

# **Immobiliarsachenrecht**

**Vorlesungsbegleitendes Skript mit Fällen**

von

**Prof. Dr. Rainer Schröder**

Charlotte Wiedenberg

Mathias Bülow

Jakob Tybus

Henry Hoda

**Wintersemester 2008/2009**

## Gliederung

<b>A. EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>I. Vorbemerkungen .....</b>	<b>1</b>
1. Gegenstand des Immobiliarsachenrechts .....	1
2. Definitionen.....	1
<b>II. Das Grundbuch .....</b>	<b>1</b>
1. Regelungsproblem .....	1
2. Grundbuchsystem .....	2
<b>III. Begründung, Übertragung und Rangordnung von Grundstücksrechten.....</b>	<b>2</b>
1. Materielle Voraussetzungen .....	2
2. Formelle Voraussetzungen (Grundbuchrecht) .....	3
3. Rangordnung.....	4
4. Bestimmung des Rangs .....	5
<b>B. EIGENTUM AN GRUNDSTÜCKEN .....</b>	<b>6</b>
<b>I. Einleitung.....</b>	<b>6</b>
<b>II. Schranken des Eigentums.....</b>	<b>6</b>
1. Öffentlich-rechtliche Schranken .....	6
2. Privat-rechtliche Schranken.....	7
<b>C. BEGRÜNDUNG, ÜBERTRAGUNG UND BEENDIGUNG VON GRUNDSTÜCKSRECHTEN .....</b>	<b>10</b>
<b>I. Begründung, Übertragung und Beendigung von Grundstücksrechten .....</b>	<b>10</b>
1. Begründung und Übertragung.....	10
2. Beendigung von Grundstücksrechten, § 875 Abs.1 BGB .....	11
3. Exkurs: Kosten .....	11
<b>II. Übereignung von Grundstücken .....</b>	<b>12</b>
<b>III. Nichtberechtigung und nachträgliche Verfügungsbeschränkungen.....</b>	<b>13</b>
1. Erwerb vom Nichtberechtigten (Gutgläubiger Erwerb), §§ 891 ff. BGB.....	13
2. Erwerb vom Nichtverfügungsbefugten, § 878 BGB .....	15
<b>D. GRUNDBUCHBERICHTIGUNG .....</b>	<b>17</b>
<b>E. VORMERKUNG .....</b>	<b>18</b>
<b>I. Einleitung.....</b>	<b>18</b>
1. Regelungsproblem .....	18
2. Gesetzliche Schutzmöglichkeit - Vormerkung.....	18
<b>II. Voraussetzungen der Eintragung der Vormerkung (Ersterwerb).....</b>	<b>19</b>
1. Bestehen eines vormerkungsfähigen Anspruchs .....	19
2. Bewilligung/ einstweilige Verfügung .....	20
3. Eintragung ins Grundbuch.....	20
4. Berechtigung bzw. Überwindung der Nichtberechtigung .....	20

<b>III. Wirkungen und Rechtsfolge der Vormerkung</b> .....	<b>21</b>
1. Rangwahrung bei Vormerkung für beschränkt dingliche Rechte.....	21
3. §§ 987 ff. BGB analog .....	21
4. weitere Beispielfälle .....	21
5. Streitfälle.....	22
<b>IV. Voraussetzungen der Übertragung der Vormerkung (Zweiterwerb)</b> .....	<b>23</b>
1. Abtretungsvertrag gem. § 398 S. 1 BGB .....	23
2. Kein Ausschluss der Abtretung.....	23
3. Berechtigung bzgl. der gesicherten Forderung .....	23
4. Berechtigung bzgl. der Vormerkung .....	24
5. Überwindung der Nichtberechtigung gem. §§ 892 Abs. 1 S. 1, 893 BGB (str.) .....	24
<b>V. Überblick über den gutgläubigen (Erst- oder Zweit-) Erwerb einer Vormerkung</b> .....	<b>24</b>
<b>F. DINGLICHE SICHERHEITEN</b> .....	<b>26</b>
<b>I. Einleitung</b> .....	<b>26</b>
1. Regelungsproblem .....	26
2. Überblick Interessenlagen .....	26
3. Baufinanzierung aus praktischer Sicht .....	27
<b>II. Die Hypothek</b> .....	<b>31</b>
1. Einleitung .....	31
2. Bestellung der Hypothek (Ersterwerb) .....	32
3. Übertragung der Hypothek (Zweiterwerb) .....	34
4. Einreden gegen die Hypothek und Forderung.....	36
5. Zahlung und Folgen.....	37
6. Verwertung der Hypothek .....	38
<b>III. Die Grundschild</b> .....	<b>39</b>
1. Einleitung .....	39
2. Bestellung der Grundschild (Ersterwerb) .....	43
3. Übertragung der Grundschild (Zweiterwerb) .....	44
4. Einreden .....	45
5. Zahlung und Folgen.....	47
<b>G. ANWARTSCHAFTSRECHTE AN GRUNDSTÜCKEN</b> .....	<b>48</b>
<b>I. Einleitung</b> .....	<b>48</b>
1. Regelungsproblem .....	48
2. Definition und Charakteristika des Anwartschaftsrechts .....	48
<b>II. Anwartschaftsrecht bei bedingtem Rechtserwerb</b> .....	<b>48</b>
<b>III. Anwartschaftsrecht bei der Auflassung</b> .....	<b>48</b>
<b>IV. Anwartschaftsrecht beim Hypothekenerwerb</b> .....	<b>50</b>
<b>H. ABWEHRANSPRÜCHE IM IMMOBILIARSACHENRECHT</b> .....	<b>51</b>
<b>I. Regelungsproblem</b> .....	<b>51</b>
<b>II. Voraussetzungen</b> .....	<b>51</b>
1. Beeinträchtigung.....	51

2. Der Störerbegriff.....	52
3. keine Duldungspflicht, § 1004 Abs.2 BGB.....	52
<b>III. Inhalt.....</b>	<b>52</b>

# A. Einleitung

## I. Vorbemerkungen

### 1. Gegenstand des Immobiliarsachenrechts

Neben dem Recht der beweglichen Sachen umfasst das Sachenrecht auch das Recht der Immobilien. Hierzu zählen das Immobiliarsachenrecht, das Grundbuchrecht sowie das Bodenrecht.

### 2. Definitionen

#### a) Grundstück

Der Begriff des Grundstücks ist gesetzlich nicht definiert. Unter einem Grundstück im Rechtssinn ist ein räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche, der im Grundbuch als „Grundstück“ auf einem besonderen Grundbuchblatt geführt wird. Teil des Grundstücks im Rechtssinn sind der Oberkörper unter der Erdoberfläche, der Laufraum darüber (§ 905 S. 1 BGB) sowie die wesentlichen Bestandteile (Gebäude und Erzeugnisse).

#### b) Grundstücksrechte

Grundstücksrechte sind das Eigentum am Grundstück sowie die beschränkten dinglichen Rechte wie z.B. Grundpfandrechte (Hypothek, Grundschuld) sowie der Nießbrauch und Dienstbarkeiten.

#### c) Verfügungen

Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, durch die ein bestehendes Recht unmittelbar aufgehoben, übertragen, belastet oder sonst in seinem Inhalt geändert wird. Abzugrenzen davon ist das Verpflichtungsgeschäft, wodurch es nicht zu einer unmittelbaren Änderung eines Rechts kommt sondern lediglich der Anspruch auf Leistung (z.B. die Vornahme einer Verfügung) bzw. der Rechtsgrund für Behaltendürfen geschaffen wird.

#### d) Auflassung

Gem. § 925 Abs. 1 S. 1 BGB wird die auf die Übereignung eines Grundstücks gerichtete dingliche Einigung als Auflassung bezeichnet.

## II. Das Grundbuch

### 1. Regelungsproblem

Die Anforderungen, die an eine Rechtsordnung zu stellen sind, erwachsen aus den praktischen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs. Gerade bei wertvollen Gütern hat sie sichere und zuverlässige Grundlagen für den Erwerb, die Übertragung und die Ausübung bereitzustellen.

Für den Wirtschaftsverkehr ist der Erwerb von Grundstücksrechten – hervorzuheben sind die Realsicherheiten Hypothek und Grundschuld - von elementarer Bedeutung. Somit sollen und müssen Grundstücksrechte „verkehrs-fähig“ sein. Auf der anderen Seite trifft

der Erwerb vom Nichtberechtigten den Eigentümer von Grundstücksrechten aufgrund der damit regelmäßig verbundenen Vermögenswerte besonders schwer. Eben diesem Ausgleich der Interessen dient das Grundbuch.

Als staatliches Register gibt es sichere Auskunft über die Rechtsverhältnisse an Grundstücken. Insbesondere der Wirtschaftsverkehr darf auf seine Richtigkeit vertrauen. Ferner soll das aufwendige und formelle Grundbuchverfahren, das einer jeden Verfügung vorgeschaltet ist, auch den Eigentümer vor dem gutgläubigen Erwerb schützen. Ferner ersetzt es den Besitz als Rechtsscheinsträger für Verfügungen. Dies hat zwei entscheidende Vorteile: Zum einen ist insbesondere für die Einräumung von Sicherheiten keine Besitzübertragung erforderlich (man denke an die Probleme des Faustpfandrechts) und zum anderen ist die mehrfache Belastung eines Grundstücks auch mit Rechten gleichen Inhalts möglich.

## 2. Grundbuchsystem

Das formelle Grundbuchrecht ist in der Grundbuchordnung geregelt. Die Grundbuchämter, dh die Amtsgerichte, führen gem. § 1 Abs.1 GBO die Grundbuchämter.

Jedes Grundstück erhält ein Grundbuchblatt, das wie folgt ausgestaltet ist:

### a) Bestandsverzeichnis

Es enthält die Bezeichnung des Grundstücks nach Kataster, Lage, Größe, Bebauung und Nutzungsart.

### b) Abteilung I

Sie weist aus, wer Eigentümer des Grundstücks ist. Alle Änderungen der Eigentumslage werden hier eingetragen.

### c) Abteilung II

Die sonstigen Rechte an Grundstücken und die Verfügungsbeschränkungen, die z.B. durch die Stellung des Insolvenzantrages oder Zwangsversteigerung entstehen können, werden hier eingetragen.

### d) Abteilung III

Hypotheken, Grund- und Rentenschulden

(Zur Veranschaulichung finden sie unter den Materialien auf unserer Lehrstuhlhomepage ein Grundbuchblatt)

## III. Begründung, Übertragung und Rangordnung von Grundstücksrechten

### 1. Materielle Voraussetzungen

Die Begründung eines neuen dinglichen Rechts (z.B. einer Hypothek) und die Übertragung bestehender Rechte bedürfen zu ihrer Wirksamkeit gem. § 873 Abs. 1 BGB eines doppelten Vorgangs:

- 1) Einigung der Parteien über die Begründung, Übertragung
- 2) Eintragung der Begründung oder Rechtsänderung in das Grundbuch

[Ausnahmen bestehen für die Übertragung einer Briefhypothek nach § 1154 BGB und der Begründung einer Eigentümergrundschuld nach § 1196 BGB (s.u.)].

Die Eintragung in das Grundbuch ersetzt die Übergabe bei beweglichen Sachen und trägt damit dem Publizitätserfordernis Rechnung – die Anknüpfung an den Besitz als Rechtscheinsträger wie bei Mobilien, § 1006 BGB, wäre bei Grundstücksrechten nicht praktikabel.

## 2. Formelle Voraussetzungen (Grundbuchrecht)

**Wie** die Eintragung zu erfolgen hat, regelt das BGB nicht. Vorschriften hierzu finden sich wiederum in der GBO.

Aufgrund der oben erläuterten Aufgaben des Grundbuchs, gibt die GBO wesentliche formelle Voraussetzung an, ohne die der Grundbuchbeamte eine Rechtsänderung nicht aufnehmen darf. Man spricht diesbezüglich vom sog. formellen Grundbuchrecht.

### a) Antragsgrundsatz

Eine Eintragung erfolgt grundsätzlich nur auf Antrag desjenigen, der von der Eintragung betroffen wird (§ 13 Abs. 1 S.1 GBO).

### b) Bewilligung des von der Rechtsänderung Betroffenen (Bewilligungsgrundsatz)

Eintragung erfolgt nur, wenn eine Eintragungsbewilligung desjenigen vorliegt, der von der Eintragung betroffen wird, § 19 GBO.

### c) (Nur) Bei Übereignungen

Nachweis der Auflassung gem. § 20 GBO, z.B. durch notarielle Urkunde.

### d) Voreintragungsgrundsatz

Der von der Eintragung Betroffene soll als Berechtigter voreingetragen sein §§ 39 f. GBO.

#### **Merke:**

Das formelle Grundbuchrecht ist streng vom materiellen Recht zu trennen. Für den Erwerb nach § 873 BGB kommt es ausschließlich darauf an, ob überhaupt eingetragen wurde. Ein etwaiger Verstoß gegen die GBO verhindert nicht den Rechtserwerb, sondern kann nur zu Amtshaftungsansprüchen führen.

Zum Grundbuchrecht folgende kleine Fälle:

**Fall 1: Bewilligungsgrundsatz**

Onkel E will seinem Neffen R ein Grundstück schenken. Welche Formalien sind hinsichtlich der Grundbucheintragung zu beachten?

**Fall 2: Veräußerung von Grundstücken**

R hat seinen Onkel E beerbt. Er will das geerbte Grundstück an K veräußern. Kann er dies?

3. Rangordnung

Wie bereits oben erwähnt, ermöglicht das Grundbuch auch die mehrfache Belastung eines Grundstücks (-rechts). Insbesondere ist dies von Vorteil, wenn ein Grundstück mehrere Kredite absichern soll.

Letzteres führt jedoch bei Grundpfandrechten zu der Frage, wie das Verhältnis der Rechtsinhaber zueinander ist. Ist ein Grundstück im Wert von 200.000 € zunächst mit einer Hypothek in der Höhe von 150.000 € belastet und sodann mit einer Grundschuld in Höhe von 70.000 €, so fragt es sich, ob die beiden Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden sollen oder ob der im Rang Vorstehende völlig befriedigt werden soll, ehe der Nachstehende etwas, dh nur 50.000 €, erhält.

Der Gesetzgeber hat sich im Interesse der notwendigen Rechtssicherheit für eine feste Rangordnung entschieden. Derjenige, der zuerst eingetragen ist, wird auch vorrangig befriedigt (sog. Prioritätsgrundsatz, § 879 Abs. 1 S. 1 BGB). Nur für den Fall, dass der Erlös über den Wert dieser Forderung hinausgeht, kann der zweite Gläubiger Befriedigung erlangen. Der Grundschuldinhaber würde demnach lediglich 50.000 € erhalten.

Es gilt: Je schlechter der Rang, desto höher das Risiko des Berechtigten, leer auszugehen.

Zur Verdeutlichung folgender Fall:

**Fall 3: Rangordnung**

B will auf seinem Grundstück ein Haus errichten. Er nimmt bei der A-Bank ein Darlehen über € 100.000 auf, das er durch die Bestellung einer Hypothek für die A-Bank sichert. Während der Bauzeit sieht sich B genötigt, einen weiteren Kredit aufzunehmen. Die C-Bank ist dazu bereit, allerdings nur in Höhe von € 50.000, weil B als Sicherheit nur noch eine weitere Hypothek an seinem Grundstück bieten kann.

Welche Überlegungen könnten für die C-Bank entscheidend gewesen sein?



#### 4. Bestimmung des Rangs

Der Rang richtet sich bei Rechten, die in derselben Abteilung eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen, bei Rechten in verschiedenen Abteilungen nach dem Datum der Eintragungen, § 879 Abs.1 BGB. Ferner kann das Rangverhältnis unter zwei Rechten nachträglich gem. § 880 Abs.1 BGB geändert werden.

Gem. §§ 17, 45 GBO sollen nach dem formellen Grundbuchrecht Anträge, die dasselbe Grundstück betreffen, in der Reihenfolge erledigt werden, in der sie beim Grundbuchamt eingehen.

Ein besonderes Problem stellt sich jedoch, wenn dem Grundbuchbeamten bei der Rang-eintragung ein Fehler unterläuft.

Hierzu folgender – durchaus anspruchsvoller – Fall:

##### **Fall 4: Fehler bei der Eintragung**

A stellt den Antrag auf Eintragung einer Grundschuld in Höhe von 50.000 € am 07. Juli 2008 und B den Antrag auf Eintragung einer Grundschuld in Höhe von 80.000 € am 9. Juli 2008. Trägt der Grundbuchbeamte G die Grundschuld des B als erste ein, so fragt sich, ob A Grundbuchberichtigung verlangen kann.

