

**Dokumentnummer: 11161**  
**letzte Aktualisierung: 24. Oktober 2000**

## **BGB § 883** **Vormerkung für bedingte und künftige Ansprüche**

Ehegatten errichteten einen Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben, als Schlußerben ihre beiden Kinder Margit und Andreas zu gleichen Teilen einsetzten. Hier von Interesse ist die Aussetzung eines Vermächtnisses zugunsten des Sohnes Andreas für den Schlußerbfall; dieser sollte im Wege des Vermächtnisses das Familienwohnhaus (L-Str. 20) erhalten.

Im Zusammenhang mit diesem Erbvertrag errichteten die Ehegatten unter Beteiligung der beiden Kinder eine weitere Urkunde, in dem sie ihrem Sohn Andreas einen Anspruch auf Übereignung des Familienwohnhauses L-Str. 20 einräumten. Danach sollte Andreas den Anspruch haben, nach dem Tod beider Elternteile die Übereignung dieses Grundbesitzes auf sich verlangen zu können. Im Zusammenhang hiermit verzichtete die Tochter Margit gegenständlich beschränkt auf den Pflichtteil im Hinblick auf dieses Grundstück und erhielt hierfür eine Geldauszahlung.

Hier von Interesse ist, daß der aus dem Vertrag unter Lebenden hervorgegangene Anspruch durch eine Vormerkung im Grundbuch gesichert werden sollte. Das Grundbuchamt verweigert die Eintragung dieser Vormerkung aus unterschiedlichen Gründen, zuletzt mit der Begründung, daß es an der zu verlangenden Identität von Grundstückseigentümer und Anspruchsschuldner fehle.

Zur Eintragungsfähigkeit der Vormerkung nehmen wir wie folgt Stellung:

## 1. Vormerkung für künftige Ansprüche

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 883 Abs. 1 S. 2 BGB kann eine Vormerkung auch zur Sicherung eines erst künftigen oder bedingten Anspruchs auf Rechtsänderung an einem Grundstück im Grundbuch eingetragen werden.

Die allgemeine Auffassung beschränkt jedoch die Eintragungsfähigkeit künftiger und/oder bedingter Ansprüche durch zwei weitere Erfordernisse, die im Hinblick auf den von Ihnen vorgetragenen Sachverhalt zwar grundsätzlich nicht in Streit stehen, für die Lösung gleichwohl aber so bedeutsam sind, daß wir näher darauf eingehen müssen:

- a) Zum einen kann nicht bereits jeder nur denkbare künftige Anspruch durch eine Vormerkung gesichert werden. Es muß vielmehr der Anspruch auf Rechtsänderung in ersten Ansätzen schon erkennbar sein (Erman/Hagen/Lorenz, BGB.10. Aufl. 2000, Rn. 15 zu §883 BGB). Die Rechtsprechung formuliert dahin, daß ein hinreichender Rechtsboden für den Anspruch bereits gelegt sein müsse. Ein solcher „Rechtsboden“ wird allgemein anerkannt, wenn der Bestand des Anspruchs nur noch von einer Willensbetätigung des Gläubigers abhängt (Beispiel: Verkaufsangebot des Verkäufers). Ein hinreichender Rechtsboden wird abgelehnt, wenn der Schuldner jederzeit und willkürlich den Anspruch wieder beseitigen kann (Erman/Hagen/Lorenz, a. a. O., Rn. 15 zu §883 BGB). Die dazwischen liegenden Fälle (etwa Genehmigung Dritter; nicht-willkürliche Beseitigung durch den Schuldner) sind umstritten (Nachweise bei DNotI-Report 15/2000, S. 125; Assmann, Die Vormerkung, 1998, S. 51, 52). Die neuere Rechtsprechung tendiert zu einer eher großzügigen Auslegung, wonach insbesondere die Abhängigkeit ausschließlich von der Willensbetätigung des Gläubigers nur Regelbeispiel für den hinreichenden Rechtsboden, nicht aber zwingende Voraussetzung ist (Nachweise bei Assmann, a. a. O., S. 51, 52).
- b) Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus dem sog. Identitätsgebot, welches im Gesetz zwar nicht ausdrücklich enthalten ist, das aber verschiedenen Vorschriften des BGB zugrunde liegt, so etwa den §§ 886, 1179 BGB (dazu eingehend Amann, DNotZ 1995, 252; BGHZ 12, 115 = NJW 1954, 633; BGHZ 134, 182 = MittBayNot 1997, 169; Palandt/Bassenge, BGB, 59. Aufl. 2000, Rn. 14 zu § 883 BGB; Staudinger/Gursky, BGB, 13. Bearb. 1996, Rn. 46 zu § 883 BGB; Erman/Hagen/Lorenz, a. a. O., Rn. 21 zu §883 BGB).

