

Übertragung der Hypothek vom Berechtigten §§ 1153, 1154, 398

I. Allgemeines

1. Übertragbarkeit und ihre praktische Bedeutung

Die dem einzelnen zustehenden Rechte – von den höchstpersönlichen abgesehen – sind übertragbar und zwar in der Regel durch formlosen Vertrag, §§ 413, 398. So erachtet es der Gesetzgeber auch als ganz selbstverständlich, dass die „Hypothek“ abtretbar ist.

2. Überblick über die gesetzl. Regelung der Übertragung von Hypothek und Forderung

Nach der Terminologie des Gesetzes wird nicht die Hypothek, sondern die Forderung abgetreten, vgl. § 1154 I 1. Mit der Forderung geht dann die Hypothek auf den neuen Gläubiger über § 1153 I „Mitlaufgebot“. § 1153 II verdeutlicht sehr anschaulich die Akzessorietät zwischen Hypothek und Forderung. Nach der Terminologie des Gesetzes wird also die Forderung übertragen und die Hypothek ist lediglich Anhängsel der Forderung.

Im Geschäftsleben spricht man allerdings von Übertragung der Hypothek, da nicht die Forderung erworben werden will, sondern die Hypothek. Gemeint ist damit die Abtretung einer hypothekarisch gesicherten Forderung.

II. Voraussetzungen

1. Hinreichend bestimmte Einigung über Abtretung der gesich. Forderung iSd. § 398

Vereinbaren die Parteien, dass die Hypothek übertragen werden soll, verlieren sie also kein Wort über die gesicherte Forderung, dann ist die Einigung in Hinblick auf § 1153 II als Einigung über die Abtretung der Forderung auszulegen.

(S) Laiengünstige Auslegung

2. Wirksamkeit der Einigung

Bei der Abtretung einer durch Hypothek gesicherten Forderung muss § 1154 berücksichtigt werden. Ein Verstoß gegen § 1154 führt gem. § 125 S.1 zur Unwirksamkeit der Einigung.

Für die Abtretung einer durch Briefhypothek gesicherten Forderung ist gem. § 1154 I S.1 die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form, sowie die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Zessionar erforderlich.

Nach § 1154 II kann die schriftliche Abtretungserklärung durch eine Grundbucheintragung ersetzt werden, es handelt sich hierbei genau wie bei dem Schriftformerfordernis um ein Element zur Dokumentation der Übertragung.

Für die Briefübergabe gilt gem. § 1154 I 1 HS.2 auch der § 1117, d.h. der Zedent muss dem Zessionar den Besitz am Hypothekenbrief verschaffen und darf selber keinen Rest an Eigenbesitz am Brief behalten. Liegt keine Übergabe vor, dann können nur noch die Übergabesurrogate über die fehlende Übergabe hinweg helfen § 1117 II.

Problem: Besitzerwerb durch Dritte?

Genau wie bei § 929 S.1 muss der Wortsinn des § 1117 weit ausgelegt werden, so dass nicht nur der Fall erfasst wird, dass der Zedent dem Zessionar den Brief übergibt, sondern genau wie bei § 929 S.1 die Übergabe auch durch Besitzdiener oder Besitzmittler erfolgen kann. Ob im Rahmen des § 1154 auch ein Geheißerwerb möglich ist, ist umstritten.

e.A. es müssen die Voraussetzungen der Stellvertretung vorliegen, wenn ein Dritter den Besitz am Hypothekenbrief übergibt

a.A. ein Geheißerwerb ist möglich

Es ist nur konsequent auch hier einen Geheißerwerb zu ermöglichen, denn die Übergabe i.S.d. § 1154 I, dient genau wie die Übergabe im Rahmen des § 929 S.1 als Publizitätsakt, mithin soll es den dinglichen Vollzug dokumentieren. Verschiedene Anforderungen an die beiden Begriffe, bei vergleichbarer Interessenlage zu stellen wäre ein Wertungswiderspruch.

Bei der Übertragung einer Buchhypothek gilt § 1154 III, d.h. erforderlich ist eine Eintragung und Einigung i.S.d. § 873.

3. Doppelberechtigung des Abtretenden

Der Abtretende muss sowohl hinsichtlich der Forderung, als auch hinsichtlich der Hypothek berechtigt sein. Dies ist der Fall, wenn er verfügungsbefugter Forderungsinhaber und verfügungsbefugter Inhaber der Hypothek ist. Ist dies nicht der Fall, dann ist nur noch ein gutgläubiger Zweiterwerb vom Nichtberechtigten möglich.

Die Übereignung von Grundstücken §§ 873 I, 925 I BGB

I. Allgemeines und Systematik

Die Übereignung von Grundstücken richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Rechtsänderung an Grundstücken (§§ 873 f.) und den speziellen Vorschriften über Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken (§§ 925 f.).

Folglich erfordert die Eigentumsübertragung von Grundstücken, genau wie § 873 I Einigung, Eintragung, sowie Verfügungsberechtigung und -befugnis.

Allerdings wird die Einigung durch § 925 modifiziert, so dass durch § 925 Inhalt und Form der Einigung konkretisiert werden.

Im Rahmen der Grundstücksübereignung wird die Einigung nach dem Gesetz „Auflassung“ bezeichnet!

II. Die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen

1. Einigung (Auflassung) §925

Gem. § 925 I 1 müssen Veräußerer und Erwerber dahingehend einig sein, dass das Eigentum an Grundstücken übergehen soll (Inhalt).

Ferner muss die Erklärung gemeinsam vor einer zuständigen Stelle abgegeben werden (Form)

Achtung Klausur: *Auflassung meint nicht die Übereignung des Grundstücks! Erst Auflassung(Einigung) und Eintragung ergeben den Doppeltatbestand nach §§ 873 I,925 I*

a) Form der Auflassung § 925 I

Grds. besteht nach der allgemeinen Vorschrift § 873I kein Formerfordernis für eine Einigung. § 925 I modifiziert § 873 I aber dahingehend, dass für die Auflassung eine bestimmte Form eingehalten werden muss. Gem. § 925 I 1 müssen die Erklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einer zuständigen Stelle abgegeben werden.

aa) Zuständige Stelle

➤ § 925 I 2 Alt.2, jeder Notar (Regelfall)

➤ § 925 I 2 Alt.1, „Weitere Stellen“=nach §§12 Nr.1,19IINr.2 KonsG jeder Konsularbeamte

➤ § 925 I 3, die Auflassung kann auch vor einem deutschen Gericht iR. eines gerichtlichen Vergleichs in allen Instanzen abgegeben werden

bb) Gleichzeitige Anwesenheit

Gem. § 925 I 1 muss die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile erklärt werden. Daraus folgt, dass sukzessive Willenserklärungen, die nach §§ 128,152 etwa bei der notariellen Beurkundung zulässig gewesen wäre, für §925 nicht ausreichen und damit die Abgabe sukzessiver Willenserklärungen ausgeschlossen ist.

Für § 925 I 1 ist allerdings nicht erforderlich, dass die Parteien persönlich vor der zuständigen Stelle die Erklärungen abgeben, mithin ist Stellvertretung möglich!

Begründung: Zum einen würde eine zu enge Auslegung des § 925 zu praktischen Schwierigkeiten führen und das wirtschaftliche Interagieren erheblich Beeinträchtigen und zum anderen ergibt sich im Umkehrschluss aus § 1311, dass gleichzeitige Anwesenheit nicht persönliche Anwesenheit meint.

Beachte: Gleichzeitigkeit liegt auch vor, wenn die vollmachtlos erklärte Auflassung rückwirkend genehmigt wird, § 184 I. Die Genehmigung bedarf gem. § 182 II nicht der Form des § 925 I 1.

Achtung Klausur: Ein Bote kann nicht eingeschaltet werden, da dieser eine fremde Willenserklärung übermittelt. Die Willenserklärung ist nämlich bereits dann abgegeben, wenn sie den Boten anvertraut wird. Mit anderen Worten: bei Einschaltung eines Boten liegt eine nicht bei § 925 zulässige sukzessive Abgabe von Willenserklärungen vor!!!

cc) Kein Schriftform- und Beurkundungserfordernis

Da in § 925 eine dem § 311b I entsprechende Bestimmung fehlt ist eine besondere Beurkundung der Auflassung oder Schriftform nicht erforderlich.

Es genügt also die bloße Erklärung vor dem amtsbetreibenden Notar!!!

Achtung Praxis: In der Praxis ist die notarielle Beurkundung des gesamten Vorgangs allerdings der Regelfall, da:

→ Eintragung erfolgt nur, wenn Auflassung und Eintragungsbewilligung durch öffentliche od. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden, §§ 19,20,29 GBO

→ Kaufvertrag muss gem. § 311b I notariell beurkundet werden (auch wegen §925a)

→ Die notarielle Beurkundung entfaltet Bindungswirkung, vgl. § 873 II, so dass sich der Erwerber durch den Eintragungsantrag vor Verfügungsbeschränkungen schützen kann, § 878 Gem. § 925a soll die Auflassung nur entgegengenommen werden, wenn das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft den Anforderungen des § 311b I entspricht. § 925a schützt also die Einhaltung des Formerfordernisses aus § 311b I und will Kondiktionsfälle wegen Formnichtigkeit des Kausalgeschäfts vermeiden.

Beachte: Ein Verstoß gegen § 925a ist unbeachtlich, da dieser lediglich eine Ordnungsvorschrift darstellt. Ferner ist die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Auflassung auch nicht durch die formelle Fehlerhaftigkeit der Beurkundung beeinträchtigt

Ein Formverstoß führt gem. § 125 S.1 zur unheilbaren Nichtigkeit der Auflassung, d.h. anders als § 311b I sieht § 925 keine Heilungsmöglichkeit vor.

b) Zulässiger Inhalt

! Auch für die Einigung im Rahmen des § 873 gilt der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz, so dass sich auch hier allein aus dem Inhalt der Einigung für einen außenstehenden Dritten erkennbar sein muss, an welchen Gegenständen eine Rechtsänderung eintreten soll, bzw. an welchen Gegenständen absolute Rechte bestehen. Bei Grundstücken ist der Bestimmtheitsgrundsatz allerdings gewahrt, wenn ein katastermäßig noch nicht vermessenes Grundstücksteil in der Einigung so konkret bezeichnet wird, dass anhand der Einigung festgestellt werden kann, an welchem Grundstücksteil das Eigentum nach Vermessung und Aufteilung übergehen soll.

Da die dingliche Einigung auch aus einer Einigung (Antrag § 145 und Annahme § 147) besteht, gelten auch hier die allgemeinen Auslegungsgrundsätze, mithin auch der *falsa demonstratio non nocet* Grundsatz. Allerdings wird in den Fällen der *falsa demonstratio* regelmäßig eine Divergenz zwischen Inhalt der Einigung und Eintragung im Grundbuch bestehen, so dass folgendes gilt:

→ Auflassung bezieht sich auf anderes Grundstück, als die Eintragung zu erkennen gibt → Eigentum geht nicht über

→ Auflassung geht ihrem Inhalt nach weiter als Eintragung, dann geht das Eigentum nach Maßgabe der Grundbucheintragung über

→ Geht die Eintragung weiter als die Auflassung, dann geht das Eigentum nach Maßgabe der Auflassung über

! Nach **h.M.** muss allerdings das Auslegungsergebnis in der Vertragsurkunde zumindest Anklang gefunden haben (sog. Andeutungstheorie). Im Rahmen der *falsa demonstratio non nocet* Regel findet dieser Grundsatz dann allerdings keine Anwendung.

2. (Grundbuch) Eintragung

Eintragung und Einigung müssen sich inhaltlich entsprechen. Gem. §§ 13,19 GBO müssen Antrag und Eintragungsbewilligung vorliegen. Gem. § 20 GBO darf die Eintragung erst nach der Einigung (Auflassung) vorgenommen werden. Ferner gilt gem. § 20 GBO das materielle Konsensprinzip, d.h. die Auflassung und Eintragungsbewilligung müssen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden.

Exkurs: Grundbuchverfahren

Das Grundbuchamt nimmt Eintragungen nur vor, wenn ein entsprechender Antrag, § 13 GBO und eine Eintragungsbewilligung § 19 GBO vorliegen

➤ Antragsberechtigte, vgl. § 13 I 2 GBO: wahlweise der von der Rechtänderung Betroffene oder Begünstigte, mithin grds. die an der Einigung iSd. § 873 I Beteiligten

➤ Eintragungsbewilligungsberechtigte, vgl. § 19 GBO: Nur der Betroffene, d.h. der „verlierende Teil“

Achtung Klausur: Durch Auslegung kann ermittelt werden, dass die sachenrechtliche Einigung die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung enthält.

Zur Wiederholung: Ein Verstoß gegen die formellen Vorschriften des Grundbuchsrechts führt nicht zur materiellen Unwirksamkeit der Übereignung!!!!

3. Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung

Grds.: freie Widerruflichkeit, arg ex. § 873 II

Ausn.: § 873 II → Bindungswirkung

4. Berechtigung und Verfügungsbefugnis des Veräußerers

Der Veräußerer des Grundstücks muss grds. bis zum Zeitpunkt der Vollendung der Übereignung nach §§ 873 I, 925 I berechtigt und verfügungsbefugt sein. Grundsätzlich ist also der vollverfügungsberechtigte Eigentümer berechtigt und befugt das Grundstück zu übereignen! E contrario ist also im Regelfall eine Übereignung durch einen Nichtberechtigten oder Nichtverfügungsbefugten unwirksam!

Die im maßgeblichen Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbs fehlende Berechtigung oder Verfügungsbefugnis kann jedoch auf verschiedene Weise überwunden werden!

a) Überwindung fehlender Berechtigung über §185

Zunächst muss differenziert werden, ob der Nichtberechtigte die Verfügung im eigenen Namen (§ 185) oder die Verfügung im fremden Namen (§§ 164 ff.) trifft.

Von § 185 sind also nur Verfügungen im eigenen Namen erfasst.

- § 185 I, der Berechtigte hat zuvor in die Übereignung (Verfügung) eingewilligt
- § 185 II 1 Var.1, der Berechtigte hat die Verfügung nachträglich genehmigt
- § 185 II 1 Var.2,3

Trifft ein Dritter Verfügungen im fremden Namen, dann kommt es für die Frage der Berechtigung auf den Vertretenen (Prinzipal) und nicht auf den Erklärenden an.

Wer ist also Berechtigter und wer ist Nichtberechtigter?

Für die Berechtigung iSd. §185 ist nicht allein die Rechtsinhaberschaft maßgeblich, sondern vielmehr die Frage nach der Verfüugungsmacht

→Nichtberechtigter iSd. § 185 ist also immer derjenige der nicht Rechtihaber ist. Allerdings kann auch derjenige, der Rechtsinhaber ist ein Nichtberechtigter iSd. § 185 sein, wenn ihm die Verfügungsmacht fehlt (bsp. § 80 InsO)

→Zustimmungsberechtigt ist also grds. der Rechtsinhaber, soweit er nicht in seiner Verfügungsmacht eingeschränkt ist. Ist der Rechtsinhaber in seiner Verfügungsmacht eingeschränkt, dann ist der Zustimmungsberechtigte derjenige, dessen Verfügungsmacht den Rechtsinhaber zum Nichtberechtigten macht (Bsp. Insolvenzverwalter)

Mit anderen Worten: Berechtigter ist der Eigentümer oder ein berechtigter Dritter, wobei sich die Berechtigung aus Gesetz oder Rechtsgeschäftlich (§ 185) ergeben kann.

Als Berechtigter gilt auch derjenige der kraft Gesetzes anstelle des Rechtsinhabers verfügungsbefugt ist (Bsp. Insolvenzverwalter § 80 I InsO, Nachlassverwalter § 1985, Testamentsvollstrecker, § 2205 I 2), so dass eine Verfügung des Insolvenzverwalters, bevor er seine Verfügungsbefugnis wieder verloren hat unter § 878 fallen kann

Achtung Klausur: Kollidieren mehrere Verfügungen eines Nichtberechtigten, so muss differenziert werden. Liegt ein Fall des § 185 II 1 Var. 2,3 vor, so gilt gem. § 185 II 2 das Prioritätsprinzip, d.h. es wird die frühere Verfügung wirksam. Ansonsten kann der Berechtigte gem. § 185 II 1 Var.1 eine der Verfügungen nach seinem Belieben genehmigen. Durch Auslegung muss ermittelt werden, ob eine Ermächtigung (§ 185) oder eine Bevollmächtigung (§§ 164 ff.) vorliegt.

b) Der Erwerb vom Nichtverfügungsbefugte § 878

Grundsätzlich gilt, dass die Verfügungsbefugnis bis zum Abschluss des Rechtserwerbs vorliegen muss, d.h. wenn der Verfügende, der auch Eigentümer ist und bei der Auflassung noch Verfügungsbefugte war, aber vor Vollendung des Rechtserwerbs in der Verfügungsbefugnis beschränkt wird eine Übereignung vornimmt, so ist die Übereignung dem Grundsatz nach unwirksam. Allerdings kann in solchen Fällen unter den Voraussetzungen des § 878 ausnahmsweise dennoch erworben werden.

aa) Normzweck des § 878

Der Normzweck des § 878 ergibt sich aus den Besonderheiten des Grundstücksrechts!
Da der Erwerber ab dem Eintragungsantrag gem. §13 GBO keinen Einfluss mehr auf dem zum Rechtserwerb nötigen Grundbuchvorgang (Eintragung) hat, muss derjenige geschützt werden, der bereits alles ihm Mögliche zur Herbeiführung der Rechtsänderung getan hat.