## B. Eigentum an Grundstücken

### I. Einleitung

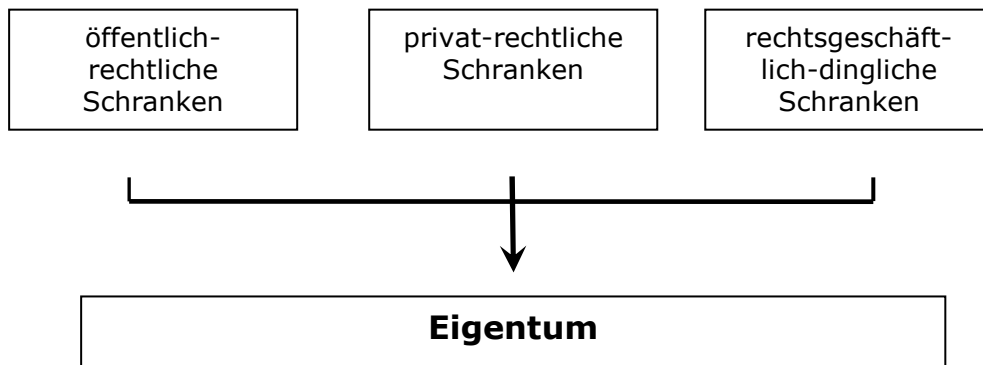
Das Eigentum ist das umfassendste Recht an einer Sache, das unsere Rechtsordnung kennt. Es ist ein absolutes Recht, welches **gegenüber jedermann** wirkt (im Unterschied zu Verträgen, die nur zwischen den Parteien wirken). Die Befugnisse des Eigentümers können auch nicht inhaltlich vollkommen umschrieben werden, vielmehr werden immer wieder einzelne Ausprägungen herangezogen, wie bspw. das Recht die Sache zu übertragen, sie zu nutzen oder gar zu zerstören. Im Gegensatz dazu stehen die anderen dinglichen Rechte, die nur einen beschränkten Inhalt haben, wie bspw. das Pfandrecht oder die Hypothek (daher sog. beschränkte-dingliche Rechte). Sie hingegen sind inhaltlich genau umschrieben.

Das Gesetz bestimmt in § 903 S.1 BGB den Inhalt des Eigentums dahin: „Der Eigentümer kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“ Demnach trifft auch denjenigen, der sich auf eine Einschränkung des Eigentums beruft, die Beweislast.

### II. Schranken des Eigentums

Die umfassenden Befugnisse des Eigentümers würden im sozialen Miteinander mit den Befugnissen und Interessen anderer Eigentümer und Dritter kollidieren. Deshalb unterliegen die Eigentümerbefugnisse gem. § 903 S.1 BGB dann Beschränkungen, wenn das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen.

Die Schranken des Eigentums lassen sich in drei Hauptkategorien unterteilen:



#### 1. Öffentlich-rechtliche Schranken

Im öffentlichen Recht stellt die Enteignung den stärksten Eingriff in das Eigentum dar. Wichtige öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen in Bezug auf Immobilien finden sich insbesondere im Bauplanungs- und Bauordnungsrecht (z.B. BauGB, BauOBl und BImSchG).

## 2. Privat-rechtliche Schranken

Privat-rechtliche Schranken finden sich in den §§ 904 ff. BGB.

### a) § 904 BGB – Notstand

Eine Schranke enthält die Notstandsregelung des § 904 BGB, welche gegenüber § 228 BGB eine bedeutende Erweiterung darstellt: Sie rechtfertigt Beeinträchtigungen des Eigentums unbeteiligter Dritter. Konsequenterweise sind die Voraussetzungen des § 904 BGB verschärft:

- 1) Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr
- 2) keine Unverhältnismäßigkeit zwischen drohendem Schaden und Eigentumsbeeinträchtigung.

Der Eigentümer hat wiederum einen – verschuldensunabhängigen – Schadensersatzanspruch gegen den Handelnden oder Gefährdeten aus § 904 S.2 BGB – es sei denn es bestand ein gesetzlicher Zwang zum Handeln, z.B. § 323c StGB. (Dies ist der seltene Fall eines Schadensersatzanspruchs für nicht rechtswidriges Handeln!). Der Einwirkende hat aber meist einen Ersatzanspruch gegen den Dritten (der den Einwirkenden zur Einwirkung genötigt hat) aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus Bereicherungsrecht.

### b) § 905 BGB

### c) Allgemeines Schikaneverbot

### d) Nachbarrecht

Die wichtigste Schranke stellt das Nachbarrecht dar. Hier zeigt sich in der Praxis das Spannungsverhältnis zwischen der Ausübung der Eigentumsbefugnisse und den Rechtspositionen Dritter am deutlichsten. Die Nachbarlage von Grundstücken erzwingt ein gegenseitiges Nachgeben. Entscheidende Frage ist somit, wann Duldungspflichten bestehen.

#### aa) Immissionsrecht

Unter Immissionen versteht man alle Einwirkungen, die von einem anderen Grundstück ausgehen und die das Eigentum in irgendeiner Weise beeinträchtigen können. Dabei ist es nicht notwendig, dass die jeweiligen Grundstücke unmittelbar aneinander grenzen. Häufig gehen die Schädigungen von weiter abgelegenen Grundstücken, wie bspw. Fabriken aus.

Im Einzelnen können unterschieden werden

- 1) Grobkörperliche Immissionen (Ponderabilien):

Diese Stoffe, wie Steinschlag, Eindringen von Wurzeln, werden von § 906 Abs.1 BGB nicht erfasst. Es sind keine „unabwägbaren Stoffe“. Sie können deshalb ohne Einschränkungen gem. § 1004 Abs.1 BGB abgewehrt werden.

- 2) Unabwägbare Stoffe (Imponderabilien):

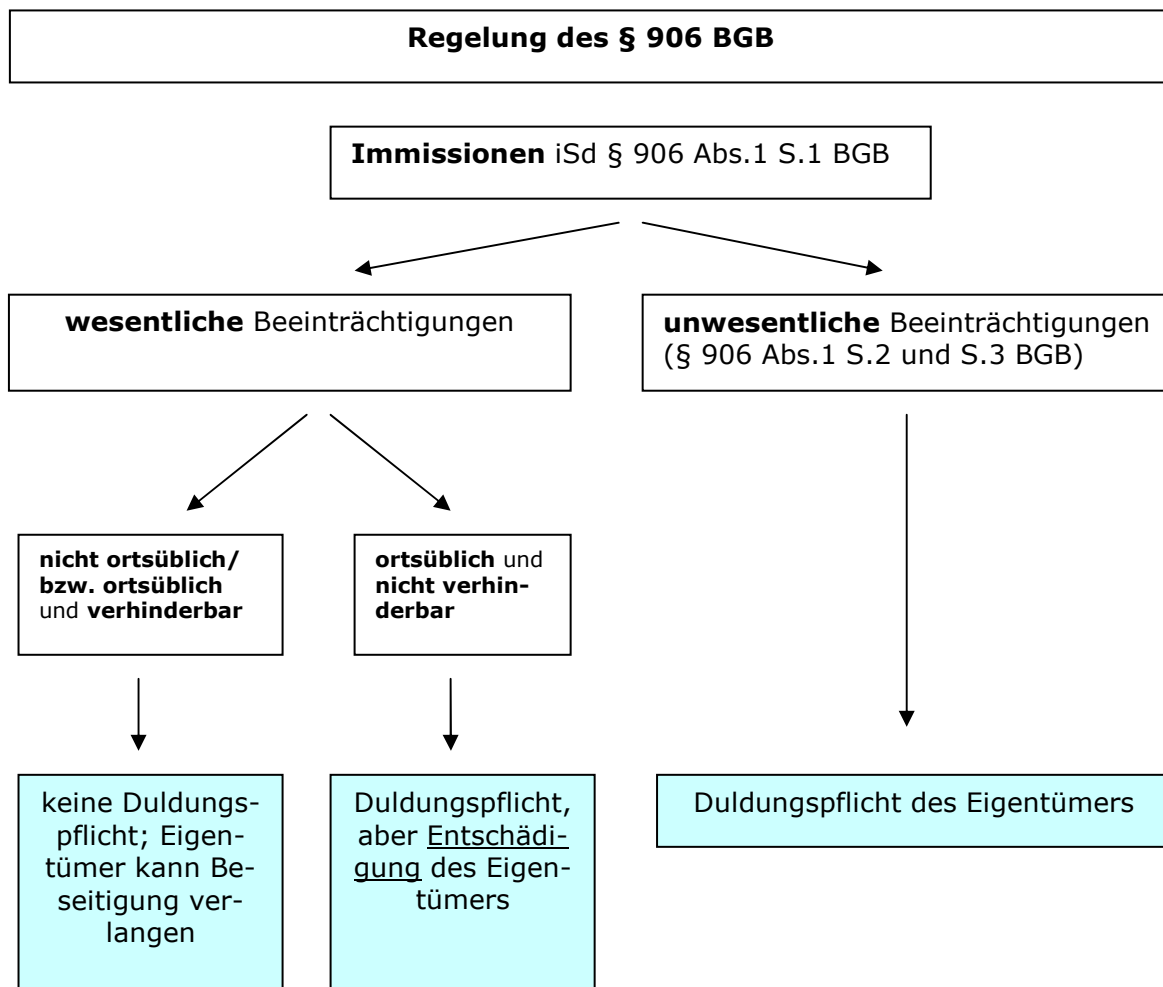
Dies sind die im Gesetz genannten Fälle.

Die wichtigste Norm für den Ausgleich der meist gegenläufigen nachbarrechtlichen Interessen ist § 906 BGB. Er begründet für den Eigentümer unter bestimmten Voraussetzun-

gen eine Duldungspflicht und stärkt spiegelbildlich das Recht des Nachbarn sein Eigentum in einer bestimmten Weise zu nutzen.

Rechtlich ist § 906 BGB im Zusammenhang mit § 1004 BGB zu sehen. Nach § 1004 Abs.1 BGB kann jeder Eigentümer Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, solange nach Abs.2 keine Duldungspflicht besteht. Eben eine solche enthält § 906 BGB für bestimmte Immissionen.

[Zu den Einzelheiten des negatorischen Abwehrenspruchs aus § 1004 BGB s.u. H.]



Maßstab für das Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung ist das Empfinden eines verständigen Durchschnittsbenutzers des betroffenen Grundstücks in seiner durch Natur, Gestaltung und Zweckbestimmung geprägten konkreten Beschaffenheit und nicht das subjektive Empfinden des Gestörten.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Palandt-Bassenge, § 906 Rn. 22.

**Fall 5:**

Bauer B betreibt auf seinem Hof eine Schweinemästerei. In seiner Nachbarschaft waren zunächst auch ähnliche landwirtschaftlich genutzte Grundstücke zu finden. Nach und nach wurden die Grundstücke jedoch verkauft und mit Wohnblöcken bebaut. Die Mieter beschwerten sich ständig über den penetranten Geruch, der von den Stallungen ausgeht.

Kann Eigentümer E des Nachbargrundstücks die Einstellung des Schweinemastbetriebes verlangen?

**bb) Ansprüche vorbeugender Natur**

In den §§ 907-909 BGB hat das Gesetz vorbeugende Ansprüche geregelt.

**cc) Überbau, § 912 BGB**

Baut ein Eigentümer auf das Grundstück seines Nachbarn, so stellt sich die Frage, wer Eigentümer dieses überbauten Teils geworden ist und ob der betroffene Nachbar Beseitigung etwa nach § 1004 BGB verlangen kann.

Das Gesetz unterscheidet zwischen dem entschuldigten Überbau iSd § 912 Abs.1 BGB und dem unentschuldigten Überbau. Nur hinsichtlich dem Ersteren besteht eine Duldungspflicht des betroffenen Nachbarn; er ist jedoch gem. § 912 Abs.2 BGB für diesen Fall zu entschädigen.

Fraglich sind in diesen Fällen die Eigentumsverhältnisse. Hierzu und zur Vertiefung folgender

**Fall 6:**

E und N sind Nachbarn. E errichtet auf seinem Grundstück ein Wohnhaus, dessen Giebelmauer auf dem Grund des N steht. E traf dabei nur leichte Fahrlässigkeit.

a) Wie sind die Eigentumsverhältnisse hinsichtlich der Giebelmauer?

b) Wie wäre zu entscheiden, wenn E in bewusster Unkenntnis vom Grenzverlauf gebaut hätte?

c) Noch vor Errichtung dieser Mauer war der Bau unterbrochen. N hatte zur Weiterführung des Baus eingewandt, dass die Mauer die Lichtzufuhr zu seinem Grundstück beschränke. Der Bau wird dennoch zu Ende geführt. N verlangt nun Beseitigung der Mauer.

## C. Begründung, Übertragung und Beendigung von Grundstücksrechten

### I. Begründung, Übertragung und Beendigung von Grundstücksrechten

#### 1. Begründung und Übertragung

##### **Prüfungsschema: Erwerb von Grundstücksrechten**

- Einigung gem. § 873 Abs. 1 BGB
- Eintragung ins Grundbuch gem. § 873 Abs. 1 BGB
- Berechtigung, ggf. Überwindung gem. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB

##### a) Einigung

Die Einigung ist ein dinglicher Vertrag. Er führt die gesonderte Bezeichnung nur, um den dinglichen Vertrag von dem Verpflichtungsgeschäft deutlich zu unterscheiden. Alle Vorschriften über Verträge finden auf die Einigung unmittelbare Anwendung, bspw. §§ 145 ff. BGB.

Die Einigung ist grundsätzlich formfrei mit Ausnahme der Auflassung, § 925 BGB (s.u.).

Eine Besonderheit besteht hinsichtlich der Bindung an die Einigung. Zwar ist die formlose Einigung nach § 873 Abs.2 BGB wirksam, aber nicht bindend. Dies bedeutet eine Ausnahme von der Regel, dass Verträge mit ihrer Wirksamkeit zugleich auch eine Bindungswirkung entfalten.

Für den praktischen Grundstücksverkehr ist die formlose Einigung aufgrund der Wichtigkeit der dinglichen Verträge jedoch ohne große Bedeutung. § 873 Abs.2 BGB bestimmt nämlich, dass die Einigung in bestimmten Fällen unwiderruflich wird:

- wenn die Erklärungen notariell beurkundet sind,
- wenn die Erklärungen vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei ihm eingereicht sind,
- wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine formelle Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO ausgehändigt hat.

##### b) Eintragung

Grund für dieses konstitutive Eintragungserfordernis ist, dass dadurch erreicht wird, dass durch wirksame Rechtsgeschäfte in Bezug auf dingliche Rechte das Grundbuch niemals unrichtig werden kann, sondern immer die jeweilige Rechtslage wiedergibt.

Ferner dient es der Publizität vorgenommener rechtsgeschäftlicher Änderungen.

*Beachte:* dieses konstitutive Eintragungserfordernis gilt jedoch nur für Rechtsgeschäfte, nicht dagegen für Rechtsänderungen, die sich durch Staatsakt oder aufgrund des Gesetzes vollziehen (z.B.: Zuschlag (§ 90 ZVG), Erbfall (§ 1922 BGB)).

##### c) Berechtigung bzw. Überwindung der Nichtberechtigung

###### aa) Berechtigung

Zur Zeit der Begründung oder Übertragung eines Grundstücksrechts muss der Veräußerer verfügungsberechtigt sein. Dies ist grundsätzlich der Eigentümer.

Weiterhin besteht die Möglichkeit einem Nichtberechtigten gem. § 185 Abs. 1 BGB rechtsgeschäftlich die Verfügungsmacht zu verschaffen. Des Weiteren bestehen Fälle von gesetzlichen Ermächtigungen (z.B. § 80 Abs.1 InsO).

#### bb) Nichtberechtigung

Ausnahmsweise kann die Nichtberechtigung überwunden werden, sog. gutgläubiger Erwerb (siehe III.)

#### 2. Beendigung von Grundstücksrechten, § 875 Abs.1 BGB

Die **Aufhebung** von Grundstücksrechten bedarf wiederum eines doppelten Aktes

- 1) Aufgabeerklärung
- 2) Eintragung eines Lösungsvermerks (§ 46 Abs. 1 GBO) im Grundbuch

Die versehentliche Löschung – ohne Aufgabeerklärung – führt somit nur zur Unrichtigkeit des Grundbuchs, nicht jedoch zum Rechtsverlust.

#### 3. Exkurs: Kosten

Mit der Übertragung von Grundstücksrechten sind regelmäßig folgende Kosten verbunden:

<i>Wert der Immobilie: 1.000.000 EUR</i>			
<b>Positionen</b>	<b>Erläuterungen</b>	<b>Anteil</b>	<b>Betrag</b>
Maklerkosten	Diese finden sie meistens im Verkaufsexposé. Je nach Bundesland sind zwischen 3,5% und 6% des Kaufpreises üblich (in Berlin: 6 %).	7,14 % <sup>2</sup>	71.400 €
Notarkosten	Die Notarkosten (Notargebühren und Auslagen) sind gesetzlich festgelegt im Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, kurz Kostenordnung (KostO). Ihre Höhe richtet sich ausschließlich nach Bedeutung und Wert des Geschäfts und nicht nach dem Arbeitsaufwand des Notars. Für jedes Geschäft sieht die bundesweit einheitliche Kostenordnung einen bestimmten Gebührensatz vor. Ausgehend vom jeweiligen Gebührensatz errechnet sich die konkrete Gebühr nach der vom Geschäftswert abhängigen Gebührenstaffelung. Die Beurkundungsgebühr umfasst dabei die umfassende Beratung durch den Notar, die Entwurfsfertigung sowie die Beurkundung im engeren Sinne.	<u>Beurkundungsgebühr</u> (§ 36 Abs. 2 KostO) für den Vertrag, Beurkundung und Anträge: zwei volle Gebühren iSd § 32 KostO	3.114 €
		<u>Vollzugsgebühr</u> (§ 146 Abs. 1 KostO) für die Überwachung des Zug-um-Zug-Geschäfts: eine halbe Gebühr iSd § 32 KostO	778,50 €

<sup>2</sup> 6 % zzgl. MwSt. = 7,14 %.

