGB

⇒ regelmäßig keine Zahlung auf die Forderung, damit § 362 I BGB (-)

2. Was passiert mit Hypothek?

a) **Schuldner (= SiG) zahlt**

⇒ Es entsteht eine EGS, §§ 1163 I S. 2, 1177 BGB

⇒ Sonderfall: S kann von SG im Innenverhältnis ausnahmsweise Ausgleich verlangen

⇒ dann erfolgt gem. § 1164 BGB ein gesetzlicher Forderungsaustausch

⇒ Hypothek sichert jetzt Ausgleichsforderung S gegen SG!

b) **SiG zahlt**

⇒ Forderung Gl gegen S erlischt zwar nicht, geht aber auf SG über, 1143 I BGB, cessio legis!

⇒ Hypothek wird zur „Eigentümerhypothek“, wie EGS, vgl. 1177 II BGB

⇒ wird Grundstück später veräußert, wird sie wieder zur Fremdhypothek

BGB AT und Sachenrecht „vom Feinsten“

Klassiker „Unterverbriefung“ und die Folgen

I. Der Fall/Das Problem:

V verkauft an K ein Grundstück für 150.000 €.

Den Kaufpreis beim Notar geben sie mit 120.000 € an, um „Steuer zu sparen“. Dieser Betrag wird auch überwiesen. Den Rest - 30.000 € - zahlt K bar an V.

K hätte das Grundstück aber auch gekauft, wenn es über 150.000 € beurkundet worden wäre.

K wird als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen.

V erstattet dann gegenüber dem Finanzamt wegen der Steuerverkürzung eine Selbstanzeige nach der Abgabenordnung.

V und K führen in der Folge Gespräche über eine etwaige Rückabwicklung des Kaufvertrags.

K bewilligt dem V die Eintragung eines Widerspruchs § 899 BGB gegen seine Eintragung als Eigentümer in das GB.

Frage: Anspruch K / V auf Zustimmung zur Löschung des Widerspruchs, da er tatsächlich Eigentümer geworden ist

II. Die Examensrelevanz:

Sehr hoch

„Klassiker“ der Unterverbriefung mit Problemen aus dem BGB AT und SachenR – mit nicht einfachem § 894 BGB analog...

Der BGH prüft dabei „schulbuchmässig“ die denkbaren Nichtigkeitsgründe durch... - gerade auch § 134 BGB

Ein „Muss“ der Examensvorbereitung!

III. Lösung:

Vorab: Herleitung der Anspruchsgrundlage § 894 BGB

Kernproblem 1 des Falles:

Anspruchsgrundlage § 894 BGB (analog)

I. Recht am Grundstück

II. Unrichtigkeit des Grundbuchs

III. Anspruchsberechtigter K:

Derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist

→ Analog auch für: **Beeinträchtigung durch eingetragenen Widerspruch**

IV. Anspruchsgegner V:

Vom demjenigen, dessen Recht durch Berichtigung betroffen wird

→ Bei analoger Anwendung: **Von demjenigen, auf dessen Verlangen die Eintragung des Widerspruchs bewilligt wurde**

Entscheidend also im Fall:

Frage, ob das Grundbuch unrichtig ist, d.h. der Widerspruch des V (§ 899 BGB) zu Unrecht eingetragen wurde...

I. Anspruchsberechtigter

Hier K

II. Anspruchsgegner

Hier V

III. Unrichtigkeit des Grundbuchs

Entscheidend: Der **Widerspruch** des V müsste zu **Unrecht** eingetragen worden sein.

Dies ist der Fall, wenn K tatsächlich Eigentümer geworden ist!

1.) Eigentumsübergang V an K §§ 873 I, 925 I BGB

a) **Auflassung** §§ 873 I Var. 1, 925 BGB (+)

b) **Eintragung** des K ins Grundbuch (+)

c) **Einigsein** (+)

d) **Berechtigung** (+), denn ursprünglicher Eigentümer war V

Zwischenergebnis: Damit wäre - da die Voraussetzungen vorliegen - **K tatsächlich Eigentümer geworden** und das **Grundbuch wäre richtig**

.ABER: Unwirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts, wenn:

Kaufvertrag ist nichtig

+

Nichtigkeitsgrund erfasst auch dingliches Rechtsgeschäft („Fehleridentität“)

Hinweis:

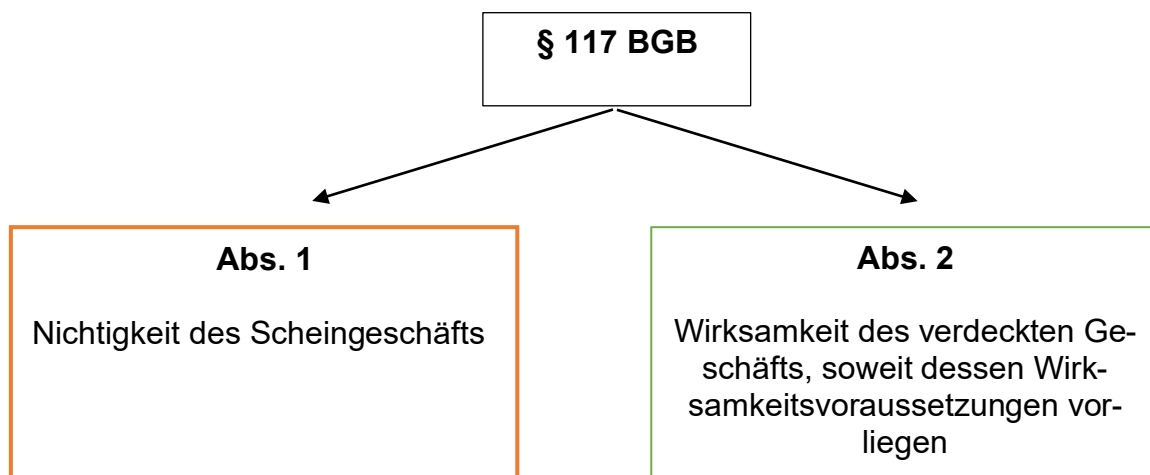
Das ist das **Kernproblem 2 des Falles**.

Eigentlich lässt ja eine etwaige Unwirksamkeit des Kaufvertrags die dingliche Ebene unberührt. **Deswegen darf man auf „dinglicher Ebene“ grundsätzlich kein Schuldrecht prüfen !!!**

Aber wichtige Ausnahme ist aber die **sog. Fehleridentität** die hier greifen könnte...

2.) also zunächst prüfen: Nichtigkeit des Kaufvertrages?**„Standardproblem“**

Nichtigkeit bei Schwarzgeldabrede nach **§ 117 BGB**



a) Nichtigkeit beurkundeter Kaufvertrag § 117 I BGB

- V und K waren sich darüber einig, dass der Kaufpreis **tatsächlich 150.000 €** betragen sollte
- Der Kaufpreis von **120.000 €** war **übereinstimmend nicht gewollt**
- **Ergebnis:**

Nichtigkeit der Erklärungen von V und K gem. **§ 117 I BGB** als **Scheingeschäft**

b) Nichtigkeit des gewollten Kaufvertrag § 117 II BGB?