§ 878 bezweckt also den Schutz vor Nachteilen, die sich aus dem Eintragungsgrundsatz ergeben und ordnet an, dass eine Rechtsänderung, die nur noch von der Grundbucheintragung abhängt nicht mehr von nachträglichen Verfügungsbeschränkungen beeinträchtigt wird. Folglich ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des § 878, die ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung, dass zum Eigentumserwerb nur noch die Eintragung fehlen darf.

bb) Tatbestandliche Voraussetzungen

(1) Bindende Erklärung gem. §873II

(2) Stellung eines Eintragungsantrags gem. §13GBO

Problem: Von wem muss der Antrag gestellt werden?

e.A. Erwerber, da dann keine Antragsrücknahme mehr möglich ist

h.M. Erwerber und Veräußerer

Arg.: Wortsinn § 878 „gestellt worden ist“; Antragsrücknahme durch Veräußerer ist gem. §31GBO erschwert; Schutzzweck des § 878 da auch beim Veräußererantrag nur noch die Eintragung fehlt.

(3) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal „es darf nur noch die Eintragung zum Erwerb fehlen“. Dieses Tatbestandsmerkmal ergibt sich aus der Ratio des § 878

Beachte: Eine Rücknahme des Eintragungsantrags über § 31 GBO lässt den Schutz des § 878 entfallen, daher ist es immer besser als Erwerber den Antrag gem. § 13 GBO zu stellen!

cc) Abgrenzung §878 und §892

Gemeinsam haben beide Vorschriften, dass sie das Fehlen der grds. nötigen Verfügungsbefugnis überwinden! Allerdings ermöglicht § 878 anders als § 892 I 2 einen Erwerb auch bei absoluten Verfügungsbeschränkungen und bei fehlender Gutgläubigkeit.

Für die Frage, wann §878 Anwendung findet muss differenziert werden:

Entsteht die Verfügungsbeschränkung vor Bindungswirkung und Antrag, dann ist §878 immer ausgeschlossen, wobei ein Erwerb nach § 892 I 2 möglich bleibt.

Entsteht die Verfügungsbeschränkung nach Bindung und Antrag und fehlt nur noch die Eintragung, dann greift immer § 878 ein und auf den strengeren § 892 I 2 kommt es nicht an.

Beachte: Weder § 878 noch § 892 I 2 überwinden Verfügungsbeschränkungen, die vor Bindung und Antrag und vor Vollendung des Rechtserwerbs auch in das GB eingetragen wurden.

! Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten wird gesondert behandelt.

III. Das Anwartschaftsrecht des Erwerbs

Im Grundstücksverkehr entsteht ein Anwartschaftsrecht des Erwerbs in zwei Fällen:

→ Auflassung bindend erklärt und Erwerber hat Antrag auf Eigentumsübertragung beim Grundbuchamt gestellt

→ Auflassung bindend und zugunsten des Erwerbers ist eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen

Zur Übertragung des Anwartschaftsrechts ist keine Eintragung im GB erforderlich, sondern lediglich die Einigung und Berechtigung des über das AnwR verfügenden.

Ein gutgläubiger Erwerb nach § 982 scheidet aus, da kein greifbarer Rechtsscheintatbestand existiert.

Problem: Kettenauflassung

e.A. Ersterwerber veräußert als Verfügungsberechtigter Ersteigentümer, da in der bindend erklärten Auflassungserklärung eine konkludent erteilte Ermächtigung nach § 185 I liegt.

h.M. Der „Ersterwerber“ veräußert sein Anwartschaftsrecht wofür eine Eintragung nicht erforderlich ist, mit der Eintragung des Letzterwerbers erstarkt das AnwR zum Vollrecht.

! existiert kein AnwR sind sich alle Einig, dass die Lösung über § 185 I erfolgt (Ansicht 1)

Die Grundschuld

I. Allgemeines

Die Grundschuld ist in den §§ 1191 – 1198 BGB geregelt.

Sie unterscheidet sich von der Hypothek durch ihre Abstraktheit, d.h. anders als die Hypothek ist die Grundschuld nicht von der Existenz und dem Bestand einer zu sichernden Forderung abhängig. Nach § 1192 I finden allerdings die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit diese nicht Ausdruck der gesetzlichen Akzessorietät sind.

Nicht anwendbar sind also (u.a.):

§§ 1113, 1137, 1138, 1143, 1153, 1163, 1164, 1177

II. Arten der Grundschuld

Das Gesetz unterscheidet zwischen der isolierten Grundschuld und der Sicherungsgrundschuld.

1. Isolierte Grundschuld

Das Gesetz geht in § 1191 I von der isolierten Grundschuld aus, d.h. es wird nur eine Grundschuld bestellt, eine zu sichernde Forderung besteht nicht.

Der Grundschuldgläubiger kann also gem. §§ 1192 I, 1147 nur Duldung der ZV in Höhe des Betrages der Grundschuld verlangen.

2. Sicherungsgrundschuld

Der Regelfall in der Praxis ist allerdings die Sicherungsgrundschuld (§ 1192 I a), d.h. die Grundschuld ist zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden.

Problem: Liegt bei nichtiger Forderung und nichtigem Sicherungsvertrag trotzdem eine Sicherungsgrundschuld i.S.d. § 1192 I a vor?

Grundsatz: Nach allg. Ansicht wird eine Grundschuld erst zu Sicherungsgrundschuld, wenn durch eine schuldrechtliche Abrede eine Verbindung zwischen Grundschuld und Hauptforderung hergestellt wird (sog. Sicherungsvertrag).

Allerdings kann nach dem Wortsinn des § 1192 I a auch eine aufgrund nichtigen Sicherungsvertrages bestellte Fremgrundschuld als Sicherungsgrundschuld gelten, da Leistungs- und Sicherungswille des Grundschuldbestellers vorhanden sind

Aufhänger ist also das Wörtchen „Verschafft“, dieses spricht für subjektive Sichtweise, d.h. es kommt auf die Sichtweise des Grundschuldbestellers an. Geht dieser davon aus, er läge ein Sicherungsvertrag vor, so dass er zur Bestellung der Grundschuld verpflichtet ist, dann handelt er mit Leistungs- und Sicherungswillen und es liegt eine Sicherungsgrundschuld vor.

3. Eigentümergrundschuld § 1196

Das Eigentümergrundpfandrecht ist Eigentümerhypothek, wenn einem dem Eigentümer zustehendes Grundpfandrecht noch eine gegen eine andere gesicherte Forderung zugrunde liegt § 1143. Es ist Eigentümergrundschuld, wenn ihr keine Forderung zugrunde liegt § 1163 I 2.

III. Der schuldrechtliche Sicherungsvertrag

Der Sicherungsvertrag ist im Gesetz nicht geregelt, es handelt sich um einen atypischen Vertrag, § 311 I. Die Zulässigkeit eines solchen Vertrages ergibt sich aus der Privatautonomie. Der Sicherungsvertrag wird zwischen Grundschuldgläubiger und zwischen Grundschuldschuldner geschlossen.

Erfolgt keine ausdrückliche Vereinbarung eines Sicherungsvertrages, dann liegt *immer* ein konkludent vereinbarter Sicherungsvertrag vor, da es nicht dem Interesse des Grundstückseigentümers entspricht dem Gläubiger ein grenzenloses Verwertungsrecht einzuräumen und der Gläubiger auch nicht erwarten kann eine isolierte Grundschuld zu erhalten.

Der Sicherungsvertrag bedarf keiner besonderen Form und wird nicht im Grundbuch eingetragen.

Inhalt des Sicherungsvertrages:

→ Enthält die Verpflichtung zur Bestellung einer Grundschuld, d.h. er stellt auch gleichzeitig den Rechtsgrund für die Grundschuldbestellung i.S.d. § 812 dar

→ Vereinbarung eines Verwertungsrechts, welches jedoch nicht vor Fälligkeit der zu sichernden Forderung entsteht

→ Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld
Es handelt sich hierbei um einen durch den endgültigen Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingter Rückübertragungsanspruch.

Der Rückübertragungsanspruch bringt folgende Rechte des Grundschuldschuldners mit sich

• Einrede gem. § 273 gegen die gesicherte Forderung in der Form, dass sie nur Zug um Zug gegen die Rückübertragung der Grundschuld erfüllt werden muss

• Bei Nichtbestehen der Forderung gewährt der Rückübertragungsanspruch gegenüber dem Anspruch des Grundschuldgläubigers aus § 1192 I, 1147 eine dauerhafte, die Geltendmachung des Anspruchs ausschließende Einrede der Nichtvalutierung

Der Sicherungsvertrag ist ein Vertrag über eine entgeltliche Leistung i.S.v. § 312 I 1, die Entgeltlichkeit besteht nämlich darin, dass dem Gläubiger eine Vollstreckungsmöglichkeit in das Grundstück eingeräumt wird.

Er ist aber kein Kreditvertrag i.S.v. § 488 und auch keine Finanzierungshilfe gem. § 499

Sicherungsvertrag und AGB

Werden durch AGB alle bestehenden und künftigen Forderungen zwischen Besteller und Gläubiger durch die Grundschuld gesichert, so muss differenziert werden:

→ Grundstückseigentümer ist zugleich Schuldner, dann ist die Klausel nicht überraschen und verstößt auch nicht gegen § 307

→ Ist der Grundstückseigentümer mit dem Kreditnehmer nicht personenidentisch, dann ist die Klausel nach der Anlassrechtsprechung insoweit unwirksam, als der Anlass der Grundschuldbestellung nur ein bestimmter Kredit war

IV. Die Entstehung der Grundschuld (Ersterwerb)

! Man muss das Rad nicht neu erfinden, die Entstehungsvoraussetzungen richten sich hier genau wie bei der Hypothek nach § 873. Im Übrigen gelten dieselben Grundsätze wie für die Entstehung der Hypothek, mit der Ausnahme, dass keine gesicherte Forderung erforderlich ist. Die Voraussetzungen werden nun also nur zur Wiederholung kurz aufgeführt.

1. Einigung mit dem Inhalt des §1191

Erforderlich ist eine Einigung mit dem Inhalt des §1191, wird darüber hinaus keine andere Vereinbarung getroffen, so entsteht – weil gesetzlicher Regelfall – eine Briefgrundschuld.

! Über § 1192 I gilt § 1116 II, soll eine Buchgrundschuld bestellt werden, dann ist die doppelte Einigung und Eintragung erforderlich

2. Eintragung im Grundbuch

Maßgeblich ist allein die Eintragung im Grundbuch

3. Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung

Auch hier gilt grds. die freie Widerruflichkeit der Einigung, es sei denn § 873 II greift

4. Berechtigung des Grundschuldbestellers

Auch hier gilt:

→Eigentümer, sofern in Verfügungsmacht nicht beschränkt

→Verfügungsbefugter Dritter (Gesetz oder Ermächtigung §185 I)

→Wirksamwerden der Verfügung nach §185 II

! Auch bei der Grundschuld finden §§ 878 und 892 Anwendung

5. Übergabe des Grundschuldbriefs §§1192 I, 1117

Für Einzelheiten siehe Hypothekenrecht § 1117

! Auch bei einer Sicherunggrundschuld ist die Existenz und das Bestehen der zu sichernden Forderung für die Entstehung nicht erforderlich, da die Grundschuld ja gerade abstrakt ist

V. Übertragung der Grundschuld durch den Berechtigten (Zweiterwerb)

Aufgrund der Abstraktheit der Grundschuld findet § 1153 keine Anwendung, d.h. eine isolierte Übertragung der Grundschuld ist durchaus möglich.
Sicherungsgrundschuld und gesicherte Forderung können folglich auseinanderfallen.

1. Einigung über die Abtretung der Grundschuld §§ 1192 I, 1154

Die Parteien müssen sich über die Abtretung der Grundschuld einig sein

! Einigen sich die Parteien über die Abtretung der Grundschuld, dann enthält dies – anders als beim Hypothekenrecht, da § 1153 – nicht auch zugleich eine Abrede über die Abtretung der gesicherten Forderung.

2. Wirksamkeit der Einigung

Neben den allgemeinen Wirksamkeitshindernissen §§ 104,105, 134, 138, 142 BGB kommt vor allem dem § 125 S.1 besondere Bedeutung zu. Denn nach § 1192 I, 1154 bedarf die Abtretung der Grundschuld einer besonderen Form.

Briefgrundschuld	Buchgrundschuld
§ 1154 I 1 Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Briefübergabe	§ 1154 III Einigung und Eintragung im GB

3. Berechtigung des Abtretenden

Der Abtretende muss verfügungsbefugter Inhaber der Grundschuld sein

! Anders als bei der Hypothek ist hier gerade keine „doppelte Berechtigung“ erforderlich, d.h. eine Berechtigung hinsichtlich der Forderung ist grds. nicht erforderlich.
Ist nur nach den Rechten des Zweiterwerbs gegen den Grundschuldschuldner gefragt, dann muss hier inzident geprüft werden, ob der Zedent Inhaber einer Grundschuld wurde.

Aber die Parteien können ein dinglich wirkendes Abtretungsverbot nach § 399 Alt.2, mit dem Inhalt, dass die Grundschuld nur mit der gesicherten Forderung abgetreten werden darf, vereinbaren.

Problem: Enthält der (konkludente) Sicherungsvertrag ein solches Abtretungsverbot?

Einigkeit besteht dahingehend, dass der Sicherungsvertrag die Verpflichtung enthält, die Zweckbindung der Grundschuld zu erhalten. Nach dem Sicherungsvertrag darf die Grundschuld daher nur zusammen mit der gesicherten Forderung abgetreten werden, um eine doppelte Inanspruchnahme des Schuldners zu vermeiden.

Umstritten ist allerdings, ob es sich bei dieser Vereinbarung im Sicherungsvertrag um eine bloß schuldrechtliche Verpflichtung handelt, oder ob es sich um ein dinglich wirkendes Abtretungsverbot nach § 399 Alt.2 handelt.

! Allerdings stellt ein Abtretungsverbot in Hinblick auf die Grundschuld eine Inhaltsänderung dar, so dass das Abtretungsverbot für seine Wirksamkeit in das Grundbuch eingetragen werden muss §§877, 873. Liegt keine Eintragung eines Abtretungsverbots vor, dann kann der Streit offen bleiben, denn eine bloß schuldrechtliche Verpflichtung führt zu

keiner Abtretungssperre und ein Verbot besteht ja mangels Eintragung nicht.

VI. Übertragung der Grundschuld von Nichtberechtigten (gutgl. Zweiterwerb)

Bei der Übertragung der Grundschuld durch den Nichtberechtigten müssen zwei Konstellationen unterschieden werden.

1. Der Abtretende ist nicht Grundschuldinhaber, Forderung besteht

Hier liegt der Mangel im dinglichen Recht, aus irgendwelchen Gründen ist der Abtretende nicht der Grundschuldinhaber.

Der gutgläubige Erwerb richtet sich nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 892, allerdings muss zwischen Buch- und Briefgrundschuld unterschieden werden.

Zur Wiederholung:

- (1) Verkehrsgeschäft**
- (2) Unrichtigkeit des Grundbuchs**
- (3) Legitimation des Abtretenden**
 - (a) Bei Buchgrundschuld ganz normal gem. §892 aus dem GB**
 - (b) Bei Briefgrundschuld (! Regelfall) §1155 i.V.m. §892**
- (4) Guter Glaube des Erwerbers**
- (5) Kein Widerspruch**

2. Abtretende ist nicht Inhaber der Forderung, Grundschuld besteht

Achtung Falle: der Bestand der zu sichernden Forderung ist für die Grundschuld, doch gerade nicht erforderlich, d.h. es hat keine Auswirkungen auf die Abtretung der Grundschuld, es wird also vom Berechtigten erworben.

Aber: besteht die Forderung nicht, dann besteht eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag, nämlich die dauernde Einrede der Nichtvalutierung, die gem. §§ 1192 I, 1157 S.1 auch dem Zweiterwerber entgegengehalten werden kann

! gutgläubiger lastenfreier Erwerb ist nach § 1192 I a ausgeschlossen

VII. Einreden

Auch hier muss hinsichtlich der Einreden differenziert werden, wer, wann wogegen eine Einrede geltend macht.

1. Einreden des persönlichen Schuldners

Dem persönlichen Schuldner stehen die forderungsbezogenen Einreden gem. § 404 auch nach der Abtretung gegenüber dem Zessionar zur Verfügung.

2. Einreden des Eigentümers

Auch hier muss zwischen den pfandrechtsbezogenen und den forderungsbezogenen Einreden unterschieden werden.

a) Pfandrechtsbezogene Einreden

Vor Abtretung	Nach Abtretung
<p>Einreden ergeben sich direkt aus dem Sicherungsvertrag</p> <ul style="list-style-type: none"> •Stundung •Vollstreckungsverzicht •Bereicherungseinreden §821 •Einrede der Nichtvalutierung, wenn Forderung nicht mehr besteht 	<p>Grundsatz: §§ 1192 I, 1157 S.1 die Einreden gegen die Grundsuld können auch gegen den Zweiterwerber geltend gemacht werden</p> <p>Ausnahme: Gutgl. Lastenfreier Erwerb §§1192 I, 1157 S.2, 892</p> <p>Rückausnahme: §1192 I a für Einreden aus dem Sicherungsvertrag</p>

b) Forderungsbezogene Einreden

Vor Abtretung	Nach Abtretung
<p>Keine Anwendung des § 1137</p> <p>Aber der Sicherungsvertrag verknüpft Grundsuld und Forderung, dies hat zur Folge, dass Einreden gegen die Forderung zu Einreden gegen die Grundsuld werden</p> <p>(S) Sicherungsvertrag ersetzt § 1137 und wirkt dann als Unterfall des § 1157</p>	<p>§ 1157 auch nach Abtretung können die forderungsbezogenen Einreden geltend gemacht werden</p> <p>! Auch hier gelten Ausnahme und Rückausnahme</p>

VIII. Rechtsfolge der Zahlung

Hinsichtlich der Rechtsfolgen von Zahlungen muss differenziert werden, ob Eigentümer und Schuldner personenverschieden sind oder nicht und wer auf welche Schuld leistet.