## 2. Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen

- a) Vermächtnisse

Aus diesen beiden Vorgaben folgert die gleichfalls einhellige Auffassung, daß zu Lebzeiten des Erblassers der Anspruch aus einem Vermächtnis auf Grundstücksübergabe nicht durch eine Vormerkung gesichert werden kann (Palandt/Bassenge, a. a. O., Rn. 19 zu § 883 BGB; Erman/Hagen/Lorenz, a. a. O., Rn. 20 zu § 883 BGB; Staudinger/Gursky, a. a. O., Rn. 50 zu § 883 BGB). (Eine Ausnahme stellt lediglich die Entscheidung OLG Celle NJW 1953, 27 = DNotZ 1952, 236 dar. Diese Entscheidung wurde und wird jedoch in der Begründung einhellig abgelehnt; Hieber, DNotZ 1952, 432 versucht sie im Ergebnis dadurch zu retten, daß er der Vormerkung im Wege der Vertragsauslegung einen schuldrechtlichen Anspruch unter Lebenden unterschiebt –

insgesamt ein zweifelhafter und von BGH NJW 1954, 633, 635 auch zurückgewiesener Rechtfertigungsversuch).

Die Ablehnung der Vormerkungsfähigkeit eines Vermächtnisanspruchs wird dabei mit allen oben genannten Argumenten begründet:

- Mit dem Verstoß gegen das Identitätsgebot, da der Anspruch erst mit dem Erbfall entsteht und deswegen ausschließlich den (derzeit im Grundbuch noch nicht eingetragenen) Erben, nicht aber den Erblasser betrifft (so Staudinger/Gursky, a. a. O., Rn. 50 zu § 883 BGB; Demharter, GBO, 23. Aufl. 2000, Rn. 98 Anh. zu § 44 GBO);
- mit dem Fehlen eines hinreichenden Rechtsbodens, da ein Testament frei widerruflich ist und deswegen dem Vermächtnisnehmer keine sichere Erwerbposition zusteht (Palandt/Bassenge, a. a. O., Rn. 19 zu § 883 BGB; Erman/Hagen/Lorenz, a. a. O., Rn. 20 zu § 883 BGB; dies gilt gleichfalls bei einem gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag zu Lebzeiten der Vertragsbeteiligten, sofern nicht der Vermächtnisnehmer hinan beteiligt wurde);
- selbst bei Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments oder eines Erbvertrages wird die Verfügungsbefugnis des Erblassers zu Lebzeiten nicht eingeschränkt; aufgrund der Auslegungsregel des § 2169 Abs. 1 BGB sei deswegen im Regelfall davon auszugehen, daß bei Veräußerung zu Lebzeiten die Einräumung des Vermächtnisses wegfallen bzw. ungültig werde und der „Rechtsboden“ wegfallen könne (Assmann, a. a. O., S. 55);
- schließlich die Anwendung des Grundsatzes der Testierfreiheit in normativer Hinsicht (§ 2302, so Hieber, DNotZ 1953, 635, 636): Vormerkungsschutz als übermäßige und damit unwirksame Bindung de Erblassers.

