

# **Immobiliarsachenrecht**

Autor: RA Frank Hofmann

© Repetitorium Hofmann  
Alte Gießerei 1  
79098 Freiburg  
3. Auflage  
**Stand:** August 2016

## A. Einführung

Das Immobiliarsachenrecht folgt wie das bewegliche Sachenrecht den besonderen Prinzipien des Sachenrechts (Bestimmtheitsgrundsatz, Absolutheit, Publizitätsprinzip, Numerus Clausus der Rechte, Typenzwang, Abstraktionsprinzip, vgl. hierzu die Einführung zum Hofmann-Skript Bewegliches Sachenrecht).

Daneben ist das Grundstücksrecht aber durch einige Besonderheiten geprägt, die es deutlich vom Recht der beweglichen Sachen unterscheiden. Solche Besonderheiten sind z. B.:

- Rechtsscheinträger ist nicht wie bei beweglichen Sachen der Besitz, sondern das Grundbuch.

Das hat z. B. zur Folge, dass im Grundstücksrecht für die Frage der Gut- bzw. Bösgläubigkeit *nur die positive Kenntnis* des Erwerbers schadet (vgl. § 892 BGB; anders im beweglichen Sachenrecht, wo gem. § 932 II BGB auch die grobfahrlässige Unkenntnis einen gutgläubigen Erwerb verhindert). Dies findet seinen Grund darin, dass der Erwerber auf das „seriöse“ Grundbuch eher vertrauen darf als auf den doch recht unsicheren Rechtsschein des Besitzes.

- Eine Auflassung (d. h. die Einigung über die Eigentumsübertragung an einem Grundstück) ist *nicht unter einer Bedingung* möglich, vgl. § 925 II BGB.

Dies hat zur Folge, dass bestimmte Sicherungsinstrumente des beweglichen Sachenrechts (z. B. Eigentumsvorbehalt) nicht funktionieren. Zudem ist die Eigentumsübertragung im Grundstücksrecht generell recht umständlich, so dass sich auch Rechtsinstitute wie die Sicherungsübereignung nicht anbieten. In der Konsequenz haben sich im Bereich des Grundstücksrechts völlig andere Sicherungsinstrumente zur Besicherung von Krediten entwickelt (insbesondere Hypothek und Grundschuld).

- Anders als bei beweglichen Sachen, wo die beiden zur Übereignung notwendigen Tatbestandsmerkmale – Einigung und Übergabe gem. § 929 BGB – meistens zeitlich in eins zusammenfallen, *streckt sich der Erwerbstatbestand im Grundstücksrecht oft zeitlich ziemlich in die Länge*.

Dies hat den Grund, dass die nach § 873 BGB für die Eigentumsübertragung notwendige Eintragung in das Grundbuch vom Arbeitsanfall des Grundbuchamtes sowie der Beschaffung sonstiger Unterlagen (z. B. Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes) abhängt.

In der Folge ist der Eigentumserwerb des Käufers in dieser Phase aber noch besonders gefährdet. Dies hat zur Ausprägung weiterer Sicherungen geführt (insbesondere: Vormerkung gem. § 883 BGB), die dem beweglichen Sachenrecht ebenfalls unbekannt sind.

Andererseits darf auch die teilweise vorhandene strukturelle Ähnlichkeit des Grundstücksrechts mit dem beweglichen Sachenrecht nicht verkannt werden. So entsprechen etwa die Voraussetzungen für die Eigentumsübertragung an einem Grundstück nach §§ 873, 925 BGB – Einigung(=Auflassung), Eintragung, Einigsein bei Eintragung, Berechtigung – bis auf die Eintragung genau denjenigen

für die Übereignung einer beweglichen Sache nach § 929 BGB (Einigung, *Übergabe*, Einigsein bei Übergabe, Berechtigung). Gleiches gilt für die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs, die sich ebenfalls sehr ähnlich sind (bei Grundstücken (§§ 892, 893 BGB): Rechtsgeschäft i. S. e. Verkehrsgeschäfts, Rechtsschein des *Grundbuchs*, guter Glaube, kein Widerspruch; bei beweglichen Sachen (§ 932 BGB): Rechtsgeschäft i. S. e. Verkehrsgeschäfts, Rechtsschein des *Besitzes*, guter Glaube, kein Abhandenkommen).

Das folgende Skript versucht, Ihnen einen schnellen Überblick über die wesentlichen, klausurrelevanten Aspekte des Grundstücksrechts zu verschaffen. Dabei werden zunächst die mit der Eigentumsübertragung an Grundstücken (§§ 873, 925 BGB) zusammenhängenden Probleme sowie die schon erwähnte Vormerkung, der Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) sowie das formelle Grundbuchrecht, sodann die speziellen Sicherungsinstrumente Hypothek und Grundschuld erörtert.

Einige andere Themen, die nicht in gleichem Ausmaß klausurrelevant sind, von denen man aber wenigstens einmal gehört haben sollte (z. B. Dienstbarkeit, Nießbrauch) werden zum Abschluss ebenfalls kurz behandelt.

## B. Eigentumsübertragung an Grundstücken

Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ist erforderlich:

- (1) Einigung (=Auflassung) gem. §§ 873 I, 925 I BGB
- (2) Eintragung in das GB
- (3) Einigsein zum Zeitpunkt der Eintragung (aber: § 873 II BGB)
- (4) Berechtigung

**Beachte:** Dieser vier Voraussetzung des § 873 I BGB bedarf es grundsätzlich auch zur Bestellung und Übertragung aller weiteren Rechte an einem Grundstück (z. B. Hypothek, Grundschuld, Nießbrauch, Dienstbarkeit). Ihre Kenntnis ist daher von größter Bedeutung.