1. Schuldner = Eigentümer

Zahlt der Schuldner, der zugleich Eigentümer ist, so muss unterschieden werden, ob eine Ratenzahlung erfolgt, oder ob der gesamte geschuldete Betrag bezahlt wird.

→Erfolgt eine Ratenzahlung, dann soll nach dem mutmaßlichen Willen des Zahlenden und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nur auf die Forderung geleistet werden, so dass diese mit der Zahlung teilweise erlischt.

→Wird die gesamte Summe auf einmal gezahlt, dann erfolgt die Zahlung sowohl auf die Forderung als auch auf die Grundsuld.

- die Forderung erlischt § 362 I
- die Bedingung für den schuldrechtlichen Rückgewähranspruch tritt nun ein
- Nach § 1143 analog entsteht eine Eigentümergrundsuld

Zahlt der Eigentümer/Schuldner an einen im Grundbuch eingetragenen Nichtberechtigten, dann wird er gem. § 893 von seiner dinglichen Haftung frei, aber die gesicherte Forderung bleibt weiterhin bestehen.

2. Schuldner ≠ Eigentümer

a) Schuldner zahlt im Zweifel auf die gesicherte Forderung, die Forderung erlischt und dem Eigentümer steht nun der Rückgewähranspruch und die Einrede der Nichtvalutierung aus dem Sicherungsvertrag zu

Problem: Im Innenverhältnis zwischen Schuldner und Eigentümer ist der Eigentümer eigentlich zur Leistung verpflichtet

§ 1164 findet über § 1192 I keine Anwendung, da er Ausdruck der Akzessorietät ist, eine Regelung im Sicherungsvertrag wird in der Regel nicht bestehen.

Der Eigentümer muss dem Schuldner nun den ggü. dem Gläubiger bestehenden Rückgewähranspruch abtreten und ihm dann die Grundsuld übertragen oder falls er die Grundsuld bereits vom Gläubiger rückübertragen bekommen hat, die Grundsuld zur Sicherung der Forderung des Schuldners gegen Eigentümer auf den Schuldner übertragen

Fazit: ist der Eigentümer im Innenverhältnis dem Schuldner zur Zahlung verpflichtet, dann erhält der Schuldner die Grundsuld zur Sicherung seines Anspruchs, es wird rechtsgeschäftlich eine dem § 1164 vergleichbare Lage geschaffen.

b) Eigentümer zahlt im Regelfall auf die Grundsuld, welche sich dann nach h.M. in analoger Anwendung des § 1143 in eine Eigentümergrundsuld umwandelt (nur dogmatische Grundlage umstritten) → Eigentümer erlangt Grundsuld

Der Bestand der Forderung bleibt durch die Tilgung der Grundsuld unberührt, allerdings erlangt der Eigentümer ggü. dem Gläubiger einen Anspruch auf Abtretung der durch die Grundsuld gesicherten Forderung aus dem Sicherungsvertrag

Problem: Wettlauf der Sicherungsgeber

IX. Klausurrelevante Konstellationen der Grundschuld

1. Schuldner/Eigentümer sichert seinem Gläubiger ein Darlehen mit einer Briefgrundschuld. Dann tilgt der Schuldner/Eigentümer das Darlehen.

Zur Wiederholung: Rechtsfolge wäre nun das Erlöschen der Forderung nach § 362 I und das Entstehen des Rückgewähranspruchs

Nach Tilgung tritt der Gläubiger die Grundschuld an Dritten ab und der Dritte möchte nun aus der Grundschuld gegen den Schuldner/Eigentümer vorgehen

I. Hat D eine Grundschuld?

(+) wenn Zweiterwerb der Grundschuld wirksam

1. Einigung nach §§ 398, 1154

2. Wirksamkeit

3. Berechtigung

! Hier inzident prüfen, ob Bestellung der Grundschuld S-G wirksam war

P: Abtretungsverbot aus Sicherungsvertrag?

II. Grundschuld erloschen?

Nein durch Zahlung auf Forderung geht Grundschuld gerade nicht unter keine Akzessorietät

III. Grundschuld durchsetzbar?

1. Grundsatz § 1192 I §1157 S.1 Einrede der Nichtvalutierung aus Sicherungsvertrag

2. Aber gutgläubiger Lastenfreier Erwerb der Grundschuld nach § 1157 S.2, 892?

→ Voraussetzungen des § 1157 S.2 §892 in Bezug auf Einrede

3. **Aber** § 1192 I a Rückausnahme

a) Sicherungsgrundschuld

b) Einrede aus Sicherungsvertrag besteht oder steht dem Eigentümer zu

2. Schuldner/Eigentümer sichert seinem Gläubiger ein Darlehen mit einer Briefgrundschuld. Dann tilgt der Schuldner/Eigentümer die Grundschuld.

Zur Wiederholung: Die Grundschuld wandelt sich nach h.M. in eine Eigentümergrundschuld um, der Eigentümer erlangt also die Grundschuld

Nach Tilgung Abtretung der im GB noch auf G eingetragenen GS auf D.

I. Hat D eine Grundschuld? (+)

(+) wenn Zweiterwerb der Grundschuld wirksam

1. Einigung nach §§ 398, 1154

2. Wirksamkeit

3. Berechtigung

P: fehlende Berechtigung → §892 gutgläubiger Zweiterwerb der Grundschuld

P: steht §1192 I a einem gutgläubigen Erwerb entgegen?

→ Wortsinn (-), da die Vorschrift sich nur auf den lastenfreien Erwerb bezieht

→ **Aber** §1192 I a analog?

Pro hätte S nämlich auf Forderung geleistet, dann wäre die Grundschuld nicht durchsetzbar, da die Einrede aus Sicherungsvertrag nach §1192 I a nicht gutgläubig weg erworben werden könnte

Contra Hätte Gesetzgeber einen umfassenden Schutz des Grundschuldbestellers **gewollt**,

dann hätte er in § 1192 Ia nicht nur bei § 1157 S.2, sondern bei § 892 angesetzt, es handelt sich vielmehr um eine nicht analogiefähige Ausnahmegesetzvorschrift

3. Schuldner/Eigentümer schließt mit G einen Darlehensvertrag (o.ä.)

Bei der nachträglichen Bestellung ist er aber unerkannt geisteskrank, die Grundschild wird aber trotzdem eingetragen

Folge der Geschäftsunfähigkeit ist, dass weder GS noch Sicherungsvertrag entstehen

I. Hat D eine Grundschild?

(+) wenn Zweiterwerb der Grundschild wirksam

1. Einigung nach §§398, 1154

2. Wirksamkeit

3. Berechtigung

P: gutgläubiger Zweiterwerb einer Grundschild vom Nichtberechtigten

II. Grundschild erloschen?

In der Regel werden keine Erlöschensgründe vorliegen

III. Grundschild durchsetzbar?

1. Grundsatz §1192 I §1157 S.1 Bereicherungseinrede §821

2. Aber gutgläubiger Lastenfreier Erwerb der Grundschild nach §1157 S.2, 892?

→ Voraussetzungen des §1157 S.2 §892 in Bezug auf Einrede

3. Aber §1192 I a Rückausnahme?

a) Sicherungsgrundschild

b) Einrede aus Sicherungsvertrag besteht oder steht dem Eigentümer zu

P: Bereicherungseinrede ist nicht Einrede aus dem Sicherungsvertrag §1192 Ia analog?

Pro: Erst-recht Schluss, wenn schon Einreden aus Sicherungsvertrag, dann erst Recht auch Bereicherungseinreden

Contra: nicht analogiefähige Ausnahmegesetzvorschrift; außerdem verhindert §1192 Ia auch nicht den gutgläubigen Erwerb der Grundschild als solchen, so dass erst Recht ein gutgläubiger Lasten freier Erwerb möglich sein muss. Der Wortsinn der Vorschrift ist hier zu eindeutig. Der Gesetzgeber wollte keinen umfassenden Schutz durch §1192 Ia schaffen

Der Grundbuchberichtigungsanspruch § 894

I. Sinn und Zweck

Gäbe es die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs nicht, so könnte es dem wahren Eigentümer egal sein, ob das Grundbuch richtig ist oder nicht und ein Berichtigungsanspruch des Grundbuchs wäre überflüssig. Da es aber den gutgläubigen Erwerb von Grundstücken gibt, besteht das Interesse des wahren Eigentümers eine Grundbuchberichtigung vorzunehmen. In diesem Kontext ist nämlich auch der Widerspruch § 899 wichtig, da während der Zeit des Verfahrens noch ein gutgläubiger Erwerb stattfinden könnte. Genau diese Gefahr soll § 899 verhindern. Ferner ergibt sich die Notwendigkeit des § 894 daraus, dass in der Regel die Unrichtigkeit nicht von Amtswegen korrigiert wird.

II. Die Voraussetzungen des § 894 im Einzelnen

1. Unrichtigkeit

Das Grundbuch ist unrichtig, wenn die durch den Grundbuchinhalt dargestellte Rechtslage hinsichtlich des Eigentums oder hinsichtlich anderer dinglicher Rechte oder eingetragener Verfügungsbeschränkungen mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmen.

Kurz: Ist- und Soll-Zustand müssen voneinander abweichen

Unrichtigkeit liegt vor:

→ Wenn das Recht nicht oder mit anderem Inhalt besteht

→ Nach h.M. gilt § 894 auch bei nichtexistierenden Vormerkungen od. Widersprüchen

Keine Unrichtigkeit liegt vor:

→ Wenn eine vormerkungswidrige Verfügung eingetragen wurde. Da die Verfügung gem. § 873 II aufgrund der relativen Unwirksamkeit nur ggü. dem Vormerkungsberechtigten unwirksam ist, ist das Grundbuch objektiv betrachtet nicht falsch.

→ Wenn bei der Eintragung Schreibfehler od. Ungereimtheiten auftreten (diese werden im Grundbuchverfahren korrigiert)

2. Gläubiger

Berichtigung kann nur verlangen, wer durch die unrichtige Eintragung unmittelbar beeinträchtigt ist! Das wird in der Regel der Eigentümer sein.

→ Bei Miteigentümern und Miterben kann jeder Einzelne unabhängig von dem Anderen Berichtigung verlangen

→ Keine Berichtigung verlangen kann derjenige, der lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung der Rechtsposition hat

→ Der zu Unrecht eingetragene hat keinen Berichtigungsanspruch. Auch dann nicht, wenn der dadurch die Berichtigung seiner Grundbuchstellung, d.h. dass er nicht mehr als Bucheigentümer eingetragen ist, herbeiführen will.

3. Schuldner

Die Zustimmung der Berichtigung schuldet derjenige, dessen falsch eingetragenes Recht von der Berichtigung betroffen ist, weil die Berichtigung es beseitigen oder schmälern würde. Eine Zustimmung ist erforderlich, da das Grundbuchverfahrensrecht dies verlangt. In der Regel also der zu Unrecht Eingetragene.

III. Inhalt der Zustimmung

Die Zustimmung dient dem Zweck im Grundbuchverfahren eine Änderung herbeizuführen zu können und stellt eine Eintragungsbewilligung iSd. § 19 GBO dar

Beachte: Nach h.M. kann der Eigentümer auch Auflassung verlangen, da letztlich egal ist auf welche Weise es zur Richtigstellung des Grundbuchs kommt

IV. Konkurrierende Ansprüche

- h.M. §§ 987 ff. analog wenn der Bucheigentümer nur im Grundbuch eingetragen ist
- §§ 987 ff. direkt wenn der unberechtigt Eingetragene auch im Besitz des Grundstücks ist
- Da § 985 auch häufig einschlägig sein wird, kann nach h.M. dem § 894 auch das Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 iVm. §994 entgegengehalten werden
- § 812, da Grundbuchposition erlangtes Etwas iSd. § 812 ist
- §§ 993,823 sofern deliktisch erlangt

Die Funktion und Einteilung der Grundpfandrechte

I. Begriff und wirtschaftliche Bedeutung

1. Begriff und Funktion

Unter dem Oberbegriff Grundpfandrecht werden die gesetzlichen Rechtsinstitute der Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld zusammengefasst. Diesen beschränkt-dinglichen Rechten ist gemeinsam, dass der Berechtigte eine Geldforderung im Falle ihrer Nichterfüllung aus dem belasteten Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung betreiben kann. Mit anderen Worten: der Berechtigte kann notfalls die Substanz oder (und) die Nutzungen des Grundstücks zwangsweise verwerten. Die Substanz im Wege der Zwangsversteigerung und die Nutzung im Wege der Zwangsverwaltung. Die Eigenart des Pfandrechts und damit auch der Grundpfandrechte liegt also darin, dass sein Inhaber den persönlichen, also nicht dinglich gesicherten, Gläubigern vorgeht. Will heißen: die verpfändete Sache ist gewissermaßen für den Berechtigten reserviert und zwar gleichgültig, wer Eigentümer des belasteten Grundstücks ist.

Exkurs: Personal- und Realkredit

Personalkredit= persönliche Haftung des Schuldners oder eines von ihm „gestellten“ Bürgen
Realkredit= auf einen ganz bestimmten Gegenstand bezogene Vorzugsstellung

2. Der „Wert“ der Hypothek

Für das Wirtschaftsleben ist der Rang einer Grundschuld sehr relevant. Der Wert einer Sicherheit bestimmt sich nach dem Maß einer Sicherheit, mit welcher der Grundpfandinhaber einen Ausfall in der Zwangsversteigerung nicht zu befürchten braucht. Um diese Sicherheit auszudrücken, werden verschiedene Ausdrücke verwendet, wie „Verschuldensgrenze“, „Beleihungsgrenze“, „erste Hypothek“, „erststellige Sicherheit“, „mündelsicherer Kredit“ usw.

•**Verschuldensgrenze**= Prozentsatz des Grundstückswertes, bis zu welchem der Eigentümer sein Grundstück belasten darf. Die Verschuldensgrenze dient dem Schutz des Schuldners, allerdings besteht im geltenden Recht keine allg. Verschuldensgrenze

•**Beleihungsgrenze**= Die Beleihungsgrenze sieht das gleiche Problem vom Gläubiger aus
Bsp. §14 Pfandbriefgesetz

Faustregel: Die Beleihungsgrenze liegt bei verantwortlicher Kreditvergabe etwa höchstens bei 75% des geschätzten Verkehrswerts des Grundstücks

•**erststellige und damit mündelsichere Hypothek**= sichere Hypothek iSd. § 1807 I, die Kreditvergabe liegt innerhalb von $\frac{1}{2}$ - $\frac{2}{3}$ des Grundstückswertes

3. die typischen Rückzahlungsmodalitäten

Grundsatz: Rückzahlungsmodalitäten unterliegen der Vereinbarung zwischen Gläubiger und Eigentümer. Bei Verbraucherdarlehen besteht ein zwingender Rahmen zum Schutze des Darlehensnehmers (§ 506)

Zweck: Transparenz der Kreditbedingungen und Sanktion einer Verletzung durch Statuierung eines gesetzlichen Vertragsinhalts, der den Darlehensnehmer begünstigt, §§ 492, 494.

b) Fälligkeits- und Kündigungshypotheken

•**Fälligkeitshypothek**= Kredit bzw. Hypothek mit fixem Fälligkeitsdatum. Gläubiger und Schuldner richten sich also auf den festen Zeitpunkt ein.

•**Kündigungshypothek**= die Fälligkeit des Grundpfandkapitals hängt nur von einer Kündigung durch Eigentümer oder Gläubiger ab. Die Kündigungsfrist wird vereinbart.

c) Tilgungshypotheken

Innerhalb der Tilgungshypotheken muss zwischen Amortisations- und Abzahlungshypothek unterschieden werden:

•**Amortisationshypothek**

Der Schuldner erbringt gleichbleibende Jahresleistungen (Annuitäten), die sich aus Zins und Tilgungsleistung (Amortisation) zusammensetzen. Werden die Annuitäten pünktlich erbracht, so kann der Gläubiger nicht kündigen. Mit fortschreitender Zeit vermindert sich der in der Annuität steckende Zinsbetrag und es wächst die Amortisation.

•**Abzahlungshypothek**

Sie unterscheidet sich von der Amortisationshypothek dadurch, dass zwar die jährliche Tilgung in der Höhe gleichbleibt, der Zinsbetrag aber mit fortschreitender Tilgung geringer wird. Dadurch vermindert sich die jährliche Annuität.

II. Skizze der dogmatischen Grundlagen des Grundpfandrechts

1. Hypothek- Grundschild

Während die Praxis des Wirtschaftslebens die Unterschiede zwischen Hypothek und Grundschild ignoriert, also beide Sicherungsrechte gleichbehandelt, ist die rechtliche Ausgestaltung der beiden Grundpfandrechte sehr verschieden.

Hauptunterschiede: verschieden intensive gesetzliche Verknüpfung der zu sichernden Forderung mit dem Pfandrecht

•**Hypothek:** Vom Gesetz sehr streng durchgeführte Verbindung, d.h. für die Entstehung und den Bestand der Hypothek als dingliches Recht ist die Existenz der zu sichernden Forderung unabdingbare gesetzliche Voraussetzung, die Hypothek erscheint als unabtrennbares „Anhängsel“ der Forderung, sie ist akzessorisch, vgl. § 1153.

•**Grundschild:** Sie dient zwar auch der Sicherung einer Forderung, aber deren Bestand ist nach der gesetzlichen Regelung für die Grundschild nicht „lebensnotwendig“. Nach dem Gesetz ist sie also nicht akzessorisch.