		<u>Betreuungsgebühr</u> (§ 147 Abs. 2 KostO) für die Überwachung der vereinbarten Fälligkeit des Kaufpreises (ohne Notaranderkonto mit Belastungsvollmacht): eine halbe Gebühr iSd § 32 Kost=	778,50 €
Grunderwerbssteuer	Nach § 11 GrEStG ist die eine Steuer, die auf den Umsatz von inländischen Grundstücken, Wohnungseigentum, Erbbaurechten und Gebäuden auf fremden Grund und Boden erhoben wird. Diese fällt beispielsweise beim Kauf, Tausch, bei einer Erbschaft oder Schenkung an. Der Steuersatz beträgt seit 1997 3,5 % des Kaufpreises zuzüglich etwaiger sonstiger Leistungen, die der Erwerber als Entgelt für den Erwerb des Grundstücks übernimmt bzw. gewährt.  In Berlin beträgt der Steuersatz für Erwerbsvorgänge die ab dem 01.01.2007 verwirklicht wurden 4,5 %.	4,5 %	45.000 €
Grundbuchkosten	Die Grundbuchkosten sind gesetzlich festgelegt im Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, kurz Kostenordnung. § 60 KostO regelt die Kosten für die Eintragung eines Eigentümers. Nach § 60 Abs.1 KostO wird grundsätzlich die volle Gebühr erhoben. Die Gebühren richten sich auch hier nach dem Eintragungswert des jeweiligen Grundstücks.	Eine volle Gebühr iSd § 32 KostO	1.557 €
<b>Gesamt</b>			<b>122.628 €</b>

## II. Übereignung von Grundstücken

Als besonders praxisrelevanter Fall der Übertragung von Grundstücksrechten ist die Übereignung von Grundstücken (also die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück) zu nennen. Dementsprechend folgt sie im Grundsatz dem oben genannten Schema, jedoch mit einigen zusätzlichen Voraussetzungen.

### **Prüfungsschema: Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb an Grundstücken**

- Auflassung, § 925 Abs. 1 S. 1 BGB
- Eintragung ins Grundbuch gem. §873 Abs. 1 BGB
- Berechtigung, ggf. Überwindung gem. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB

- Eine Sonderregelung besteht also hinsichtlich der dinglichen Einigung. Nach § 925 BGB muss die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile von einer zuständigen Stelle erklärt werden.



*Beachte:* Die gleichzeitige Anwesenheit erfordert aber nicht eine persönliche Anwesenheit, vielmehr ist eine Stellvertretung möglich.

- Eine weitere wichtige Besonderheit ist die Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit der Auflassung, § 925 Abs.2 BGB, da das Grundbuch über das Eigentum an Grundstücken sichere Auskunft geben soll. Folglich gibt es bei Grundstücken keinen Eigentumsvorbehalt.
- Dies kann für den Veräußerer zu dem Risiko führen, dass er sein Eigentum verliert ohne jedoch den vollständigen Kaufpreis erhalten zu haben. In der Praxis wird daher häufig der Notar von den Beteiligten angewiesen, die Eigentumsumschreibung auf den Erwerber erst dann vorzunehmen, wenn der Erwerber den Kaufpreis auf ein sog. Notaranderkonto überwiesen hat (sog. Vollzugs- und Ausfertigungssperre).

#### **Fall 7:**

Onkel O will seinem Neffen N sein Grundstück zuwenden:

- a) bereits zu Lebzeiten
- b) nach seinem Tode.

Wie vollzieht sich der Eigentumserwerb des N?

### III. Nichtberechtigung und nachträgliche Verfügungsbeschränkungen

#### 1. Erwerb vom Nichtberechtigten (Gutgläubiger Erwerb), §§ 891 ff. BGB

##### a) Einleitung

Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten ist für bewegliche Sachen nach § 932 Abs.1 BGB möglich. Ähnlich dieser Regelung ist auch bei Grundstücksrechten der gute Glaube an die gesetzliche Vermutung des § 891 BGB durch § 892 Abs.1 BGB geschützt. Wie der Besitz bei beweglichen Sachen, ist im Immobiliarsachenrecht das Grundbuch Rechtsscheinsträger. Zwar ist das Grundbuch nur in extrem seltenen Fällen unrichtig, doch sind die Folgen jeweils außerordentlich schwerwiegend. Unrichtigkeit des Grundbuchs setzt voraus, dass die materielle Rechtslage mit der formellen (dh der durch das Grundbuch ausgewiesenen) nicht übereinstimmt.

##### b) Prüfungsaufbau

#### **Prüfungsschema: gutgläubiger Erwerb**

- Einigung gem. § 873 Abs. 1 BGB (beim Grundstückserwerb: Auflassung gem. § 925 Abs. 1. S.1 BGB)
- Eintragung gem. § 873 Abs. 1 BGB
- Überwindung der Nichtberechtigung gem. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB
  - Rechtsgeschäft in Form eines Verkehrsgeschäfts
  - Unrichtigkeit des Grundbuchs und Veräußerer dadurch legitimiert
  - Keine positive Kenntnis des Erwerbers; beachte § 892 Abs. 2 BGB
  - Kein Widerspruch eingetragen

*Beachte:* Alle anderen Grundlagen für den Erwerb müssen gegeben sein, also wirksame Einigung und Eintragung. **§ 892 BGB überwindet nur das Fehlen der Verfügungsbe-**  
**fugnis!**

aa) Rechtsgeschäft in Form eines Verkehrsgeschäfts

- Rechtsgeschäft: § 892 BGB erfasst nur rechtsgeschäftliche Erwerbsvorgänge von Grundstücksrechten (also nicht den gesetzlichen Erwerb, z.B. Erbfolge gem. § 1922 BGB)
- Verkehrsgeschäft: liegt vor, wenn auf der Erwerberseite mindestens eine Person beteiligt ist, die nicht der Veräußererseite angehört (keine wirtschaftliche oder persönliche Identität)

bb) Unrichtigkeit des Grundbuchs und Veräußerer dadurch legitimiert

Der Nichtberechtigte muss als vermeintlich Berechtigter im Grundbuch eingetragen sein.

cc) Keine positive Kenntnis des Erwerbers

Der Erwerber darf keine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs haben (grob fahrlässige Unkenntnis schadet anders als bei § 932 Abs. 2 BGB nicht).

*Beachte:* Der gute Glaube muss grundsätzlich bis zu dem Zeitpunkt vorliegen, in welchem der Rechtserwerb sich vollendet. Der Rechtserwerb ist grundsätzlich erst mit Eintragung im Grundbuch vollendet. Probleme ergeben sich deshalb, wenn der Erwerber nach Einigung aber vor Eintragung positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs erlangt. Daher ist gem. § 892 Abs. 2 BGB die Kenntnis zur Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung entscheidend, wenn die Eintragung auf die Einigung folgt. Folgt hingegen die Einigung auf die Eintragung, so bestimmt § 892 Abs.2 BGB, dass die Kenntnis zur Zeit der Einigung maßgebend ist.

dd) Kein Widerspruch eingetragen

Gutgläubiger Erwerb ist nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs gem. § 899 BGB eingetragen ist. Die Wirkung eines Widerspruchs tritt unabhängig davon ein, ob der Erwerber das Grundbuch eingesehen hat oder nicht. Kenntnis des Widerspruchs ist nicht erforderlich.

Dies gilt auch, wenn erst nach Stellung des Antrags auf Eintragung im Grundbuch aber vor tatsächlicher Eintragung ein Widerspruch eingetragen wird.

Zur Verdeutlichung folgende Fälle:

**Fall 8: Grundbuchberichtigung**

F ist gestorben. F's Sohn S ist als gesetzlicher Erbe des F als Eigentümer des Grundstücks eingetragen worden. S stirbt drei Jahre später und wird von seiner Tochter A beerbt. Nachdem die Umschreibung im Grundbuch zugunsten der A erfolgt ist, findet sich ein Testament des F, in dem B als Alleinerbin eingesetzt ist.

Kann B die Berichtigung des Grundbuchs gem. § 894 BGB bewirken?

**Fall 9: Abwandlung von Fall 8**

A schaltet im Fall 8 schnell: Sobald sie von F's Testament erfährt, geht sie mit W zum Notar und schließt einen Kaufvertrag über das Grundstück. Die Auflassung erfolgt gleichfalls. Der Notar stellt am selben Tag den Umschreibungsantrag. W hat das Grundbuch nicht eingesehen; eine Woche später erfährt er die wahre Rechtslage. Eine weitere Woche später erfolgt die Eintragung des W als Eigentümer.

Hat W Eigentum am Grundstück erworben?

### Fall 10

G ist im Grundbuch fälschlicherweise als Eigentümer eingetragen. Er und U schließen einen notariell beurkundeten Kaufvertrag. Anschließend stellt U den Antrag, ihn (U) als Eigentümer einzutragen. Er hat das Grundbuch eingesehen, dabei jedoch nicht feststellen können, dass die Eintragung des Widerspruchs von B bereits beantragt, wenn auch noch nicht vollzogen war. Bevor U im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird, wird B's Widerspruch eingetragen.

Hat U Eigentum am Grundstück erworben?

#### c) Wirkung des § 892

Da § 892 BGB eine Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung enthält sind folgende Konstellationen denkbar:

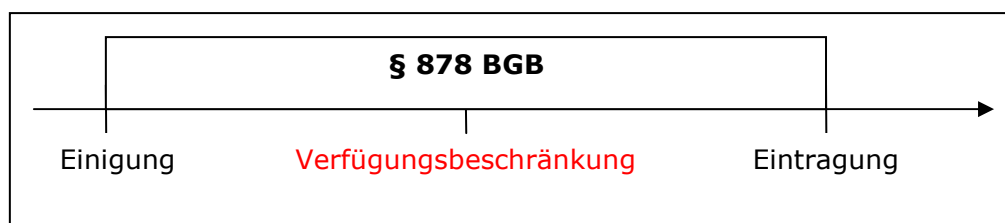
- gutgläubiger Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer
- gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Eigentums vom Eigentümer

Bsp.: Aus Versehen wird eine in Abt. III eingetragene Grundschuld zugunsten einer Bank gelöscht. Zwar ist nach § 875 Abs.1 BGB zur Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück die Aufgabeerklärung und Löschung im Grundbuch erforderlich (s.o.). Demnach bestand die Grundschuld noch fort. Doch gilt nach § 892 Abs.1 BGB der Inhalt des Grundbuchs nicht nur als richtig, sondern auch als vollständig, obwohl die Grundschuld weiter besteht.

Ein Erwerber des Grundstücks erwirbt daher unbelastetes Eigentum (also ohne die Belastung mit der Hypothek).

#### 2. Erwerb vom Nichtverfügungsbefugten, § 878 BGB

Problematisch ist, dass in der Praxis zwischen Einigung und Eintragung regelmäßig mehrere Wochen liegen. Von Bedeutung ist daher die Frage, welche Auswirkungen Verfügungsbeschränkungen (zB. Nach § 80 Abs. 1 InsO) haben, die nach Einigung aber vor Eintragung eintreten.



§ 878 BGB bestimmt für diesen Fall, dass Verfügungsbeschränkungen dann nicht mehr die Wirksamkeit der abgegebenen Erklärung beeinflussen, wenn sie erst eintreten, nachdem die Erklärung bindend geworden ist (§§ 873 Abs.2, 875 BGB) und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt ist. Die Parteien sind unter anderem dann an ihre Erklärungen gebunden, wenn diese notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben wurden, § 873 Abs. 2 BGB.

Zur Verdeutlichung folgende Fälle:

**Fall 11:**

E veräußert sein Grundstück am 10. November in notarieller Form an K. Notar N beantragt am 30. November im Auftrag beider beim Grundbuchamt den Vollzug der Urkunde. Am 10. Dezember wird über das Vermögen des E das Insolvenzverfahren eröffnet. Am 12. Dezember wird K ins Grundbuch eingetragen.

Ist K Eigentümer geworden?

**Fall 12:**

E hat von D ein Grundstück erworben. D ficht jedoch sowohl den Kaufvertrag als auch die Übereignung gem. § 123 BGB an und beantragt am 9. November die Eintragung eines Widerspruchs aufgrund einer einstweiligen Verfügung. Am 10. Dezember wird über das Vermögen des E das Insolvenzverfahren eröffnet.

Kann der Widerspruch dennoch am 12. Dezember eingetragen werden?

## D. Grundbuchberichtigung

Wegen der Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs (§ 892 BGB) kann die formelle Unrichtigkeit des Grundbuchs für den wahren Berechtigten schwerwiegende Folgen haben. Ihm droht Rechtsverlust und nach dem formellen Grundbuchrecht ist der Berechtigte wegen § 39 GBO an der Verfügung über sein Recht gehindert.

Folglich besteht ein dringendes Bedürfnis, dass die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch Berichtigung desselben beseitigt wird. § 894 BGB sieht daher einen „Berichtigungsanspruch“, besser einen Anspruch auf Abgabe einer Eintragungsbewilligung gegen den zu Unrecht im Grundbuch Eingetragenen vor.

Hintergrund ist, dass für jede Eintragung stets (Ausnahme § 22 GBO) eine formelle Bewilligung des im Grundbuch als Rechtsinhaber Ausgewiesenen erforderlich ist, § 19 GBO. Wird die Bewilligung nicht freiwillig erteilt, muss der Betroffene seinen Anspruch nach § 894 BGB auf Abgabe der Bewilligungserklärung geltend machen. Erhält der Kläger Recht, sieht die ZPO eine Erleichterung für die Durchsetzung dieses Anspruchs vor: Die Abgabe der Willenserklärung wird gem. § 894 ZPO fingiert.

Da die Geltendmachung dieses Anspruchs eine geraume Zeit in Anspruch nehmen kann, wird in der Praxis parallel ein Widerspruch gem. § 899 BGB (s.o.) eingetragen, um einen gutgläubigen Erwerb für diese Zwischenzeit zu verhindern.

### **Prüfungsschema: § 894 BGB (Grundbuchberichtigungsanspruch)**

- Grundbuch unrichtig in Ansehung eines dinglichen Rechts
- Aktivlegitimation des Anspruchstellers = materielle Berechtigung
- Passivlegitimation des Anspruchsgegners = Innehabung der Buchposition

### **Fall 13:**

B ist als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Als Erwerbsgrund ist vermerkt: „Gesetzlicher Alleinerbe nach dem bisherigen Eigentümer T“. Es findet sich ein Testament, das E als Alleinerben des T ausweist.

Kann E von B Grundbuchberichtigung verlangen?

## E. Vormerkung

### I. Einleitung

#### 1. Regelungsproblem

Wie bereits gesehen, vergeht in der Regel bei Grundstücksgeschäften eine geraume Zeit zwischen dem schuldrechtlichen Vertrag, der die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücksrechts (häufig des Eigentums) enthält, und der späteren Rechtsänderung selbst, nicht zuletzt deshalb, weil die Eintragung in das Grundbuch erfolgen muss, die Wochen oder Monate dauern kann.

Besonders deutlich wird dies beim Grundstückserwerb:

**Vor Zahlung** des Kaufpreises läuft der Veräußerer Gefahr sein Recht zu verlieren ohne dafür die entsprechende Gegenleistung (Kaufpreis) erhalten zu haben.

Zur Vermeidung dieser Risiken für den Verkäufer hat die Praxis im Wesentlichen drei Wege herausgearbeitet.

- 1) Getrennte Beurkundung von Kaufvertrag (vgl. § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB) und der Auflassung, letztere erst nachdem der Kaufpreis bezahlt ist.
- 2) Aufnahme der Auflassung in den Kaufvertrag und vom Notar zu überwachende Vorlagesperre dahingehend, dass die Auflassung erst an das Grundbuchamt gelangen darf, wenn der Kaufpreis bezahlt ist.
- 3) Aufnahme der Auflassung in die Kaufvertragsurkunde, wobei aber die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch ausdrücklich noch nicht bewilligt wird

**Nach Zahlung** des Kaufpreises ist es insbesondere der Erwerber, der befürchten muss, dass in der Zwischenzeit der Veräußerer über das Recht verfügt. Denn bis zur Eintragung ist der Veräußerer in der Lage, anderweitig über sein Recht zu verfügen. Die Bindung des schuldrechtlichen Vertrags hindert den Veräußerer nicht, eine vertragswidrige, aber dennoch wirksame Verfügung über das Grundstück zugunsten eines Dritten vorzunehmen und die Erfüllung des Rechtsgeschäfts zu vereiteln (§ 275 BGB). Dem Erwerber verbleiben lediglich Schadensersatzansprüche.

#### 2. Gesetzliche Schutzmöglichkeit - Vormerkung

##### a) Definition

Die Vormerkung ist ein Sicherungsmittel eigener Art welches gem. § 883 Abs. 1 S. 1 BGB einen schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung absichert. Mit der Vormerkung kann somit nicht nur der Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks gesichert werden, sondern etwa auch der schuldrechtliche Anspruch auf Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld. Der Vormerkungsberechtigte ist dann gegenüber späteren Verfügungen über das Grundstück oder Grundstücksrecht geschützt, da diese ihm gegenüber relativ unwirksam sind, § 883 Abs. 2 S. 1 BGB.

## b) Aufassungsvormerkung

Die in Klausur und Praxis häufigste Form ist die sog. Aufassungsvormerkung. Sie sichert den schuldrechtlichen Anspruch des Käufers auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück.