Im Einzelnen:

### 1. Einigung (=Auflassung)

Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gem. **§ 873 I BGB** erforderliche Einigung (=Auflassung) besteht aus zwei Willenserklärungen, für die die Regeln des BGB AT gelten.

*Bsp.: A überträgt an B das Eigentum an einem Grundstück gem. §§ 873, 925 BGB. Dabei ist A unerkant geisteskrank. Die Eigentumsübertragung ist nichtig gem. §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB.*

„Auflassung“ ist die *Bezeichnung* der Einigung bei der Eigentumsübertragung und legaldefiniert in **§ 925 I S. 1 BGB**.

**Merke:** Von „Auflassung“ spricht man nur, soweit sich die Einigung auf die *Eigentumsübertragung* an einem Grundstück bezieht. Sobald sich die Einigung auf ein anderes Grundstücksrecht – z. B. eine Grundschuld – bezieht, spricht man schlicht von „Einigung“.

Ebenfalls in § 925 I BGB ist bestimmt, dass die Auflassung der *Form* bedarf. In der Regel hat die Auflassung vor dem Notar zu geschehen, § 925 I S. 2 BGB.

**Beachte:** Dieses Formerfordernis ist nicht zu verwechseln mit dem Formerfordernis für *schuldrechtliche* Verträge über die Veräußerung von Grundstücken gem. § 311b I BGB (Abstraktionsprinzip!).

Die Auflassung ist bedingungsfeindlich, vgl. § 925 II BGB. Dies findet seinen Grund darin, dass der Gesetzgeber im Immobiliarsachenrecht besonders an einer klaren Eigentumszuordnung gelegen war.

*Bsp.: V übereignet an K ein Grundstück unter Eigentumsvorbehalt, d. h. unter der Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung. Ein solcher Eigentumsvorbehalt wäre – anders als bei beweglichen Sachen – unwirksam, da er gegen § 925 II BGB verstieße.*

**Tipp:** Die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung hat weitreichende Konsequenzen. Viele Rechtsinstitute, die im beweglichen Sachenrecht der Besicherung dienen (wie z. B. der Eigentumsvorbehalt) funktionieren deswegen im Grundstücksrecht nicht. Stattdessen haben sich andere Sicherungsinstrumente ausgebildet, wie z. B. die Hypothek und die Grundschuld.

Auch bedeutet die Bedingungsfeindlichkeit, dass sich der Verkäufer eines Grundstücks hinsichtlich des zu zahlenden Kaufpreises anders absichern muss als durch einen Eigentumsvorbehalt. In der Praxis wird hier häufig vereinbart, dass der Notar die zur Rechtsänderung an dem Grundstück erforderlichen Unterlagen erst dann an das Grundbuchamt herausgibt, wenn der Kaufpreis auf ein sog. „Notaranderkonto“ (=Konto für Fremdgelder des Notars) eingezahlt wurde.

## 2. Eintragung

Zur Wirksamkeit der Eigentumsübertragung ist weiterhin die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich.

**Wichtig:** Hierfür ist es unerheblich, ob der Grundbuchbeamte die Eintragung vornehmen durfte oder nicht. Entscheidend ist nur, dass sie vorgenommen wurde. Da die Voraussetzung somit in der Klausur entweder klar gegeben ist oder nicht, hängen sich hieran selten diskussionswürdige Probleme auf.

**Beachte:** Davon zu trennen ist der Fall, in dem in der Klausur ausdrücklich danach gefragt wird, ob der Grundbuchbeamte eine bestimmte Eintragung vornehmen *durfte*. In diesem Fall sind die formellen Voraussetzungen einer Eintragung ins Grundbuch durch den Grundbuchbeamten zu prüfen (§§ 13 ff. GBO, dazu weiter unten).

## 3. Einigsein bei Eintragung

Grundsätzlich muss die ursprüngliche Einigung noch zum Zeitpunkt der Eintragung fortbestehen, d. h. wenn eine Seite einseitig von der Einigung abrückt, kommt die Rechtsänderung nicht zustande.

**Merke:** Es handelt sich hierbei um eine sachenrechtliche Besonderheit, die auch bei beweglichen Sachen gilt (Prüfungspunkt dort: „Einigsein bei Übergabe“).

Anders als bei beweglichen Sachen wird diese Voraussetzung bei Grundstücken in der Klausur eher einmal relevant, da der Zeitpunkt der Einigung und der Eintragung häufig zeitlich sehr weit auseinanderliegen.

Aus diesem Grund erklärt **§ 873 II BGB** die Einigung jedenfalls dann für verbindlich, wenn beide Willenserklärungen notariell beurkundet sind (weitere Fälle: siehe § 873 II BGB). Dies wird bei der Auflassung praktisch immer der Fall sein.

## 4. Berechtigung

### a) Allgemeines

Die Voraussetzung der Berechtigung ist im Wortlaut des § 873 I BGB nicht erwähnt, ist aber für die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung von essentieller Bedeutung.

Der Veräußerer muss Eigentümer des Grundstücks sein oder aber Verfügungsbefugnis über das Grundstück haben.