Achtung Klausur: *Rspr. und Rechtspraxis haben die Grundsuld durch den sog. Sicherungsvertrag an die gesicherte Forderung gebunden und damit eine vertragliche Abhängigkeit geschaffen, die der Akzessorietät weithin gleichkommt.*

2. Gemeinsame Pfandrechtsgrundsätze

a) Grundpfandrechte als dingliche Verwertungsrechte

Der Inhaber eines Grundpfandrechts ist berechtigt aufgrund einer bestimmten Geldsumme das belastete Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwerten. Will heißen: der Eigentümer hat zu seinen Gunsten aus seinem Vollrecht die Verwertungsbefugnis abgespalten:

- Recht zur Verwertung bei Pfandreife (Fälligkeit)
- Bestimmter Haftungsumfang, d.h. das Grundpfandrecht ist seinem Umfang nach fixiert, §§ 1113, 1191, 1199 „bestimmte Geldsumme“

Merke: Ist der Haftungsumfang unbestimmt, so etwa wenn die künftige Fixierung der Summe durch den Gläubiger oder einen Dritten erfolgen soll, so ist ein Grundpfandrecht unzulässig.

- Bestimmter Haftungsgegenstand §§1113, 1191, 1199 „Grundstück“ (gemeint ist das Grundstück in seiner wirtschaftlichen Einheit, d.h. wesentliche und unwesentliche Bestandteile, Zubehör und gewisse sich aus der Nutzung ergebende oder die Substanz des Grundstück ersetzende Forderungen. Es gilt das Prinzip der Spezialität

Problem: Rechtsnatur des Grundpfandrechts

h.M. dingliches Verwertungsrecht

a.A. Theorie der dinglichen Realobligation: der Eigentümer scheidet die Zahlung der Geldsumme, haftet aber mit seinem Grundstück

a.A. Theorie der dinglichen Schuld: die Haftung mit dem Grundstück ist zwar primär, die Haftung entspricht aber auch einer persönlichen Schuld des Eigentümers

- Publizität der Pfandrechte

A: §1287 S.2 BGB, §848 II 2 ZPO

- Rangordnung nach Priorität

III. Einteilung der Grundpfandrechte nach dem Grad der Akzessorietät

1. Die Akzessorietät der Hypothek

a) Das Wesen der Akzessorietät und akzessorische Sicherheiten

Die Akzessorietät einer Sicherheit äußert sich in bestandsmäßiger Abhängigkeit §§ 761, 1163, 1252, im Mitübergang §§401, 1153, 1250 und in der Einredegleichheit §§768, 1137, 1211. Forderung und Hypothek sind also untrennbar, d.h. keiner kann ohne die andere übertragen werden. Der Bestand der Hypothek ist abhängig von der Forderung, sowie die Sicherheit der Forderung von der Hypothek abhängt

b) Akzessorietät und sachenrechtliches Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Mit der Akzessorietät eines Sicherungsrechts darf nicht das sachenrechtliche Trennungs- und Abstraktionsprinzip verwechselt werden. Während die Akzessorietät das konstruktive Verhältnis zwischen Sicherheit und gesicherter Forderung beschreibt, geht es beim sachenrechtlichen Trennungs- und Abstraktionsprinzip um die Zuordnung des dinglichen Bestellungsakt zum Rechtsgrund der Bestellung

2. Die Grundsuld als abstrakte Sicherheit

a) Abstraktheit iSv. Nichtakzessorietät

Eine gesetzlich geregelte Akzessorietät gilt für die Grundsuld nicht. Dieser Grundpfandrechtstyp ist also in seinem Entstehen und Bestehen von einer zu sichernden Forderung unabhängig. Man spricht also von abstrakten Sicherheiten, wenn man die fehlende Akzessorietät bezeichnen will

b) Die schuldrechtliche Zweckbindung der Sicherungsgrundsuld im Sicherungsvertrag

Die Unabhängigkeit zwischen Grundsuld und gesicherter Forderung ist allerdings nur vordergründig:

Denn einmal ist die Grundsuld kondizierbar, wenn die schuldrechtliche Sicherungsvereinbarung fehlt, dem dinglichen Berechtigten steht dann die Bereicherungseinrede entgegen (§821), mit der Folge, dass er die rechtsgrundlose Grundsuld nicht ggü. dem Eigentümer durchsetzen kann, sie ist ein „iusnudum“, ein leeres wertloses Recht

Zum anderen dient die Sicherungsvereinbarung bei der Grundsuld dazu, Nichtbestehen, Nichtmehrbestehen oder Einredebehaftetheit der gesicherten Forderung zur schuldvertraglichen Einrede gegen die Grundsuld zu erheben. Damit wird ein der Akzessorietät ähnliches Verhältnis geschaffen. Ferner regelt sie den Rückgewähranspruch des Eigentümers bei Fortfall des Sicherungszwecks

c) Die Kostensparende Flexibilität der abstrakten Grundsuld

Die Abstraktheit der Grundsuld iS. Ihrer Nichtakzessorietät hat den Vorteil größerer und kostensparender Flexibilität. Die Grundsuld kann beliebig viele und austauschbare Forderungen sichern. Bei Wechsel der gesicherten Forderung genügt eine schriftliche oder mündliche Vereinbarung. D.h. nicht erforderlich ist eine Vertragsveränderung oder eine Eintragung im Grundbuch (wie bei der Hypothek §1180)

3. Die eingeschränkte Akzessorietät der Verkehrshypothek

Um eine Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit der Hypothek zu vermeiden, hat der Gesetzgeber in §1138 für den Regelfall (sog. Verkehrshypothek) angeordnet, dass die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung gelten. Folge: Lockerung der Akzessorietät

4. Die strengere Akzessorietät bei der Sicherungshypothek

Die Beteiligten haben es im Hypothekenrecht in der Hand, den Akzessorietätsgrundsatz streng durchzuführen, in dem sie die Geltung der „Gutgläubensvorschriften“ für die Forderung ganz ausschließt, vgl. §1184 I. Man spricht in diesen Fällen von einer Sicherungshypothek

5. Zusammenfassung

- Aus Akzessorietät und Abstraktheit des Grundpfandrechts folgt unterschiedliche Flexibilität
- Innerhalb der akzessorischen Grundpfandrechte wahrt die Verkehrshypothek das Gläubigerinteresse stärker, als die Sicherungshypothek (Schuldnerschutz)

IV. Einteilung der Grundpfandrechte nach dem Grad der Zirkulationsfähigkeit

1. Buchpfandrechte

Die Grundpfandrechte sind beschränkt dingliche Grundstücksrechte, die als solche unter die Regel des §873 fallen, d.h. sie werden durch Einigung und Eintragung übertragen. Auch das BGB kennt einen Grundpfandrechtstyp, der auf diese Art und Weise übertragen wird, vgl. §1154 III. Hier ist der Grundbucheintrag das in das Augenfallende Zirkulationsmoment, daher spricht man von Buchhypothek, Buchgrundschuld, Buchrentenschuld

Beachte: Im Gesetz wird die Buchgrundschuld umständlich ausgedrückt „Erteilung des (Hypotheken)Briefs ist ausgeschlossen“, vgl. §1154 III

Die Ausschließung des Briefs bedarf der Einigung der Beteiligten und der Eintragung im Grundbuch §1116 II. Die Sicherungshypothek kann nur als Buchhypothek begründet werden, vgl. §1185 I

2. Briefpfandrechte

Das Gesetz will für den Regelfall eine leichtere Zirkulation des Grundpfandrechts ermöglichen, §§1154 I, 1116 I. Sein Inhaber soll es jederzeit durch möglichst einfache Weiterübertragung zu „Geld“ machen können. Daher stellt das Gesetz neben dem Buchpfandrecht ein weiteres Grundpfandrechtstyp zur Verfügung, das Briefgrundpfandrecht. Das Briefgrundpfandrecht hat den weiteren Vorteil, dass eine Auszahlung der Darlehensvaluta Zug um Zug gegen Aushändigung des Briefes ermöglicht. Dadurch wird eine Vorleistung der Hypothekenbelastung durch den Eigentümer vermieden

3. Inhabergrundschuld

Wird der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgesellt, so entsteht eine Inhaberbriefgrundschuld, vgl. §1195 S.1 und wird als Inhaberpapier bezeichnet. Will heißen, die Grundschuld folgt dem Eigentum am Inhaberpapier

4. Variationsmöglichkeit

- Grundschild=> Buchgrundschild, Briefgrundschild, Inhabergrundschild
- Verkehrshypothek=> Buch-oder Briefhypothek
- Sicherungshypothek=> Buchhypothek, ggf. Wertpapierhypothek

V. Einteilung der Grundpfandrechte nach der Person des Gläubigers

1. Fremd- und Eigentümerpfandrecht

Es entspricht der Lebenserfahrung, dass der Eigentümer meist das Grundpfandrecht zugunsten eines anderen, nämlich seines Gläubigers bestellt. Daher sind die Grundpfandrechte in der Regel Fremdgrundpfandrechte. Dieser Normalfall entband den Gesetzgeber aber nicht von der Verpflichtung auch Ausnahmefälle zu bedenken, denn was soll geschehen, wenn das Grundpfandrecht durch den Eigentümer getilgt wird? Oder wenn die Hypothek mangels zu sichernder Forderung erst gar nicht entstanden ist?

Hier bieten sich zwei Extremmöglichkeiten:

(1) Es wird jedem Pfandrecht vom vornherein eine feste Rangstelle zugewiesen. Mit der Folge, dass bei Wegfall des Fremdgrundpfandrechts die nunmehr offene Stelle dem Eigentümer zusteht

(2) In jedem Fall des Erlöschens eines Rechts rückt das nachrangige Recht der Nachberechtigten auf

Das BGB hat sich für einen Mittelweg entschieden, der freilich im Ergebnis mit der festen Rangstelle sehr nahekommt. Fällt das Fremdgrundpfandrecht weg, so steht das Pfandrecht dem Eigentümer zu, es transformiert sich also in ein Eigentümergrundpfandrecht

2. Das Eigentümergrundpfandrecht im System der Grundpfandrechte

a) Rangwahrung und Werte der Grundpfandrechte

Dem Grundsatz der festen Rangstelle wie dem des Eigentümerpfandrechts liegt der Gedanke der verschiedenen Bewertung und Wertigkeit der Rangstellen zugrunde. Denn die Durchführung des Prinzips der beweglichen Rangordnung würde bedeuten, dass die zweite und dritte Hypothek aufrücken würde, mithin den Vorteil einer sicheren Rangstelle mit dem als Risikoprämie gedachten hohen Zinsfuß verbinden. Dies war nach Sicht des Gesetzgebers ungerecht

Beachte: Durch eine Löschungsvormerkung des Löschungsanspruch §1179a wird dieses ungerechte Ergebnis in der Praxis doch erzielt

b) Eigentümergrundpfandrecht und Akzessorietät

Es besteht ein enger Zusammenhang des Eigentümergrundpfandrechts mit dem Grundsatz der Akzessorietät. Bis zum Entstehen der Forderung oder nach deren Erlöschen ist der Eigentümer Inhaber des Grundpfandrechts §1163 I, welche freilich- weil eben die Forderung fehlt- nicht als Eigentümerhypothek, sondern als Eigentümergrundschild bezeichnet werden muss

3. Terminologie des Eigentümergrundpfandrechts

a) Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld

- Eigentümerhypothek, wenn dem Pfandrecht noch eine Forderung zugrunde liegt
- Eigentümergrundschuld, wenn dies nicht der Fall ist

b) Vorläufige und endgültige Eigentümergrundschuld

- Vorläufig, z.B. wenn eine Hypothek bestellt ist, das Darlehen aber noch nicht ausbezahlt wurde, §1163 I 1
- Endgültig, z.B. E hat Darlehen zurückbezahlt §1163 I 2

c) Ursprüngliche und nachträgliche Eigentümergrundschuld

- ursprüngliche Eigentümergrundschuld, wenn sie von vornherein besteht
- nachträgliche, wenn zunächst ein Fremdgrundpfandrecht gegeben war

d) Offene und verdeckte Eigentümergrundschuld/grundpfandrecht

- offenes Eigentümergrundpfandrecht, wenn das Eigentümerpfandrecht im GB eingetragen ist
- verdecktes Eigentümerpfandrecht, wenn es nicht aus dem GB erkennen hervor geht

4. Entstehungstatbestände des Eigentümerpfandrechts

Im Folgenden werden die wichtigsten Anwendungsfälle der Eigentümergrundschuld aufgezählt:

- Bestellung einer Eigentümergrundschuld durch den Eigentümer §1196
- Entstehungsmängel bei Fremdgrundpfandrechten §1163 I 1, II
Fehlen der Forderung oder nicht erfolgte Briefübergabe

Problem: Mangel des dinglichen Geschäfts

h.M. §1163 I 1, II analog (-)

Kritik: Aufrücken der Nachhypothekare ist hier ebenso unberechtigt, wie bei fehlender Forderung

- Tilgung und Verzicht
→ Erlöschen der gesicherten Forderung §1163 I 2
- Ablösung des Grundpfandrechts §§1142, 1143, 1153-> §1177 II
- Verzicht des Hypothekars (Gläubiger) §1168
- Konsolidation
Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Person, §§889, 1177

5. Erlöschen von Fremdgrundpfandrechten ohne Entstehung eines Eigentümerpfandrechts

Von den Fällen in denen ein Tilgungstatbestand zum Eigentümergrundpfandrecht führt, sind die Erlöschungstatbestände zu unterscheiden

- Aufhebung §§875,1183

- Befriedigung durch Zwangsvollstreckung §1181

§1181 liegt der Gedanke zugrunde, dass mit der Befriedigung auch der Wert des Grundstücks vermindert wird, so dass ein Aufrücken unbedenklich erscheint

6. Der Eigentümer als Inhaber des Grundpfandrechts

a) Rechtliche Stellung und Befugnisse §1177

Das Eigentümergrundpfandrecht ist wie ein Fremdgrundpfandrecht zu behandeln, mit zwei Ausnahmen:

- Keine Befugnis zur Zwangsvollstreckung §1137 I

- Die Zinsen gebühren dem Eigentümer nicht

Er kann über die Eigentümergrundsuld frei verfügen und da Eigentümergrundpfandrecht kann Gegenstand einer Pfändung sein

b) Eigentümergrundpfandrecht und Veräußerung des Grundstückes

Das Eigentümergrundpfandrecht steht dem zu, der im Augenblick der Vollendung des Entstehungstatbestandes Eigentümer des Grundstücks ist. Es bleibt diesem auch, wenn er später das Grundstück veräußert und wird dann automatisch Fremdgrundpfandrecht

7. Rechtsnatur des Eigentümergrundpfandrechts

Die Rechtsnatur des Eigentümergrundpfandrechts ist umstritten

h.M. beschränkt dingliches Recht an einer Sache

VI. Entstehung der Grundpfandrechte nach der Zahl der haftenden Grundstücke

1. Mehrfachabsicherung durch Einzelgrundpfandrechte?

In der Regel wird für eine Forderung eine Hypothek an einem Grundstück begründet; infolge des engen Zusammenhangs zwischen Forderung und Hypothek ist es nicht möglich, für eine Forderung mehrere Hypotheken zu bestellen. Wohl aber kann neben einer Hypothek eine weitere Grundsuld bestellt werden, oder es können mehrere Grundsulden eine Forderung sichern

2. Gesamthypothek und Gesamtgrundsuld

Zulässig ist aber, den Betrag der Forderung auf mehrere Hypotheken aufzuteilen oder eine Gesamthypothek zu bestellen. Die Gesamthypothek ist in §1132 definiert

Folge der Zahlung bei der Hypothek

Hinsichtlich der Rechtsfolge von Zahlungen ist zu unterscheiden, ob Eigentümer und persönlicher Schuldner personenverschieden sind oder nicht und wer auf welche Schuld zahlt.

I. Zahlung des Eigentümers, der zugleich persönlicher Schuldner ist

Mit der Zahlung an den Gläubiger will der Schuldner im Zweifel (Regelfall) sowohl Forderung als auch Hypothek tilgen. Durch die Zahlung erlischt die Forderung gem. § 362 I durch Erfüllung, mit der Folge, dass gem. §§ 1163 I 2, 1177 I 1 die Hypothek auf den Eigentümer-Schuldner übergeht und sich in eine rangwahrende Eigentümergrundschild verwandelt.

II. Zahlung des Eigentümers, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist

Anstatt die Zwangsvollstreckung in das eigene Grundstück zu dulden (§ 1147), darf der Eigentümer diese durch eine eigene Zahlung an den Gläubiger abwenden, vgl. § 1142.

Nach § 1143 I geht die Forderung dann auf den Eigentümer über (Cessio legis), der Forderung folgt gem. § 1153 I die Hypothek.

! Nach § 1177 II wandelt sich die Fremdhypothek jetzt in eine Rangwahrende Eigentümerhypothek um, es entsteht keine Eigentümergrundschild, da die zu sichernde Forderung ja gerade mit auf den Eigentümer übergegangen ist.

III. Zahlung des persönlichen Schuldners, der nicht zugleich Eigentümer ist

Im Zweifel wird der Schuldner auf die Forderung leisten, so dass diese nach § 362 I erlischt. Gem. §§ 1163 I 1, 1177 I geht die Hypothek dann auf den Eigentümer über und wandelt sich in eine rangwahrende Eigentümergrundschild um.

Soweit der Grundsatz! Nach § 1164 I 1 geht die Hypothek nämlich auf den Schuldner über, wenn diesem infolge der Zahlung ein Regressanspruch gegenüber dem Eigentümer zusteht.

§ 1164 hat also zwei Wirkungen, zum einen führt er zu einem Übergang der Hypothek kraft Gesetzes und zum anderen zu einer Forderungsauswechselung kraft Gesetzes.