Im Einzelfall können die Argumente dabei durchaus unterschiedlich gewichtet werden. So spielt bei einem bindend gewordenen Erbvertrag der Gesichtspunkt der freien Verfügungsbefugnis zu Lebzeiten eine deutliche größere Rolle bei der Ablehnung der Vormerkungsfähigkeit als die – hier eben nur noch eingeschränkt bestehende – Testierfreiheit. Gleiches gilt bei Aussetzung eines Vermächtnisses auf den Zeitpunkt des Nacherbfalls während der Zeit der Vorerbschaft – auch hier wird die Eintragungsfähigkeit abgelehnt (OLG Schleswig NJW-RR 1993, 11), obwohl der Vorerbe die Aussetzung des Vermächtnisses nicht beseitigen kann und insoweit keine Widerruflichkeit mehr besteht.

- b) Nach h. M. sind diese für das Vermächtnis allgemein anerkannten Grundsätze wegen § 2301 BGB auf Schenkungen auf den Todesfall gleichfalls anzuwenden (Leitentscheidung BGH NJW 1954, 633, 635; alsdann Palandt/Bassenge, a. a. O., Rn. 19 zu § 883 BGB; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 13. Bearb. 1998, Rn. 24 zu § 2301 BGB; MünchKomm-Musielak, BGB, 3. Aufl., Rn. 9 zu § 2301 BGB; Staudinger/Gursky, a. a. O., Rn. 50 zu § 883 BGB; Preuss, DNotZ 1998, 602, 609 auch mit Nachweisen zur Gegenmeinung – Nieder in dem von Preuss zitierten Aufsatz ZNotP 1998, 142 geht auf die Frage der Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs aus einer Schenkung auf den Todesfall nicht ein. Die Vormerkungsfähigkeit wird bejaht von Erman/Hagen/Lorenz, a. a. O., Rn. 20 zu § 883 BGB – die dort zitierten Entscheidungen BayObLGZ 1977, 268 und

OLG Hamm MittRhNotK 1978, 17 betrafen jedoch gerade keine Schenkungen auf den Todesfall. Vgl. schließlich auch Nieder, DNotI-Report 11/1999, S. 99).

Die in § 2301 BGB enthaltene Verweisung auf die anzuwendenden Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen wird zwar in der Praxis hauptsächlich auf die Formvorschriften bezogen, da es regelmäßig um Schenkungen geht, die nicht den Förmlichkeiten einer Verfügung von Todes wegen entsprechen (fehlende vollständige Handschriftlichkeit bei Bankformularen und ähnliches). Hierauf beschränkt sich die Verweisung in § 2301 BGB jedoch nicht; sie umfaßt vielmehr sämtliche Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen, so daß auch die Rechtsgrundsätze über die Vormerkungsfähigkeit derartiger Anspruch darunter fallen.

- c) Nach unserer Einschätzung enthält der hier beurkundete Vertrag unter Lebenden auch eine solche Schenkung von Todes wegen nach § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB. Maßgeblich fallen hierunter nämlich Schenkungsversprechen unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. Dem wird gleichgestellt die umgekehrte Bedingung, daß eine aufgeschobene Schenkung wegfällt, wenn der Beschenkte vorverstirbt (Staudinger/Kanzleiter, a. a. O., Rn. 10b zu § 2301 BGB; Palandt/Edenhofer, a. a. O., Rn. 3 zu § 2301 BGB; a. A. MünchKomm-Musielak, a. a. O., Rn. 9 zu § 2301 BGB, der die Vorschriften über die Verfügung von Todes wegen bei auflösenden Bedingungen deswegen nicht anwenden will, weil die Rechtswirkung der Schenkung ja zunächst eintrete – es ist aber fraglich, ob diese Auffassung auf den hier geschlossenen Vertrag anwendbar ist, da abgesehen von der Eintragung der Vormerkung die Rechtswirkung der Übertragung ja zu Lebzeiten der Eltern gerade nicht eintreten sollte).