Zur Verdeutlichung folgende Fälle:

### Fall 14:

Eigentümer E steht seit längerem in Verkaufsverhandlungen über sein am Rande der City gelegenes Grundstück mit K1. Am 1.11.2008 schließt er mit ihm einen notariellen Kaufvertrag über 300.000 €. Da K1 noch Einzelheiten wegen der Finanzierung regeln will, wird die Aufassung noch nicht erklärt, sondern soll in einem gesonderten Termin vorgenommen werden. K2 möchte das Grundstück für einen Hotelbetrieb nutzen und bietet daher dem E 400.000 € an. E verkauft daraufhin notariell an K2 für 400.000 € und lässt es ihm auf. K2 wird als Eigentümer eingetragen

Kann K1 von E nun noch die Übertragung des Eigentums verlangen?

### Fall 15:

E verkauft an K ein Grundstück in notariell beurkundeter Form. Die Aufassung wird gleichzeitig im notariellen Kaufvertrag erklärt. Der beurkundende Notar wird von beiden Parteien beauftragt, die Eintragung des K im Grundbuch herbeizuführen. K möchte zu seiner Sicherheit zusätzlich eine Aufassungsvormerkung erhalten. E meint, nach erklärter Aufassung sei diese Sicherung überflüssig.

a) zu Recht?

b) Kann K ohne Mitwirkung des E eine Vormerkung erhalten?

## II. Voraussetzungen der Eintragung der Vormerkung (Ersterwerb)

### Prüfungsschema: Ersterwerb der Vormerkung

- Bestehen eines vormerkungsfähigen Anspruchs, § 883 Abs. 1 S. 1 BGB
- Bewilligung/ einstweilige Verfügung, § 885 Abs.1 S.1 BGB
- Eintragung ins Grundbuch, §§ 883 Abs.1 S. 1, 885 Abs. 1 S. 1 BGB
- Berechtigung, ggf. Überwindung der Nichtberechtigung gem. §§ 893, 892 BGB

### 1. Bestehen eines vormerkungsfähigen Anspruchs

Gem. § 883 Abs. 1 S. 1 BGB dient eine Vormerkung der Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung an Grundstücksrechten. Ohne das Vorliegen eines Anspruchs kann die Vormerkung nicht entstehen. **Die Vormerkung ist streng akzessorisch!** Ihr Fortbestand hängt von der Existenz des zu sichernden Anspruchs ab.

Die Eintragung der Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen (entstandenen aber noch fälligen) oder eines bedingten Anspruchs zulässig (§ 883 Abs.1 S.2 BGB). Jedoch werden an die Sicherung zukünftiger Ansprüche hohe Anforderungen gestellt, denn sonst bestünde die Gefahr einer faktischen Grundbuchsperre. Es wird verlangt, dass bereits der Rechtsboden für die Entstehung des Anspruchs durch ein rechtsverbindliches Angebot oder Abkommen zwischen den künftigen Vertragsparteien soweit vorbereitet sein muss, dass dessen Entstehung nur noch vom Willen des demnächst Berechtigten abhängt.

**Bsp.:** Die Eheleute M und F schenken ihrem Sohn S ihr Grundstück in notariellem Vertrag unter gleichzeitiger Auflassung und Vereinbarung einer Rückübertragungspflicht, wenn sich S grob undankbar erweisen sollte.

Da hier die Rückauflassungsvereinbarung bereits notariell vereinbart ist, ist bereits ein gesicherter Rechtsboden für die Entstehung des Anspruchs bereitet.

## 2. Bewilligung/ einstweilige Verfügung

Anders als bei den sonstigen Grundstücksrechten ist für die Bestellung einer Vormerkung keine Einigung iSd § 873 BGB notwendig, sondern eine Bewilligung des Berechtigten. Die Bewilligung iSd § 885 Abs.1 BGB ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist jedoch von der grundbuchrechtlichen Bewilligung nach § 19 GBO zu unterscheiden. Nur letztere muss gem. § 29 GBO durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. In der Praxis fallen jedoch beide meist zusammen.

Erklärt der Betroffene die Bewilligung nicht freiwillig, so kann diese durch eine einstweilige Verfügung ersetzt werden.

## 3. Eintragung ins Grundbuch

Gem. §§ 883 Abs. 1 S. 1, 885 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Vormerkung ins Grundbuch einzutragen. Die Eintragung wirkt konstitutiv, § 885 BGB ist lex specialis zu § 873 BGB.

## 4. Berechtigung bzw. Überwindung der Nichtberechtigung

### a) Berechtigung

Es gelten die allgemeinen sachrechtlichen Regelungen (s.o.): berechtigt ist der Rechtsinhaber.

### b) Überwindung der Nichtberechtigung (Gutgläubiger Ersterwerb der Vormerkung)

Die Bewilligung einer Vormerkung ist nach überwiegender Ansicht eine Verfügung gem. § 893 Alt. 2 BGB, der § 892 BGB für anwendbar erklärt. Geschützt wird allerdings nur der gute Glaube an die Berechtigung des Bewilligenden, nicht aber an das Bestehen des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruchs. Wenn also bereits die Entstehung des Anspruchs scheitert, kann daher eine Vormerkung mangels Anspruchs nicht erworben werden.



### III. Wirkungen und Rechtsfolge der Vormerkung

Wie bereits gesehen, soll die Vormerkung den Anspruch in seiner Durchführung sichern. Hieran sind die Wirkungen angepasst.

#### 1. Rangwahrung bei Vormerkung für beschränkt dingliche Rechte

Insbesondere bei Grundpfandrechten ist diese Rechtsfolge von Bedeutung. Hatte die Bank einen vormerkungsgesicherten Anspruch auf Bestellung einer Grundschuld, so ist es unschädlich, wenn Grundpfandrechte anderer Gläubiger vorher eingetragen worden sind. Das vorgemerkte Recht hat nicht den Rang, der ihm sonst nach seiner Eintragung zukäme, sondern den der eingetragenen Vormerkung, § 883 Abs.3 BGB.

#### 2. Relative Unwirksamkeit entgegenstehender Verfügungen

Gem. § 883 Abs.2 S.1 BGB ist jede Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wurde, insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dh gegenüber allen anderen ist die Verfügung wirksam und nur in Bezug auf den Vormerkungsberechtigten kann sich der Anspruchsgegner nicht auf § 275 BGB berufen (sog. relative Unwirksamkeit).

Beachte: Daher tritt **keine Grundbuchsperr**e ein!

#### 3. §§ 987 ff. BGB analog

Im Verhältnis Dritterwerber und Vormerkungsberechtigter gelten die §§ 987 ff. BGB analog. Dies wird mit der Vergleichbarkeit des § 888 BGB und § 894 BGB begründet.

#### 4. weitere Beispielfälle

##### **Fall 16:**

K und B haben einen formwirksamen Kaufvertrag über das Grundstück des B geschlossen und die Auflassung erklärt. Zugunsten des K ist eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden. Wie wäre K geschützt, wenn B nach Eintragung der Vormerkung das Grundstück an S aufgelassen hätte, dieser eingetragen worden wäre und dann an N weiterveräußert hätte?

## 5. Streitfälle

### a) Bösgläubigkeit vor Erwerb des vorgemerkten Rechts

Str. sind Rechtsfolgen des gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung, wenn Erwerber nun vor Erwerb des vorgemerkten Rechts bösgläubig wird.

Die sogenannte „kleine Lösung“ fordert die Gutgläubigkeit gem. § 892 Abs. 2 BGB auch noch im Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung des vorgemerkten Rechts.

Die h.M. favorisiert die sogenannte „große Lösung“. Hiernach soll der gute Glaube bei Erwerb der Vormerkung auch für den späteren Erwerb des vorgemerkten Rechts genügen. Spätere Bösgläubigkeit ist somit unbeachtlich.

### b) Unwirksamkeit von obligatorischen Geschäften?

In Literatur und Rspr. umstritten, ob § 883 BGB analog auf den Abschluss von Miet- und Pachtverträgen anzuwenden ist.

(Eine direkte Anwendung scheitert daran, dass es sich bei der Vermietung nicht um eine Verfügung iSd § 883 Abs.2 BGB handelt.)

Ein Teil der Lehre befürwortet die Anwendung mit der Begründung, dass dann der Erwerber seines Besitzes beraubt werde und der Mieter besser stünde als ein Nießbraucher oder ein Inhaber eines dinglichen Wohnrechts.<sup>3</sup> Die Vermietung eines Grundstücks mit Besitzüberlassung sei wegen der „dinglichen“ Wirkung der §§ 566, 578 Abs.1 BGB einer Verfügung gleichzustellen.

Der andere Teil der Lehre sowie die Rechtsprechung lehnen eine analoge Anwendung ab. Denn die Vormerkung soll lediglich die Durchführung des Anspruchs, dh den Rechtserwerb sichern. Sie sichert hingegen nicht vor sonstigen faktischen Beeinträchtigungen. Ferner spricht gegen eine analoge Anwendung die Schutzfunktion der §§ 566, 578 Abs.1 BGB.

### c) Analoge Anwendung bei Eintragung eines Widerspruchs?

Des Weiteren ist umstritten, ob § 883 Abs.2 BGB auch auf die Fälle anzuwenden ist, wenn nach Eintragung der Auflassungsvormerkung ein Widerspruch zugunsten des wahren Berechtigten eingetragen wurde.

Zur Verdeutlichung folgender Fall:

#### **Fall 17:**

A ist fälschlicherweise im Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Er lässt das Grundstück dem gutgläubigen K auf und lässt diesem eine Auflassungsvormerkung eintragen. Danach erwirkt der wahre Eigentümer E einen Widerspruch gegen die Eintragung des A. K wird sodann als Eigentümer eingetragen. Kann E von K Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB verlangen?

<sup>3</sup> Palandt-Bassenge, § 883 Rn. 21.

## IV. Voraussetzungen der Übertragung der Vormerkung (Zweiterwerb)

### Prüfungsschema: Zweiterwerb der Vormerkung

- Abtretungsvertrag gem. § 398 S. 1 BGB
- Kein Ausschluss der Abtretung (etwa § 399 BGB)
- Berechtigung bzgl. der gesicherten Forderung UND
- Berechtigung bzgl. der Vormerkung
- Ggf. Überwindung der Nichtberechtigung hinsichtlich der Vormerkung gem. §§ 892 Abs. 1 S. 1, 893 BGB (str.)

### Fall 18:

Zwischen K und B ist ein Kaufvertrag abgeschlossen und die Auflassung erklärt worden. Zugunsten des K ist im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung eingetragen. K will seine Rechtsposition auf W übertragen. Ist W geschützt, wenn B nun anschließend das Grundstück an S veräußern will?

#### 1. Abtretungsvertrag gem. § 398 S. 1 BGB

Aufgrund ihrer strengen Akzessorietät erfolgt die Übertragung der Vormerkung durch Abtretung des gesicherten Anspruchs, §§ 398 S. 1, 401 Abs. 1 analog, 883 BGB.

Die Vormerkung geht analog § 401 BGB auf den Zessionar über. Dieser Übergang ist eine gesetzliche Folge, er ist ohne Eintragung wirksam, das Grundbuch ist unrichtig geworden. Der Zessionar, der die Stellung des durch die Auflassungsvormerkung Geschützten erwirbt, kann seine eigene Eintragung verlangen, ohne die vorherige Auflassung an den Zedenten und Käufer betreiben zu müssen.

#### 2. Kein Ausschluss der Abtretung

Die Abtretung der durch die Vormerkung gesicherten Forderung darf nicht vertraglich (vgl. etwa § 399 Alt. 2 BGB) oder gesetzlich (vgl. etwa § 399 Alt 1. BGB) ausgeschlossen sein.

#### 3. Berechtigung bzgl. der gesicherten Forderung

Der Zedent der durch die Vormerkung gesicherten Forderung muss bzgl. dieser Forderung zwingend Berechtigter sein. Eine etwaige Nichtberechtigung kann hinsichtlich der Forderung – außer im absoluten Ausnahmefall des § 405 BGB – nicht überwunden werden. Der Zedent ist insbes. dann nicht Berechtigter, wenn die Forderung gar nicht besteht. In diesem Fall ist eine gleichwohl eingetragene Vormerkung aufgrund des Grundsatzes ihrer Akzessorietät nicht entstanden. Daraus folgt zwingend, dass die Vormerkung nur mit einer tatsächlich bestehenden Forderung übergehen kann, denn ein gutgläubiger Forderungserwerb ist in der Regel ausgeschlossen. Das Grundbuch schützt nicht den guten Glauben an das Bestehen der zu sichernden Forderung.

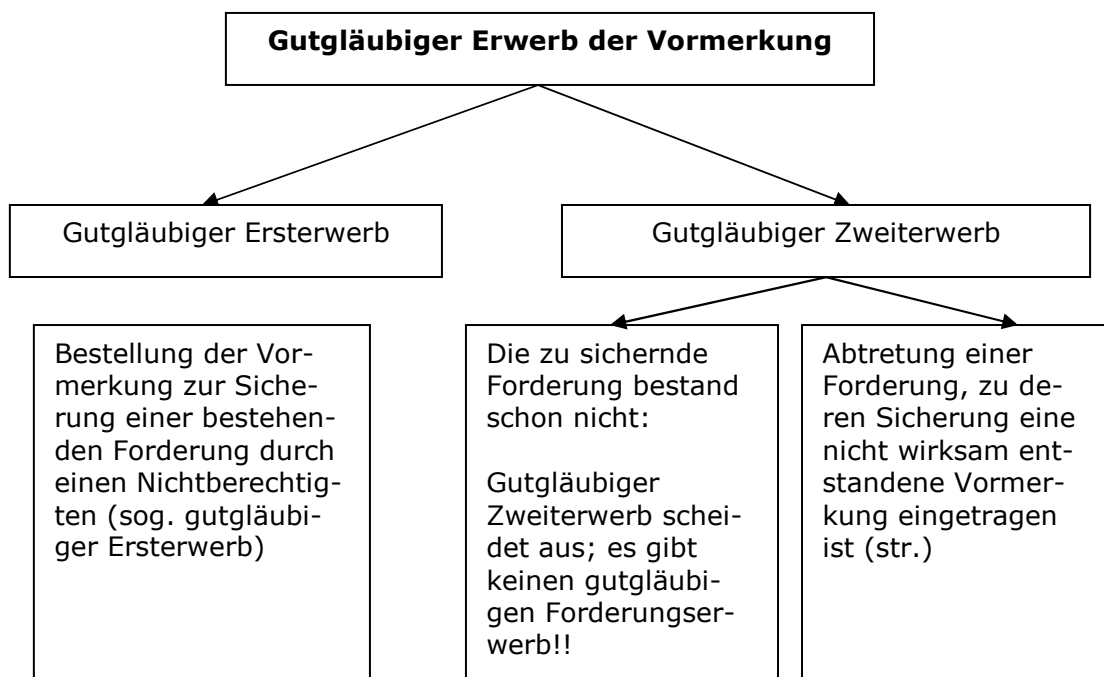
#### 4. Berechtigung bzgl. der Vormerkung

#### 5. Überwindung der Nichtberechtigung gem. §§ 892 Abs. 1 S. 1, 893 BGB (str.)

Str. ist der Fall, bei dem eine Forderung abgetreten wird, für die eine Vormerkung nicht wirksam bestellt wurde (der Zedent hinsichtlich der Vormerkung also Nichtberechtigter ist). Der überwiegende Teil der Lehre verneint den Erwerb, weil die Vormerkung als Nebenrecht mit der Abtretung des Auflassungsanspruchs nicht kraft Rechtsgeschäfts mit dem Buchberechtigten, sondern kraft Gesetzes analog § 401 BGB übergehe. Es fehle somit schon am rechtsgeschäftlichen Erwerb.

Die Rspr. und ein Teil der Lehre bejahen hingegen die Möglichkeit eines gutgläubigen Zweiterwerbs. Dies wird damit begründet, dass durch die Eintragung der Vormerkung ein förmlicher Vertrauenstatbestand entstanden ist und der Zweiterwerber nicht weniger schützenswert ist. Ferner vermag der formale Hinweis auf § 401 BGB nicht zu überzeugen. Denn auch die Rechtsfolge des § 401 BGB beruht letztendlich auf einem rechtsgeschäftlichen Erwerb

#### V. Überblick über den gutgläubigen (Erst- oder Zweit-) Erwerb einer Vormerkung



Hierzu folgende Fälle:

**Fall 19:**

Der Bucheigentümer B veräußert formgültig dem gutgläubigen K ein Grundstück und bewilligt ihm gleichzeitig eine Vormerkung. Erst nach Eintragung der Vormerkung stellt sich heraus, dass tatsächlicher Eigentümer des Grundstücks E ist. Ist K dennoch Inhaber der Vormerkung geworden?

**Fall 20:**

Wie in Fall 19 jedoch war K bösgläubig und hat daher die Vormerkung nicht vom Bucheigentümer B gutgläubig erwerben können. Dennoch tritt K den Anspruch auf Auflassung gegen B an D ab. Dieser wird auch als Vormerkungsinhaber im Grundbuch eingetragen. Später meldet sich der wahre Eigentümer E und verlangt von D die Löschung der Vormerkung. Zu Recht?

## F. Dingliche Sicherheiten

### I. Einleitung

#### 1. Regelungsproblem

Das Bedürfnis nach Kreditsicherheiten ist von immenser wirtschaftlicher Bedeutung. Zu unterscheiden sind Personal- und Realsicherheiten. (Bürgschaft, Patronatserklärungen sind bspw. Personal-, Sicherungsübereignung, Hypothek Realsicherheiten). Von allen Sicherheiten bieten die Realsicherheiten die optimale Sicherung des Kreditgebers. Zu beachten ist dabei freilich, dass jeder Gläubiger, also auch der ungesicherte, im Falle der Nichtbefriedigung seiner Forderung in das gesamte Vermögen seines Schuldners, also auch in die Grundstücke vollstrecken kann. Der Vorteil für den Inhaber eines Grundpfandrechts besteht jedoch darin, dass er den persönlichen, also dinglich nicht gesicherten Gläubiger vorgeht, vgl. § 10 Abs.1 Nr. 4 und 5 ZVG und nicht auf die Quote verwiesen wird.