- Das verdeckte – gewollte - Geschäft (150.000 €) **muss den Gültigkeitsanforderungen** entsprechen:
Hier **Formerfordernis** aus **§§ 311b I S. 1 BGB**
- Kaufpreis wurde aber **nur mündlich** vereinbart, sodass **grds. Nichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB**
- Hier aber **Heilung** durch **Auflassung und Eintragung im Grundbuch** gem. **§ 311b I S. 2 BGB!**

Zwischenergebnis: Keine Formnichtigkeit des gewollten Kaufvertrages

**c) Nichtigkeit des gewollten Kaufvertrages gem. § 134 BGB
i.V.m. § 370 AO?**

Entscheidendes Kernproblem 3 des hier relevanten Urteil:

Die Angabe eines geringeren Kaufpreises vor dem Notar ist ein Verstoß gegen § 370 I Nr. 1 AO, da durch das Vorspiegeln des geringeren Kaufpreises Steuern hinterzogen werden sollen.

Damit kommt § 134 BGB in Betracht

aa) Bisherige Rechtsprechung des BGH

IdR keine Nichtigkeit des (Gesamt) Vertrages, wenn die Steuerhinterziehungsabsicht nicht alleiniger oder hauptsächlicher Zweck des Rechtsgeschäfts ist

→ Hauptsächlicher Zweck hier: Kaufpreiszahlung und Übereignung des Grundstücks → Nichtigkeit hier demnach (-)

bb) Bestätigung dieser Rspr. in der aktuellen Entscheidung

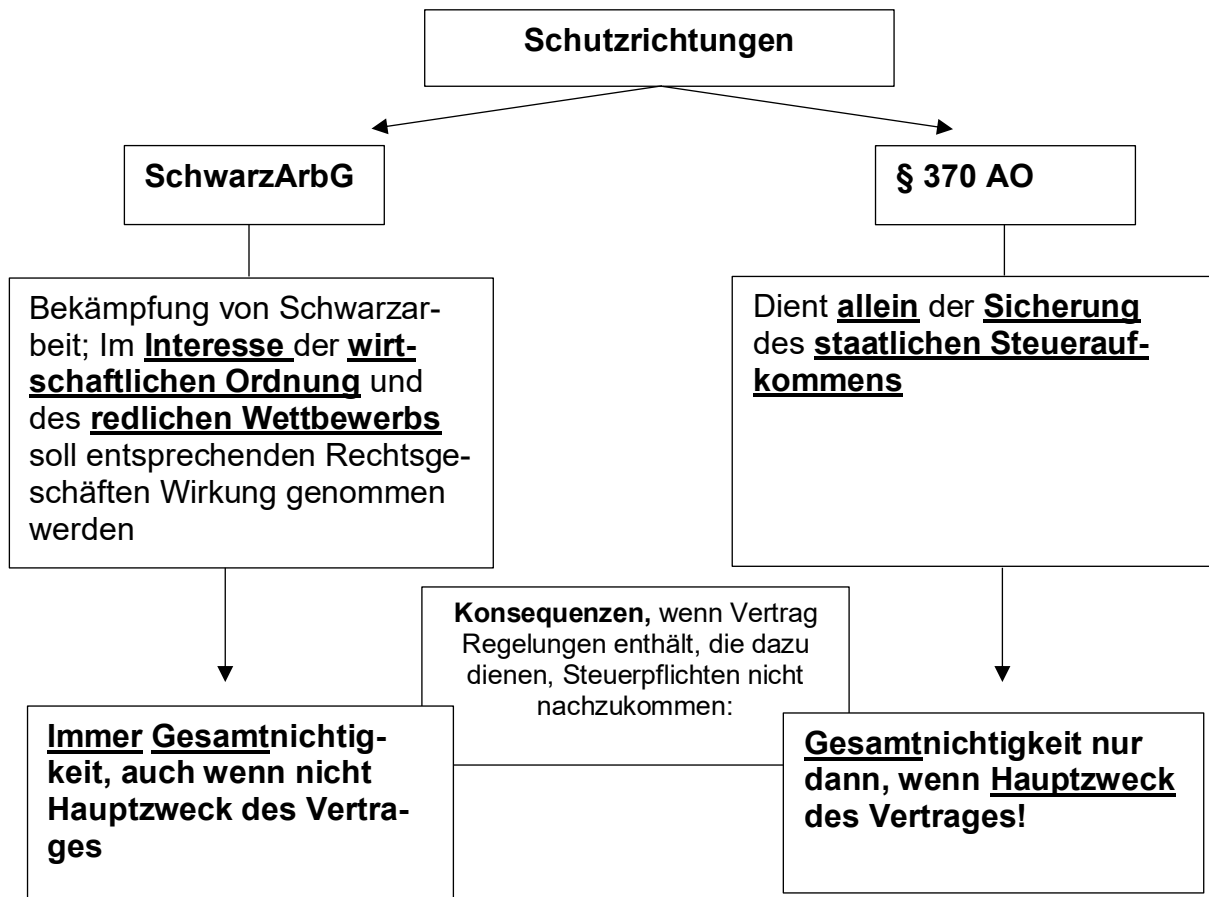
Der Schutzzweck von § 370 I Nr. 1 AO liegt allein in der Sicherung des staatlichen Steueraufkommens

→ Dieser Zweck **erfordert es nicht, bei einem Verstoß gegen § 370 I Nr. 1 AO dem Grundstücksgeschäft selbst die Wirksamkeit zu versagen**

→ Nichtigkeit auch nach dieser präzisierten Rspr. somit vorliegend (-)

BGH stellt dabei klar:

Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des VII. Senats zu Verstoß gegen SchwarzArbG, da unterschiedliche Schutzrichtungen!



cc) Vermutung des § 139 BGB hier widerlegt

- Nach § 139 BGB führt Teilnichtigkeit zur Gesamtnichtigkeit, wenn nicht anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde
- Allerdings hätte K ausweislich des Sachverhaltes das Grundstück auch dann gekauft, wenn es über 150.000 € beurkundet worden wäre

→ **Rechtsgeschäft wäre auch ohne die Abrede vorgenommen worden**

→ Vermutung des § 139 BGB ist widerlegt!

dd) Zwischenergebnis

Keine Nichtigkeit des gewollten Kaufvertrages gem. § 370 AO

d) Nichtigkeit des gewollten Vertrags gem. 138 I BGB?

aa) Verhältnis von § 138 I BGB zu § 134 BGB

Führt die Anwendung von § 134 BGB nicht zur Nichtigkeit, kann diese sich ausnahmsweise aus § 138 I BGB ergeben, wenn über die den Verbotsverstoß begründenden Tatsachen hinaus weitere Umstände vorliegen, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen

bb) Nichtigkeit nach § 138 I BGB

- Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 I BGB aber nur dann, wenn die verbotene Steuerhinterziehung den von den Parteien beabsichtigten Hauptzweck des Vertrages bildet
- Dies ist hier aber **nicht der Fall** (s.o.).

e) Ergebnis zum Thema „Nichtigkeit“

Keine Nichtigkeit des Kaufvertrages!

Wichtiger Hinweis:

Selbst wenn ein Verstoß gegen § 370 AO zur Nichtigkeit des Gesamtverpflichtungsgeschäfts (Kaufvertrag) führen würde, **muss gesondert geprüft** werden, **ob** das **Verbotsgesetz** gerade **auch** das **Erfüllungsgeschäft verhindern will** (sog. **Fehleridentität**).