*Beispiele für Verfügungsbefugnis ohne Eigentum: Ermächtigung durch den Eigentümer gem. § 185 BGB; Insolvenzverwalter gem. §§ 80, 81 InsO; der noch nicht in das Grundbuch eingetragene Auflassungsempfänger, der das Grundstück gleich weiterveräußert (=konkludente Ermächtigung gem. § 185 BGB).*

**Beachte:** Ausnahmsweise kann auch der Eigentümer nicht zur Verfügung befugt sein (etwa bei Insolvenz (§ 80 InsO) oder gem. § 1365 BGB).

Liegt die Berechtigung zur Veräußerung nicht vor, so kommt nur noch der gutgläubige Erwerb des Grundstücks vom Nichtberechtigten in Betracht.

### b) Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

#### aa) Allgemeines

Für den gutgläubigen Erwerb eines Grundstücks vom Nichtberechtigten (§§ 892, 893 BGB) bedarf es wiederum vier Voraussetzungen:

- (1) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts
- (2) Unrichtiges Grundbuch, das den Veräußerer legitimiert
- (3) Guter Glaube des Erwerbers
- (4) Kein Widerspruch ins Grundbuch eingetragen

**Beachte:** Auch die vier Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs gelten allgemeine, d. h. nicht nur für die Eigentumsübertragung, sondern z. B. (grundsätzlich) auch für den gutgläubigen Erwerb einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Vormerkung (str., dazu weiter unten).

Im Einzelnen:

#### **(1)** Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts

Ein gutgläubiger Erwerb eines Grundstücks kommt nur bei *Rechtsgeschäften* in Betracht, d. h. nicht bei Erwerb des Grundstücks durch Hoheitsakt (z. B. Versteigerung in der Zwangsvollstreckung) oder durch Gesetz (z. B. durch Erbfall nach § 1922 BGB).

Das Erfordernis eines Verkehrsgeschäfts meint, dass Veräußerer und Erwerber auch *wirtschaftlich* zwei verschiedene Personen sein müssen.

*Bsp.: A „ahnt“, dass mit einem seiner Grundstücke etwas faul sein könnte, und überträgt es daher zunächst auf eine ihm zu 100% gehörende GmbH, um einen gutgläubigen Erwerb herbeizuführen. Kein gutgläubiger Erwerb des Grundstücks durch die GmbH mangels Verkehrsgeschäft.*

## (2) Unrichtiges Grundbuch, das den Veräußerer legitimiert

Das Grundbuch muss (unrichtigerweise) den eigentlich nicht berechtigten Veräußerer legitimieren.

*Bsp.: E hat ein Grundstück an den A vererbt. Im Grundbuch ist aber der Sohn des E – S – eingetragen, da das Testament zugunsten des A nie gefunden wurde. Veräußert der S nun das Grundstück an den X, so ist grundsätzlich ein gutgläubiger Erwerb möglich, denn das unrichtige Grundbuch legitimiert den Veräußerer S.*

**Zur Terminologie:** Macht spricht vom „Rechtsschein des Grundbuchs“ bzw. vom „öffentlichen Glauben des Grundbuchs“ (so die Terminologie des Gesetzes). Andere Rechtsscheintatbestände sind etwa: der Erbschein (§§ 2365, 2366 BGB), das Handelsregister (§ 15 HGB) oder auch der Besitz beim gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen (§§ 932 ff. BGB).

**Merke:** Für die Rechtsscheinwirkung des Grundbuchs ist es unerheblich, ob sich der Erwerber das Grundbuch angeschaut hat.

## (3) Guter Glaube des Erwerbers

Der Erwerber muss hinsichtlich der Eigentümerstellung des Veräußerers gutgläubig sein.

**Beachte:** Anders als bei beweglichen Sachen, wo auch grobe Fahrlässigkeit zur Bösgläubigkeit führt (vgl. § 932 II BGB), schadet beim Grundstückserwerb *nur die positive Kenntnis* (!). Dies liegt daran, dass das Grundbuch gegenüber dem Besitz bei beweglichen Sachen den zuverlässigeren Rechtsschein darstellt.

Der gute Glaube muss grundsätzlich zum Zeitpunkt der *letzten Erwerbsvoraussetzung* vorliegen. Eine Ausnahme davon macht allerdings **§ 892 II BGB**. Danach reicht es, wenn zum Erwerb nur noch die Eintragung fehlt, für den gutgläubigen Erwerb aus, wenn der gute Glaube noch zum Zeitpunkt der Antragstellung für die Grundbucheintragung vorliegt.

Dies hat seinen Grund darin, dass die Parteien ab Antragstellung für die Eintragung ins Grundbuch das Verfahren nicht mehr „beschleunigen“ können. Die etwaige „Langsamkeit des Grundbuchamts“ soll sich aber nicht zu ihren Lasten auswirken.

**Exkurs:** Der Zeitpunkt der Antragstellung ist auch insoweit entscheidend, als danach eintretende *Verfügungsbeschränkungen* gegenüber dem Erwerber gem. § 878 BGB keine Wirkung mehr haben (und zwar *unabhängig* von gutem Glauben des Erwerbers). Auch dies hat seinen Grund darin, dass der Erwerber ab Antrag-

stellung für die Dauer des weiteren Verfahrens nichts mehr kann und daher geschützt werden soll.