Der Inhaber eines Grundpfandrechts kann in der Zwangsvollstreckung das Grundstück mit seinen wesentlichen und sonstigen Bestandteilen (§§ 94 ff. BGB) sowie dem dem Grundstückseigentümer gehörenden Grundstückszubehör verwerten (Haftungsverband der Hypothek §§ 1120, 1123, 1126, 1127 BGB). Die Sicherung der Grundpfandrechte besteht daher regelmäßig nicht nur am Boden und den darauf befindlichen Gebäuden, sondern teilweise auch an anderen beweglichen Sachen. Die Grundpfandrechte erfassen also die gesamte mit dem Grundstück zusammenhängende wirtschaftliche Einheit.

#### 2. Überblick Interessenlagen

##### **Gläubigerinteresse**

Der Gläubiger bevorzugt Grundpfandrechte, weil Grundstücke wertbeständiger sind als andere Sachen, die Wertentwicklung schwanken geringer als bei Geld und anderem Vermögen und damit ergeben sich günstige Beleihungsgrenzen.

Die Rechtsverhältnisse an Grundstücken sind aufgrund des Grundbuchs klar.

Der Kreditnehmer kann wegen der strengen Formen des Grundstücksrechts den Kreditgeber nur unter besonderen Umständen betrügen. Darüber hinaus lassen sich Grundstücke (freilich auch mit Schwankungen) günstiger verwerten als andere Sicherungsgüter.

##### **Schuldnerinteresse**

Der Schuldner bleibt Besitzer des Grundstücks, aus dem er Nutzen ziehen kann. Seine Kreditkosten sind geringer, weil er gute Sicherheit gibt.

### 3. Baufinanzierung aus praktischer Sicht

#### a) Einleitung

Da der Kauf eines Grundstücks regelmäßig nicht ausschließlich durch Eigenkapital möglich ist, werden oftmals Kredite aufgenommen, die durch eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu finanzierenden Grundstück abgesichert werden. Deshalb sind für den Erwerber Kreditkonditionen von entscheidender Bedeutung. Die Zinsentwicklung der letzten Jahre weist zunächst für ihn eine positive Entwicklung aus: Die Zinsbeträge sind zwar gestiegen, liegen aber immer noch im unteren Sektor (vgl. Grafik).



(Quelle: [www.zinsentwicklung.de](http://www.zinsentwicklung.de))

Trotz dieser grundsätzlich positiven Voraussetzung, kann der Zinssatz im Einzelfall stark variieren. Dies hängt vom Risiko für die Banken ab (und wie die Beispiele aus Amerika und England in der Vergangenheit gezeigt haben, kann dieses Risiko im Einzelfall sehr groß sein).

Bei der Berechnung und Bestimmung dieses Risikos spielen der sog. **Beleihungswert** und die sog. **Beleihungsgrenze** eine entscheidende Rolle.

#### 1) Beleihungswert

Der Beleihungswert ist der Wert, der von einem Kreditgeber einem Vermögensgegenstand wie z.B. einem Grundstück, zugeordnet wird und der die Höhe der möglichen Beleihung z.B. für eine Grundschuld bestimmt. Dieser Beleihungswert bildet immer die Grundlage für die Höhe des zu gewährenden Kredites. Die Einschätzung fällt aber von Bank zu Bank und von Kunde zu Kunde sehr unterschiedlich aus. Dies richtet sich im Allgemeinen auch nach dem individuellen Kundenprofil, also nach seiner persönlichen Kreditwürdigkeit, nach seinem Einkommen, nach der Höhe des eingebrachten Eigenkapitals und nach den sonstigen Sicherheiten.

Bei der Berechnung des Beleihungswertes wird der Verkehrswert zugrunde gelegt, also der Geldbetrag, den die Bank bei einem Verkauf des Hauses erzielen kann, für den Fall, dass der Kunde sein Haus nicht mehr weiter finanzieren kann. Dabei wird noch ein Abschlag von 10 bis 20 Prozent abgerechnet.

Die Deutsche Bank definiert bspw. ihren Beleihungswert wie folgt: Multipliziert man die Beleihungsgrenze mit dem Verkehrs- bzw. Marktwert, so er-

hält man den Beleihungswert. Die Differenz zwischen 100% und der Beleihungsgrenze ist der Sicherheitsabschlag, mit dem der Kreditgeber arbeitet.

## 2) Beleihungsgrenze

Bei der Risikobewertung kommt es vor allem auf die sog. Beleihungsgrenze/ loan-to-value ratio an. Die Beleihungsgrenze stellt den Prozentwert des Verkehrswerts bzw. Marktwerts einer Sicherheit dar, der vom Kreditgeber bei einer Finanzierung für die Sicherheitenbewertung höchstens herangezogen wird. Die Höhe dieser Beleihungsgrenze (ausgedrückt in Prozent) hängt von der Art der Sicherheit und der Risikofreude des Kreditgebers ab. Bei Immobilienkrediten finanzieren Hypothekenbanken 60% des Verkehrswerts, Bausparkassen 80% und Geschäftsbanken finanzieren i.d.R. 80 bis 90% des Verkehrswertes. Bei sehr guter Bonität des Kunden sind auch Finanzierungen darüber hinaus möglich.

Wird vom Kunden eine Finanzierung über den von der Bank angebotenen 60 % angestrebt, so ist mit einer deutlichen Zinserhöhung zu rechnen.

## b) Zinssätze in der Praxis

- DiBa: Zinszuschläge von 0,20 % nom. p.a. für über 70 % bis 85 % vom Kaufpreis; 0,40 % nom. p.a. für über 85 % vom Kaufpreis
- InterHyp:  
bis 60 % Beleihungshöhe: Annuitätsdarlehen

Zinsbindung	Nominal	Effektiv	Monatsrate je 100.000 Euro
5 J.	4,52 %	4,61 %	460,00 Euro
8 J.	4,70 %	4,78 %	475,00 Euro
10 J.	4,64 %	4,74 %	470,00 Euro
12 J.	4,79 %	4,90 %	482,50 Euro
15 J.	4,86 %	4,97 %	488,33 Euro
20 J.	4,91 %	5,00 %	492,50 Euro
25 J.	5,04 %	5,15 %	503,33 Euro

bis 80 % Beleihungshöhe: Annuitätsdarlehen

Zinsbindung	Nominal	Effektiv	Monatsrate je 100.000 Euro
5 J.	4,52 %	4,61 %	460,00 Euro
8 J.	4,70 %	4,78 %	475,00 Euro
10 J.	4,64 %	4,74 %	470,00 Euro
12 J.	4,79 %	4,90 %	482,50 Euro
15 J.	4,86 %	4,97 %	488,33 Euro
20 J.	4,91 %	5,00 %	492,50 Euro
25 J.	5,04 %	5,15 %	503,33 Euro



c) Berechnungsbeispiel

E möchte ein Grundstück in der Nähe von Berlin erwerben. Dies kostet 1.000.000. €.

Er fragt Sie nun, welche weiteren Kosten auf ihn zukommen würden und wie viel Eigenkapital er aufzubringen hat, um die günstigsten Kreditooptionen zu erhalten, wenn man von einer Beleihungsgrenze von 60 % ausgeht.

<i>Wert der Immobilie: 1.000.000 EUR</i>			
<b>Positionen</b>	<b>Erläuterungen</b>	<b>Anteil</b>	<b>Betrag</b>
Maklerkosten	Diese finden sie meistens im Verkaufsexposé. Je nach Bundesland sind zwischen 3,5% und 6% des Kaufpreises üblich (in Berlin: 6 %).	7,14 % <sup>4</sup>	71.400 €
Notarkosten	Die Notarkosten (Notargebühren und Auslagen) sind gesetzlich festgelegt im Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, kurz Kostenordnung (KostO). Ihre Höhe richtet sich ausschließlich nach Bedeutung und Wert des Geschäfts und nicht nach dem Arbeitsaufwand des Notars. Für jedes Geschäft sieht die bundesweit einheitliche Kostenordnung einen bestimmten Gebührensatz vor. Ausgehend vom jeweiligen Gebührensatz errechnet sich die konkrete Gebühr nach der vom Geschäftswert abhängigen Gebührenstaffelung. Die Beurkundungsgebühr umfasst dabei die umfassende Beratung durch den Notar, die Entwurfsfertigung sowie die Beurkundung im engeren Sinne.	<u>Beurkundungsgebühr</u> (§ 36 Abs. 2 KostO) für den Vertrag, Beurkundung und Anträge: zwei volle Gebühren iSd § 32 KostO	3.114 €
		<u>Vollzugsgebühr</u> (§ 146 Abs. 1 KostO) für die Überwachung des Zug-um-Zug-Geschäfts: eine halbe Gebühr iSd § 32 KostO	778,50 €
		<u>Betreuungsgebühr</u> (§ 147 Abs. 2 KostO) für die Überwachung der vereinbarten Fälligkeit des Kaufpreises (ohne Notaranderkonto mit Belastungsvollmacht): eine halbe Gebühr iSd § 32 Kost=	778,50 €

<sup>4</sup> 6 % zzgl. MwSt. = 7,14 %.

<p>Gründer- erwerbssteu- er</p>	<p>Nach § 11 GrEStG ist die eine Steuer, die auf den Umsatz von inländischen Grundstücken, Wohnungseigentum, Erbbaurechten und Gebäuden auf fremden Grund und Boden erhoben wird. Diese fällt beispielsweise beim Kauf, Tausch, bei einer Erbschaft oder Schenkung an. Der Steuersatz beträgt seit 1997 3,5 % des Kaufpreises zuzüglich etwaiger sonstiger Leistungen, die der Erwerber als Entgelt für den Erwerb des Grundstücks übernimmt bzw. gewährt.  In Berlin beträgt der Steuersatz für Erwerbsvorgänge die ab dem 01.01.2007 verwirklicht wurden 4,5 %.</p>	<p>4,5 %</p>	<p>45.000 €</p>
<p>Grund- buchkos- ten</p>	<p>Die Grundbuchkosten sind gesetzlich festgelegt im Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, kurz Kostenordnung. § 60 KostO regelt die Kosten für die Eintragung eines Eigentümers. Nach § 60 Abs.1 KostO wird grundsätzlich die volle Gebühr erhoben. Die Gebühren richten sich auch hier nach dem Eintragungswert des jeweiligen Grundstücks.</p>	<p>Eine volle Gebühr iSd § 32 KostO</p>	<p>1.557 €</p>
<p><b>Gesamt</b></p>			<p><b>122.628 €</b></p>

E hat somit mit mindestens 1.122.628 € allein für den Kauf der Immobilie zu rechnen.

<p><b>Wert der Immobilie:</b></p>	<p><b>1.000.000,00 €</b></p>
<p>Beleihungswert:</p>	<p>900.000,00 € (10 % Abschlag)</p>
<p>Beleihungsgrenze:</p>	<p>540.000,00 € (60 % vom Beleihungswert)</p>
<p>Auszahlungsbetrag:</p>	<p>540.000,00 €</p>
<p><b>Nötiges Eigenkapital für die Finanzierung des Kaufpreises iHv: 1.122.628,00 €:</b></p>	<p><b>582.628,00 €</b></p>

d) Fazit

Somit ist es entscheidend, wie viel Eigenkapital bei der Immobilienfinanzierung zur Verfügung steht. Je mehr Eigenkapital, desto mehr Darlehensgeber stehen zur Auswahl und desto bessere Darlehensbedingungen können erreicht werden. Ferner fallen weniger Zinsen an und man kann sich schneller entschulden.

## II. Die Hypothek

### 1. Einleitung

#### a) Rechtsnatur der Hypothek

Die Hypothek ist eine dingliche, mit Besitz nicht verbundene Belastung eines Grundstücks zur Sicherung einer Geldforderung (§ 1113 BGB).

Die Hypothek ist grundsätzlich akzessorisch, dh in Entstehung und Bestand von der zu sichernden Forderung abhängig.

Dieser Grundsatz wird insofern durchgeführt, als der Hypothekengläubiger und der Forderungsgläubiger niemals zwei verschiedene Personen sein können. Die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek ist nicht möglich, vgl. § 1153 Abs.2 BGB.

#### b) Arten von Hypotheken

Das BGB kennt verschiedene Arten von Hypotheken:

##### 1) Verkehrshypothek und Sicherungshypothek

Die gewöhnliche Form ist die – im Gesetz so nicht explizit genannte – Verkehrshypothek. Diese Form ist auf längere Dauer, aber auch auf einen Wechsel des Inhabers, also auf Einschaltung in den Rechtsverkehr eingestellt.

Ihr steht die Sicherungshypothek (§ 1184 BGB) gegenüber, die dadurch gekennzeichnet ist, dass sie streng akzessorisch ist.

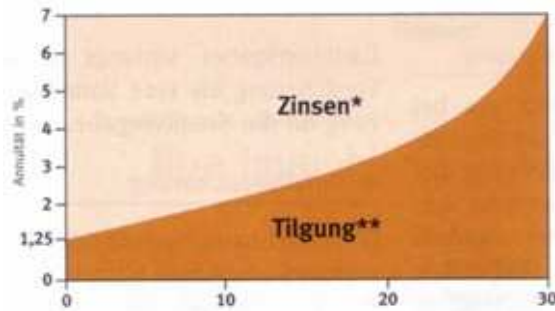
##### 2) Brief- und Buchhypothek

Die Verkehrshypothek kann in zwei Formen bestellt werden, als Brief- oder als Buchhypothek. Im Falle der Briefhypothek wird ein Brief erteilt. Dies dient der besseren Verkehrsfähigkeit (vgl. §§ 1154 Abs. 1, 1155 BGB). Bei der Buchhypothek wird die Brieferteilung ausgeschlossen und es erfolgt lediglich die Eintragung im Grundbuch. Im Zweifel liegt eine Briefhypothek (§ 1116 BGB) vor.

Die Sicherungshypothek kann hingegen nur als Buchhypothek begründet werden (§ 1185 Abs.1 BGB).

##### 3) Tilgungshypothek

Dies ist eine – vom Gesetz nicht erwähnte – besondere Hypothekenform. Neben der Zinszahlung erfolgt eine ständige Tilgung der Hypothek in Jahresraten nach einem vereinbarten Plan, meist so, dass für Zinsen und Tilgung zusammen ein für allemal der gleiche Jahresbetrag vorgesehen ist. Damit sinkt mit dem abnehmenden Kapitalbetrag der Teil der Jahreszahlung, der für die Verzinsung erforderlich ist, der Anteil der Tilgung an der Jahreszahlung wächst ständig, die Tilgung wird also immer schneller.



#### 4) Gesamthypothek

Wenn für ein und dieselbe Forderung eine Hypothek auch an mehreren Grundstücken begründet wird (§ 1132 BGB). Dann haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung und der Gläubiger kann nach seinem Belieben seine Befriedigung aus jedem der Grundstücke zu einem beliebigen Teil, aber auch zum vollen Betrag suchen (§ 1132 Abs.1 S.2 BGB).

## 2. Bestellung der Hypothek (Ersterwerb)

### Prüfungsschema: Ersterwerb der Hypothek

- Bestehen einer zu sichernden Forderung, § 1113 Abs.1 BGB
- Einigung, §§ 1113 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB
- Eintragung (§§ 873 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB)
- Briefübergabe (§ 1117 Abs. 1 S. 1 BGB), bzw. Ausschluss der Brieferteilung (§ 1116 Abs. 2 S. 1 BGB)
- Berechtigung, bzw. Überwindung der Nichtberechtigung gem. § 892 BGB

#### a) Bestehen einer zu sichernden Forderung , § 1113 Abs. 1 BGB

Aus dem Grundsatz der Akzessorietät der Hypothek folgt, dass ihre Begründung vom Bestehen einer Forderung des Gläubigers abhängig ist. Auch für bedingte oder befristete sowie für künftige Forderungen kann eine unbedingte Hypothekenbestellung erfolgen, doch muss die künftige Forderung wenigstens bestimmbar sein.

#### b) Einigung, §§ 1113 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB

Gem. § 873 Abs. 1 BGB ist eine dingliche Einigung mit dem Inhalt des § 1113 Abs. 1 BGB zwischen dem Sicherungsgeber und dem Gläubiger erforderlich.

#### c) Eintragung, §§ 873 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB

#### d) Briefübergabe bzw. Ausschluss der Brieferteilung

Diese Voraussetzung richtet sich danach, ob die Parteien eine Brief- oder Buchhypothek vereinbart haben. Die Verkehrshypothek wird grundsätzlich in der Form der Briefhypothek (§ 1117 Abs. 1 S. 1 BGB) bestellt. Soll sie als Buchhypothek bestellt werden, so muss die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen werden, § 1116 Abs. 2 S. 1 BGB.

e) Berechtigung bzw. Überwindung der Nichtberechtigung

aa) Berechtigung

Gem. § 873 Abs. 1 BGB muss der Sicherungsgeber der Eigentümer des zu belastenden Grundstücks sein und darf nicht in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt sein.

bb) Überwindung der Nichtberechtigung (gutgläubiger Ersterwerb)

Der gutgläubige Ersterwerb ist unproblematischer Weise nach § 892 Abs. 1 BGB möglich. Es gelten die Regeln über den gutgläubigen Erwerb von Grundstücksrechten (siehe C III).