IV. Zahlung durch einen ablösungsberechtigten Dritten § 1150

Die Forderung geht gem. § 268 III auf den Dritten über und er erwirbt zugleich gem. §§ 401, 412, 1153 I die Hypothek.

In diesem Fall ist kein gutgläubiger Erwerb möglich, da die Forderung und Hypothek ausschließlich kraft gesetzlicher Vorschriften übergehen.
--

V. Sonderfall: Wettlauf der Sicherungsgeber

Konstellation: Schuldner lässt sich von Gläubiger Darlehen (o.ä.) gewähren.

Dann wird Forderung durch Hypothek von A gesichert. Gleichzeitig wird die Forderung auch durch Bürgschaft des B gesichert.

Zahlt der Bürge zuerst, dann geht gem. §§ 774 I, 412, 401 die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner auf den Bürgen über, nach § 1153 folgt dann auch die Hypothek, so dass der Bürge nun aus § 1147 gegen den Eigentümer vorgehen kann.

(S) 100% iger Ausgleich des Bürgen

Zahlt der Eigentümer zuerst, dann geht gem. §§ 1143 I 412, 410 die Forderung auf den Eigentümer samt Bürgschaft über. Der Eigentümer könnte sich also nun nach § 765 an den Bürgen halten

(S) 100%iger Ausgleich des Eigentümers

Fazit: Letztlich würde sich derjenige bei dem anderen Sicherungsgeber schadlos halten können, der zuerst zahlt. Der zuerst zahlende erwirbt nämlich Forderung- und Sicherungsrecht. Es bliebe also dem Zufall überlassen, wer den gesamten Schaden zu tragen hätte. Jeder Sicherungsgeber hätte ein Interesse daran, zunächst für die Schuld des Hauptschuldners aufzukommen, um sich danach beim anderen Sicherungsgeber schadlos zu halten, mithin käme es zu einem Wettlauf der Sicherungsgeber.

Fraglich ist, ob diese wortgetreue Anwendung des Gesetzes einer wertenden Korrektur bedarf. Eine anteilige Ausgleichspflicht im Verhältnis der Sicherungsgeber wäre gegeben, wenn die Voraussetzungen einer Gesamtschuld gegeben sind.

Problematisch ist dann allerdings das Merkmal der Gleichstufigkeit, danach müssen beide Sicherungsgeber in etwa gleichermaßen das Leistungsinteresse des Gläubigers verursacht haben und daher gleichstufig haften

e.A. Eine Gleichstufigkeit liegt zwischen den Sicherungsgebern nicht vor, da der dingliche Sicherungsgeber nur mit dem Grundstück und der persönliche Sicherungsgeber mit seinem vollen Vermögen haftet. Nach dieser Ansicht fehlt die Gleichstufigkeit, eine Gesamtschuld liegt also nicht vor, vielmehr wird ein einseitiges Rückgriffsrecht des Bürgen bejaht, da §776 eine Vorzugsstellung des Bürgen gegenüber anderen Sicherungsgebern zum Ausdruck bringt.

h.M. Es besteht eine Gleichstufigkeit zwischen Bürgen und dinglichem Sicherer

Arg.: der Grundsatz ausgleichender Gerechtigkeit gebietet eine anteilige Haftung, so dass § 426 (analog) Anwendung findet.

Stellungnahme:

Eine wortgetreue Anwendung führt zu unbilligen Zufallsergebnissen. Aber auch eine Besserstellung des Bürgen überzeugt nicht, da sich aus den §§774, 1143, 1225 ergibt, dass Ausgleichsansprüche zwischen Mitsichererern der Rechtsordnung nicht fremd sind. Schließlich kann aus § 776 nicht Abgeleitet werden, dass der Bürge völlig schadlos gestellt werden soll.

Nach der h.M. kann der zuerst in Anspruch genommene Sicherungsgeber von dem anderen Sicherungsgeber also hälftigen Ersatz fordern, so dass Zufallsergebnisse vermieden werden.

Achtung Klausur: Dieselbe Problematik ergibt sich im Verhältnis Bürgschaft und Grundschild. Hier kommt es zwar nicht zum Wettlauf der Sicherungsgeber, aber hier trifft den Sicherungsgeber, der in Anspruch genommen wird die gesamte Haftung, ohne dass er sich schadlos halten kann. Bei Zahlung durch den Sicherungsgeber geht die gesicherte Forderung nämlich gerade nicht auf den Sicherungsgeber über (keine Akzessorietät der Grundschild). Daher wendet der BGH auch in diesen Fällen § 426 an.

Der Erwerb vom Nichtberechtigten gem. §§ 891 f.

Die fehlende Berechtigung des Verfügenden, sowie eine der Verfügung entgegenstehende Beschränkung der Verfügungsbefugnis können auch unter den Voraussetzungen der §§ 892 f. überwunden werden.

I. Grundlagen des Erwerbs vom Nichtberechtigten nach den §§ 891 f.

§ 891 knüpft an das aufwendige Grundbuchverfahren an, welches eine gewisse Gewähr dafür bietet, dass das Grundbuch die dinglichen Rechtsverhältnisse am Grundstück richtig wiedergibt. § 891 begründet zum einen eine widerlegbare Vermutungswirkung zu Gunsten des Eingetragenen. Dabei geht die widerlegbare Vermutung in zwei Richtungen:

- § 891 I von einem eingetragenen Recht wird vermutet, dass es besteht und dem Eingetragenen zusteht.
- § 891 II von einem gelöschten Recht wird vermutet, dass es nicht besteht.

Beachte: Die Vermutungswirkung bezieht sich auch auf den sich aus dem Liegenschaftskataster ergebenden Grenzverlauf.

Zum anderen Begründet § 891 auch einen Rechtsschein und wirkt damit zu Gunsten desjenigen, der sich als Teilnehmer am Rechtsverkehr auf die Richtigkeit des in Wirklichkeit falschen Grundbuchs verlassen durfte.

Fazit: § 891 entfaltet eine Vermutungswirkung zu Gunsten des Veräußerers und eine Gutgläubenswirkung zu Gunsten des Erwerbers.

Ebenso wie beim gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen (§§ 932 ff.) ist als Anknüpfungspunkt des guten Glaubens ein Rechtsscheintatbestand erforderlich. Dieser Rechtsscheintatbestand ergibt sich – anders als bei beweglichen Sachen – nicht aus dem Besitz, sondern aus der Grundbucheintragung. Anders als beim gutgläubigen Erwerb nach §§ 932 ff. schützt § 892 auch den guten Glauben in die Verfügungsbefugnis, vgl. § 892 I 2.

Ein weiterer Unterschied zum gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen ist, dass beim Erwerb gem. §§ 873 I, 925 I, 892 f. nur die positive Kenntnis der unrichtigen Grundbucheintragung schadet. Mit anderen Worten: eine grob fahrlässige Unkenntnis steht dem gutgläubigen Erwerb gem. §§ 892 f. nicht entgegen.

Fazit: Die Vertrauensgrundlage bis zur Vollendung des Erwerbs (Grundsatz) ist immer das unrichtige Grundbuch (GB)

II. Schutzbereich der §§892f.

§ 892 erfasst nur solche Umstände, deren Eintragung zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen kann. Der Schutzbereich des § 892 bezieht sich also auf die dinglichen Rechtsverhältnisse, insbesondere auf Bestand, Inhalt und Berechtigung bei dinglichen Grundstücksrechten oder Rechten an Grundstücksrechten. Es gilt also die Wörter „Inhalt des Grundbuchs“ sind eng auszulegen, so dass nicht alles was im Grundbuch steht von der Gutgläubenswirkung erfasst ist.

Der Schutzbereich der §§ 891,892 erstreckt sich auf:

- Das Bestehen der im GB eingetragenen dinglichen Rechte (positive Funktion § 891 I)
- Das Nichtbestehen nicht eingetragener dingl. Rechte (negative Funktion § 891 II)
- Das Nichtbestehen nicht eingetragener relativer Verfügungsbeschränkungen § 892 I 2

Der Schutzbereich der §§ 891,892 erstreckt sich nicht auf:

- Tatsächlichen Angaben zum Grundstück, etwa Fläche od. Art + Größe einer Bebauung
- Eintragungen aus denen auf pers. Verhältnisse (Bsp. Geschäftsfähigkeit) des Berechtigten geschlossen werden kann
- Rechte, Belastungen und Beschränkungen die nicht eintragungsfähig sind
- Inhaltlich unzulässige Eintragungen § 53 I 2 GBO

Beachte: Doppelbuchung! Enthält das Grundbuch widersprechende Angaben, so darf der Erwerber nicht auf den Rechtsscheintatbestand des Grundbuchs vertrauen.

III. Die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs gem. §§ 891 f. im Einzelnen

1. Rechtsgeschäftlicher Erwerb von Grundstücksrechten

Von § 892 sind nur rechtsgeschäftliche Erwerbsvorgänge erfasst, die sich auf den Erwerb eines Grundstücksrechts bzw. eines Rechts an einem solchen Recht beziehen. Dass nur ein rechtsgeschäftlicher Erwerb von Grundstücksrechten erfasst wird ergibt sich aus § 893 Alt. 2, es handelt sich hierbei also insoweit um einen „Generaltatbestand“

Von §892 sind daher folgende Fälle mangels Rechtsgeschäfts nicht erfasst:

- Bloß schuldrechtlicher Vertrag über das Grundstück mit dem Bucheigentümer
- Gesetzlicher Erwerb insb. Erbfolge § 1922; § 90 ZVG

2. Erwerb durch Verkehrsgeschäft

Nach einhelliger Meinung muss es sich bei dem Rechtsgeschäft iSd. §§ 892 f. um ein sog. Verkehrsgeschäft handeln. Ein Verkehrsgeschäft liegt vor, wenn auf der Erwerberseite mindestens eine andere Person beteiligt ist, die nicht auch der Veräußererseite angehört.

Beachte: Zwar ist das Erfordernis eines Verkehrsgeschäfts nicht explizit in §§ 892f. geregelt, allerdings ergibt sich seine Notwendigkeit aus dem drohenden Missbrauch der §§ 892 f. Das Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts scheitert nicht bereits an der Unentgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts.

Kein Verkehrsgeschäft liegt also vor, wenn:

- Erwerber-und Veräußererseite persönlich oder wirtschaftlich identisch sind
- Einmann-GmbH und Alleingesellschafter als natürliche Person

Problem: Liegt ein Verkehrsgeschäft vor, wenn der gutgläubige Erwerber das Grundstückseigentum aufgrund der Rückabwicklung des Vertrages oder aufgrund eines Vertrages an den vormals Nichtberechtigten Überträgt?

Grundsatz: Es kommt nicht auf das Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts an, da er vom nun Berechtigten erwirbt, sodass ein gutgläubiger Erwerb nicht nötig ist!

h.M. Ein Rückerwerb nach §§ 873 I, 925 I scheidet aus, wenn sich die Rückübereignung als bloße Rückabwicklung darstellt.

Bsp.: Rücktritt, Kondiktion od. geplanter Hin-u. Hererwerb

Arg.: Verhinderung von Umgehung und Missbrauch des § 892

a.A. Rückübereignung möglich aber SchE-Ansprüche für den eigentlichen Eigentümer

Arg.: Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip, da eine Rückabwicklungsvereinbarung die dingliche Rechtslage bestimmt

Merke: Für die Merkmale Rechtsgeschäft und Verkehrsgeschäft gelten dieselben Erörterungen, wie sie im Rahmen des § 932 getroffen wurde

3. Redlichkeit des Erwerbers

Nur der redliche Erwerber ist gem. § 892 schützenswert! Ein gutgläubiger Erwerb ist daher nach § 892 I 1 einerseits ausgeschlossen, wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Grundbucheintragung eingetragen ist. Andererseits ist der gutgläubige Erwerb gem. § 892 I 2 ausgeschlossen, wenn der Erwerber die nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Verfügungsbeschränkung bekannt ist.

Fazit: Bei § 892 I 1 und 2 kommt es immer nur auf die positive Kenntnis an!

a) Keine Kenntnis der Unrichtigkeit

Gem. § 892 I 1 wird die Gutgläubigkeit widerlegbar vermutet, die Vermutung kann nur durch die positive Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuches zerstört werden.

Bloße Zweifel, billiges Inkaufnehmen oder grobe Fahrlässigkeit sind unbeachtlich!

Nach h.M. ist eine Kenntnis des Erwerbers vom tatsächlich unrichtigen Inhalt des Grundbuchs ebenso wenig erforderlich, wie ein konkretes Vertrauen auf das Grundbuch oder eine Kausalität zwischen Buchbestand und dem Erwerb. Es handelt sich also um einen abstrakten Rechtsschein, d.h. die Wirkung des § 892 tritt unabhängig davon ein, ob der Erwerber das Grundbuch tatsächlich eingesehen hat oder nicht. Außerdem wird der Rechtsschein nicht schon dadurch zerstört, dass der Erwerber Kenntnis der die Unrichtigkeiten des GB begründenden Tatsachen hat.

Der Erwerber muss vielmehr auch den rechtlichen Schluss auf die Unrichtigkeit des Grundbuchs gezogen haben, so dass ein auf grober Fahrlässigkeit beruhender Rechtsirrtum nicht zur Bösgläubigkeit führt

Problem: Anfechtung! Gem. § 142 I entfällt der Erwerb rückwirkend, so dass die Eintragung im Grundbuch rückwirkend falsch wird. Ein Erwerb ist dann nur noch vom Nichtberechtigten möglich. Gem. § 142 II kann die Bösgläubigkeit auch schon vorliegen, wenn der Erwerber Kenntnis der Tatsachen hat, welche die Anfechtung begründen.

Achtung Klausur: Im Rahmen des § 892 schadet nur positive Kenntnis der falschen Tatsachen, so dass diese Wertung auch für den § 142 II gelten muss, damit kein Wertungswiderspruch entsteht.

b) Maßgeblicher Zeitpunkt der Gutgläubigkeit

Grundsätzlich muss bei § 892 I die Redlichkeit des Erwerbs noch im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs vorliegen. Allerdings wird in bestimmten Fällen der Zeitpunkt, ab dem die Bösgläubigkeit unbeachtlich ist nach vorne verlagert!

Vorverlagert wird also nur der Zeitpunkt bis zu dem die Gutgläubigkeit vorliegen muss!

Nicht aber der Zeitpunkt in dem der gutgläubige Erwerb vollendet wird. Eine der Ausnahmen vom Grundsatz in § 892 I ist in § 892 II geregelt. Dieser bestimmt, dass für den Rechtserwerb für den eine Eintragung erforderlich ist unter bestimmten Voraussetzungen eine Vorverlagerung, des für die Gutgläubigkeit relevanten Zeitpunkts auf die Antragsstellung iSd. § 13 GBO möglich ist.

Beachte: § 892 II hilft nur über die Bösgläubigkeit nach Antragsstellung hinweg nicht aber über einen eingetragenen Widerspruch!

Der Zweck des § 892 II stimmt mit dem des § 878 überein, d.h. § 892 II will den gutgläubigen Erwerber in dem unbeeinflussbaren langen Zeitraum zwischen Antragsstellung und Eintragung absichern, mithin den vor nachteiligen Folgen des Eintragungsgrundsatzes schützen. Folglich darf wie bei § 878 nur noch die Eintragung zum Rechtserwerb fehlen (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal).

Eine weitere Ausnahme von § 892 I ist der Erwerb einer Vormerkung. Wird der Erwerber nach Erwerb einer Vormerkung bösgläubig oder wird ein Widerspruch nach Erwerb der Vormerkung eingetragen, so ist dies nach der h.M. (große Lösung) unbeachtlich. Hier wird nach h.M. § 883 II analog angewandt

! Einzelheiten dazu im Skript Vormerkung

c) Kein Widerspruch gegen die Unrichtigkeit

Ein gutgläubiger Erwerb ist nach § 892 I 1 ausgeschlossen, wenn ein Widerspruch (§ 899, § 53 I GBO) gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist. Der Widerspruch macht den Erwerber nicht bösgläubig, verhindert aber den Erwerb über § 892 I 1!

Beachte: Entscheidet ist allein, dass der Widerspruch eingetragen ist. Unbeachtlich ist, ob der Erwerber vom Widerspruch Kenntnis erlangt hat.

Achtung Klausur: Ist ein Widerspruch zu Unrecht eingetragen und das Grundbuch in Wahrheit richtig, so liegt ein Erwerb vom Berechtigten vor und es kommt auf guten Glauben und Widerspruch erst gar nicht an. Der Widerspruch führt also nicht zu einer Grundbuchsperrung, sondern verhindert lediglich den gutgläubigen Erwerb!

Bei einem Widerspruch findet keine Vorverlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts zu Gunsten des Erwerbers durch die Stellung eines Eintragungsantrags nach § 892 II statt!

Beachte: Die Eintragung eines Widerspruchs nach Eintragungsantragsstellung gem. § 13 GBO verhindert den gutgläubigen Erwerb. Gegen diese Folge bietet nur § 17 GBO Schutz, der Bestimmt, dass ein späterer als die Eintragung einer Rechtsänderung beantragter Widerspruch nicht vor der erste gestellt Eintragung eingetragen werden darf.

Der große Unterschied zu § 892 II und dem Erwerb eine Vormerkung ist also, dass bei der Vormerkung trotz Widerspruch der Zeitpunkt der Gutgläubigkeit vorverlagert wird!

III. Wirkungen des §892

Im Hinblick auf Rechte (§ 892 I 1) führt der Gutgläubensschutz des § 892 dazu, dass der Eingetragene als wahrer Berechtigter gilt. Zudem gilt ein eingetragenes und zu gleich eintragungsfähiges Recht als nach Gegenstand und Inhalt bestehend.