#### (4) Kein Widerspruch

Für den wahren Berechtigten besteht die Möglichkeit, einen Widerspruch gegen das Eigentum des „Buch-Eigentümers“ in das Grundbuch eintragen zu lassen.

Sobald ein solcher Widerspruch in das Grundbuch eingetragen ist, ist ein gutgläubiger Erwerb des Grundstücks durch Dritte gem. § 892 I BGB ausgeschlossen, da etwaige Erwerber durch den Widerspruch „gewarnt“ sind.

**Beachte:** Einem Widerspruch stehen gleich der Zwangsvollstreckungsvermerk gem. § 23 ZVG und der Insolvenzvermerk gem. § 32 InsO.

**Wichtig:** § 892 II BGB hilft bei einem Widerspruch nicht; der gutgläubige Erwerb kann bis zur letzten Sekunde verhindert werden!

#### bb) Sonderfall: Gutgläubiger Erwerb von der GbR (§ 899a BGB)

**Tip:** Die nachfolgenden Probleme rund um den gutgläubigen Erwerb von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, §§ 705 ff. BGB) sind teilweise sehr anspruchsvoll. Soweit Sie sich erst einmal nur einen Überblick verschaffen wollen, können Sie den Abschnitt daher vorerst überschlagen.

Da die GbR nach h.M. rechtsfähig ist (sog. „Akzessorietätstheorie“), kann sie auch als Eigentümerin eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden, die Gesellschafter werden nach § 47 II GBO mit eingetragen.

Nach **§ 899a S. 2 BGB** gilt der Rechtsschein des Grundbuchs dann auch für den dort eingetragenen Gesellschafterbestand.

*Bsp.: Die X-GbR, für die A, B und C als Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sind, übereignet ein Grundstück an Y. In Wahrheit ist C bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden und D neuer Gesellschafter geworden. Davon weiß Y aber nichts; auch bei den Verhandlungen war statt dem D der C anwesend.*

*Damit wäre die dingliche Einigung eigentlich unwirksam. Da sich der gute Glaube des Y nach § 899a BGB aber auch auf den Gesellschafterbestand bezieht, kann er gutgläubig Eigentum erwerben (**beachte:** Prüfungsstandort in der Klausur ist hier die **dingliche Einigung**, da der Y daran glaubt, dass A, B und C für die GbR die Einigung erklären können).*

**Wichtig:** Die Vorschrift des § 899a BGB bezieht sich aber nur auf die dingliche Einigung bei Grundstücksgeschäften (Wortlaut: „in Ansehung des eingetragenen Rechts“), nicht etwa auf sonstige Geschäfte der GbR!

Dies führt zu einem bisher ungelösten Problem. Da der dem Eigentumserwerb nach § 899a BGB zugrunde liegende schuldrechtliche Vertrag **nicht** von der Wirkung erfasst wird, wäre das Eigentum in der Regel sofort wieder nach § 812 BGB herauszugeben.



So ändert in obigem Beispiel die Vorschrift des § 899a BGB nichts daran, dass jedenfalls der **schuldrechtliche** Kaufvertrag (§§ 433, 311b BGB) an einem Vertretungsmangel leidet – statt C hätte D anwesend sein müssen –, und daher nicht wirksam ist. Y müsste daher das Grundstück nach § 812 I 1, 1. Alt. BGB an die X-GbR zurückübertragen; § 899a BGB wäre letztlich sinnlos.

Um diesem Problem beizukommen, werden in der Literatur verschiedene Lösungsansätze vertreten, wie z.B. eine Wirksamkeit auch des schuldrechtlichen Vertrages nach § 899a BGB *analog* oder die Annahme einer Anscheinsvollmacht für den im Grundbuch stehenden Gesellschafterbestand (vgl. ausführlich zu diesen und weiteren Meinungen: A. Weiss, § 899a BGB – Gutgläubiger Erwerb ohne Kondiktionsschutz, JuS 2016, 494).

Die h.M. verneint allerdings eine Wirksamkeit auch des schuldrechtlichen Geschäfts. Der Gesetzgeber habe eben in § 899a BGB eindeutig nur den guten Glauben an den Gesellschafterbestand auf *dinglicher* Ebene regeln wollen, für eine Korrektur durch eine Analogie sei daher kein Raum. Die Rechtspraxis hilft sich im Übrigen damit, dass sie vertraglich eine *eigene* Verpflichtung der Gesellschafter *persönlich* (!) zur Übereignung ausspricht.

*In obigem Beispiel verpflichten sich im schuldrechtlichen Kaufvertrag statt der X-GbR A, B und C persönlich, das Grundstück an Y zu übereignen. Damit ist der schuldrechtliche Vertrag auf jeden Fall wirksam, da ein Vertretungsmangel nicht mehr vorliegen kann.*

**Merke:** Auch bei Eintragung einer Vormerkung hilft § 899a BGB **nicht** über einen fehlenden schuldrechtlichen Anspruch hinweg.

*So hätte in obigem Beispielfall dem Y auch die Eintragung einer Vormerkung nach § 883 BGB nichts genützt: ein gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung (§§ 892, 893, hier i.V.m. § 899a BGB) kommt nach allen Meinungen **nie** in Betracht, wenn es – wie hier, nach h.M. – schon an dem zu sichernden Anspruch mangelt („strenge Akzessorietät“ der Vormerkung, dazu siehe unten).*

**Beachte:** Umstritten ist im Übrigen, ob § 899a BGB auch dann gilt, wenn schon die ganze GbR unwirksam ist. Zu beachten ist hierbei allerdings, dass selbst schwere rechtliche Fehler normalerweise nicht zur Nichtigkeit der GbR führen (sog. „Lehre von der faktischen Gesellschaft“), der Fall also in der Klausur selten auftauchen dürfte.