→ Hier: § 370 I Nr. 1 AO schützt allein den **staatlichen Steueranspruch** (s.o.) und will i.d.R. **nicht** die Übertragung von Grundeigentum verhindern

→ **Fehleridentität hier i.d.R. also (-)**

3.) Ergebnis

- Auflassung V an K war **wirksam**
- **K** ist **Eigentümer** geworden
- Das **Grundbuch** ist **unrichtig**

Gesamtergebnis

Anspruch auf Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB analog (+)

Anmerkung:

Da die 30.000 € bar gezahlt worden sind, kommt auch ein Verstoß gegen **§ 16a I 1 Geldwäschegesetz (GwG)** in Betracht. Dieser könnte i.V.m. § 134 BGB zur Nichtigkeit des Kaufvertrags führen. Der **BGH** lies die Frage aber wegen der hier einschlägigen Übergangsvorschrift § 59 XI GwG offen.

IV. aktuelle Rechtsprechung

BGH v. 15.03.2024 Life & Law 2024, 723 (Heft 11) V ZR 115/22

Hinweis:

Lesenswert ist auch die Entscheidung des BGH zum Thema „Widerlegung des § 139 BGB“ bei formunwirksamer notarieller Beurkundung:

BGH v. 14.6.2024 Life and Law 2024, 733 (Heft 11) V ZR 8/23

Auszug aus:**Rechtsanwalt Michael Sperl
Zivilrecht Grundlagen
11.Auflage 2026****Hinweis:****Soweit nicht anders angegeben,
alle Paragraphen aus dem BGB!****§ 3 b Sekundäransprüche Teil 2**

Werkvertrag	II. Werkvertrag	226
	Die Mängelrechte beim Werkvertrag entsprechen systematisch denen des Kaufrechts, so dass im Folgenden vor allem auf Unterschiede zum Kaufrecht hingewiesen wird.	
§ 633 I BGB	Der Unternehmer hat dem Besteller ebenfalls das Werk gem. § 633 I BGB frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen (Erfüllungstheorie).	226 a
	Der Besteller kann daher die Abnahme verweigern, da nicht ordn. erfüllt wurde (vgl. aber § 640 I 2 BGB) und den Werklohn zurückhalten (vgl. § 641 BGB). Falls die Vergütung fällig ist, steht dem Besteller die Einrede des § 641 III BGB zu.	
Vorliegen eines Mangels	1. Vorliegen eines Mangels	226 b
Sachmangel § 633 II BGB	a) Sachmangel, § 633 II BGB	
	Maßgeblich ist gem. § 633 II BGB grundsätzlich der subjektive Mangelbegriff . Subsidiär gilt gem. § 633 II 2 Nr. 2 BGB der objektive Mangelbegriff (vgl. § 434 II, III BGB).	
Unterschied zum Kaufrecht	Unterschied zum Kaufrecht: → bei der „Üblichkeit“ sind öffentliche Äußerungen (insb. im Bereich der Werbung) des Vertragspartners oder eines Dritten (z.B. Herstellers) irrelevant (vgl. § 434 III Nr.2 b, 3 BGB – eine vgl. Regelung fehlt im Werkvertragsrecht).	227
	Arg.: - Werbung ist auf Massengeschäfte zugeschnitten; das Werk wird im Regelfall aufgrund individueller Absprachen erstellt	
	Wie beim Kaufrecht wird die Herstellung eines anderen Werkes oder einer zu geringen Menge einem Sachmangel gleichgestellt, vgl. § 633 II 3 BGB.	

Rechtsmangel § 633 III BGB	b) Rechtsmangel, § 633 III BGB Ein Rechtsmangel (Recht eines Dritten) kann bei einem Werkvertrag vor allem bei Zutaten, die der Werkunternehmer bei Dritten beschafft (vgl. aber § 950 II BGB) sowie bei der Verletzung von gewerblichen Schutz- oder Patentrechten bei der Erstellung des Werkes vorkommen.	227 a
Rechte Besteller	2. Rechte des Bestellers	228
Nacherfüllung	a) Nacherfüllung, §§ 634 Nr. 1, 635 BGB Verlangt der Besteller Nacherfüllung, kann der Unternehmer nach seiner Wahl gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen.	
Wahlrecht des Unternehmers	Anders als im Kaufrecht hat der Gesetzgeber im Werkvertragsrecht dem Unternehmer aufgrund seiner Sachkunde das Wahlrecht bei der Nacherfüllung eingeräumt. Das Wahlrecht wird durch den Rechtsgedanken des § 242 BGB begrenzt (Schutz des Bestellers).	228 a
Abnahme § 640 BGB	Beachte: Der Anspruch auf Nacherfüllung entsteht nach h. M. erst mit Abnahme des Werkes (vgl. § 640 BGB). Abnahme bedeutet die Entgegennahme des Werkes sowie die Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäß. Vor der Abnahme steht dem Besteller der allg. Erfüllungsanspruch auf Beseitigung aus §§ 631, 633 I BGB zu. Unterschied: Vor allem Verjährung, §§ 634 Nr. 1, 635 BGB → § 634 a BGB (vgl. insb. Abs. 2). Der Anspruch aus § 631 I BGB unterliegt der regelmäßigen Verjährung (§§ 195, 199 BGB). Der Unternehmer kann die Nacherfüllung unbeschadet des § 275 II, III BGB wegen des unverhältnismäßigen Kostenaufwands verweigern, vgl. § 635 III BGB.	229
Selbstvornahme	b) Selbstvornahme, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB Der Besteller kann eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmen und nach erfolglosem Ablauf den Mangel selbst beseitigen sowie die erforderlichen Aufwendungen verlangen. Einer Frist bedarf es ggf. nach § 637 II BGB nicht.	230
Vorschuss	Gem. § 637 III BGB kann der Besteller einen Vorschuss verlangen.	230 a

Abnahme	Der Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB setzt ebenfalls grds. die Abnahme voraus (vgl. § 634a II BGB).	231
Ausnahme	Eine Ausnahme zur Abnahme wird jedoch anerkannt, wenn der Besteller zu Recht die Abnahme verweigert und den Mangel beseitigen möchte. Anderenfalls wäre es reine Förmerei, von dem Besteller erst die Abnahme zu fordern, damit er dann über § 634 Nr. 2 BGB vorgehen kann.	231 a
Ausschluss der §§ 677 ff. / §§ 812 ff BGB	Um die Voraussetzungen des § 637 BGB nicht zu unterlaufen (Erfordernis der Nachfristsetzung sowie der Verjährung), kommt daneben kein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus GoA oder Bereicherungsrecht in Betracht.	232
Rücktritt	c) Rücktritt gem. §§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 V BGB Prüfungsrelevant: Nach den §§ 634 Nr. 2, 636, 323, 326 V BGB (gleicher Verweis wie im Kaufrecht) kann der Besteller zurücktreten:	232 a
Voraussetzungen	- Wirksamer Werkvertrag, § 631 BGB - Werk - Vorliegen eines Sach-/ Rechtsmangels, § 633 II, III BGB - Abnahme der Werkleistung, § 640 BGB - Erfolgloses Setzen einer Frist zur Nacherfüllung, § 323 I BGB Die Fristsetzung ist außer in den Fällen des § 323 II BGB ggf. nach § 636 BGB entbehrlich. - Erheblichkeit der Pflichtverletzung, § 323 V 2 BGB - Keine Unwirksamkeit nach §§ 634a IV, 218 BGB - Rücktrittserklärung, § 349 BGB	232 b
Minderung	d) Minderung gem. §§ 634 Nr. 3, 636, 323, 638 BGB	233
Schadensersatz	e) Schadensersatz nach §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281, 283, 311a BGB	233 a
§ 284 BGB	f) Ersatz der notwendigen Aufwendungen gem. §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281, 283, 284 BGB Die Systematik des Schadensersatzrechts entspricht der des Kaufrechts (dazu oben).	233 b