Schließlich gilt das Grundbuch insofern als vollständig, dass nicht eingetragene oder gelöschte Rechte als nicht bestehend gelten. Bei dinglichen Rechten besteht folglich ein positiver als auch negativer Vertrauensschutz. Gem. § 892 I 1 erhält der Erwerber also genau die Rechtsposition, die er erhalten würde, wenn das Grundbuch die Rechtslage als richtig darstellen würde. Mit anderen Worten: er wird so behandelt, als wäre die Rechtslage im Grundbuch richtig

Im Hinblick auf Verfügungsbeschränkungen führt der Gutgläubigkeitsschutz allein dazu, dass eine nie eingetragene oder gelöschte Verfügungsbeschränkung als nicht oder nicht mehr bestehend gilt. Der Vertrauensschutz bezogen auf die Verfügungsbeschränkung ist also nur negativer Art, d.h. der gute Glaube an das Fortbestehen einer Verfügungsbefugnis wird gerade nicht geschützt!!! Mit anderen Worten: der Vertrauensschutz erstreckt sich nicht auf den Bestand eingetragener Beschränkungen.

Ersterwerb einer Hypothek vom Berechtigten §§ 1113 ff.

I. Allgemeines und Einführung

Es ist zwischen der Sicherungs- und der Verkehrshypothek zu unterscheiden.

1. Verkehrshypothek

Zugunsten einer besseren Verkehrsfähigkeit ist hier die Akzessorietät gelockert.

Die Verkehrshypothek kann als Briefhypothek §§1116 I, 1117 I oder als Buchhypothek § 1116 II vereinbart werden.

a) Briefhypothek §§1116 I, 1117 II

Die Briefhypothek ist der gesetzliche Regelfall, ihr Entstehen setzt die Erteilung eines Hypothekenbriefs voraus.

! Vor Übergabe des Hypothekenbriefs handelt es sich gem. §§ 1163 II, 1173 II um eine Eigentümergrundschild.

b) Buchhypothek §1116 II

Wird die Briefhypothek unter den Voraussetzungen des § 1116 II ausgeschlossen, dann entsteht eine schwere zu übertragende Buchhypothek.

2. Sicherungshypothek §1184

Die Sicherungshypothek ist nur als Buchhypothek denkbar und im Gegensatz zur Verkehrshypothek streng akzessorisch.

II. Voraussetzungen für die Entstehung einer Hypothek (Ersterwerb) §§873, 1113ff.

1. Einigung §§873, 1113 I

Zwischen Hypothekengläubiger und Hypothekenbesteller muss eine Einigung nach § 873 mit dem Inhalt des § 1113 erfolgen. Die Einigung ist grds. formlos möglich, erfolgt in der Praxis aber häufig in Form der notariellen Beurkundung, um die Bindungswirkung des § 873 II herbeizuführen.

Die Einigung muss den Gläubiger, das belastete Grundstück, sowie die zu sichernde Forderung erkennen lassen. Lässt die Einigung nicht die zu sichernde Forderung erkennen, so bleibt die im Übrigen getroffene Einigung über die Bestellung des dinglichen Rechts gleichwohl wirksam, aber es entsteht dann keine akzessorische Hypothek, sondern eine Eigentümergrundschild (**h.M.**)

Werden keine über den Inhalt des § 1113 hinausgehenden Vereinbarungen getroffen, so entsteht eine Briefhypothek als gesetzlicher Regelfall.

Eine Buchhypothek wird nur begründet, wenn die Erteilung des Hypothekenbriefs nach Maßgabe von § 1116 II durch Einigung und Grundbucheintragung ausgeschlossen wird.

2. Eintragung §§873 I, 1115 I

Es gilt auch hier, dass Eintragungsantrag § 13 GBO und Eintragungsbewilligung § 19 GBO für die Eintragung erforderlich sind. Erfolgt die Eintragung allerdings, so ist ein Verstoß gegen die formellen Vorschriften der GBO unbeachtlich. Auch hier können sich Divergenzprobleme zwischen Einigung und Eintragung ergeben. § 873 wird durch § 1115 modifiziert, welcher den Umfang der erforderlichen Eintragung bestimmt.

Soll eine Buchhypothek begründet werden, dann gilt über § 1115 hinaus auch § 1116 II

3. Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek

Hier gilt das bei § 873 erörterte, d.h. die Einigung ist grds. frei widerruflich, es sei denn es ist Bindungswirkung nach §873 II eingetreten.

4. Berechtigung des Hypothekenbestellers

Berechtigt ist der verfügungsbefugte Eigentümer des zu belastenden Grundstücks.

Außerdem ein Nichteigentümer, dem kraft Gesetzes das Verfügungsrecht am Grundstück zusteht oder der Nichteigentümer, der mit der Einwilligung des Berechtigten handelt § 185 I

Zwischenergebnis:

Man muss das Rad nicht neu erfinden, für die Hypothek gilt im Grundsatz § 873, der durch die §§ 1113- 1116 modifiziert wird.

Neben diesen allgemeinen Voraussetzungen treten bei der Hypothek aber noch weitere besondere Voraussetzungen (5. Und 6.)

Auch für die Bestellung der Hypothek gelten § 878 und § 892, d.h. ein gutgläubiger Ersterwerb der Hypothek (Entstehung) ist unter den Voraussetzungen des § 892 problemlos möglich

Konstellation: Nichteigentümer bestellt einem Gläubigen eine Hypothek

5. Briefübergabe § 1117 I

Zur Begründung der Briefhypothek ist die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger gem. § 1117 I erforderlich.

Dieses Merkmal wird also nur dann erforderlich, wenn oben eine Briefhypothek vereinbart wurde, dies wird allerdings der Regelfall sein.

Eine Buchhypothek erfordert gerade nicht die Übergabe des Hypothekenbriefes, dafür aber gerade eine „doppelte“ Einigung und Eintragung,

a) Erteilung und Inhalt des Hypothekenbriefs

Nach Eintragung der Hypothek erteilt das Grundbuchamt den Hypothekenbrief, d.h. es fertigt ihn an und übergibt ihn – wenn keine andere Anweisung vorliegt – dem Eigentümer, § 60 GBO. Dieser übergibt ihn dann dem Gläubiger; erst damit entsteht die Hypothek.

b) Übergabe des Hypothekenbriefs

Übergabe meint – genau wie in § 929 – die Übertragung des Besitzes, ohne dass beim Übertragenden ein Rest an Herrschaftsmacht über den Gegenstand verbleibt. Nach § 1117 I 1 geht das Gesetz von dem Regelfall aus, dass der Eigentümer dem Gläubiger den Hypothekenbrief übergibt.

Dabei ist zu beachten, dass auch der bloße Bucheigentümer Eigentümer iSd. § 1117 I 1 ist, sofern der Hypothekar im Augenblick der Briefübergabe redlich ist.

c) Allgemeine Übergabesurrogate § 1117 I 2

→ § 929 S.2

→ § 930

→ § 931

d) Die Aushändigungsabrede als besonderes Übergabesurrogat § 1117 II

Gläubiger und Eigentümer vereinbaren, dass der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Schon mit dieser Vereinbarung, nicht erst mit der Fertigstellung oder Aushändigung des Hypothekenbriefs durch das Grundbuchamt an den Gläubiger, entsteht die Hypothek für den Gläubiger, sofern sie im GB eingetragen ist und die Forderung existiert.

Beachte: Gem. § 1117 III besteht eine Vermutung der Übergabe, wenn der Gläubiger im Besitz des Briefes ist

6. Bestehen der zu sichernden Forderung Akzessorietät

Aus §§ 1113, 1115 ergibt sich, dass die zu sichernde Forderung auf Geld gerichtet sein muss und zwar auf eine bestimmte Geldsumme.

Die Forderung kann aber auch künftig oder bedingt sein, vgl. § 1113 II

a) Der Rechtsgrund der Geldforderung

Die Forderung braucht nicht schuldrechtlicher Natur sein.

Es können Forderungen aus jedem Rechtsgrund, sofern sie auf Geld gerichtet sind oder in eine Geldforderung übergehen können, durch eine Hypothek gesichert werden.

Der Rechtsgrund muss individualisierbar sein.

Beachte: Für ein- und dieselbe Forderung können nicht mehrere selbstständige Hypotheken an einem oder mehren Grundstücken bestellt werden (Verbot der Doppelsicherung).

Wohl aber können mehrere Forderungen eines Gläubigers gegen denselben Schuldner mit einer einzigen Hypothek gesichert sein, falls Bestimmtheit und Individualisierbarkeit gewahrt sind. Auch kann eine Ausfallhypothek vereinbart werden, d.h. das Entstehen der Hypothek ist bedingt durch das Erlöschen einer anderen für die gesicherte Forderung begründeten Hypothek.

b) Bestimmtheit der Forderung

Die Forderung muss bestimmt sein uns zwar nach Gläubiger, Schuldner und Gegenstand (Leistung einer bestimmten Geldsumme).

aa) Bestimmtheit des Gläubigers

Der Inhaber der Hypothek muss bestimmt und mit dem Gläubiger der Geldforderung identisch sein.

Mit anderen Worten: die Berechtigung an der Hypothek richtet sich nach der Gläubigerstellung der Forderung, beide können nicht auseinanderfallen, vgl. § 1153

bb) Bestimmtheit des Schuldners, Divergenz von Schuldner und Eigentümer

Der Schuldner der Forderung und der Eigentümer des Grundstücks brauchen nicht identisch sein, d.h. Divergenzfälle sind möglich.

cc) Bestimmtheit der Geldsumme

Die Forderung muss auf Leistung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sein.

Ansprüche auf Sach- und Dienstleistungen können also eben so wenig die Grundlage einer Hypothek bilden, wie Forderungen auf unbestimmte Geldleistungen.

c) Künftige und bedingte Forderungen §1113 II

Solange die bestimmte Forderung nicht entstanden ist, der Zeitpunkt oder die aufschiebende Bedingung nicht eingetreten sind, steht die Hypothek dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld nach § 1163 I 1 zu. Gleiches gilt von dem Augenblick an, in dem die auflösende Bedingung eintritt § 1163 I 2.

Merke: § 1113 II bedeutet also nicht, dass die für eine künftige oder aufschiebend bedingte Forderung bestellte Hypothek schon Hypothek, also Fremdgrundpfandrecht ist. Die Bestimmung des § 1113 II ist vielmehr in erster Linie grundbuchrechtlicher Natur, sie lässt die materiell-rechtliche Regelung des § 1163 unberührt.

Für eine bedingte oder künftige Forderung ist erforderlich, dass eine hinreichend feste Rechtsgrundlage geschaffen wurde, d.h. der Eigentümer-Schuldner das Zustandekommen des Anspruchs nicht mehr einseitig verhindern kann.

! Es gelten dieselben Grundsätze und Erörterungen wie bei der Vormerkung

Problem: Nichtige Forderung aber Darlehen valutiert

Im Kern geht es hier um die Frage, ob der bereicherungsrechtliche Kondiktionsanspruch nun durch das dingliche Grundstücksrecht gesichert wird, falls (+), dann läge eine Hypothek vor oder eben nicht, dann Eigentümergrundschuld §§ 1163 I 1, 1177 I 1

Erfasst die dingliche Einigung ausdrücklich auch den bereicherungsrechtlichen Anspruch, dann stellt sich dieses Problem nicht, denn die Parteien haben eine Vereinbarung getroffen.

Umstritten sind die Fälle, in denen eine ausdrückliche Vereinbarung nicht erfolgt ist, so dass fraglich ist, ob im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung die Einigung dahingehend ausgelegt werden kann, dass auch der Kondiktionsanspruch von der Hypothek erfasst wird.

e.A. Nach dem hypothetischen Parteiwillen ist anzunehmen, dass die gesicherte Forderung im Zweifel der bestehende Kondiktionsanspruch ist, da der bereicherungsrechtliche Anspruch gewissermaßen Ersatz für die nicht entstandene Darlehensforderung ist. Außerdem ist die Rückzahlung ja in jedem Fall geschuldet

h.M. eine derartige Forderungsauswechslung ist abzulehnen, da sie auf eine reine Fiktion hinausläuft und gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößt.

Arg.: Die erste Meinung berücksichtigt einseitig die Interessen des Gläubigers. Ein mutmaßlicher Wille des Sicherungsgebers auch Forderungen abzusichern, ist nicht feststellbar. Ferner folgt aus §1180, dass allein die ausgelegte Einigung über eine Forderungsauswechslung nicht reicht, sondern zusätzlich eine entsprechende Eintragung im Grundbuch erforderlich ist.

Einwendungen und Einreden bei der Hypothek

Bei der Frage von Einreden oder Einwendungen im Hypothekenrecht muss akribisch differenziert werden, wer, wann wogegen eine Einrede/Einwendung erhebt. Mit anderen Worten: es muss unterschieden werden, ob Eigentümer oder Schuldner die Einrede erhebt. Ob sich die Einrede gegen die Forderung oder gegen die Hypothek richtet und schließlich, ob die Einrede vor oder nach einer Abtretung geltend gemacht wird.

I. Einreden des persönlichen Schuldners

→ Der persönliche Schuldner kann nur forderungsbezogene Einreden geltend machen, d.h. Einreden, die sich gegen die Forderung richten. Pfandrechtsbezogene Einreden stehen ihm nicht zu, da die Hypothek nicht aber die Forderung akzessorisch ist.

→ Ist der Schuldner gleichzeitig auch Eigentümer, dann steht ihm die Einrede aus §§ 1160, 1161 zu.

→ Nach der Abtretung durch den Gläubiger stehen dem persönlichen Schuldner nach § 404 immer noch sämtliche Einreden und Einwendungen dem neuen Gläubiger (Zessionar) gegenüber.

II. Einreden des Eigentümers

Der Eigentümer hat pfandrechtsbezogene Einreden § 1157 und forderungsbezogene Einreden § 1137.

1. Pfandrechtsbezogene Einreden §1157

a) Vor Abtretung

Hier ergeben sich die Einreden aus dem Sicherungsvertrag

Bsp.: Stundung, Vollstreckungsverzichte, Verwertungsbeschränkungen

b) Nach Abtretung

Grundsätzlich gilt nach der Abtretung § 1157 I 1, d.h. der Eigentümer kann dem Zessionar alle Einreden die gegen die Hypothek bestehen geltend machen.

Im Unterschied zu § 404 ist § 1157 I strenger, denn § 404 erfordert nur, dass die Einrede dem Grunde nach bestehen muss, während § 1157 I 1 fordert, dass sie schon besteht.

Allerdings muss hier § 1157 I 2 beachtet werden, wonach ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Zessionars möglich ist und der Eigentümer seine Einreden verlieren kann.

2. Forderungsbezogene Einreden

Auch hier muss wieder der Zeitpunkt vor und nach der Abtretung unterschieden werden

a) Vor Abtretung

Nach § 1137 können forderungsbezogene Einreden, d.h. die Einreden des Schuldners gegen die Forderung auch vom Eigentümer geltend gemacht werden. Dies gilt unabhängig davon, ob Eigentümer und Schuldner personenverschieden sind oder nicht.

Nach § 1137 iVm. § 770 stehen dem Eigentümer auch solche Einreden zu, die sich darauf beziehen, dass dem Schuldner ein Gestaltungsrecht zusteht, er es jedoch nicht ausgeübt hat.

b) Nach Abtretung

Grundsätzlich gilt hier §§ 1137, 404, er kann dem Zessionar auch alle forderungsbezogenen Einwendungen entgegenhalten. Aber auch hier besteht die Möglichkeit des gutgläubigen lastenfrem Erwerbs durch den Zessionar nach §§ 1138 Alt. 2, 892.

Die Begründung und Übertragung von Grundstücksrechten gem. § 873

I. Allgemeines und Anwendungsbereich des § 873

1. Das Grundbuchsystem

Das Gesetz fordert in Anlehnung an ältere deutsche Rechtstraditionen eine besondere Verlautbarung der Grundstücksrechtsänderung. Daher muss zu der Einigung der Beteiligten die Eintragung treten, erst Einigung und Eintragung zusammen bewirken die Rechtsänderung. Anders als im Rechtsverkehr mit beweglichen Sachen gilt hier nicht das Traditionssystem, d.h. die Übergabe eines Grundstücks ist für die dingliche Rechtslage an ihm bedeutungslos.

2. Anwendungsbereich § 873

Bei grundstücksbezogenen Verfügungen ist grds. § 873 heranzuziehen, welcher dann je nach Art der Grundstücksverfügung durch modifizierende oder ergänzende Spezialvorschriften erweitert oder verändert wird.

§ 873 erfasst:

- Die Übertragung des Grundstückseigentums (iVm. § 925)
- Die Belastung des Grundstücks mit einem beschränkt dinglichen Recht
- Die Übertragung von beschränkten dinglichen Rechten an einem Grundstück
- Die Belastung eines beschränkt dinglichen Rechts an einem Grundstück

II. Die Voraussetzungen des § 873 im Einzelnen

Ähnlich wie bei der Übertragung und Belastung beweglicher Sachen (vgl. §§ 929 S.1, 1032 S.1, 1205 I 1) muss eine Einigung, ein Publizitätsakt und eine Verfügungsberechtigung und -befugnis vorliegen. Die Begründung und Übertragung von Grundstücksrechten erfolgt nach § 873 I grds. nur durch Einigung über den Eintritt einer Rechtsänderung und der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch (Publizitätsakt)

Unterschied zum Mobilarsachenrecht (Fahnrecht) liegt in der Nichtgeltung vom Traditionsprinzip, d.h. eine Übergabe des Grundstücks ist nicht erforderlich. Anstelle der Übergabe tritt dann allerdings als Publizitätsakt die Eintragung in das Grundbuch!

1. Die Einigung

§ 873 erfordert eine Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung.