Eine solche Überlebensbedingung ist nach unserer Einschätzung hier gerade vereinbart worden. Zwar spricht Ziffer 2 d des von Ihnen eingereichten Vertrages („für den Fall, daß Andreas vor seinen Eltern stirbt, steht der hier vereinbarte Anspruch ... ersatzweise zu“) für die Regelung eines Rechtsüberganges durch Erbfolge des zugunsten von Andreas begründeten Anspruchs, was gegen die Überlebensbedingung spricht. Dem stehen aber zahlreiche andere und u. E. stärkere Indizien gegenüber, die für eine Überlebensbedingung sprechen:

- Zunächst der Wortlaut von Ziffer 2 d, wonach der Anspruch auf das Überleben des Sohnes Andreas bedingt wurde;
- die Tatsache, daß überhaupt Ziffer 2 d im Vertrag enthalten ist: wird nämlich keine Überlebensbedingung vereinbart, handelt es sich um einen vererblichen Anspruch, bei dem sich die Erbfolge allein nach einer etwaigen letztwilligen Verfügung von Andreas richtet, sonst nach der gesetzlichen Erbfolge nach ihm – die gesetzliche Erbfolge wird durch die Bestimmung jedoch gerade abgeändert, da z. B. der Ehegatten von Andreas im Fall der gesetzlichen Erbfolge nicht Inhaber des Anspruchs werden soll;
- die Tatsache, daß der Anspruch, soweit im Fall des Vorversterbens von Andreas Personen bedacht sind, durch Vertrag zwischen Andreas und seinen Eltern abänderbar ist, die Eltern also insoweit weitere Zugriffsmöglichkeiten auf die Ausgestaltung dieses Anspruchs haben und dies nicht allein einer letztwilligen Verfügung von Andreas überlassen;

- sowie schließlich die Tatsache, daß die Beteiligten z. B. im Hinblick auf die Vormerkungssicherung des Anspruchs nach Ziffer 2 d davon ausgingen, daß eine neue, originäre Vormerkung erforderlich sei – demgegenüber würde bei einer Vererblichkeit des dem Sohn Andreas eingeräumten Anspruchs die Vormerkung über § 401 BGB automatisch auch zugunsten seiner Erben wirken.

Mit dieser Begründung möchten wir im Ergebnis der Rechtsauffassung des Grundbuchamts, das die hier angestrebte Vormerkung für nicht eintragungsfähig hält, beitreten.

- d) In der Literatur wird dann diskutiert, ob nicht ein Vollzug der Schenkung nach § 2301 Abs. 2 BGB angenommen werden könne, um auf diese Weise zu einem wirksamen und damit vormerkungsfähigen Rechtsgeschäft unter Lebenden gelangen (Einzelheiten bei Preuss, DNotZ 1998, 602, 611). Insbesondere wird diskutiert, ob die Begründung eines Anwartschaftsrechts zugunsten des Gläubigers als Vollzug angesehen werden kann. Diese Möglichkeit scheidet in dem von Ihnen eingereichten Vertrag jedoch deswegen aus, weil er keine Auflassung enthält und deswegen ein Anwartschaftsrecht zugunsten des Sohnes nicht entstanden sein kann (für alle: Palandt/Bassenge, a. a. O., Rn. 25 zu § 925 unter Hinweis auf BGH DB 1984, 713: Auch das vormerkungsgestützte Anwartschaftsrecht kommt nur in Betracht, wenn die Auflassung bereits erklärt ist).

Kein anderes Ergebnis ergibt sich schließlich bei Zugrundelegung der Überlegungen von Nieder in DNotI-Rep. 11/1999, S. 99. Er diskutiert zwar die Frage ob ein Vollzug nach § 2301 Abs. 2 BGB auch dann bejaht werden könne, wenn zwar die Auflassung erklärt, nicht aber ein Vormerkung eingetragen wurde. Hier fehlt es aber an der Auflassung, die auch nach der Auffassung von Nieder unverzichtbar ist.