Haftungsausschlüsse	3. Haftungsausschlüsse	234
§ 639 BGB	a) <u>Vertraglicher</u> Haftungsausschluss, § 639 BGB Abgesehen von Arglist und einer Garantieübernahme des Werkunternehmers ist ein vertraglicher Gewährleistungsausschluss unter Beachtung der §§ 309 Nr. 7, 8b, 307 BGB möglich.	
§ 640 II BGB	b) <u>Gesetzliche</u> Haftungsausschlüsse, § 640 II BGB Beachte: Der Ausschluss umfasst nicht die Schadensersatzansprüche aus § 634 Nr. 4 BGB, da das Verschulden des Werkunternehmers den fehlenden Vorbehalt des Bestellers überwiegt. Der fehlende Vorbehalt bei der Abnahme kann über § 254 BGB gewürdigt werden.	234 a
Verjährung	4. Verjährung, § 634a BGB Die Regelungen zur Verjährung entsprechen der Systematik des Kaufrechts. Wichtige Differenzierung: Beim Werkvertrag ist zwischen „verkörpertem“ und „nicht verkörpertem“ Werkleistungen zu unterscheiden.	235
Verkörperte Werkleistungen	Die Verjährungsfrist bei Werkverträgen, die sich auf eine Sache beziehen, beträgt zwei Jahre (§ 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB) bzw. fünf Jahre bei einem Bauwerk (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB). Gleichgestellt sind Planungs- und Überwachungsleistungen (typische Architektenleistungen), die i.d.R. unkörperliche Leistungen darstellen.	236
	Der Beginn der Verjährung knüpft an die Abnahme an (§ 634a Abs. 2 BGB).	237
sonstige Werkleistungen	Die Verjährung bei sonstigen Werkleistungen richtet sich gem. § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB nach der allgemeinen Verjährung gem. § 195 BGB , d.h. hier ist der Fristbeginn gem. § 199 BGB unabhängig von der Abnahme zu berücksichtigen.	237 a

Mietrecht	III. Mietrecht	238
	Die Systematik der Mängelrechte im Mietrecht ist nicht am Kauf- oder Werkvertragsrecht orientiert. Es gibt insb. keinen Verweis auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 323, 280 ff. BGB.	
	1. Rechte des Mieters bei Mängeln	238
		a
Differenzierung: Fehler / zugesicherte ES	Im Mietrecht besteht immer noch die gesetzliche Trennung zwischen Fehlern (subj. Mangelbegriff: „vertragsgemäßer Gebrauch“, vgl. § 536 I BGB) und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften (Garantiewille, § 536 II BGB).	238 b
Erheblichkeit im Mietrecht erforderlich	Beachte: Im Mietrecht muss der Mangel auf die vertragsgemäße Tauglichkeit zumindest einen erheblichen Einfluss haben, um überhaupt Rechte des Mieters (auch die Minderung) auslösen zu können (§ 536 I a.E. BGB). Im Kauf- bzw. Werkvertragsrecht ist eine „ Erheblichkeit “ nur beim Rücktritt bzw. dem großen Schadensersatz erforderlich.	239
Vor Überlassung	Vor Überlassung der Mietsache gelten die allg. Vorschriften zur Unmöglichkeit und Verzug, §§ 275 ff. BGB.	239 a
Nach Überlassung	Nach Überlassung der Mietsache hat der Mieter bei Mängeln die nachstehenden Rechte (aber: die §§ 275, 326, 280, 283 BGB bleiben bei vollständiger Zerstörung der Mietsache auch anwendbar).	239 b
	Die Rechte des Mieters im Einzelnen:	
Erfüllungsanspruch	a) Erfüllungsanspruch, § 535 I 2 BGB	240
	Der Mieter kann zunächst die Beseitigung des Mangels verlangen. Dabei handelt es sich weiter um eine <i>Hauptleistungspflicht</i> des Vermieters. Ein Ausschluss dieser „Nacherfüllungspflicht“ durch AGB wäre daher im Hinblick auf § 307 II BGB i.d.R. unzulässig. Möglich jedoch bei „weichen“ Fristenplänen insbesondere bei Schönheitsreparaturen!	
		241
Selbstvornahme	b) Selbstvornahme des Mieters	
	Gem. § 536a II Nr. 1 u. 2 BGB kann der Mieter den Mangel auch selbst beseitigen und die Kosten vom Vermieter ersetzt verlangen.	
BGH : § 539 BGB (-)	Wichtig: Der BGH lässt bei der Mängelbeseitigung nicht den allg. Aufwendungsersatzanspruch aus § 539 Abs. 1 BGB zu. Ansonsten könnte der Mieter durch eine Beseitigung des Mangels den Vermieter vor vollendete Tatsachen stellen und ihm somit die Möglichkeit nehmen, zu überprüfen, ob die Mietsache überhaupt mangelhaft ist.	241 a

Minderung	c) Minderung, § 536 BGB Die Miete mindert sich bei einem Mangel der Mietsache gem. § 536 BGB kraft Gesetzes („ist befreit“)! Anspruchsgrundlage für die Rückforderung des geminderten Betrages ist nach h.M. § 812 I 1 Alt. 1 bzw. Satz 2 Alt. 1 BGB (wenn der Mangel nach der Zahlung aufgetreten ist).	241 b
Kündigung	d) (Außerordentliche) Kündigung, § 543 II Nr. 1 BGB Beachte: Bei der Miete kommt bei einer Vertragsbeendigung kein Rücktritt in Betracht, da die Miete ein Dauerschuldverhältnis begründet.	241 c
Schadensersatz	e) Schadensersatz, § 536a I BGB Prüfungsrelevant ist vor allem auch der Schadensersatz § 536a I BGB.	242
Anwendbarkeit vor Übergabe?	P) Anwendbarkeit vor der Übergabe der Mietsache	243
BGH	BGH: § 536a I, 1. Var. BGB ist erst nach Überlassung der Mietsache anwendbar, da § 536a I BGB auf § 536 BGB („zur Zeit der Überlassung mit einem Fehler behaftet“) verweist. Bis zur Übergabe kommt aber ein Anspruch aus den allg. Vorschriften in Betracht, s.o.	
Lit.	In der Literatur wird § 536a BGB teilweise schon vor der Übergabe angewendet. Argument: Die Garantiehaftung darf nicht von der Überlassung der Mietsache abhängen. Ein Realakt kann nicht den Haftungsmaßstab des Vermieters bestimmen.	243 a
§ 536a I, 1. Var. BGB	§ 536a I, 1. Var. BGB ist eine gesetzlich geregelte Garantiehaftung des Vermieters, wenn der Mangel bei Vertragsschluss schon besteht. Es reicht aus, wenn die Ursache/Gefahrenquelle bereits bei Abschluss des Vertrages in der Mietsache angelegt ist (der Mangel muss noch nicht sichtbar hervorgetreten sein).	244
§ 536a I, 2. Var. BGB	Bei Mängeln, die nach Übergabe der Mietsache entstehen, ist der Schadensersatzanspruch verschuldensabhängig (§ 536a I, 2. Var. BGB).	245
§ 536a I, 3. Var.	Bei einem Verzug mit der Beseitigung eines Mangels (§ 286) kann ebenso Schadensersatz verlangt werden (§ 536a I, 3. Var.).	246