**Fall 21**

G hat dem S ein Darlehen in Höhe von 15.000 € eingeräumt. G verlangt Sicherheiten, lehnt aber eine Hypothekenbestellung ab. Vielmehr möchte er, dass der Vater des S für dessen Forderung birgt. S geht dennoch zum Grundbuchamt und beantragt dort die Eintragung einer Buchhypothek an seinem Grundstück über 15.000 € zugunsten des G. Die Eintragung erfolgt.

Steht dem G eine Buchhypothek zu?

**Fall 22:**

Schuldner E nimmt bei R ein Darlehen in Höhe von 10.000 € zu 10 % Zinsen, Laufzeit 5 Jahre auf. Dafür soll er eine Hypothek an seinem Grundstück bestellen. Das Grundbuchamt händigt den Brief unmittelbar dem Gläubiger R aus. Hat dieser die Hypothek erworben? Wer ist Eigentümer des Hypothekenbriefs?

**Fall 23:**

Schuldner E nimmt abermals bei R ein Darlehen auf. Nur steht ihm diesmal kein eigenes Grundstück zur Verfügung. Sein Bruder erklärt sich jedoch bereit, R's Darlehen auf seinem Grundstück absichern zu lassen.  
Hypothekenerwerb des R?

**Fall 24:**

E nimmt wieder bei R einen Kredit auf. R will aber diesmal erst nach Aushändigung des Hypothekenbriefes die Darlehensvaluta auszahlen. E übergibt ihm den Brief, die Auszahlung zögert sich jedoch hinaus.  
Hypothekenerwerb des R?

### 3. Übertragung der Hypothek (Zweiterwerb)

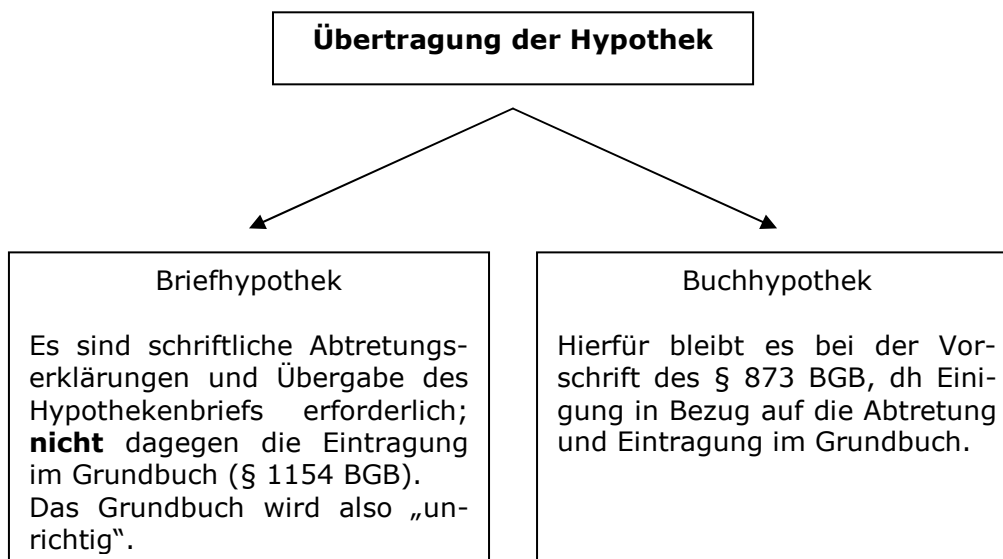
#### Prüfungsschema: Übertragung/ Zweiterwerb der Hypothek

- Abtretungsvertrag gem. §§ 398 S. 1, 1153 Abs. 1 BGB, 1154 Abs. 1 S. 1 BGB (Beachte: Formerfordernis des § 1154 BGB bei Briefhypothek)
- Briefübergabe gem. § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB (bei Briefhypothek) bzw. Eintragung gem. §§ 1154 Abs. 3, 873 Abs. 1 BGB (bei Buchhypothek)
- Kein Ausschluss der Abtretung (etwa § 399 BGB)
- Berechtigung bzgl. der gesicherten Forderung UND der Hypothek
- Ggf. Überwindung der Nichtberechtigung gem. § 1138

a) Abtretungsvertrag gem. §§ 398 S. 1, 1153 Abs. 1 BGB, 1154 Abs. 1 S. 1 BGB

Für den Übergang der Hypothek ist die Abtretung der gesicherten Forderung gem. § 398 S. 1 BGB erforderlich. Allerdings ist wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Hypothek und aufgrund der Publizität des Grundbuchs und des Hypothekenbriefs bei der Briefhypothek die besondere Form des § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB zu beachten (Ausnahme zur grundsätzlichen Formfreiheit des Abtretungsvertrags).

Bzgl. der Form der Übertragung ist also zwischen Brief- und der Buchhypothek zu differenzieren:



b) Briefübergabe gem. § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB (bei Briefhypothek) bzw. Eintragung gem. §§ 1154 Abs. 3, 873 Abs. 1 BGB (bei Buchhypothek)

c) Berechtigung bzgl. der gesicherten Forderung und der Hypothek

d) Überwindung der Nichtberechtigung (gutgläubiger Zweiterwerb)

Der gutgläubige Zweiterwerb umschreibt den Fall des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek bei der Übertragung.

*Beachte:* Es ist bei den anzuwendenden Gutglaubensvorschriften danach zu unterscheiden, ob der Mangel in der besicherten Forderung, der Hypothek oder in beidem liegt.

#### aa) Unwirksamkeit der Hypothekenbestellung

Dies erfasst die Fälle in denen der Gläubiger die Forderung vom Berechtigten erwirbt, jedoch die Hypothekenbestellung unwirksam ist. In derartigen Fällen kann die Hypothek gem. § 892 Abs. 1 S.1 BGB vom Nichtberechtigten erworben werden (wenn dieser durch das Grundbuch legitimiert ist - Buchhypothek) bzw. über §§ 1155 S. 1, 892 Abs. 1 S. 1 BGB (wenn der Nichtberechtigte über den Hypothekenbrief legitimiert ist - Briefhypothek).

#### bb) Nichtexistenz der Forderung

In dieser Konstellation besteht die abgetretene Forderung nicht, alle sonstigen Entstehungsvoraussetzungen der Hypothek sind jedoch gegeben.

Die Hauptfälle sind:

- 1) Die Forderung ist nicht entstanden.
- 2) Die Forderung ist bereits erloschen.
- 3) Die Abtretungserklärung über die Forderung ist nichtig (z.B. gem. §§ 104 Nr. 2, 105 BGB).

Fraglich ist ob es in diesen Fällen überhaupt einen gutgläubigen Zweiterwerb gibt.

Dagegen könnte sprechen, dass im Vergleich zur Vormerkung auch die Hypothek kraft Gesetzes mit der Forderung übergeht, ein gutgläubiger Erwerb im Gesetz jedoch nur bei rechtsgeschäftlichen Erwerbstatbeständen vorgesehen ist.

Um jedoch eine zu starke Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit der Hypothek zu vermeiden, regelt **§ 1138 BGB**, dass die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung gelten. Dh, dass das Bestehen der Forderung fingiert wird, damit es zu einem gutgläubigen Erwerb der Hypothek kommen kann. Es handelt sich um eine Durchbrechung des Grundsatzes der Akzessorität.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass gutgläubig eine Forderung erworben wird!

Zu beachten sind ferner die erneuten Unterschiede zwischen Buch- und Briefhypothek. Ist bei der Buchhypothek der Rechtsscheinsträger das Grundbuch, so ist dies bei der Briefhypothek wesentlich komplizierter. Schließlich ist das Grundbuch bereits nach der ersten Abtretung unrichtig.

Um dennoch die Verkehrsfähigkeit der Briefhypothek zu sichern, ordnet § 1155 BGB einen Ausweg an, der es ermöglicht, die leichtere Form der Hypothekenübertragung mit der gleichen Sicherheit auszustatten:

Wenn eine ununterbrochene Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen vorliegt, die auf einen im Grundbuch eingetragenen Gläubiger zurückführt, so finden die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb genau so Anwendung, als wenn der Besitzer des Briefes im Grundbuch eingetragen wäre.

#### **Fall 25:**

A hat dem E ein durch Briefhypothek gesichertes Darlehen in Höhe von 10.000 € gewährt. Als er Geld benötigt, veräußert er die Hypothek an B unter Übergabe des mit beglaubigter Abtretungserklärung versehenen Briefes.  
Ist B Inhaber der Hypothek geworden?

### cc) Wirksamkeitsmangel in der Forderung und der Hypothek

Ein gutgläubiger Forderungserwerb findet auch in dieser Konstellation nicht statt. Hinsichtlich der Hypothek kommt § 892 Abs. 1 BGB doppelt zur Anwendung:

- 1) Mängel bei der Hypotheken**bestellung** werden über §§ 892 Abs. 1, 1154, 1155 BGB überwunden.
- 2) Um Inhaber der Hypothek werden zu können, hilft § 1138 BGB der auch hier den § 892 BGB für anwendbar erklärt.

### e) Sonderproblem: gutgläubiger Erwerb bei Existenz der Forderung

Schwieriger ist der Fall, dass Hypothek und Forderung zusammen übertragen werden und beide nicht dem eingetragenen Gläubiger zustehen. Hier jedoch die Forderung in Wirklichkeit existiert und einem Dritten zusteht.

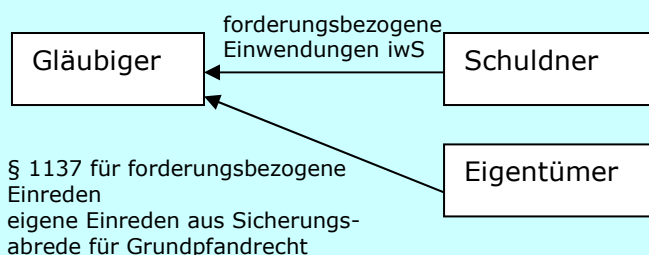
#### Fall 26:

G gewährt dem S ein Darlehen in Höhe von 10.000 €. Als Sicherheit bestellt ihm S eine Buchhypothek an seinem Grundstück. G wird im Grundbuch als Hypothekengläubiger eingetragen. Nach 10 Jahren wird G unerkant geisteskrank. G überträgt seine Forderung und seine Buchhypothek auf A. Dieser wird auch im Grundbuch eingetragen. A tritt „seine“ Forderung zusammen mit der Hypothek an B ab. B wird auch eingetragen.  
Ist B Hypothekengläubiger geworden? Steht B auch die Forderung zu?

## 4. Einreden gegen die Hypothek und Forderung

### a) Einreden vor der Abtretung

#### Übersicht: Einreden bei der Hypothek vor Abtretung



In Bezug auf forderungsbezogene Einwendungen im iwS bestehen keine Besonderheiten für den persönlichen Schuldner.

§ 1137 Abs. 1 S. 1 BGB „transformiert“ die Einreden des Schuldners auf das dingliche Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Gläubiger. Auf rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen kann sich der Eigentümer aufgrund der Akzessorietät stets berufen. Bei den rechtshindernden Einwendungen ist das geltend gemachte Recht von Anfang an nicht entstanden, während bei rechtsvernichtenden Einwendungen ein zunächst wirksam entstandenes Recht nachträglich zum Erlöschen gebracht wird.



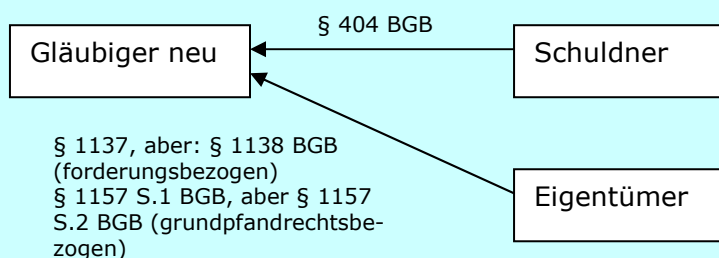
### Fall 27:

G hat dem S ein Darlehen eingeräumt. Da S selber über keine Sicherheiten verfügt, wurde G zur Sicherheit eine Hypothek am Grundstück des E eingeräumt. Die Geschäfte des S laufen vorübergehend schlecht, so dass er eine Zahlungsaufschiebung bei G erbittet. G sagt eine Aufschiebung der Rückzahlung für zwei Jahre zu. Als jedoch einige Monate später G selber in Zahlungsschwierigkeiten gerät, beschließt er in das Grundstück des E zu vollstrecken.

E fragt, was er gegen das Vorgehen des G einwenden kann.

### b) Einreden nach der Abtretung

#### Übersicht: Einreden bei der Hypothek nach Abtretung



Bei Abtretung der Forderung ist der persönliche Schuldner über § 404 BGB geschützt.

Nach Abtretung behält der Eigentümer grundsätzlich seine Einreden gem. § 1137 BGB sowie über § 1157 BGB. Jedoch besteht für ihn die Gefahr, dass der neue Gläubiger die Hypothek gutgläubig einredefrei erworben hat. Dies gilt in Bezug auf die forderungsbezogenen Einreden gem. § 1138 BGB, in Bezug auf die grundpfandrechtsbezogenen Einreden gem. § 1157 S.2 BGB.

### Fall 28:

E nimmt ein Darlehen von 25.000 € bei der B-Bank auf und bestellt ihr zur Sicherung eine wirksame Briefhypothek. Als bald tritt B den Darlehensanspruch und Hypothek in beglaubigter Form an die D-Bank ab. Diese verlangt von E die Duldung der Zwangsvollstreckung.

Kann sich E darauf berufen, dass (1) das Darlehen noch nicht ausbezahlt worden sei, (2) er nach Vereinbarung mit der B-Bank entgegen der Grundbucheintragung erst in sechs Monaten mit der Tilgung beginnen müsse.

## 5. Zahlung und Folgen

### a) Grundsätzliches Vorgehen

Aufgrund der Akzessorietät muss sich die Erfüllung der Forderung auch auf die Hypothek auswirken.

Bei der Prüfung sollte wie folgt vorgegangen werden:

- Worauf wurde gezahlt (Forderung oder Hypothek)?

- Schicksal der Forderung prüfen (§ 362 BGB oder § 1143 BGB)
- Schicksal der Hypothek prüfen

b) Zahlung durch den Eigentümer, der zugleich Schuldner ist

Im Zweifel zahlt der Eigentümer, der zugleich Schuldner ist, auf die persönliche Schuld.

- Forderung erlischt, § 362 Abs. 1 BGB
- Hypothek wird Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs.1 S.2, 1177 Abs.1 BGB)

c) Eigentümer und Schuldner sind personenverschieden

Jeder zahlt im Zweifel auf seine Schuld.

aa) Persönlicher Schuldner zahlt auf Forderung:

- Forderung erlischt, § 362 Abs. 1 BGB
- Hypothek wird Eigentümergrundschuld; **Achtung:** Ausnahme des **§ 1164 BGB** beachten!

bb) Eigentümer zahlt im Zweifel auf Hypothek:

- Forderungsübergang gem. § 1143 Abs. 1 S. 1 BGB
- Hypothek folgt der Forderung § 1153 Abs. 1 BGB und wird Eigentümerhypothek, § 1177 Abs.2 BGB

## 6. Verwertung der Hypothek

a) Haftungsverband der Hypothek

Haftungsobjekt der Hypothek ist grundsätzlich das Grundstück mit allen seinen wesentlichen oder unwesentlichen Bestandteilen. Zu beachten ist, dass ein Wertzuwachs als erhöhte Sicherung dem Hypothekengläubiger zugute kommt.

Die §§ 1120 ff. BGB erweitern die Haftung auf:

- die wesentlichen und die nicht wesentlichen Bestandteile einschließlich der Erzeugnisse, und zwar auch nach der Trennung (§§ 1120, 1126 BGB)
- das Zubehör (§ 1120 BGB)
- die Miet- und Pachtzinsforderungen (§ 1123 Abs.1 BGB)
- die Versicherungsforderungen aus der Versicherung von Gegenständen, die der Hypothekenhaftung unterliegen (§ 1127 Abs.1 BGB)

*Beachte:* Es besteht die Möglichkeit einer Enthaltung nach § 1121 Abs. 1 BGB!

b) Befriedigung des Hypothekengläubigers

Die zwangsweise Befriedigung des Hypothekengläubigers erfolgt gem. § 1147 BGB (nach allgemeiner Ansicht: Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung) im Wege der Zwangsvollstreckung. Die Vollstreckung selbst kann auf drei Arten durchgeführt werden, vgl. § 866 ZPO:

- 1) Zwangsversteigerung
- 2) Zwangsverwaltung
- 3) Eintragung einer Sicherungshypothek

### III. Die Grundschild

#### 1. Einleitung

##### a) Rechtsnatur der Grundschild

Die Grundschild ist ebenso ein Grundpfandrecht, hat aber in der Gegenwart die Hypothek weitestgehend verdrängt. Sie unterscheidet sich von der Hypothek in einem wesentlichen Punkt: sie ist **nicht** akzessorisch, sondern **abstrakt**. So fehlt in § 1191 Abs.1 BGB (Legaldefinition: Grundschild) im Vergleich zu § 1113 Abs. 1 BGB (Legaldefinition: Hypothek) der entscheidende Zusatz „wegen einer ihm zustehenden Forderung“.