## C. Grundbuchberichtigung

### I. Allgemeines

Ist das Grundbuch unrichtig, so kann derjenige, dessen Recht nicht richtig eingetragen ist – d. h. der wahre Berechtigte – von dem anderen, der zu Unrecht eingetragen ist (sog. „Buchberechtigter“) die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen, vgl. **§ 894 BGB**.

*Bsp.: S ist als vermeintlicher Erbe des E für das von diesem vererbte Grundstück als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden. Nunmehr stellt sich heraus, dass der X, zugunsten dessen der E kurz vor seinem Tod ein Testament angefertigt hat, der wahre Erbe und damit gem. § 1922 BGB der eigentliche Eigentümer des Grundstücks ist. Gem. § 894 BGB hat nun der X gegen den S einen Anspruch auf dessen Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs, d. h. zur Eintragung des X als Eigentümer.*

**Beachte:** Die Zustimmung des Buchberechtigten ist deswegen erforderlich, weil das Grundbuchamt gem. § 19 GBO sonst grundsätzlich keine Eintragung vornimmt. Man beachte daneben allerdings auch die Berichtigungsmöglichkeiten nach §§ 22, 53 GBO.

## II. Anspruchsvoraussetzungen

(1) Unrichtiges Grundbuch

**Wichtig:** Hier ist nur die *dingliche* Rechtslage zu prüfen. Etwaige schuldrechtliche Ansprüche sind hier bedeutungslos.

(2) Anspruchsteller ist Rechtsinhaber

(3) Anspruchsgegner ist Buchberechtigter

(4) Keine Einreden

In Betracht kommen hier insbesondere die **§§ 986 ff. BGB analog**, die auch auf den Anspruch aus § 894 BGB anwendbar sind.

**Argument:** Die Interessenlage ist bei § 985 ff. BGB (starker Eigentümer gegen schwachen Besitzer) ähnlich wie bei § 894 BGB (starker wahrer Berechtigter gegen schwachen Buchberechtigten).

Das heißt:

(a) Der Buchbesitzer kann gem. **§ 986 BGB analog** einwenden, dass er einen schuldrechtlichen Anspruch auf die formelle Rechtslage hat.

*Bsp.: E hat ein Grundstück an den K verkauft (§§ 433, 311b BGB). Vor der anschließenden Veräußerung ist E in unerkannte Geisteskrankheit verfallen (§§ 104 Nr. 2, 105 I BGB). Die Veräußerung war folglich unwirksam, dennoch wurde K – zu Unrecht – ins Grundbuch eingetragen. Wenig später machen die Erben des E den Anspruch aus § 894 BGB geltend.*

*Zwar sind die Erben Eigentümer des Grundstücks und das Grundbuch damit unrichtig. K kann jedoch gem. § 986 I BGB analog einwenden, dass er einen Anspruch auf die Herstellung der dem Grundbuch entsprechenden Rechtslage und damit ein „Recht auf die Grundbuchposition“ hat. Denn der Kaufvertrag zwischen ihm und E ist gültig, weil er noch vor der Geisteskrankheit des E geschlossen wurde. Die Verpflichtung zur Übertragung des Grundstückseigentums auf K gem. § 433 I 1 BGB trifft daher gem. §§ 1922, 1967 BGB auch die Erben.*

(b) Der Buchbesitzer kann gem. **§§ 994, 1000 BGB analog** einwenden, dass er auf das Grundstück Verwendungen gemacht hat.

*Bsp.: S ist zu Unrecht im Grundbuch eingetragen und muss das Grundstück gem. § 894 BGB an den wahren Eigentümer E herausgeben. Allerdings hat er während der Zeit seines Besitzes den auf dem Grundstück befindlichen, zum Haus gehörenden Heizöl-Tank auffüllen lassen (=notwendige Verwendung i. S. d. § 994 BGB). Bis er wegen dieser Verwendung befriedigt ist, kann er gem. §§ 994, 1000 BGB analog gegenüber dem Anspruch des E auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.*

**Beachte:** Das EBV gilt analog auch *zugunsten* des wahren Berechtigten gegen den Buchberechtigten, etwa wenn dieser Nutzungen gezogen (§§ 987 ff. BGB) oder das Grundstück beschädigt hat (§§ 989, 990 BGB).

(5) **Rechtsfolge:** Zustimmung zur Grundbuchberichtigung, d. h. Abgabe einer Bewilligung zur Änderung gem. § 19 GBO gegenüber der Grundbuchamt. Die Vollstreckung erfolgt gem. § 894 ZPO, d. h. das Urteil ersetzt die notwendige Zustimmungserklärung des unterlegenen Buchberechtigten.

#### D. Formelles Grundbuchrecht

**Wichtig:** Das folgende Kapitel zum formellen Grundbuchrecht ist im *Normalfall* der Grundstücksrechtsklausur ohne jede Bedeutung. Denn für die Eintragung i. S. d. § 873 BGB ist es nicht maßgeblich, ob diese zu Recht erfolgte, d. h. ob der Grundbuchbeamte tatsächlich zur Eintragung berechtigt war. Wichtig ist nur, dass sie tatsächlich erfolgte. Verstöße gegen das formelle Grundbuchrecht der GBO sind dort also gerade **nicht** zu prüfen.