Vergebliche Aufwendungen § 284 BGB	Beachte: Im Anwendungsbereich des § 536a Abs. 1 BGB („lex specialis“) sind die §§ 280 f. BGB ausgeschlossen. Der fehlende Hinweis auf das Wahlrecht mit § 284 BGB wird nach h.M. dagegen als ein Versehen des Gesetzgebers angesehen und auch hier anerkannt. Es ist nicht einzusehen, warum der Mieter bei getätigten Aufwendungen als Gläubiger schlechter stehen soll als bei Kauf- oder Werkverträgen. Daher kann der Mieter auf § 536a I BGB verzichten und stattdessen den Ersatz vergeblicher Aufwendungen, § 284 BGB verlangen.	247 247 a
Haftungsausschlüsse	2. Haftungsausschlüsse	248
§ 536d BGB	a) <u>Vertraglicher Haftungsausschluss, § 536d BGB</u> Beachte: Ein Haftungsausschluss des Vermieters ist durch AGB auch für einfache Fahrlässigkeit nicht möglich, wenn der Schaden des Mieters auf Mängel der Mietsache beruht (BGH: Kardinalspflicht und damit Verstoß gegen § 307 BGB)	249 250
Gesetzliche Haftungsausschlüsse	b) Gesetzliche Haftungsausschlüsse - § 536b BGB bei Kenntnis / grob. fahrlässiger Unkenntnis - § 536c II 2 BGB bei Nichtanzeige eines Mangels	251
Verjährung	3. Verjährung Es gilt § 195 BGB (drei Jahre). § 548 I BGB findet auf die Ansprüche des Vermieters Anwendung. Nach § 548 II BGB verjähren lediglich die Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen sowie das Wegnahmerecht in sechs Monaten.	251 a
§§ 327 ff.	<u>IV. Exkurs:</u> §§ 327 ff. Vertrag über digitale Produkte	252
Geltungsbereich	1. Geltungsbereich Die §§ 327- 327s gelten für Verbraucherverträge . Dabei ist auf die Definition des § 310 III zurückzugreifen. (vgl. Tabelle)	253

Leistungsgegenstand	a. Leistungsgegenstand	254
Gegenleistung des Verbrauchers	Leistungsgegenstand können sowohl digitale Inhalte als auch digitale Dienstleistungen sein gem. § 327 II. b. Gegenleistung des Verbrauchers	255
Produktmängel	Die Gegenleistung muss in der Zahlung eines Preises bestehen. Dieser kann in Geld aber auch in der Bereitstellung von Daten bestehen. (s) Zahlen mit Daten	256
Subjektive Anforderungen	2. Produktmängel § 327e Demnach ist ein digitales Produkt frei von Produktmängeln, wenn es zur maßgeblichen Zeit nach den Vorschriften der §§ 327 ff. BGB den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Anforderungen an die Integration entspricht.	256
Objektive Anforderungen	a) Subjektive Anforderungen § 327e II - Nr. 1a: Vereinbarte Beschaffenheit inkl. Menge, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität - Nr. 1b: Eignung für die vereinbarte Verwendung - Nr. 2: Vereinbartes Zubehör, Anleitungen, Kundendienst - Nr. 3: Vereinbarte Aktualisierungen im maßgeblichen Zeitraum	257
Anforderungen an die Integration	b) Objektive Anforderungen § 327e III - Nr.1: Eignung für gewöhnliche Verwendung - Nr.2: Objektiv zu erwartender und üblicher Beschaffenheit inkl. Menge, Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität, Sicherheit (auch öffentliche Äußerungen § 327e III 2) - Nr.3: Entsprechung einer vorher zur Verfügung gestellten Testversion - Nr.4: Objektiv zu erwartendem Zubehör und Anleitungen - Nr.5: Objektiv zu erwartenden Aktualisierungen und entsprechende Informationen - Nr.6: Bereitstellung in der neusten verfügbaren Version	258
	c) Anforderungen an die Integration § 327e IV Integration, § 327e IV 2 BGB n.F. (Legaldefinition) = Verbindung und Einbindung eines digitalen Produkts mit den oder in die Komponenten der digitalen Umgebung des Verbrauchers, damit das digitale Produkt genutzt werden kann Anforderungen, § 327e IV 1 BGB n.F.:	259
	- Nr.1: Integration sachgemäß durchgeführt	

	- Nr.2: Integration nicht sachgemäß durchführt, dies beruht jedoch weder auf Handlung des Unternehmers noch auf mangelhafter Anleitung	
Aliud	d) Aliud § 327e V Wird einem Mangel gleichgestellt.	260
Gewährleistungsrecht	3. □ Gewährleistungsrecht § 327i	261
Rechte bei unterbliebener Bereitstellung	a) Rechte bei unterbliebener Bereitstellung sind in § 327c geregelt	262
Nacherfüllung	b) Nacherfüllung §§ 327i Nr. 1, 327l	262 a
Vertragsbeendigung	c) Vertragsbeendigung §§ 327i Nr. 2 Alt.1, 327m I Der Verbraucher hat gem. § 327m das Recht, den Vertrag zu beenden. Die Regelung des § 327m I Nr. 1 bis 6 enthält eine abschließende Regelung derjenigen Konstellationen, in denen für den Verbraucher das Recht zur Vertragsbeendigung wegen eines Produkt- oder Sachmangels des digitalen Produkts besteht. Gem. § 327o II 1 hat der Unternehmer dem Verbraucher die geleisteten Zahlungen zu erstatten. (!) § 327o erfasst besondere Hinweise hinsichtlich der Erklärung (!) § 327p enthält Regelungen hinsichtlich der Nutzung nach Vertragsbeendigung	262 b 262 c
Vertragsbeendigung bei Paketverträgen	Die Möglichkeit der Vertragsbeendigung besteht grundsätzlich auch bei einem Paketvertrag. i. S. d. § 327a I 1, wenn der Verbraucher an dem anderen Teil des Paketvertrags ohne das mangelhafte digitale Produkt kein Interesse hat (§ 327m IV, V).	
Minderung	d) □ Minderung §§ 327i Nr. 2 Alt. 2, 327n Anstatt den Vertrag zu beende, kann der Verbraucher auch den Preis mindern. Die Vertragsbeendigung und die Minderung schließen sich gegenseitig aus.	262 d
Schadensersatz	a) Schadensersatz §§ 327i Nr. 3 Alt. 1 (a) Schadensersatz neben der Leistung § 280 I (b) Schadensersatz statt der Leistung § 327m III § 327m III verdrängt die §§ 281, 283, 283, 311a. § 327m III ist die zentrale Anspruchsgrundlage für alle sich aus der Verletzung der Pflicht des Unternehmers zu den mangelfreien Leistungen ergebenden Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung. In § 327m III 1 wird dazu auf die in § 327m aufgezählten Ansprüche verwiesen. Diese sind für den Schadensersatz statt der Leistung abschließend.	262 e
Aufwendungsersatz	f) Aufwendungsersatz §§ 327i Nr. 3 Alt. 2	262 f

Die Unterlagen sind urheberrechtlich geschützt.

