

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.:** 186514

**letzte Aktualisierung:** 05. Mai 2023

**BGB § 928**

**Vormerkungsfestigkeit einer Dereliktion**

**I. Sachverhalt**

Der Notar hat für eine Mandantin eine Dereliktion eines bebauten Grundstücks in Konstanz begleitet. Die Eigentumsaufgabe wurde im Grundbuch eingetragen. In Abt. II des Grundbuches sind zu Gunsten der Eltern der Mandantin eine Rückauflassungsvormerkung zur Absicherung eines bedingten Rückübertragungsanspruchs sowie ein Wohnungsrecht eingetragen mit der Auflage, dass die Tochter, welche zu diesem Zeitpunkt gerade einmal 14 Jahre alt war, sämtliche Kosten einschließlich der Schönheitsreparaturen zu tragen habe. Die anwaltliche Vertretung der Eltern verlangt nun von der Mandantin die Zustimmung zur Rückauflassung.

**II. Fragen**

Kann die Mandantin die Zustimmung zur Rückübertragung wirksam erteilen, obwohl sie nicht mehr Eigentümerin ist? Ist die Auffassung der anwaltlichen Vertretung, wonach die Dereliktion gegenüber den Eltern relativ unwirksam ist, korrekt?

**III. Zur Rechtslage**

**1. Verfügungsberechtigung der früheren Eigentümerin**

Die Verfügungsberechtigung muss grundsätzlich noch im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs, also im Zeitpunkt des Vollzugs der Eigentumsumschreibung im Grundbuch vorhanden sein. Im vorliegenden Fall ist die Verfügende grundsätzlich nicht mehr Verfügungsbefugt, da sie nicht mehr Eigentümerin des betroffenen Grundbesitzes ist.

Die vormalige Eigentümerin könnte allerdings weiterhin Verfügungsbefugt sein, wenn die Eigentumsaufgabe gegenüber dem vormerkungsberechtigten Erwerber gem. § 883 Abs. 2 BGB **relativ** unwirksam wäre.

Nach bislang einhelliger Auffassung kann auch die Eigentumsaufgabe nach § 928 Abs. 1 BGB eine vormerkungswidrige Verfügung darstellen (KGJ 51, 192, 197; BeckOGK-BGB/Assmann, 1.2.2023, § 883 Rn. 125; Löhnig/Gietl, JuS 2008, 102, 105; MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, BGB § 883 Rn. 62; Staudinger/Kessler, BGB, 2020, § 883 Rn. 239).

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Verfügung eine nach dem damaligen Übertragungsvertrags verbotene „Veräußerung“ oder „Belastung“ darstellt, da dort nur die Entstehungsvoraussetzungen für den schuldrechtlichen Anspruch geregelt sind. Ob der Anspruch bereits entstanden ist, ist für das Eingreifen des Vormerkungsschutzes nicht relevant, da nur der Anspruch selbst, nicht die Vormerkung bedingt ist. Der Vormerkungsschutz greift in diesem Fall unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs (Staudinger/Kessler, BGB, 2020, § 883 Rn. 273, 279; OLG München BeckRS 2012, 8018). Die Eigentumsaufgabe bleibt zudem ohne Folgen für das Bestehen von schuldrechtlichen Verpflichtungen des (früheren) Eigentümers zur Bestellung von dinglichen Rechten oder zur Übertragung des Eigentums (BeckOGK-BGB/J. Weber, 1.3.2023, § 928 Rn. 19; Staudinger/Diehn, BGB, 2020, § 928 Rn. 29).

Folge der relativen Unwirksamkeit des § 883 Abs. 2 BGB ist, dass der Verfügende zugunsten des Vormerkungsberechtigten weiterhin über das Recht verfügen kann. Der Vormerkungsschuldner behält die rechtliche Fähigkeit, den gesicherten Anspruch so zu erfüllen, als hätte er die betreffende Verfügung – hier die Aufgabe des Eigentums – nicht vorgenommen und als wäre der daraus herrührende Rechtsverlust nicht eingetreten (vgl. nur Staudinger/Kessler, § 883 Rn. 294; Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 883 Rn. 21, § 888 Rn. 3; BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rn. 169 f.).

Wendet man dies auf den vorliegenden Fall an, ergibt sich daraus, dass die frühere Eigentümerin weiterhin die Auflassung erklären kann.

Im Ergebnis ist die Auffassung der anwaltlichen Vertretung der Eltern insoweit richtig, als die Eigentumsaufgabe relativ unwirksam ist und die Auflassung durch die Tochter noch erklärt werden kann.

## 2. Weitere Fragen

Ob ein Auflassungsanspruch bereits besteht, ist abhängig von der genauen Ausgestaltung des Rückforderungsrechts der Eltern. Die Frage, ob eine **Zustimmung nach § 888 Abs. 1 BGB** erforderlich ist, war bereits Gegenstand einer genaueren Untersuchung seitens des DNotI (vgl. Internet-Gutachten 147491, dort Ziff. 2 und 3), wonach es nach der noch überwiegenden Auffassung einer entsprechenden Erklärung des neuen Eigentümers oder eines Pflegers bedarf.