Das folgende Prüfungsschema für die Frage, ob der Grundbuchbeamte eine Eintragung vorzunehmen hat, kann aber dann relevant werden, wenn – was gelegentlich vorkommt – die Fallfrage dahin lautet, ob „der Grundbuchbeamte die Eintragung vornehmen muss“. (Nur) in diesem Fall ist das folgende Schema durchzuprüfen.

Voraussetzungen für die Eintragung einer Rechtsänderung in das Grundbuch sind (Merkpruch: „13 und dann dreimal die 9“):

(1) **Antrag** gem. § 13 GBO

(2) **Bewilligung** der Rechtsänderung durch den dadurch Betroffenen gem. § 19 GBO

**Merke:** Der Grundbuchbeamte prüft also gerade nicht die materielle Rechtslage, sondern nur rein formell das Vorliegen einer Bewilligung (sog. **formelles Konsensprinzip**).

**Ausnahme:** Soweit es um die *Eigentumsübertragung* an einem Grundstück geht, prüft der Grundbuchbeamte nach **§ 20 GBO** auch die *materielle* Wirksamkeit der

Einigung zwischen den Parteien i. S. v. §§ 873, 925 BGB (sog. **materielles Konsensprinzip**). Dies findet seinen Grund darin, dass es sich bei der Eigentumsübertragung an einem Grundstück um das bedeutendste Rechtsgeschäft handelt, das das Grundstücksrecht kennt.

(3) **Form** gem. § 29 GBO (alles öffentliche Urkunde)

(4) **Voreintragung** des von der Änderung Betroffenen gem. § 39 GBO

Eine Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz macht man allerdings im Fall des Erbens eines Grundstücks (§ 40 GBO). Es wäre unpraktisch, wenn der Erbe, der das Grundstück ohnehin weiterveräußern möchte, sich erst selbst noch als Eigentümer eintragen lassen müsste, nur um sodann gleich die Eintragung eines dritten Erwerbers herbeizuführen.

## E. Vormerkung

### I. Allgemeines

Die Vormerkung i. S. v. §§ 883 ff. BGB ist ein Sicherungsrecht, das den Erwerber eines Rechts an einem Grundstück vor Erwerbshindernissen schützen soll.

Solche Hindernisse können insbesondere im Zeitraum zwischen Einigung (über den Rechtserwerb) und Eintragung auftreten, da diese beiden Ereignisse zeitlich häufig weit auseinanderfallen.

*Bsp.: A verkauft an den B ein Grundstück. Die Auflassung gem. §§ 925, 873 BGB wird vor dem Notar vorgenommen, der Antrag auf Eintragung in das Grundbuch wird aber noch nicht gestellt, da noch einige Urkunden (z. B. Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts) zu beschaffen sind.*

*Würde nun der A vor der Eintragung des B das Grundstück an C verkaufen und übereignen, und würde darüber hinaus C vor dem B in das Grundbuch eingetragen, so ginge der B leer aus: Denn dem A wäre es nun unmöglich (§ 275 I BGB), ihm das Grundstück zu übertragen. B könnte bestenfalls gem. §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB Schadensersatz wegen nachträglicher Unmöglichkeit von dem A verlangen.*

Vor dieser Situation schützt den B die Vormerkung. Lässt er sich schon mit der Auflassung eine Vormerkung von dem A bewilligen und in das Grundbuch eintragen, so könnte zwar zunächst nach wie vor ein Dritter wie der C das Grundstück erwerben.

Er wäre aber dann gemäß **§ 888 I BGB** verpflichtet, dem B auf Verlangen gegenüber dem Grundbuchamt die Zustimmung zu erteilen, dass dieser in das Grundbuch eingetragen wird. Im Endeffekt könnte C also das Grundstück nicht behalten, sondern müsste dulden, dass der B Eigentümer wird.

**Wichtig:** Die Vormerkung bewirkt aber demnach keine Grundbuchsperre und macht auch nicht den Eigentumserwerb des C unwirksam! C kann zunächst wirksam Eigentum an dem Grundstück erwerben! Er ist dann nur gegenüber dem B

nach § 888 I BGB verpflichtet mitzuwirken, dessen Rechtserwerb herbeizuführen. Man spricht insoweit von der **relativen Unwirksamkeit** des Eigentumserwerbs des C (vgl. **§ 883 II BGB**): Absolut gesehen ist C zwar wirksam Eigentümer des Grundstücks geworden, nur in Relation zu B (=relativ) wird der Eigentumserwerb wie unwirksam behandelt.

Aus diesem Grund ist im Falle der Sicherung durch eine Vormerkung auch dem A die Übertragung des Grundstücks auf den B nicht mehr i. S. d. § 275 I BGB unmöglich: Zwar ist das Eigentum an dem Grundstück bei C, aber dieser muss bei der nun folgenden Eigentumsverschaffung an B wegen § 888 I BGB „mitmachen“.