Eine Verwertung – unter anderem auch die Vervielfältigung und/oder öffentliche Zugänglichmachung – ist mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle nur mit Einwilligung des Urhebers gestattet.

**Rechtsanwalt Michael Sperl,
Juni 2026**

Auszug aus:**Rechtsanwalt Michael Sperl****Zivilrecht Grundlagen****11.Auflage 2026****Hinweis:****Soweit nicht anders angegeben,
alle Paragraphen aus dem BGB!****§ 5 b Immobiliarsachenrecht**

Grundstücke	A. <u>Eigentumserwerb an Grundstücken</u>	310
	Der Eigentumserwerb vollzieht sich nach den §§ 873, 925 BGB . Die Voraussetzungen entsprechen im Wesentlichen denen des Eigentumserwerbs an beweglichen Sachen. An die Stelle der Übergabe tritt die Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch.	311
Voraussetzungen	Voraussetzungen: • Einigung (sog. Auflassung) • Eintragung • Einigsein • Berechtigung • Verfügungsbefugnis	312
Einigung	I. Einigung = Auflassung § 925 I BGB	313
§ 925 I BGB	Für den Eigentumserwerb bedarf es zunächst der Einigung, die der Form des § 925 I BGB (Auflassung) bedarf. Für den dinglichen Vertrag gelten wiederum die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte, soweit nichts anderes bestimmt ist. Stellvertretung § 164 BGB ist möglich.	
Eintragung	II. Grundbucheintragung An die Stelle der Übergabe bei beweglichen Sachen tritt bei Grundstücken die Grundbucheintragung.	313 a
Einigsein	III. Einigsein Die Einigung ist bis zur Eintragung widerruflich, wenn nicht ein Fall des § 873 II BGB vorliegt. Da die Auflassung praktisch immer beurkundet wird, ist Widerruf de facto nicht möglich.	313 b

Berechtigung	IV. Berechtigung Ist der Veräußernde nicht der Berechtigte, kommt ein gutgläubiger Erwerb nach § 892 I 1 BGB in Betracht.	314
Wichtig: § 892 I BGB	Voraussetzungen des § 892 I BGB • Rechtsgeschäft als Verkehrsgeschäft • Unrichtigkeit des Grundbuchs • Voreintragung des Veräußerers • Kein Widerspruch des Erwerbers • Gutgläubigkeit des Erwerbers Es schadet nur positive Kenntnis.	315
Zeitpunkt	Grundsätzlich muss der Erwerber bis zum Vollerwerb gutgläubig sein. Ausnahmen: • § 892 II BGB • § 883 II BGB analog h.M: sogenannte „große Lösung“ wenn Erwerber Vormerkung gutgl. erworben hat	316 b
Verfügungsbefugnis	V. Verfügungsbefugnis Die Verfügungsbefugnis spielt in den Scheinklausuren i.d.R. keine Rolle, den Punkt also idR weglassen.	317
Anwartschaftsrecht	Sonderproblem: Anwartschaftsrecht	317 a
Auflassung + Antrag	Dem Erwerber eines Grundstücks steht zumindest dann ein Anwartschaftsrecht zu, wenn die bindende Auflassung gem. § 873 II, 925 BGB vorliegt und auch der Eintragungsantrag durch den Erwerber selbst gestellt wurde. Wegen § 17 GBO hat er damit eine ausreichend gesicherte Rechtsposition erlangt.	
Vormerkung	Eine weitere Möglichkeit, ein Anwartschaftsrecht zu erlangen, ist die Vormerkung .	317 b
Übersicht Vormerkung	B. <u>Vormerkung</u> Der Erwerber erwirbt das Eigentum an einem Grundstück erst, wenn auch seine Eintragung im Grundbuch erfolgt ist. Die Zeit von der Stellung des Eintragungsantrags bis zur endgültigen Eintragung beträgt oft viele Monate. Während dieser Zeit ist der Veräußerer noch als Berechtigter eingetragen. Folglich besteht die Gefahr, dass der Veräußerer an einen Dritten weiterveräußert und der Dritte das Eigentum erwirbt.	318

	Gegen solche Zwischenverfügungen soll die Vormerkung schützen, vergl. § 883 II BGB :	
Wirkung § 883 II BGB	Wenn der Käufer, der durch eine Vormerkung geschützt wird, den Anspruch aus § 433 I 1 BGB geltend macht, kann ihm der Verkäufer wegen § 883 II BGB nicht § 275 I BGB entgegenhalten. Gegen den Dritten hat der Käufer den Anspruch aus § 888 BGB wegen 19 GBO.	318 a
Entstehung	I. Entstehung der Vormerkung Voraussetzungen: • vormerkungsfähiger Anspruch § 883 BGB • Bewilligung bzw. einstw. Verfügung § 885 I BGB • Eintragung § 883 BGB • Berechtigung § 885 I BGB	319
Anspruch	1. Vormerkungsfähiger Anspruch Erforderlich ist zunächst ein vormerkungsfähiger Anspruch . Die Vormerkung ist streng akzessorisch, § 883 I 1 BGB.	320
„Unterverbriefung“	Problem kann sich hier bei der sog. Unterverbriefung ergeben, wenn die Parteien beim Notar den KP zu niedrig angeben. Der beim Notar angegebene KV ist nach § 117 I BGB nichtig, der wirklich gewollte KV nach §§ 117 II, 311 b I, 125 BGB. Die Vormerkung kann hier also nicht entstehen!	320 a
§ 311 b I 2 BGB (-)	Die Heilung nach § 311 b I 2 BGB reicht nicht, da sie nur ex nunc wirkt.	320 b
§ 883 I 2 BGB (-)	§ 883 I 2 BGB kommt auch nicht zur Anwendung, da nach BGH der künftige Anspruch nur noch vom erwerber abhängig sein darf!	320 c
Bewilligung	2. Bewilligung/einstweilige Verfügung, § 885 I BGB Weiterhin erforderlich ist, dass der Veräußerer, der noch als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist, die Eintragung der Vormerkung bewilligt . Weigert sich der Verkäufer, eine solche Bewilligung auszusprechen, kann sie im Wege der einstweiligen Verfügung durch das Gericht ersetzt werden.	321
Eintragung	3. Eintragung Analog zu den Grundstücksrechten entsteht auch die Vormerkung erst mit ihrer Eintragung im Grundbuch.	322