Dies eröffnet den Vorteil, dass die Sicherheit für unterschiedliche Forderungen eingesetzt werden kann – bei der Hypothek ist dafür das aufwendigere Verfahren nach § 1180 BGB erforderlich. Ferner muss sich der Gläubiger nur Einwendungen aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis entgegenhalten lassen.

§ 1192 Abs. 1 BGB ordnet die Anwendung aller Vorschriften über die Hypothek an, mit Ausnahme derjenigen, welche die rechtliche Verbindung mit einer zugrunde liegenden Forderung (Akzessorietät) voraussetzen. **Nicht** anwendbar auf die Grundschild sind beispielsweise.:

- §§ 1137,1138 BGB
- § 1143 BGB
- § 1153 BGB
- §§ 1163, 1164 BGB

##### b) Insbesondere: Sicherungsgrundschild

Wichtigste Form der Grundschild ist die sog. Sicherungsgrundschild. Zwar ist rechtlich die Verbindung zwischen der schuldrechtlichen Forderung und der dinglichen Sicherheit unterbrochen, dennoch hat der Sicherheitengeber immer ein Interesse daran eine Abhängigkeit zur gesicherten Forderung zu schaffen.

Diese Abhängigkeit wird bei der Sicherungsgrundschild durch die sog. Sicherungsabrede wieder hergestellt (sog. fiduziarische Bindung). Diese ist ein gegenseitiger Vertrag, durch den sich der Eigentümer zur Bestellung der Grundschild und der Gläubiger dazu verpflichtet, die Grundschild nur zur Sicherung der Forderung (in der Regel Darlehensforderung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB) zu verwenden. Zu beachten ist jedoch, dass diese Verknüpfung nur schuldrechtlicher Natur ist.

Somit liegen drei Verträge vor: Der Darlehensvertrag (dem die zu sichernde Forderung entspringt), die Sicherungsabrede sowie der Vertrag über die Grundschildbestellung.

c) Grundschuldsbestellungsurkunde und Sicherungsabrede (Beispiel)<sup>5</sup>

**Grundschuldsbestellungsurkunde (Muster)**

Verhandelt am ..... in .....

Vor dem unterzeichneten Notar ..... erschien .....

Der Erschienene erklärte:

**I.**

Ich bestelle der

XY-Bank in Z

an meinem im Grundbuch von ..... Blatt .....

eingetragenen Grundstück

F1StNr. .... Hof- und Gebäudefläche ..... mit ..... m<sup>2</sup> B-Straße Nr. ....

eine

Briefgrundschuld

in Höhe von EUR .....

– i. W. .... Euro –

zu folgenden Bedingungen:

1. Die Grundschuld ist ab heute mit jährlich ..... v. H. zu verzinsen.

Die Zinsen sind jeweils zum 31. 12. nachträglich fällig.

Außerdem ist eine einmalige Nebenleistung von ..... v. H. des Grundschuldkapitals zu zahlen.

2. Kapital und Nebenleistung der Grundschuld sind fällig.

3. Auf Vorlage des Grundschuldbriefs und der sonstigen in § 1160 BGB genannten Urkunden im Fall der Mahnung oder Geltendmachung der Grundschuld verzichte ich auch namens meiner Rechtsnachfolger.

4. Die Grundschuld soll Rang nach der Post. Abt. III Nr. 1 über EUR ....., jedoch Rang vor dem Wohnungsrecht Abt. II Nr. 1 der Frau C und der Post Abt. III Nr. 2 über EUR ..... erhalten.

Die Grundschuld kann jedoch zunächst an rangbereiter Stelle eingetragen werden.

5. Ich verpflichte mich Frau C und dem jeweiligen Gläubiger der Post. Abt. III Nr. 2 gegenüber, die hier bestellte Grundschuld löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt.

**II.**

---

<sup>5</sup> Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Auflage 2006

Wegen des Grundschuldkapitals samt Zinsen und Nebenleistung unterwerfe ich mich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zulässig ist.

### **III.**

Ich bewillige und

beantrage

im Grundbuch einzutragen:

1. Die Grundschuld mit dem in Ziff. I. 1–3 angegebenen Inhalt,
2. die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gemäß Ziff. II,
3. die Rangänderungen gemäß Ziff. I. 4 unter Bezugnahme auf die noch nachzubringenden Rangrücktrittserklärungen,
4. je eine Löschungsvormerkung gemäß § 1179 BGB bei der hier bestellten Grundschuld zugunsten von Frau C in D und des jeweiligen Gläubigers der Post Abt. III Nr. 2 gemäß Ziff. I. 5.

Diese Anträge gelten nicht als einheitlicher Antrag. Der Notar ist berechtigt, die Anträge dem Grundbuchamt getrennt vorzulegen, sie einzuschränken und ganz oder teilweise zurückzuziehen.

Der Gläubigerin ist nach Erledigung der Eintragungsanträge eine vollständige beglaubigte Grundbuchabschrift zu erteilen.

Gemäß § 1117 Abs. 2 BGB ist die Übergabe des Grundschuldbriefes durch die Vereinbarung ersetzt, dass die Gläubigerin berechtigt ist, sich den Grundschuldbrief von dem Grundbuchamt unmittelbar aushändigen zu lassen. In Abweichung von § 60 Abs. 1 GBO bestimme ich, dass der Grundschuldbrief unmittelbar an die Gläubigerin zu übersenden ist (§ 60 Abs. 2, § 70 Abs. 1 GBO).

### **IV.**

Ich übernehme für die Zahlung des Geldbetrages, dessen Höhe der bewilligten Grundschuld (Kapital, Nebenleistung, Zinsen) entspricht, die persönliche Haftung und unterwerfe mich wegen dieser Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in mein gesamtes Vermögen.

Die Gläubigerin ist berechtigt, mich aus dieser persönlichen Haftung schon vor der Eintragung der Grundschuld oder Vollstreckung in das Grundstück in Anspruch zu nehmen.

### **V.**

1. Ich trete hiermit die – auch zukünftigen und bedingten – Ansprüche auf Rückübertragung, Erteilung einer Löschungsbewilligung oder Verzichtserklärung sowie auf Herausgabe des anteiligen Erlöses aus einer Zwangsversteigerung bezüglich aller vor- und gleichrangigen Grundschulden an die Gläubigerin ab. Diese Abtretung der Rückgewährungsansprüche ist auflösend bedingt. Sie entfällt mit der Erledigung des nachstehend genannten Sicherungszwecks.

Die hier bestellte Grundschuld dient als Sicherheit für alle gegenwärtigen und künftigen – auch bedingten oder befristeten – Ansprüche, die der Gläubigerin gegen mich und meine Ehefrau ..... geb. .... zustehen und zustehen werden, gleichviel aus welchem Grunde diese Ansprüche entstanden oder auf die Gläubigerin übergegangen sein mögen.

2. Mit der Gläubigerin ist vereinbart, dass Zahlungen, die aus irgendeinem Grund an sie geleistet werden, weder auf die Grundschuld noch auf deren Zinsen und Nebenleistung, sondern auf die persönlichen Forderungen anzurechnen sind.

3. Die Gläubigerin ist berechtigt, auf ihren einseitigen Antrag und ohne den Nachweis der die Fälligkeit der Grundschuld nebst Nebenleistungen bedingenden Tatsachen, sich eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde auf Kosten des Eigentümers erteilen zu lassen.

#### **VI.**

Ansprüche des Grundstückseigentümers auf Rückgewähr der Grundschuld durch deren Löschung, Verzicht oder Rückabtretung und auf Rückgewähr des abstrakten Schuldversprechens sind auf-schiebend bedingt und entstehen im Sinne der §§ 199, 200 BGB erst mit ihrer ausdrücklichen Gel-tendmachung gegenüber dem Gläubiger. Erfüllungsort für die Rückgewähr der Grundschuld oder Erteilung der Löschungsbewilligung und Gerichtsstand für alle Streitigkeiten und Klagen aus dem Sicherungsverhältnis ist der Belegenheitsort des belasteten Grundstücks.

Im übrigen gilt für alle Ansprüche aus diesem Rechtsverhältnis, die nicht gemäß § 902 BGB von der Verjährung ausgenommen sind, eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjäh-rungsbeginn. Dies gilt nicht für Ansprüche, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind.

#### **VII.**

Der Notar belehrte .....

#### **VIII.**

Ich beantrage,

1. der Gläubigerin sofort eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen,
2. beim Grundbuchamt eine Ausfertigung dieser Urkunde einzureichen,
3. mir eine beglaubigte Abschrift zu übersenden.

Urkundenabschluss wie Form. I. 48.

#### **Sicherungsabrede (Muster)**

Die heute in gesonderter Urkunde bestellte Grundschuld über EUR ... nebst ... v. H. Jahreszinsen hieraus zu Lasten des Grundstücks F1StNr. ... der Gemarkung ... dient ausschließlich zur Sicherung einer Darlehensforderung in Höhe von EUR ..., die Herrn X gegenüber Frau A nach der am ... er-folgenden Auszahlung des Darlehensbetrages zustehen wird.

Die durch die Grundschuld gewährte Sicherheit soll im Innenverhältnis zwischen Frau A und Herrn X nicht anderen Forderungen dienen. Herr X hat sämtliche Zahlungen nicht nur auf die durch die Grundschuld gesicherte Forderung zu verrechnen, sondern zugleich auf die Grundschuld. Er darf sich aus der genannten Grundschuld, eventuellen Abtretungen von Rückgewähransprüchen bezüg-lich anderer Grundschulden und Eigentümergrundschulden, sowie der von Frau A übernommenen persönlichen Haftung nur einmal und zwar in Höhe des Darlehensbetrages, der Zinsen und Kosten befriedigen.

Herr X verpflichtet sich, die Grundschuld nicht ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung von Frau A an Dritte abzutreten.

Herr X ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, Rangänderungen zu bewilligen und Haftungsgegens-tände aus der Grundschuld zu entlassen. Er ist außerdem berechtigt, auf den seinen persönlichen Anspruch übersteigenden Teil der Grundschuld sowie die hierbei eingetragenen Zinsen zu verzich-ten und den Verzicht in das Grundbuch eintragen zu lassen. In einem Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren ist er nicht verpflichtet, aus der Grundschuld Beträge geltend zu ma-chen, die über seinen persönlichen Anspruch hinausgehen.

## 2. Bestellung der Grundschuld (Ersterwerb)

### a) Allgemeines und Prüfungsschema

Die Bestellung einer Grundschuld folgt im Wesentlichen den Regeln der Hypothek bis auf die wichtige Ausnahme, dass das Bestehen einer Forderung nicht vorausgesetzt wird.

*Beachte:* Anders als die Hypothek kann die Grundschuld auch von vornherein für den Eigentümer bestellt werden, § 1196 Abs. 1 und 2 BGB. Dies setzt eine einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung voraus.

#### **Prüfungsschema: Ersterwerb der Grundschuld**

- Einigung, §§ 1191 Abs. 1 S. 1, 873 Abs. 1 BGB
- Eintragung, §§ 873 Abs. 1, 1192 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB
- Briefübergabe (§§ 1192 Abs. 1, 1117 Abs. 1 S. 1 BGB), bzw. Ausschluss der Brieferteilung (§§ 1192 Abs. 1, 1116 Abs. 2 S. 1 BGB)
- Berechtigung, bzw. Überwindung der Nichtberechtigung gem. § 892 BGB

### b) Insbesondere gutgläubiger Ersterwerb

Der gutgläubige Ersterwerb der Grundschuld (dh von einem nichtberechtigten Bucheigentümer) vollzieht sich unproblematischer Weise nach § 892 BGB.

#### **Fall 29:**

Die Bauern G und H verbindet eine enge Freundschaft. Kurz vor seinem Tod entschließt sich G, H einen größeren Geldbetrag zuzuwenden. Beide gehen zum Notar und lassen dort beurkunden, dass G an seinem Grundstück H eine Grundschuld über 100.000 € bestellt, wobei sich beide einig sind, dass H den Betrag erst nach G's Tod erhalten soll. Die Grundschuld wird ordnungsgemäß eingetragen. Wurde H Inhaber der Grundschuld?

#### **Fall 30:**

Unternehmer P hat seiner Bank zur Sicherheit für alle Kredite, die ihm die Bank bis zu einer Gesamthöhe von 100.000 € eingeräumt hat, eine Grundschuld in dieser Höhe an seinem Grundstück bestellt. Als die Bank nach Abbruch der Geschäftsbeziehungen und Kündigung der Grundschuld gegen P vorgehen will, verteidigt sich dieser damit, dass er seine Schuld in voller Höhe beglichen habe. Anspruch der Bank?

#### **Fall 31:**

E hat B zur Sicherheit für einen Kredit eine Sicherungsgrundschuld an einem Grundstück bestellt. B will seine Grundschuld weiter nutzen und sie an R veräußern. Kann er dies auch ohne die Forderung abzutreten?

### 3. Übertragung der Grundschild (Zweiterwerb)

#### a) Allgemeines und Prüfungsschema

Die Übertragung der Grundschild erfolgt wegen fehlender Abhängigkeit von einer Forderung nicht nach § 1153 BGB, sondern allein als Übertragung des dinglichen Rechts.

Die gesicherte Forderung kann daher gemäß § 398 BGB auf einen Dritten übertragen werden, ohne dass die Form des § 1154 BGB eingehalten werden müsste. Eine Trennung ist gesetzlich zulässig, verstößt aber in der Regel gegen die Sicherungsabrede.

*Beachte:* Bei der Übertragung der Grundschild ist die Modifikation durch § 1154 BGB zu beachten. Dieser findet zwar nicht auf die durch die Grundschild gesicherte Forderung, wohl aber auf die Grundschild selbst Anwendung.

Daher erfolgt die Übertragung der Grundschild durch die „Abtretung der Grundschild selbst“.

#### **Prüfungsschema: Übertragung/ Zweiterwerb der Grundschild**

- Abtretungsvertrag, §§ 398 S. 1, 413, 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 1 S. 1 BGB)  
Inhalt: Abtretung der Grundschild!  
(Beachte: Formerfordernis des § 1154 BGB bei Briefgrundschild)
- Briefübergabe gem. §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 1 S. 1 BGB (bei Briefgrundschild) bzw. Eintragung gem. §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 3, 873 Abs. 1 BGB (bei Buchgrundschild)
- Kein Ausschluss der Abtretung (etwa § 399 BGB)
- Berechtigung (dh Inhabung der Grundschild), ggf. Überwindung der Nichtberechtigung gem. § 892 BGB

#### b) Insbesondere: Gutgläubiger Zweiterwerb

Der gutgläubige Zweiterwerb, dh wenn eine Grundschild selbst durch einen Nichtberechtigten übertragen wird, beurteilt sich folgendermaßen:

- Ein gutgläubiger Forderungserwerb kommt auch bei einer durch eine Grundschild gesicherten Forderung nicht in Betracht.
- In Bezug auf den Erwerb der Grundschild sind dingliche Mängel bei der Grundschildbestellung durch den guten Glauben des Zweiterwerbers überwindbar. § 892 BGB ist bei der Buchgrundschild unmittelbar, bei der Briefgrundschild ggf. über § 1155 BGB anwendbar.
- Zu beachten ist weiterhin, dass gem. §§ 1192 Abs. 1, 1157 S. 2, 892 BGB die Möglichkeit eines gutgläubigen einreddefreien Erwerbs der Grundschild besteht (dazu Fall 33).

#### **Fall 32:**

K hat M zur Sicherheit für einen Kredit eine Grundschild an einem Grundstück bestellt, als dessen Eigentümer er zu Unrecht eingetragen ist. Hat M die Grundschild erworben?



### Fall 33:

K hat von S einen Sportwagen zu einem Preis von 100.000 € gekauft. Zur Absicherung dieser Forderung bestellt er dem S formgerecht eine Buchgrundschuld an seinem Grundstück. Potentielle Zahlungen des K sollen laut einer Vereinbarung ausschließlich die Forderung betreffen.

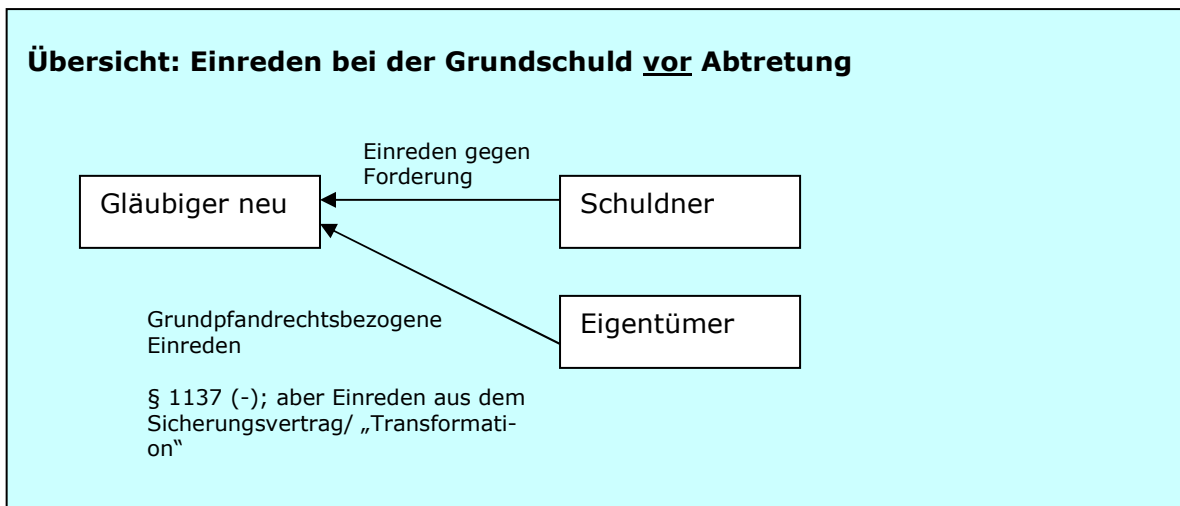
K wird beim Roulette spielen reich und zahlt auf einen Schlag S die geschuldeten 100.000 €.