### 3. Identitätsgebot

Folgt man dieser Rechtsauffassung nicht, weil man entweder die hier gewählte auflösende Bedingung nicht als Anwendungsfall des § 2301 BGB betrachtet (so, wie zitiert, MünchKomm-Musielak, a. a. O., Rn. 9 zu § 2301 BGB, wobei wir jedoch auch darauf hingewiesen hatten, daß uns zweifelhaft erscheint, ob Musielak diese Rechtsauffassung tatsächlich auf die vorgetragene Gestaltung übertragen würde) oder weil man grundsätzlich der Aussage von BGH NJW 1954, 633, 635 nicht folgt und auch Schenkungsversprechen der in § 2301 BGB bezeichneten Art für vormerkungsfähig hält (Nachweise bei Preuss, DNotZ 1998, 602, 609 in Fußnote 23, 24), so wäre das Erfordernis des hinreichenden Rechtsbodens zu bejahen. Fraglich ist dann die Einhaltung des Identitätsgebotes, was ja auch vom Grundbuchamt moniert wird.

- a) Die Einhaltung des Identitätsgebotes ist regelmäßig dann problemlos erfüllt, wenn die Übereignungspflicht schon den jetzt eingetragenen Eigentümer treffen kann. Schulbeispiel hierfür sind die in Hofüberlassungsverträgen häufig enthaltenen vormerkungsgesicherten Rückübereignungspflichten (dazu BGH 134, 182; OLG Hamm MittRhNotK 1978, 17; BayObIGZ 1977, 268). Sofern die Rückübereignung hier an den Tatbestand der verbotswidrigen Veräußerung anknüpfen soll, kann dieser Fall grundsätzlich vom jetzigen Eigentümer ausgelöst werden. In diesem Fall ist das Identitätsgebot gewahrt; das Identitätsgebot bedeutet nicht, daß der Anspruch zwingend und ausschließlich gegen den jetzigen Eigentümer durchgesetzt werden müßte (dann wäre die Vormerkung, soweit sie vor verbotswidrigen Übereignungen schützen soll, bedeutungslos). Das Identitätsgebot verlangt nur, daß gegenwärtig der Anspruch sich gegen den Grundstückseigentümer richten muß.

- b) Weiter ist zur Wahrung des Identitätsgebots lediglich erforderlich, daß der Anspruch in rechtsdogmatischer Betrachtungsweise gegenwärtig entstanden ist. Eine auf den Tod des jetzigen Grundstückseigentümers aufgeschobene Fälligkeit des Anspruchs hindert deswegen die Wahrung des Identitätsgebots nicht, ebensowenig eine auf den Tod des jetzigen Grundstückseigentümers vereinbarte aufschiebende Befristung des Anspruchs (Staudinger/Gursky, a. a. O., Rn. 50 zu § 883 BGB; Erman/Hagen/Lorenz, a. a. O., Rn. 20 Zu § 883 BGB; Demharter, a. a. O., Rn. 97 zu § 44 GBO). In einer älteren Entscheidung des KG (JFG 21, 32) hat das Gericht die Eintragung einer Vormerkung auf der Grundlage einer Verkaufsofferte zugelassen, obwohl diese mit der Bestimmung abgegeben war, daß die Annahme erst nach dem Tod der offerierenden Grundstückseigentümerin angenommen werden könne. Auch hier sei eine Bindung des jetzigen Grundstückseigentümers bereits zu Lebzeiten eingetreten unbeschadet der Tatsache, daß faktisch die Erfüllung erst vom Erben erbracht werden.

Unter Betrachtung des Identitätsgebotes bestehen deswegen gegen die hier in Streit stehende Gestaltung keine Bedenken.