**Zum Aufbau in der Klausur:** Sind die Ansprüche des B gegen den C gefragt, so ist der Anspruch aus § 888 I BGB zu prüfen und dort inzident zu fragen, ob die Vormerkung wirksam bestellt wurde (zu den Voraussetzungen siehe unten). Daneben empfiehlt es sich, den Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB (kurz!) anzuprüfen und zu *verneinen*. Denn das Grundbuch ist ja nicht „unrichtig“: C **ist** tatsächlich Eigentümer des Grundstücks (siehe oben), nur kann er es wegen § 888 I BGB nicht behalten.

Sind die Ansprüche des B gegen den A gefragt, so ist die Anspruchsgrundlage für die Übereignung des Grundstücks **§ 433 I S. 1 BGB** (!) aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag. Nachdem die Wirksamkeit des Kaufvertrages geprüft wurde, ist zunächst festzustellen, dass der Anspruch möglicherweise untergegangen sein könnte: Da das Grundstück inzwischen dem C gehört, könnte der Anspruch wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) scheitern.

Dies wäre aber dann nicht der Fall, wenn dem B eine Vormerkung zustehen würde, die ihn insoweit schützt und den Rechtserwerb des C ihm gegenüber gem. § 883 II BGB relativ unwirksam macht. An dieser Stelle ist dann inzident der Erwerb der Vormerkung durch den B zu prüfen. Liegen die Voraussetzungen vor, so ist sein Anspruch gegen den A auf Übertragung des Eigentums aus § 433 I S. 1 BGB *nicht* gem. § 275 I BGB untergegangen – er kann weiterhin Übereignung des Grundstücks verlangen.

*Bsp.: Hätte sich der B in obigem Fall eine Vormerkung gem. § 883 BGB bestellen lassen, so wären die Ansprüche im Fall der Übertragung des Grundstücks von A an C wie folgt zu prüfen:*

#### *(1) Anspruch B gegen A*

*B könnte gegen den A einen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks aus § 433 I S. 1 BGB haben. Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen den Parteien gem. §§ 433, 311b BGB wurde geschlossen. Allerdings könnte dem A die Übereignung des Grundstücks an B i. S. d. § 275 I BGB unmöglich geworden sein, da er das Grundstück bereits an den C übereignet hat.*

*Dies wäre aber dann nicht der Fall, wenn zugunsten des B wirksam eine Vormerkung gem. § 883 BGB bestellt worden wäre. Denn in diesem Fall wäre der C verpflichtet, an einer Eigentumsverschaffung auf den B gem. § 888 I BGB mitzuwirken, so dass dem B durch A nach wie vor Eigentum an dem Grundstück verschafft werden könnte. ... (Prüfung der Voraussetzungen der Vormerkung).*

Da der B somit wirksam eine Vormerkung erworben hat, die seinen Anspruch sichert, ist dem A die Übereignung des Grundstücks nicht unmöglich i. S. d. § 275 I BGB. B hat gegen den A einen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks aus § 433 I S. 1 BGB.

## (2) Anspruch B gegen C

B könnte gegen den C einen Anspruch auf Zustimmung zur Rechtsänderung (=seiner Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch) aus § 888 I BGB haben. Dies ist dann der Fall, wenn dem B eine Vormerkung i. S. d. § 883 BGB zusteht, da der Rechtserwerb des C gegenüber B in diesem Fall relativ unwirksam gem. § 883 II BGB ist. Eine Vormerkung wurde von B – wie gezeigt – wirksam erworben (s. o.). Die Zustimmung des C zum Erwerb des Rechts durch B ist auch erforderlich. Ein Anspruch aus § 888 I BGB gegen den C steht dem B somit zu.

Daneben könnte B auch ein Anspruch aus § 894 BGB auf Grundbuchberichtigung zustehen. Dies würde jedoch voraussetzen, dass das Grundbuch im Sinne der Vorschrift „unrichtig“ ist. Dies ist nicht der Fall, da der C zum gegenwärtigen Zeitpunkt tatsächlich Eigentümer des Grundstücks ist. Die Vormerkung macht den Rechtserwerb des C nicht unwirksam, sondern bewirkt lediglich relative Unwirksamkeit nur gegenüber dem B sowie die Verpflichtung des C gem. § 888 I BGB, bei der Eigentumsverschaffung an B mitzuwirken. Da das Grundbuch somit richtig ist, besteht ein Anspruch des B gegen den C aus § 894 I BGB nicht.

**Tipp:** Prägen Sie sich diesen Prüfungsaufbau der Vormerkung gut ein. Erfahrungsgemäß führt die Wirkungsweise der Vormerkung in der Klausur häufig zu Missverständnissen im Aufbau.

**Wichtig:** Der Dritterwerber kann gegenüber dem Vormerkungsberechtigten die Einreden des Veräußerers geltend machen (§ 768 BGB analog, h. M.). Daneben kann der zur Herausgabe verpflichtete Erwerber auch Einreden aus §§ 994 ff. BGB geltend machen (Argument: Selbe Interessenlage wie beim zur Herausgabe verpflichteten Besitzer).

*Bsp.:* In obigem Beispiel hat C den Heizöltank des Hauses aufgefüllt und hatte somit notwendige Verwendungen i. S. d. § 994 BGB auf das Grundstück. Diese kann er dem Anspruch des B aus § 888 I BGB in entsprechender Anwendung des Zurückbehaltungsrechts aus § 1000 I BGB entgegenhalten.