Hierbei handelt es sich folglich um einen dinglichen Vertrag, d.h. es sind mindestens zwei korrespondierende Willenserklärungen nötig. Mit anderen Worten: muss auf Veräußererseite ein Rechtsentäußerungswille und auf Erwerberseite ein Rechtserwerbswille vorliegen.

Die Einigung gem. § 873 ist grds. formfrei (nur soweit das Gesetz eine Formbedürftigkeit vorschreibt bsp. § 925 I 1, § 4 II 1 WEG gilt dieser Grundsatz nicht). Da die Einigung iSd. § 873 I ein dinglicher Vertrag und damit ein Rechtsgeschäft ist, welches unmittelbar auf eine Rechtsänderung zielt, fehlt der Einigung ein verpflichtendes Element. Daher gilt der Grundsatz, dass die Einigung nicht bindend wirkt und frei widerruflich ist.

Die fehlende Bindungswirkung ergibt sich auch im Umkehrschluss aus § 873 II.

Ausnahmen gem. § 873 II, d.h. eine Bindungswirkung der Einigung entsteht:

Alle Fälle des § 873 II haben gemeinsam, dass der Einigungswille in besonderer Form nach außen offenbart worden ist, so dass der Rechtverkehr schutzwürdiger ist!

- Einigung, die notariell beurkundet wurde
- Einigung, die vor dem Grundbuchamt abgegeben wurde
- Einigung, die beim Grundbuchamt eingereicht worden ist
- Einigung, zu welcher der Berechtigte eine Eintragungsbewilligung gem. §19GBO erteilt

Achtung Klausur: Aus dem Wort „vor der Eintragung“ ergibt sich, dass gem. § 873 II eine Bindung an die Einigung jedenfalls mit der Eintragung im Grundbuch eintritt, so dass eine bereits eingetragene Rechtsänderung nicht mehr durch Widerruf der Einigung beseitigt werden kann. Die Bindungswirkung nach § 873 II schützt den Erwerber allerdings nicht gegen anderweitige Verfügungen. Mit anderen Worten: § 873 II bewirkt keine Verfügungsbeschränkung!

Exkurs: Anwartschaftsrecht des Erwerbers

Liegen eine Einigung, sowie eine erteilte Eintragungsbewilligung vor und hat der Erwerber den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt, dann kann der Rechtserwerb nicht mehr einseitig vom Veräußerer zerstört werden und der Erwerber erhält ein Anwartschaftsrecht. Eine ähnlich gesicherte Position entsteht, wenn mit bindender Wirkung eine Vormerkung eingetragen wird/ **str.**

Übertragbarkeit

Die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts ist heftig umstritten

h.M. als wesensgleiches Minus zum Eigentum gelten die §§ 873,925 analog, allerdings wird auf die Eintragung verzichtet.

Das Anwartschaftsrecht als sonstiges Recht iSd. § 823 I?

e.A. (-) a.A. (+) „wesensgleiches Minus zum Eigentum“

Anschlussproblem: Wer erhält den Anspruch aus § 823 I, wenn ein Dritter in der Zeit nach Einigung und Antragsstellung aber vor Eintragung den Gegenstand beschädigt?

e.A. Alteigentümer **a.A.** Anwartschaftsberechtigte

vermittelnde Ansicht: Anwartschaftsberechtigter nur bei Gefahrübergang

2. Die Eintragung

Die Einigung und Eintragung müssen sich inhaltlich entsprechen.

Fallen also Einigung und Eintragung auseinander, so ist die Verfügung grds. unwirksam

Achtung Klausur: Werden die formellen Vorschriften des Grundbuchsrechts (inbs. §§ 13,19,20,29,39 GBO) nicht eingehalten, so steht dies nicht der materiellen Wirksamkeit entgegen.

Grundsätzlich besteht keine zeitliche Reihenfolge von Einigung und Eintragung.

Erfolgt die Einigung allerdings erst nach der Eintragung, so muss sie sich auf die bereits vorhandene Eintragung beziehen.

Außerdem muss die Eintragung bei zeitlich nachfolgender Einigung noch bestehen.

Mit anderen Worten: Einigung und Eintragung müssen in tatsächlicher Hinsicht nebeneinander vorliegen.

Achtung Klausur: Die Rückwirkungsfiktion bei einer schwebend unwirksamen Erklärung führt keine Wirksamkeit der Rechtsänderung herbei, wenn zuvor die Eintragung beseitigt wurde!!!

Stichwort: „faktischen Nebeneinander von Einigung und Eintragung“

Exkurs: Der Eintragungsvorgang

Der Eintragungsvorgang richtet sich nach dem formellen Grundbuchrecht!

Das Grundbuchamt nimmt Eintragungen nur vor, wenn ein entsprechender Antrag, § 13 GBO und eine Eintragungsbewilligung § 19 GBO vorliegen

➤ Antragsberechtigte, vgl. §13 I 2 GBO: wahlweise der von der Rechtsänderung Betroffene oder Begünstigte, mithin grds. die an der Einigung iSd. § 873 I Beteiligten

➤ Eintragungsbewilligungsberechtigte, vgl. § 19 GBO: Nur der Betroffene, d.h. der „verlierende Teil“

Nach § 20 GBO darf im Fall der Übereignung gem. §§ 873 I, 925 I 1 die Eintragung erst nach der Auflassungserklärung erfolgen. Daher stellt sich bei der Übereignung von Grundstücken nicht die Frage der Reihenfolge zwischen Einigung und Eintragung.

Achtung Klausur: Durch Auslegung kann ermittelt werden, dass die sachenrechtliche Einigung die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung enthält.

Nach § 29 sind die Eintragungsbewilligung und Auflassung durch öffentliche § 415 ZPO oder öffentlich beglaubigte Urkunden, § 129 I nachzuweisen.

Beachte: Gem. § 129 II kann die öffentliche Beglaubigung durch eine notarielle Beurkundung ersetzt werden

Nach § 39 I erfolgt die Eintragung grds. nur, wenn Betroffene als Berechtigter eingetragen ist
Achtung Praxis: Grds. gilt das formelle Konsensprinzip, d.h. das Grundbuchamt prüft nicht die Einigung, sondern lässt das Vorliegen der einseitigen Bewilligung der Eintragung durch den Betroffenen gem. § 19 GBO genügen. Ausnahme dieses Grundsatzes enthält § 20 GBO für bestimmte Fälle. In diesen Fällen gilt das materielle Konsensprinzip, d.h. die Einigung muss in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.

Sonderfälle: Einigung und Eintragung

Da das Gesetz Einigung und Eintragung fordert und beide einander entsprechen müssen, kann sich eine Divergenz ergeben.

Diese Divergenz kann sachlich-inhaltlich (1.) sein oder sich aus der zeitlichen Reihenfolge ergeben (2. Und 3.)

a) Inhaltliche Divergenz

Grundsatz: Weder das vereinbarte Recht (mangels Eintragung) noch das eingetragene Recht (mangels Einigung) ist entstanden. Das Grundbuch ist unrichtig und der Eingetragene muss die Berichtigung des Grundbuchs bewilligen. Darüber hinaus kann er (falls möglich) den Vollzug der der Einigung entsprechenden Eintragung fordern

b) Zeitliche Divergenz

aa) Verlust oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit

Lösung § 130 II Alt.2=> War die Einigung nach § 873 II bindend, dann bleibt sie unwiderruflich. War sie nicht bindend, so kann sie durch den Betreuer widerrufen werden

bb) Tod eines der Beteiligten

Lösung § 130 II Alt.2

cc) Wechsel in der Rechtszuständigkeit

Es gilt der Grundsatz, dass dem Verfügenden das Recht über das er verfügt, noch im Augenblick der Eintragung zusteht

dd) Beschränkung in der Verfügungsbefugnis

Hier wird die Befugnis des Rechtsträgers zur Verfügung über das ihm zustehende Recht- bei Aufrechterhaltung seiner Rechtsträgerschaft- beschränkt. Auch hier gilt grds. die Regel, dass die Verfügungsbefugnis noch im Augenblick der Eintragung vorliegen muss

Ausnahme: § 878 die Vorschrift beruht auf eine Billigkeitserwägung. Wenn die Parteien alles getan haben, was ihnen oblag, um die Rechtsänderung herbeizuführen, so soll ihnen das Grundbuchsystem nicht zum Nachteil gerieren.

Einigung nach Eintragung (sehr selten)

Hier gelten dieselben Grundsätze, d.h. Geschäftsfähigkeit, Rechtszuständigkeit und Verfügungsbefugnis müssen auch zum Zeitpunkt der Einigung vorliegen

Beachte: § 878 kann hier keine Anwendung finden, da die Parteien die Rechtsänderung noch nicht aus ihrer „Sphäre“ gegeben haben. Es fehlt ja gerade die Einigung

3. Berechtigung und Verfügungsbefugnis

Der Veräußerer oder Inhaber des zu belastenden Rechts muss bis zum Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs nach § 873 I berechtigt und Verfügungsbefugt sein!

Grundsatz: Berechtigt und Befugt zur Verfügung über das Grundstück ist der Eigentümer, bei beschränkt dinglichen Rechten deren Inhaber! Oder derjenige, der vom Berechtigten gem. §185 I ermächtigt wurde.

Ausnahme: Beschränkte Verfügungsbefugnis

- §§ 80f. InsO hier ist der Insolvenzverwalter nach § 80 InsO Verfügungsbefugt
- § 1984 I 1 hier ist der Nachlassverwalter Verfügungsbefugt, vgl. § 1985
- § 2113 I, II hier ist der Testamentsvollstrecker Verfügungsbefugt, vgl. § 2205 I 2

Die Vormerkung §§ 883 ff.

I. Allgemeine Einführung zur Vormerkung

Die Vormerkung ist in den §§ 883 ff. geregelt

1. Regelungszweck

Die Vormerkung dient der Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs, welcher sich auf eine dingliche Rechtsänderung bezieht. Das Bedürfnis nach einem Institut wie das der Vormerkung resultiert aus dem Grundbuchsverfahrensrecht. Da sämtliche Verfügungen, die ein Grundstück betreffen gem. § 873 I einer Eintragung bedürfen, vergeht ein langer Zeitraum bis es zur Erfüllung der schuldrechtlichen Verbindlichkeiten kommt und bis beim Erwerber die Rechtsänderung eintritt. In diesem Zeitraum könnte der Veräußerer immer noch Verfügungen über das Grundstück treffen, so dass der Übereignungsanspruch des Erwerbers aufgrund des Grundbuchverfahrens gefährdet würde. Gäbe es das Recht der Vormerkung also nicht, so wäre der Erwerber lediglich auf schuldrechtliche Schadensersatzansprüche beschränkt. Außerdem würde der Erwerber im Fall der Insolvenz des Veräußerers Gefahr laufen, nur auf die Insolvenzquote beschränkt zu werden, ohne dass er Rechtsänderung verlangen könnte. Da den Erwerber keine Verantwortung für diesen langen Zeitraum trifft, besteht das Bedürfnis den Erwerber vor Nachteilen des Grundbuchverfahrens zu schützen.

Dabei muss das Gesetz einen Interessenausgleich zwischen dem Interesse des Eigentümers und dem Interesse des Vormerkungsberechtigten treffen.

Dieser Interessenausgleich ist in den §§ 883 ff. wieder zu finden, da § 883 II eine relative Unwirksamkeit vorschreibt. D.h. die Verfügungen die nach der Vormerkung getroffen werden und den Anspruch beeinträchtigen oder vereiteln sind nur im Verhältnis Eigentümer und Vormerkungsberechtigtem unwirksam. Gegenüber allen anderen ist die Verfügung also wirksam. Der Gesetzgeber hat also bewusst keine absolute Grundbuchsperrung eingeführt, da dies den bisherigen Eigentümer wirtschaftlich stark beeinträchtigen würde und somit sein Interesse missachtet worden wäre.

Achtung Klausur: Aus der relativen Unwirksamkeit folgt, dass wenn der Veräußerer das Grundstück an einen Dritten übereignet hat, diese Übereignung ggü. dem Vormerkungsberechtigten unwirksam ist. Der Vormerkungsberechtigte kann dann gegen den Veräußerer gem. § 433 I 1 vorgehen und Übereignung verlangen und gegen den Dritten kann der Vormerkungsberechtigte aus § 888 die Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer verlangen.

2. Rechtsnatur der Vormerkung

Die Rechtsnatur der Vormerkung ist umstritten, da sie eine Zwitterstellung zwischen obligatorischem und dinglichem Recht einnimmt.

m.M. Die Vormerkung ist ein dingliches Recht!

Hauptkonsequenz dieser Ansicht ist, dass im Falle des gutgläubigen (erst) Erwerbs der Vormerkung § 892 direkt angewandt wird

Begründung: Die Vormerkung entfaltet- wie für dingliche Rechte typisch- im Verhältnis zu Dritten Wirkung.

h.M. Die Vormerkung ist ein Sicherungsmittel eigener Art (ein Recht sui generis), dass mit gewisser dinglicher Wirkung ausgestaltet ist.

Nach der **h.M.** wird die Bewilligung einer Vormerkung als Belastung eines Grundstücks angesehen, so dass im Falle einer Bewilligung durch den Nichtberechtigten die Bewilligung der Vormerkung als Verfügung iSd. § 893 Alt.2 qualifiziert wird.

(S) § 892 wird also entsprechend über § 893 Alt. 2 angewandt

***Achtung Klausur:** Die Rechtsnatur der Vormerkung ist nur beim gutgläubigen Erwerb von Bedeutung und im Kern sind sich auch beide Ansichten darüber einig, dass ein gutgläubiger (Erst)Erwerb der Vormerkung möglich ist. Es geht also lediglich um die Frage, ob § 892 direkt oder entsprechend über § 893 Alt.2 angewandt wird. Teilweise wird auch eine Analogie des § 892 BGB angenommen → rein dogmatischer Streit.*

3. Die Erscheinungsformen der Vormerkung

Die Vormerkung kann in verschiedenen Erscheinungsformen auftreten, wobei die erste Erscheinungsform am klausurträchtigsten ist.

→**Auflassungsvormerkung:** Die Auflassungsvormerkung sichert einen schuldrechtlichen Anspruch auf Verschaffung des Grundstückseigentums

Beachte: Sämtliche schuldrechtliche Ansprüche, die Verfügungen zum Gegenstand haben, können durch eine Vormerkung gesichert werden

→**Löschungsvormerkung §§ 1179, 1179a:** Die §§ 1179 f. wollen dem nachrangigen Grundpfandgläubiger den rangmäßigen Aufstieg sichern, in dem für das etwaige Zusammenfallen von Eigentum und Grundpfandrecht schon jetzt ein Löschungsanspruch zu Gunsten des nachrangigen Gläubigers gesichert wird

→**Vormerkung von Amts wegen § 18 II GBO:** Wird eingetragen, wenn der Rang einer beantragten Eintragung, die noch nicht erfolgen konnte, dadurch gefährdet wird, dass später ein anderer unbeanstandeter Antrag in Bezug auf dasselbe Recht eingeht

→**Dingliches Vorverkaufsrecht § 1098 II**

4. Verhältnis Vormerkung-Widerspruch

Die Vormerkung nach §§ 883 ff. und der Widerspruch nach § 899 haben gemeinsam, dass der Begünstigte vor den Folgen einer Verfügung über das Grundstück geschützt wird.

Im Anwendungsbereich und in der Funktion ergeben sich allerdings erhebliche Unterschiede! Der Widerspruch schützt den materiell Berechtigten vor Verfügungen des nichtberechtigten Bucheigentümers, in dem ein gutgläubiger Erwerb nach § 892 I 1 verhindert wird.

Der Widerspruch setzt also ein unrichtiges Grundbuch voraus und schützt den Eigentümer.

Die Vormerkung sichert die in §883 I genannten Ansprüche vor weiteren Verfügungen des Berechtigten und erfordert keine Unrichtigkeit des Grundbuchs. Die Vormerkung kündigt folglich eine künftige Rechtsänderung an und schützt den obligatorisch Berechtigten, also den Gläubiger des Veräußerers, den Erwerber.

Mit anderen Worten: der Widerspruch richtet sich gegen die Richtigkeit des Grundbuchs und schützt den wirklichen Berechtigten vor Verfügungen des eingetragenen Berechtigten.

Dagegen wendet sich die Vormerkung nicht gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, sie enthält vielmehr die Ankündigung einer künftigen Rechtsänderung und schützt den obligatorischen Anspruchsinhaber vor Verfügungen des wirklichen Berechtigten

Merksatz: „Die Vormerkung prophezeit und der Widerspruch protestiert“

II. Die Voraussetzung der Vormerkung im Einzelnen

1. Vormerkungsfähiger Anspruch, § 883 I

a) Schuldrechtlicher Anspruch § 883 I 1

Nach § 883 I 1 wird die Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung eingetragen, so dass nur schuldrechtliche Ansprüche von § 883 I 1 erfasst werden. Die Vormerkung ist streng akzessorisch, d.h. ohne das Vorliegen eines Anspruchs kann die Vormerkung nicht entstehen. Ein Forderungswechsel gem. § 1180 direkt oder analog ist bei der Vormerkung aufgrund der strengen Akzessorietät nicht möglich.

Nicht vormerkungsfähige Ansprüche sind solche, die sich auf dingliche Rechte an beweglichen Sachen beziehen oder nur zur Besitzübergabe verpflichten (Miete, Pacht etc.).

Der Schuldgrund für die Sicherung des Anspruchs ist gleichgültig. Mit anderen Worten: der Anspruch kann sich aus Vertrag, Gesetz oder einem einseitigen Rechtsgeschäft ergeben.