Berechtigung	4. Berechtigung	323
	Der Veräußerer, der die Vormerkung bewilligt, muss berechtigt sein. D.h. er muss entweder Eigentümer sein oder von diesem über § 185 BGB ermächtigt sein.	
	Schließlich kommt auch gutgläubiger Erwerb in Betracht:	
Gutgl. (Erst) Erwerb	(P) Gutgläubiger (Erst) Erwerb nach §§ 893 2. Alt, 892 BGB	324
	Darunter versteht man den Erwerb vom vermeindlichen Eigentümer. Nach h. M. ist die Bewilligung einer Vormerkung eine Verfügung, so dass über § 893, 2. Alt. BGB ein gutgläubiger Erwerb gem. § 892 BGB möglich ist.	
	Beachte: Geschützt wird nur der gute Glaube an die Berechtigung des Verfügenden, nicht der gute Glaube an das Bestehen der Forderung.	324 a
Übertragung	II. Übertragung der Vormerkung	325
	Wegen der Akzessorietät der Vormerkung kann die Vormerkung nicht isoliert übertragen werden, sondern geht gem. § 401 BGB analog mit der Abtretung des gesicherten Anspruchs über.	
	Der Zweiterwerb kommt nur in Betracht, wenn die Forderung besteht!	
Gutgl. Zweiterwerb umstritten	Umstritten ist dann, ob die Vormerkung bei der Übertragung gutgläubig erworben werden kann (sog. gutgläubiger Zweiterwerb), da § 892 BGB das Tatbestandsmerkmal „ durch Rechtsgeschäft “ enthält.	325 a
Lit. (-)	Die Lit. lehnt den Zweiterwerb ab, da die Vormerkung kraft Gesetzes übergeht (§ 401 BGB),	
BGH (+)	Der BGH lässt den Zweiterwerb zu, da mittelbar wegen der Abtretung (§ 398 BGB) ein Rechtsgeschäft vorliegt und die Vormerkung verkehrsfähig sein soll.	325 b
Hyp und GS	C. <u>Hypothek und Grundschuld</u>	326
Rechtsnatur	I. Rechtsnatur	
Hypothek	1. Hypothek	326 a
akzessorisch	Die Hypothek wird zur dinglichen Sicherung von Forderungen verwendet. Sie ist gemäß § 1113 I BGB ein akzessorisches Sicherungsmittel ; d.h.	

sie kann nicht ohne eine zugrundeliegende Forderung existieren.

Grundschild	2. Grundschild	326 b
Nicht akzessorisch	Die Grundschild entspricht der Hypothek und räumt ihrem Inhaber ebenfalls ein Sicherungsrecht an einem Grundstück ein. Der Unterschied zur Hypothek ist gem. § 1191 I BGB die fehlende Akzessorietät . D.h. eine Grundschild kann entstehen und fortbestehen, auch wenn keine Forderung vorhanden ist. § 1192 I BGB erklärt nur diejenigen Vorschriften der §§ 1113 ff. BGB für anwendbar, die nicht auf der Akzessorietät beruhen.	
§ 1192 I a BGB SGS	In der Regel besteht jedoch auch bei der Grundschild eine zu sichernde Forderung. Schließlich soll der Gläubiger auch bei der Grundschild nur dann einen Zugriff auf das Grundstück haben, wenn seine Forderung nicht befriedigt wird. Für diese Sicherungsgrundschild gilt § 1192 I a BGB .	327
Sicherungsabrede	Zwischen Grundschild und Forderung besteht dann auch eine gewisse Verknüpfung, nämlich über die sog. Sicherungsabrede . Diese ist ein schuldrechtlicher Vertrag und besagt, dass der Gläubiger nur dann und nur insoweit in das Grundstück vollstrecken darf, wie er mit seiner Forderung ausfällt.	328
	Wichtig ist dabei aber, dass die Sicherungsgrundschild trotz dieser Verknüpfung ein nichtakzessorisches Recht ist, d. h. auch für sie gilt bei der Verweisung des § 1192 I BGB die oben erörterte Begrenzung.	328 a
Wirkung	3. Wirkung von Hypothek und Grundschild	329
	Trotz teilweise missverständlicher Formulierungen (vgl. § 1113 I BGB) kann der aus einer Hypothek oder Grundschild Berechtigte aufgrund dieses Grundpfandrechtes keinen Zahlungsanspruch geltend machen (anderes gilt natürlich für die zugrundeliegende schuldrechtliche Forderung).	
Anspruch auf Duldung ZV § 1147 BGB	Vielmehr geht der Anspruch gemäß § 1147 BGB (evtl. i. V. m. § 1192 I BGB) auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück.	330
§ 1142 BGB	Zur Abwendung dieser Vollstreckung kann der Eigentümer gem. § 1142 BGB allerdings freiwillig zahlen.	330 a

Entstehung	II. Entstehung	331
Entstehung d. Hypothek	1. Entstehung der Hypothek	331
	Voraussetzungen:	a
	• Einigung, §§ 873 I, 1113 I BGB • Eintragung, §§ 873 I, 1115 I BGB • Berechtigung des Bestellers, § 873 BGB • Briefübergabe § 1117 I BGB oder Ausschluss der Brieferteilung, § 1116 II BGB (je nachdem ob Brief- oder Buchhypothek vorliegen soll) • Forderung, § 1113 I BGB	
Entstehung d. Grundschuld	2. Entstehung der Grundschuld	332
	Voraussetzungen:	332
	• Einigung, §§ 873 I BGB • Eintragung, §§ 873 I BGB • Berechtigung des Bestellers, § 873 BGB • Briefübergabe §§ 1192, 1117 I BGB oder Ausschluss der Brieferteilung, §§ 1192, 1116 II BGB	a
Forderung nicht Erforderlich!	Beachte: Das Bestehen einer Forderung ist aber gerade keine Entstehungsvoraussetzung!	332 b
Übertragung	III. Übertragung	333
Hypothek	1. Hypothek	334
	Wichtig ist, dass nicht die Hypothek als solche übertragen wird. Vielmehr wird die Forderung nach § 398 BGB übertragen und die Hypothek geht kraft Gesetzes mit über, § 1153 I BGB. Übertragen wird also lediglich die hypothekarisch gesicherte Forderung.	
§ 1154 BGB	§ 1154 BGB ist dabei Formvorschrift.	334 a
	→ Briefhypothek: § 1154 I BGB → Buchhypothek: § 1154 III BGB	
	In Klausursachverhalten ist dennoch häufig von der "Abtretung einer Hypothek" die Rede. Dann wird erwartet, dass Sie klarstellen, dass diese Formulierung durch Auslegung als Forderungsabtretung zu behandeln ist: §§ 133, 157 BGB.	
Grundschuld	2. Grundschuld	335
Brief GS	Hier richtet sich die Übertragung der Briefgrundschuld nach §§ 413, 398, 1192 I, 1154 I BGB.	