S benötigt dringend Geld und tritt trotz der Rückzahlung die Kaufpreisforderung und die Grundschuld gegen den K an B ab. B hatte Kenntnis von dem Sicherungscharakter der Grundschuld im Zeitpunkt der Abtretung, nicht aber von der vorherigen Begleichung der Kaufpreisforderung.

Hat B Ansprüche gegen K?

## 4. Einreden

### a) Einreden vor der Abtretung



#### aa) Einreden des Eigentümers

##### (1) Grundschuldbezogen

Der Eigentümer kann die Einreden, die im Zusammenhang mit der Grundschuldbestellung entstanden dem Gläubiger entgegenhalten (z.B. keine wirksame dingliche Einigung oder fehlende Briefübergabe). § 1137 BGB setzt Akzessorietät voraus und gilt deshalb bei der Grundschuld nicht.

##### (2) Aus der Sicherungsabrede

Jedoch können dem Eigentümer bei der Sicherungsgrundschuld weitere Einreden zustehen. Die Sicherungsabrede verknüpft Grundschuld und Forderung. Häufig wird vereinbart, dass die sofort fällige Grundschuld nicht geltend gemacht werden darf, solange sie nicht valuiert oder das ausbezahlte Darlehen noch nicht zur Rückzahlung fällig ist.

Ferner wird wie bei der Hypothek die Rechtsfolge des § 1137 BGB schuldrechtlich in der Sicherungsabrede vereinbart, so dass der Eigentümer dem Grundschuldgläubiger auch diejenigen Einreden gegen die Forderung entgegenhalten kann.

#### bb) Einreden des Schuldners gegen die Forderung

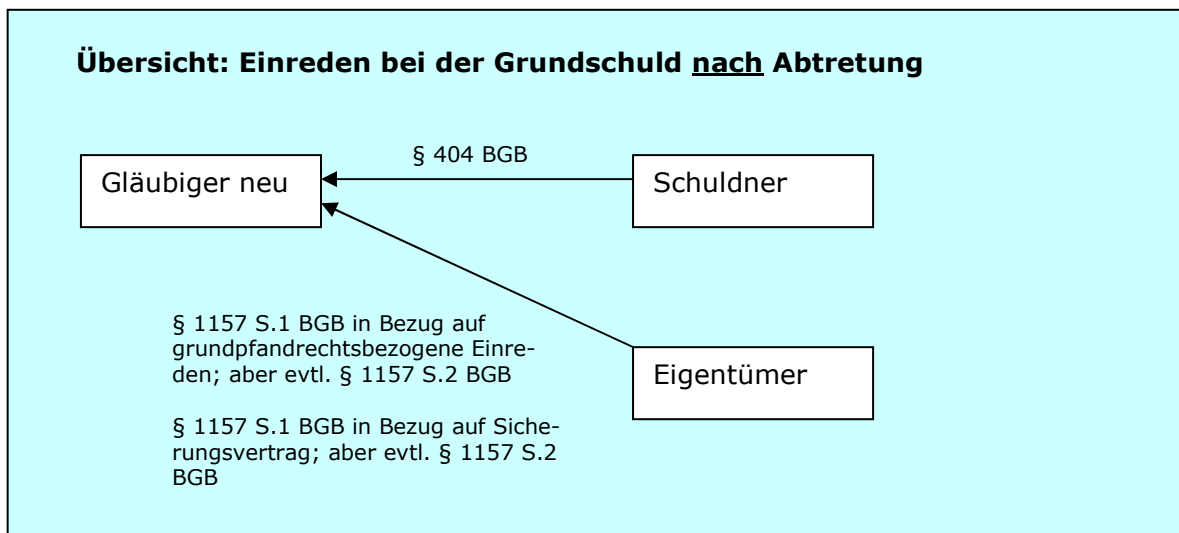
Dem Schuldner stehen alle Einreden gegen die gesicherte Forderung zu.

Bei der Sicherungsgrundschuld kann sich ferner ein Zurückbehaltungsrecht ergeben. Es wird regelmäßig vereinbart worden sein, dass bei endgültiger Erfüllung der Schuld der Sicherungsgeber von der Belastung seines Grundstücks befreit wird. Insofern steht dem Schuldner also eine Einrede aus dem Rechtsgedanken des § 273 bzw. § 320 BGB zu: Zahlung nur Zug um Zug gegen Befreiung von der Grundschuld (vgl. § 1161 BGB in Bezug auf die Hypothek!)

**Fall 34:**

E hat dem G zur Sicherung eines dem S noch zu gewährenden Darlehens eine Buchgrundschuld an seinem Grundstück bestellt. Später kommt es zu Unstimmigkeiten zwischen S und G. G weigert sich, das Geld auszuzahlen. Rechte des E?

b) Einreden nach der Abtretung



aa) Einreden des Schuldners gegen die Forderung

Dem persönlichen Schuldner bleiben die Einreden gegen die Forderung gem. §§ 404 ff. BGB erhalten.

bb) Einreden des Eigentümers

Grundsätzlich gelten die Einreden gem. §§ 1192 Abs. 1, 1132 Abs. 1 BGB fort.

Für den Eigentümer besteht jedoch die Gefahr, dass der Erwerber gutgläubig einrededefrei gem. § 1157 S. 2 BGB erworben hat, so dass er ihm gegenüber die Einreden gegen die Grundschuld nicht mehr geltend machen kann. Dies gilt für Einreden aus der Grundbuchbestellung und aus der Sicherungsabrede.

Bei einer Sicherungsgrundschuld verliert der Eigentümer ebenfalls die (transformierten) Einreden gegen die Forderung im Fall des § 1157 S.2 BGB.

**Fall 35:**

E hat bei A ein Darlehen aufgenommen und diesem dafür zur Sicherheit eine Grundschuld bestellt. A überträgt die Grundschuld an N, der unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gegen E vorgeht.

**Fall 36:**

E nimmt ein Darlehen von 25.000 € bei der H-Bank auf und bestellt ihr zur Sicherung eine wirksame Sicherungsgrundschuld. Alsbald tritt die H-Bank den Darlehensanspruch und die Grundschuld in beglaubigter Form an die D-Bank ab. Die D-Bank hat von dem Sicherungscharakter der Grundschuld Kenntnis und möchte nun gem. §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB vorgehen.

## 5. Zahlung und Folgen

Aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit von Forderung und Grundpfandrecht stellt sich bei der Grundschuld im Vergleich zur Hypothek ein zusätzliches Problem: Es muss geklärt werden, ob die Leistung auf die Forderung oder auf die Grundschuld erbracht wird, wobei an dieser Stelle insbesondere die Interessenlage zwischen den Parteien zu berücksichtigen ist.

Bei Zahlung auf die **Grundschuld** erwirbt der Eigentümer nach die Grundschuld als Eigentümergrundschuld. Umstritten ist lediglich die gesetzliche Grundlage (hM: § 1143 BGB analog; § 1163 Abs.1 S.2 BGB analog; §§ 1168, 1170 BGB analog).

Wenn der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, dann ist es Auslegungsfrage, worauf er zahlt:

- Entscheidend ist der Wille des Zahlenden
- Sonst entsprechend Sicherungsvertrag, bzw. § 366 BGB
- Im Übrigen gilt: bei ratenweiser Tilgung nur auf die Forderung; nur bei Zahlung der gesamten Summe auf die Forderung **und** auf die Grundschuld (arg.: sonst entsteht sukzessiv eine Eigentümergrundschuld, die dem Zugriff anderer Gläubiger offen steht)

Bei Zahlung nur auf die Forderung entsteht ein schuldrechtlicher Rückübertragungsanspruch auf die Grundschuld aus der Sicherungsabrede, bzw. aus § 812 Abs.1 S.2, 1.Alt. BGB.

# G. Anwartschaftsrechte an Grundstücken

## I. Einleitung

### 1. Regelungsproblem

Da die Grundbucheintragung oft erst mehrere Monate nach der Einigung und Stellung des Eintragungsantrags vorgenommen wird und sich der endgültige dingliche Rechtserwerb demgemäß über eine längere Zeit hinzieht, stellt sich die Frage, ab wann die Position des Erwerbers so gefestigt ist, dass man sie rechtlich als ein Anwartschaftsrecht qualifizieren kann.

### 2. Definition und Charakteristika des Anwartschaftsrechts

Ein Anwartschaftsrecht auf Erwerb eines Grundstücksrechts setzt voraus, dass von dem mehraktigen Entstehungstatbestand des dinglichen Rechts bereits so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere an der Entstehung des Rechts Beteiligte nicht mehr einseitig zerstören kann. Es ist eine Art Zwischenstation auf dem Weg zum Vollrecht und ist insofern dessen „wesensgleiches Minus“.

Im Immobiliarsachenrecht ist bei jedem dinglichen Recht an Grundstücken, das mehraktig zustande kommt, ein Anwartschaftsrecht denkbar. Im Grundstücksrecht kann ein Anwartschaftsrecht etwa bei bedingtem Rechtserwerb, bei der Auflassung und beim Hypothekenerwerb vor Valutierung entstehen. In Klausuren am häufigsten ist das Anwartschaftsrecht bei der Auflassung.

Die Übertragung eines Anwartschaftsrechts erfolgt durch Auflassung gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB. Eintragungen in das Grundbuch erfolgen nicht. Für den Erwerb des Vollrechts muss der Erwerber dann allerdings einen Antrag auf Eintragung stellen. Liegen dann die weiteren Entstehungsvoraussetzungen des Vollrechts vor, so erwirbt er dieses ohne Durchgangserwerb des ersten Anwartschaftsrechtsinhabers.

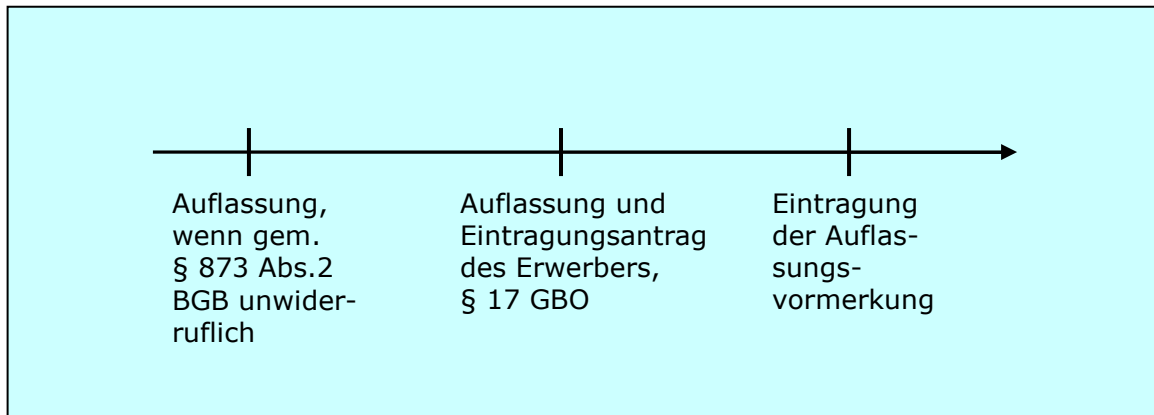
## II. Anwartschaftsrecht bei bedingtem Rechtserwerb

Beim Grundeigentum kann ähnlich wie beim Eigentumsvorbehalt im Mobiliarsachenrecht auch die Einigung iSd § 873 BGB bedingt oder befristet sein. Soweit alle anderen Voraussetzungen für den Erwerb des Grundstücksrechts vorliegen, erlangt der Erwerber aufgrund der §§ 161, 162 BGB eine weitgehend gesicherte Rechtsposition, so dass ihm ein Anwartschaftsrecht zusteht.

*Beachte:* Dies ist jedoch nur bei dinglichen Teilrechten möglich; nicht jedoch bei der Auflassung! Diese ist gem. § 925 Abs.2 BGB bedingungsfeindlich!

## III. Anwartschaftsrecht bei der Auflassung

Über die Tatsache dass ein Anwartschaftsrecht auch bei der Auflassung besteht, herrscht Einigkeit. Wann diese gesicherte Rechtsposition vorliegt, wird uneinheitlich beurteilt.



Es werden dazu im Wesentlichen vier Meinungen vertreten:

- 1) eA: Bei Auflassung nach § 925 BGB über § 17 GBO  
 Die ganz überwiegende Meinung lehnt das Entstehen eines Anwartschaftsrechts bei der Auflassung jedoch per se ab<sup>6</sup>.  
 Der Schutz durch § 17 GBO sei nicht ausreichend, da das GBA jederzeit gegen diese Verfahrensvorschrift verstoßen könne; die Vorstellung eines Anwartschaftsrechts bei Eintragung einer Auflassungsvormerkung hingegen bringe keinen Zugewinn, da die Vormerkung selbst schon den Schutz gewähre und dem Anspruch auf Übereignung ohnehin gem. § 401 BGB analog nachfolge<sup>7</sup>.  
 Ferner stehe der Anerkennung eines Anwartschaftsrechts der § 873 BGB entgegen, wonach Rechte an Grundstücken nur durch Einigung und Eintragung entstehen können.
  
- 2) aA: Bei beurkundeter Erklärung der Auflassung gem. § 873 Abs. 2 BGB  
 Nach dieser Ansicht entsteht das Anwartschaftsrecht bereits bei beurkundeter Erklärung der Auflassung, da dann bereits die Bindung des § 873 Abs.2 BGB vorliegt<sup>8</sup>.  
 Dagegen spricht jedoch, dass der Erwerber eben noch nicht vor einer anderweitigen Verfügung des Veräußerers geschützt ist sondern der Veräußerer lediglich an die Einigung gebunden ist.
  
- 3) wohl hM: Bei Antrag des Erwerbers auf Eintragung  
 Die wohl herrschende Meinung verlangt zusätzlich zur unwiderruflichen Auflassung noch den Antrag des Erwerbers auf Eintragung<sup>9</sup>  
 Schutz vor Verfügungsbeschränkungen wird ab dem Eintragungsantrag (§ 13 GBO) über § 878 BGB gewährt.  
 Einen formal-rechtlichen Schutz gibt zugleich § 17 GBO, nach dem mehrere dasselbe Recht betreffende Eintragungsanträge nur in ihrer zeitlichen Reihenfolge erfolgen dürfen.

<sup>6</sup> Medicus, BR, Rn. 469.

<sup>7</sup> Medicus, BR, Rn. 469.

<sup>8</sup> Reinicke-Tiedtke, NJW 1982, 2281.

<sup>9</sup>BGH NJW 1994, 1403.

Somit kann der Erwerber im Normalfall erwarten, dass zuerst er eingetragen wird und eine weitere Verfügung des Veräußerers damit nicht mehr möglich ist.

Ab diesem Zeitpunkt wäre der Veräußerer auch nicht mehr formell zur Rechtsänderung berechtigt, § 39 GBO.

4) aA: Bei Eintragung einer Auflassungsvormerkung

Danach ist für das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts stets die Eintragung einer Auflassungsvormerkung erforderlich<sup>10</sup>, der Erwerber ist dann durch die §§ 883 Abs.2, 888 BGB gegen Verfügungen des Veräußerers geschützt.

**Fall 37:**

E ist Eigentümer eines Grundstücks. Dieses verkauft er an K am 1.8.2008 in notarieller Form. E bringt dabei zum Ausdruck, dass K das Grundstück nicht weiterveräußern solle.

Nachdem die Auflassung notariell beurkundet wurde, stellt K beim Grundbuchamt einen Antrag auf die Eintragung als Eigentümer.

Bevor die Eintragung erfolgt, veräußert K das Grundstück an D weiter. D wird daraufhin ohne Zwischeneintragung des K als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

D verlangt nun von E Herausgabe des Grundstücks. Ist sein Begehren berechtigt?

#### IV. Anwartschaftsrecht beim Hypothekenerwerb

Die Entstehung der Hypothek für den Gläubiger erfordert neben der Einigung und Eintragung noch weitere Voraussetzungen: Zum einen muss der Brief übergeben, bzw. die Briefübergabe abgeschlossen sein. Zum anderen muss die zu sichernde Forderung entstanden sein, § 1163 Abs.1 BGB.

In der Praxis vergeht zwischen der Eintragung der Hypothek und der Auszahlung der Banken eine gewisse Zeit, da diese solange abwarten bis der fortschreitende Bau den Grundstückswert derart angehoben hat, dass eine ausreichende Sicherung besteht.

In dieser Zeit – dh vor Valutierung – steht dem Eigentümer die Hypothek als vorläufige Eigentümergrundschuld zu, §§ 1163 Abs.1 S.1, 1177 Abs.1 BGB. Die Bank ist aber insoweit geschützt, als ihr an dieser ein Anwartschaftsrecht zusteht. Das Entstehen der Hypothek hängt ja ausschließlich von ihrem Willen zur Auszahlung des Darlehens ab.

---

<sup>10</sup> Medicus, BR, Rn. 469.