Der Vormerkungsgeschützte muss Gläubiger des zu sichernden Anspruchs sein, der gesicherte Anspruch muss sich gegen den durch die Vormerkung betroffenen Rechtsinhaber richten. Will heißen: der Schuldner des zu sichernden Anspruchs muss personenidentisch mit dem Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks sein. Ferner muss auch der Gläubiger des Anspruchs mit dem Vormerkungsberechtigten identisch sein.

(S) Identitätsgebot

b) Künftiger und bedingter Anspruch § 883 I 2

Gem. § 883 I 2 können auch künftige oder bedingte Ansprüche durch die Vormerkung gesichert werden, wobei die Wirkung der Vormerkung allerdings erst eintritt, wenn der Anspruch vollwirksam entsteht.

Achtung Klausur: Nach der Entstehung schützt die Vormerkung allerdings rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Eintragung. Die Vormerkung wirkt also *ex tunc*.

aa) Künftiger Anspruch

An das Vorliegen eines künftigen Anspruchs müssen strenge Anforderungen gestellt werden, da ansonsten durch eine Vielzahl vormerkungsfähiger künftiger Ansprüche eine faktische Grundbuchsperre entstehen würde.

Def.: Ein künftiger Anspruch iSd. § 883 I 2 liegt nur dann vor, wenn für seine Entstehung eine feste Rechtsgrundlage geschaffen ist

Problem: Wann konkret liegt eine feste Rechtsgrundlage vor?

Einigkeit bestehend dahingehend, dass wenn die Entstehung des Anspruchs ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt noch keine hinreichend feste Rechtsgrundlage vorliegt

e.A. es muss zwischen bedingten und künftigen Anspruch differenziert werden

→bedingte Ansprüche: bedingte Ansprüche auf eine künftige Rechtsänderung sind wegen ihrer Verwurzelung in einer festen Vereinbarung ohne weiteres vormerkbar, sie können vielmehr als bereits entstanden betrachtet werden

→künftige Ansprüche: Hier fehlt diese feste Verbindung, so dass eine ausreichend feste rechtliche Grundlage vorliegen muss. Eine solche rechtlich hinreichende Grundlage liegt vor, wenn der Rechtsboden so weit verbreitet ist, dass ihre Entstehung nur noch vom Willen des demnächst Berechtigten abhängt

Kritik: der bedingte § 158 oder betagte § 163 Anspruch ist nur ein Unterfall des künftigen Anspruchs, so dass eine Unterscheidung widersprüchlich erscheint

a.A. erforderlich ist in allen Fällen eine nicht mehr einseitig vom Schuldner zu beseitigende rechtsgeschäftliche Grundlage, mag auch die endgültige Entstehung des Anspruchs vom Verhalten des Schuldners abhängen.

Typische Fallgruppen für künftige Ansprüche

→Formgültiges bindendes Grundstücksverkaufsangebot

→Kaufvertrag, der nur noch der behördlichen Genehmigung bedarf

→Kaufvertrag, der zu Gunsten eines noch nicht bestimmten Dritten abgeschlossen ist

→**Problem:** falsus procurator ist zum Abschluss des Grundstückskaufvertrages beteiligt

Hier muss differenziert werden. Wurde er auf Erwerberseite tätig, dann liegt ein künftiger Anspruch vor, da der Kaufvertrag nur noch von der Genehmigung des Gläubigers § 177 abhängt. Handelt er hingegen auf Veräußererseite, dann liegt kein künftiger Anspruch vor, da der Kaufvertrag allein vom Willen des Verkäufers abhängt, vgl. § 177

→**Problem:** Liegt bei einem nach §§ 311b I, 125 formnichtigen aber noch nach § 311b I 2 heilbaren Vertrag vor der Heilung ein künftiger Anspruch vor?

Ein gegenwärtiger Anspruch scheidet vor und nach Heilung aus, da die Heilung nur ex nunc Wirkung entfaltet. Aber vor Heilung liegt auch kein künftiger Anspruch vor, da die Heilung nicht allein vom Willen des Käufers abhängt

→Kein künftiger Anspruch im Falle eines nichtbindenden Vertrages

→**Problem:** Spätere Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts (meist KV) nach § 141

e.A. strenge Akzessorietät der Vormerkung, da Bestätigung nur ex nunc Wirkung, d.h. Anspruch wird nicht gesichert

a.A. formgerechte Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts führt dazu, dass eingetragene Vormerkung ex nunc wirksam wird

2. Bewilligung/einstweilige Verfügung § 885

Gem. § 885 I 1 setzt die Eintragung der Vormerkung eine Bewilligung des Betroffenen oder eine einstweilige Verfügung voraus.

→ **Bewilligung:** Einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung ggü. dem Vormerkungserwerber oder dem Grundbuchamt, vgl. § 19 GBO

Beachte: Form des § 29 GBO! Bewilligungsberechtigt ist derjenige, dessen dingliches Recht durch die Eintragung der Vormerkung beeinträchtigt wird.

→ **Einstweilige Verfügung:** Käufer muss glaubhaft machen, dass ihm ein Anspruch auf Übereignung zusteht.

Beachte: Nach **h.M.** darf der zu sichernde Anspruch im Falle der einseitigen Verfügung kein künftiger sein, da die Voraussetzungen des § 257 ZPO nicht gegeben sind.

Problem: Besteht ein Anspruch auf Bewilligung?

m.M.(-)

Arg.: keine Anhaltspunkte im Gesetz

h.M. (+)

Begründung: Der Verkäufer ist gem. §§ 433 I 1, 241 II, 242 dazu verpflichtet alles zutun, um den Rechtserwerb des Käufers zu sichern; Ferner ergibt sich aus dem Gesetz in § 885 I ein solcher Anspruch, da § 885 I von der Möglichkeit ausgeht die Eintragung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung zu erreichen.

3. Eintragung §§ 883 I, 885

Die Eintragung in das Grundbuch wirkt konstitutiv und muss Gläubiger, sowie Art und Umfang des zu sichernden Anspruchs im Grundbuch erkennen lassen

Beachte: § 885 ist lex specialis zu § 873

4. Fortwirkung der Bewilligung im Eintragungszeitpunkt

Grds. ist die Bewilligung bis zur Eintragung frei widerruflich, es sei denn, es besteht eine Bindungswirkung nach Maßgabe der entsprechenden Anwendung von § 873 II

5. Bewilligungsberechtigung

Bewilligungsberechtigt ist der Eigentümer, es sei denn er ist in seiner Verfügungsmacht beschränkt oder ein Dritter, der kraft Gesetzes oder rechtsgeschäftlich (§ 185) Verfügungsmacht besitzt.

Beachte: § 878 wird analog auf die Vormerkung angewandt, da eine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Auch hier soll der Vormerkungsberechtigte vor den Nachteilen des Grundbuchverfahrens geschützt werden.

a) Eigentümer

b) § 185 I, II oder Gesetz

c) Gutgläubiger (Erst)Erwerb der Vormerkung §§ 893 Alt.2, 892

III. Gutgläubiger (Erst)Erwerb der Vormerkung nach §§ 892,893

Einigkeit besteht dahingehend, dass der gutgläubige Erwerb einer Vormerkung möglich ist. Umstritten ist allerdings, ob § 892 direkt oder entsprechend über § 893 Alt2. angewandt wird. Dies hängt mit dem Verständnis der Rechtsnatur der Vormerkung ab

e.A. dingliches Recht, daher § 892 direkt

h.M. sui generis, daher § 892 analog über § 893 Alt.2

***Achtung Klausur:** geschützt wird nur der gute Glaube an die Berechtigung des Bewilligenden nicht aber der gute Glaube an das Bestehen des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruchs.*

IV. Rechtsfolge des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 892, 893 Alt.2

Umstritten sind die Rechtsfolgen des gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung auf den späteren Erwerb des von der Vormerkung betroffenen Rechts

m.M. kleine Lösung: Gutgläubigkeit muss bis zum Antrag auf Eintragung des vorgemerkten Rechts vorliegen, vgl. § 892II.

Mit anderen Worten: der gutgläubige Erwerb der Vormerkung schützt nicht vor späterer Bösgläubigkeit

h.M. große Lösung: Erforderlich ist nur ein guter Glaube beim Erwerb der Vormerkung.

Eine spätere Bösgläubigkeit schadet dem Erwerb des vorgemerkten Rechts nicht.

Spätere Eintragungen sind gem. § 883II analog unbeachtlich, wenn der Erwerber bei Stellung des Antrags der Vormerkung gutgläubig war

Begründung: Nur so kann der mit der Vormerkung bezweckte umfassende Schutz verwirklicht werden. Außerdem Erst-Recht-Schluss, wenn der Erwerber schon vor Verfügungen geschützt wird, dann muss dies erst recht bei eigener Bösgläubigkeit oder etwaigem Widerspruch gelten

Fazit: Nach der **h.M.** ist es für die Wirksamkeit des Erwerbs unerheblich, wenn nach Eintragung der Vormerkung der Vormerkungsberechtigte bösgläubig oder ein Widerspruch eingetragen wird

***Achtung Klausur:** Der Erwerb der Vormerkung führt also zu einer Vorverlagerung des für den gutgläubigen Erwerb des Rechts relevanten Zeitpunkt.*

Nach **h.M.** scheidet allerdings ein gutgläubiger Erwerb aus, wenn die Vormerkung aufgrund einer einseitigen Verfügung eingetragen wurde, da in diesen Fällen kein rechtsgeschäftlicher Erwerb vorliegt!

Problem: Die Vormerkung wird aufgrund einer Verurteilung zur Abgabe einer WE eingetragen oder Verurteilung zur Abgabe der Bewilligung

e.A. trotz der Fiktion des § 894 ZPO findet ein rechtsgeschäftlicher Erwerb statt, daher § 893 BGB (+)

a.A. vergleichbar mit einstweiliger Verfügung, daher § 893 BGB (-)

Konsequenz der großen Lösung: Nach der Eintragung der Vormerkung sind gem. § 883 II analog unbeachtlich:

- Späterer böser Glaube
- Widerruf gegen Richtigkeit des Grundbuchs
- Zerstörung des Rechtsscheins des Grundbuchs durch grundbuchberechtigende Eintragung des wahren Eigentümers

IV. Wirkung der Vormerkung

1. Die Sicherungswirkung

a) Relative Unwirksamkeit §§ 883 II, 888

Um die Entscheidung für die relative Unwirksamkeit und ihre Wirkung besser verstehen zu können muss man sich zunächst klar machen, welche anderen Regelungsvarianten dem Gesetzgeber zur Verfügung standen.

- Grundbuchsperrung
Diesen Weg ist der Gesetzgeber nicht gegangen, da er den Rechtsverkehr mit Grundstücken nicht mehr als nötig blockieren wollte.
- Schuldübernahme kraft Gesetzes
Eine solche Schuldübernahme wäre eklatant systemwidrig, daher hat sich der Gesetzgeber für die relative Unwirksamkeit entschieden.

Lösung: Der durch die Vormerkung Betroffene bleibt zur Verfügung über sein Recht befugt, seine Verfügung ist aber dem durch die Vormerkung Geschützten ggü. insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Nach §883 II ist die relative Unwirksamkeit also eine doppelte, eine persönliche (nur Vormerkungsberechtigtem ggü.) und eine inhaltliche (nur im Umfang der Vereitelung und Beeinträchtigung).

b) Persönliche relative Unwirksamkeit

Die Verfügung ist nur demjenigen ggü. unwirksam, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, vgl. §888. Mit anderen Worten, der Erwerber erwirbt das Recht ggü. jedermann wirksam, nur nicht dem durch die Vormerkung Geschützten ggü.

c) Inhaltliche Unwirksamkeit

Die Verfügung ist –inhaltlich- nur insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, vgl. §883 II. Ausgangspunkt ist die Grundbuchsituation im Augenblick der Vormerkungseintragung, jede nachträgliche Verfügung die diesen Stand verschlechtert, ist dem Geschützten ggü. unwirksam.

d) Verfügung über das vormerkungsbefangene Recht § 883 II

Problem: Kann bei obligatorischen Verhältnissen, die eine dingliche Wirkung haben (Miete, Pacht § 566) eine Verfügung angenommen werden oder § 883 II zumindest analog angewandt werden?

BGH: (-)

Arg.: der soziale Schutz den § 566 beabsichtigt geht dem Vormerkungsschutz vor.

Außerdem wird auf dem im Grundbuch vorgemerkten Anspruch nur derjenige hingewiesen, der ein durch Eintragung im Grundbuch zu erlangendes Recht erwerben will. Das kommt für den Mieter eines Grundstücks nicht in Betracht. Er hat in der Regel keine Veranlassung vor Abschluss eines Mietvertrages in das Grundbuch einzusehen.

Lit: (+)

Arg.: ansonsten steht der schuldrechtliche Berechtigte besser als der dingliche berechtigte Nießbraucher dar, die Einräumung eines dinglichen Wohnrechts stellt nämlich Verfügung dar.

e) Quasi-dinglicher Schutz des Vormerkungsberechtigten ggü. tatsächlichen Veränderungen

§ 1004 analog und § 823 I (Vormerkung als sonstiges Recht/str.)

f) Geltung der §§ 987 ff. zwischen Vormerkungsberechtigtem und vormerkungswidrigem Erwerber

Der Vormerkungsberechtigte kann vom Erwerber analog §§ 987 ff. Nutzungen verlangen, wenn er auch vom Auflassungsschuldner die Nutzungen hätte verlangen können.

Dem vormerkungswidrigen Erwerber stehen umgekehrt Verwendungsansprüche zu, für die er ein ZBR ggü. dem Anspruch aus §888 ausüben kann.

2. Die Vollwirkung

a) Insolvenz des Schuldners § 106 InsO

Trotz Insolvenzeröffnung kann der durch die Vormerkung geschützte Gläubiger vom Insolvenzverwalter die Erfüllung des Anspruchs verlangen

b) Zwangsversteigerung §§ 44, 52, 90 ZVG

3. Rangwirkung

Nach § 883 III bestimmt sich der Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, nach der Eintragung der Vormerkung. Mit anderen Worten, das Recht erhält die Rangstelle, die es eingenommen hätte, wenn es an Stelle der Vormerkung sofort eingetragen worden wäre

V. Übertragung der Vormerkung

Die Übertragung der Vormerkung richtet sich nach §§ 398, 401.

Die Vormerkung als solche ist nicht übertragbar, da sie aber streng akzessorisch ist, geht sie (ipso iure) kraft Gesetzes gem. § 401 mit der Abtretung des gesicherten Anspruchs auf den Zessionar über.

! Eine Eintragung ins Grundbuch ist nicht erforderlich, allerdings wird das Grundbuch durch die Übertragung unrichtig, der Zessionar kann dann nach § 894 als neuer Rechtsinhaber der Vormerkung gegen den noch Eingetragenen vorgehen

Problem: Gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung

Es muss differenziert werden, ob ein Anspruch besteht oder nicht

→Anspruch besteht nicht

Es herrscht Einigkeit, dass ein gutgläubiger Erwerb in diesen Fällen ausscheidet, da ohne Anspruch auch keine Vormerkung entsteht

(S) Akzessorietät

→Anspruch besteht

Im Kern geht es hier um die Frage, ob § 892 überhaupt Anwendung findet

h.L. § 892 findet keine Anwendung

Arg.: § 892 erfordert einen Erwerb durch Rechtsgeschäft, die Vormerkung geht aber als akzessorisches Sicherungsrecht gem. § 401 gesetzlich über, nicht aber kraft Rechtsgeschäfts.

Außerdem Vergleich zur Hypothek § 1154, dort ist ein gutgläubiger Zweiterwerb nur möglich, weil § 1154 entsprechende Publizitätswirkung regelt, eine solche Regelung fehlt im Vormerkungsrecht.

BGH: § 892 ist anwendbar

Arg.: der Übergang der Vormerkung ist folge der rechtsgeschäftlichen Abtretung und beruht zumindest mittelbar auf einem Rechtsgeschäft. Außerdem sei auch bei der Hypothek ein gutgläubiger Erwerb möglich, obwohl dort die Forderung auch nur nach rechtsgeschäftlichem Erwerb übergehe.

VI. Erlöschen der Vormerkung

Die Vormerkung erlischt mit dem Untergang des gesicherten Anspruchs, gem. § 875 mit der Aufgabeerklärung und Löschung im Grundbuch, durch Erlass eines Ausschlussurteils gem. § 887 S.2, sowie durch gutgläubigen „vormerkungsfreien“ Erwerb gem. § 892

VI. Konsequenzen für das Vorgehen in der Klausur

1. Vorgehen gegen den Vertragspartner auf Übereignung des Grundstücks nach §433 I

→§ 275? (-) wenn §883 II, aufgrund der Wirkung des §883 II kann sich der Verkäufer nämlich nicht darauf berufen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs aufgrund der zwischenzeitlichen Verfügung subjektiv unmöglich geworden ist.

2. Vorgehen gegen den als Eigentümer eingetragenen nach §§ 883 II, 888 I

! Es kann vorher noch kurz § 894 geprüft und abgelehnt werden.

Voraussetzungen § 883 II

1. Wirksame Vormerkung (hier II. Voraussetzungen im Einzelnen prüfen)

2. Verfügung des Vormerkungsverpflichteten nach Eintragung

Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert wird (Katalog des §873 I)

P: Abschluss eines Mietvertrages = Verfügung?

h.M. (-)

P: Grundbuchberichtigung = Verfügung?

h.M. (+) sog. große Lösung

P: Eintragung eines Widerspruchs = Verfügung?

h.M. (+) sog. große Lösung

3. Vereitelung oder Beeinträchtigung des gesicherten Anspruchs

Voraussetzungen des Anspruchs aus § 888 I

1. Anspruchsgegner hat eingetragenes Recht erworben

2. Welches im Widerspruch zum Inhalt der Vormerkung steht

3. Unwirksamkeit des Rechts nach § 883 II

4. Erforderlichkeit