Buch GS	Für die Buchgrundschild gilt §§ 1192 I, 1154 III, 873 BGB.	335 a
	Die Forderung per se wird nach § 398 BGB übertragen.	
	Die Forderung und Grundschild können grundsätzlich unabhängig voneinander übertragen werden.	335 b
gutgl. Erwerb	IV. Gutgläubiger Erwerb	336
Gutgläubiger Ersterwerb	1. Gutgläubiger <u>Ersterwerb</u> = Erwerb vom vermeintlichen Eigentümer	337
Immer § 892 BGB	Der gutgläubige Ersterwerb richtet sich bei Hypothek und Grundschild immer nach § 892 BGB .	
Gutgläubiger Zweiterwerb Hypothek	2. Gutgläubiger <u>Zweiterwerb der Hypothek</u> = Erwerb vom vermeintlichen Inhaber der Hypothek	337 a
Forderung fehlt	<u>Fall 1: Forderung fehlt</u> Wenn die Forderung fehlt, kann die Hypothek eigentlich nicht übertragen werden § 1153 II BGB.	337 b
1138 1.Alt. BGB	In diesen Fällen wird das Bestehen der Forderung fingiert, d. h. das Gesetz ermöglicht gem. § 1138 1.Alt. BGB i. V. m. § 892 BGB den Erwerb der „forderungsentkleideten“ Hypothek.	
„Mitreißtheorie“	Ein Sonderproblem dabei ist die sog. Mitreißtheorie , wonach die Hypothek, die bei einem Dritten bestehende Forderung mitzieht.	337 c
Dinglicher Mangel § 892 BGB	<u>Fall 2: „dinglicher“ Mangel besteht</u> Wenn die Hypothek selbst dinglich nicht besteht, aber der Veräußerer die Forderung hat, gilt § 892 I BGB.	337 d
Sog. Doppelmangel	<u>Fall 3: Forderung fehlt und dinglicher Mangel</u> Doppelt gutgläubiger Erwerb: Sowohl § 1138 BGB als auch § 892 BGB.	337 e
Gutgläubiger Zweiterwerb Grundschild	3. Gutgläubiger <u>Zweiterwerb der Grundschild</u> Der gutgläubige Zweiterwerb der Grundschild richtet sich immer nach § 892 BGB (nur dinglicher Mangel denkbar).	338

Exkurs Folgen der Zahlung	V. <u>Exkurs</u>: Folgen der Zahlung	339
Hypothek	1. Hypothek	339
	Hier ergeben sich die Folgen unmittelbar aus dem Gesetz. Es muss jeweils danach unterschieden werden, wer die Zahlung leistet:	a
Eigentümer = Schuldner	a) Identität von Eigentümer und Schuldner	339
§§ 1163 I 2, 1177 BGB	Zahlt der Schuldner der Hauptforderung, der zugleich Schuldner der Hypothekenforderung (=Eigentümer) ist: Entstehen einer Eigentümerschuld gem. §§ 1163 I 2, 1177 BGB	b
Eigentümer ≠ Schuldner	b) Auseinanderfallen von Eigentümer und Schuldner	339
		c
Zahlung durch Eigentümer	aa) Zahlung durch den Eigentümer	339
§§ 1143 I 1, 1153 I BGB	Zahlt der Eigentümer, der nicht zugleich Schuldner der Hauptforderung ist: Die Forderung und Hypothek geht auf ihn über gem. §§ 1143 I 1, 1153 I BGB	d
Zahlung durch Schuldner	bb) Zahlung durch den Schuldner	339
§ 1164 BGB	Bei Zahlung durch den Schuldner, der nicht Eigentümer ist, geht die Hypothek nach § 1164 I BGB auf ihn über, wenn im Innenverhältnis zwischen Schuldner und Hypothekenschuldner der Hypothekenschuldner zur Zahlung verpflichtet war, ansonsten gilt § 1163 I BGB.	e
Grundschild	2. Grundschild	340
Eigentümer = Schuldner	a) Identität von Eigentümer und Schuldner	340
Zahlung worauf?	Hauptproblem: Worauf wird gezahlt?	a
	Worauf gezahlt werden soll, bestimmt sich nach den getroffenen Vereinbarungen im Sicherungsvertrag oder nach dem Willen des Zahlenden (§ 366 I BGB).	
	Wird der Leistungszweck nicht eindeutig bestimmt, so ist durch Auslegung §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, worauf die Zahlung erfolgt ist. In der Regel wird nur auf die Forderung gezahlt.	
	Die Grundschild bleibt unberührt, es entsteht aber ein Anspruch auf Rückübertragung aus dem Sicherungsvertrag.	
Eigentümer ≠ Schuldner	b) Auseinanderfallen von Eigentümer und Schuldner	340
		b
Zahlung durch Eigentümer	aa) Zahlung durch den Eigentümer	340
	Zahlt der Eigentümer, dann zahlt er auf die Grund-	c

schuld, denn nur aus dieser ist er verpflichtet. Die GS geht auf ihn über und wandelt sich in eine Eigentümergrundschuld. Im Übrigen kann er aus der Sicherungsabrede die Abtretung der Forderung Gläubiger/Schuldner verlangen.

Zahlung durch Schuldner	bb) Zahlung durch den Schuldner	340 d
	Der Schuldner zahlt auf die Forderung. Diese erlischt nach § 362 I BGB.	
	Die SiGS bleibt bestehen, jedoch hat der Zahlende einen Anspruch auf Abtretung der Rechte des Eigentümers aus der Sicherungsabrede gegen den Gläubiger.	
Einreden	VI. Einreden	341
Hypothek	1. Hypothek	342
Pfandrechtsbezogene E.	a) pfandrechtsbezogene Einrede	343
	Die pfandrechtsbezogene Einrede ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag .	
	Nach Übertragung der Hypothek gilt grundsätzlich die Einrede gemäß § 1157 S.1 BGB gegen den neuen Gläubiger (Erwerber).	
	Wenn der Erwerber aber gutgläubig ist erwirbt er nach §§ 1157 S. 2; 892 I BGB lastenfrei von der Einrede.	343 a
Forderungsbezogene E.	b) forderungsbezogene Einrede	344
	Die forderungsbezogene Einrede ergibt sich vor Übertragung der Hypothek aus § 1137 BGB .	
	Nach Übertragung der Hypothek gilt an sich §§ 412, 404, 1137 BGB.	345
	Wenn der Erwerber aber gutgläubig ist erwirbt er nach §§ 1138 2.Alt., 892 I BGB lastenfrei von der Einrede.	346
Grundschuld	2. Grundschuld	347
	Auch hier gibt es die pfandrechtsbezogene und die forderungsbezogene Einrede.	
Sicherungsvertrag	Beide ergeben sich aus dem Sicherungsvertrag .	348
	Nach Übertragung gilt für beide §§ 1192 I a, 1157 S.1 BGB (bzw. § 1192 I a S.1 1.Alt.BGB).	

1192 I a BGB

Wichtig: Nach jetziger Rechtslage gilt § 1192 I a S.1 BGB. § 1157 S.2 BGB ist bei der Sicherungsschuld gemäß § 1192 I a BGB **nicht mehr anzuwenden!**

349

Es gibt damit bei der SGS keinen gutgläubigen lastenfreien Erwerb durch den Erwerber mehr!

349
a

Die Unterlagen sind urheberrechtlich geschützt.

Eine Verwertung – unter anderem auch die Vervielfältigung und/oder öffentliche Zugänglichmachung – ist mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle nur mit Einwilligung des Urhebers gestattet.

**Rechtsanwalt Michael Sperl,
Juni 2026**