**Beachte:** Die Vormerkung schützt nicht nur gegen dem Erwerb entgegenstehende Verfügungen (§ 883 II BGB, siehe oben), sondern **vor allen Erwerbshindernissen (!)**, also z. B.: Veräußerungsverbote (§§ 135 f. BGB), Grundbuchberichtigungen, Insolvenz des Veräußerers (§ 106 InsO), nachträglich eintretende Bösgläubigkeit des Erwerbers. Das jeweilige Ereignis gilt im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten dann als nicht eingetreten. Im Übrigen hat die Vormerkung gem. § 883 III BGB auch rangwahrende Wirkung.

Allerdings hilft die Vormerkung nach h. M. nicht gegen eine zwischenzeitig vorgenommene Vermietung bzw. Verpachtung des Grundstücks, da es sich bei der



Vermietung bzw. Verpachtung nicht um eine Verfügung i. S. v. § 883 BGB handelt.

## II. Voraussetzungen für den Erwerb der Vormerkung

Bei den Voraussetzungen für den Erwerb einer Vormerkung unterscheidet man zwischen dem *Ersterwerb*, d. h. wenn eine Vormerkung erstmalig eingetragen wird, und dem *Zweiterwerb*, d. h. wenn eine Vormerkung auf jemand anders übertragen werden soll.

### 1. Ersterwerb

Der Ersterwerb einer Vormerkung hat vier Voraussetzungen:

#### (1) Zu sichernder **schuldrechtlicher Anspruch**

Die Vormerkung setzt als akzessorisches Sicherungsrecht immer zwingend einen Anspruch voraus, den sie besichern soll.

*Bsp.: A verkauft an B ein Grundstück (§§ 433, 311b BGB). Den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks aus dem Kaufvertrag (§ 433 I 1 BGB) lässt sich der B durch eine Vormerkung i. S. d. § 883 BGB sichern.*

Die Vormerkung kann auch künftige oder bedingte Ansprüche sichern (§ 883 I 2 BGB). Allerdings muss bereits erkennbar sein, wie der künftige Anspruch, der gesichert werden soll, beschaffen sein wird („der Rechtsboden muss gelegt sein“).

*Bsp.: Die E verschenkt an ihre Tochter T im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Grundstück. Für den Fall allerdings, dass die T das Grundstück weiterübertragen sollte, lässt sich die E ein Rücktrittsrecht einräumen, wobei sie den dann entstehenden Anspruch auf Rückgewähr (§ 346 I BGB) durch eine Vormerkung sichern lässt. Es handelt sich um einen künftigen und bedingten Anspruch i. S. d. § 883 I 2 BGB, da noch nicht sicher ist, ob der Fall der Rückforderung in der Zukunft je eintreten wird.*

Zu beachten ist schließlich, dass im Falle eines zunächst formunwirksamen, dann aber gem. § 311b I 2 BGB geheilten Grundstückskaufvertrages der Schutz der Vormerkung zeitlich nicht zurückwirkt.

*Bsp.: V verkauft sein Grundstück an K und bewilligt diesem eine Auflassungsvormerkung. Beim Notar haben V und K, um Grunderwerbssteuer zu sparen, einen zu niedrigen Kaufpreis angegeben (=Scheingeschäft i. S. d. § 117 I BGB). Der wahre, verdeckte Vertrag zu dem höheren Kaufpreis ist dann formunwirksam, da vom Notar nicht beurkundet (§§ 117 II, 311b I 1 BGB) und wird somit erst mit Eintragung des K in das Grundbuch gem. § 311b I 2 BGB geheilt. Soweit V nun in der Zwischenzeit anders verfügt (etwa eine Grundschuld für den X auf das Grundstück eintragen lässt), schützt die Vormerkung den K nach h. M. **nicht**.*

#### (2) **Bewilligung** (oder einstweilige Verfügung)

Eine Besonderheit der Vormerkung: Hier bedarf es keiner Einigung zwischen den Parteien, sondern die einseitige *Bewilligung* der Vormerkung durch den Berechtigten (=eine Willenserklärung) reicht aus, vgl. § 885 BGB.

(3) **Eintragung** in das GB

(4) **Berechtigung**

Soweit derjenige, der die Vormerkung einräumt, nicht berechtigt ist (d. h. weder Eigentümer des Grundstücks noch gem. § 185 BGB ermächtigt), kommt nach h. M. ein gutgläubiger Ersterwerb der Vormerkung vom Nichtberechtigten in Betracht.

*Bsp.: S ist versehentlich im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. In Wahrheit gehört das Grundstück dem E. Verkauft nun der S das Grundstück an den K und räumt diesem eine Auflassungsvormerkung gem. § 883 BGB ein, so kann der K bei Vorliegen der Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs eine Vormerkung gutgläubig von S erwerben. Dies hat u. a. den Vorteil, dass ihn der Erwerb der Vormerkung auch vor später (aber noch vor Vollendung des Grundstückserwerbs) eintretender Bösgläubigkeit schützt – die Vormerkung schützt vor allen Erwerbshindernissen (s. o.).*

Das ein solcher gutgläubiger Ersterwerb einer Vormerkung möglich ist, ist praktisch unstrittig. Umstritten ist allerdings die dogmatische Herleitung.

**Merke:** Anders beim gutgläubigen **Zweiterwerb** der Vormerkung (s. u.). Hier ist tatsächlich umstritten, *ob* man den gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung *überhaupt* zulassen will (dazu weiter unten beim Punkt „Zweiterwerb“).

Nach einer Meinung ist der gutgläubige Ersterwerb der Vormerkung auf § 892 BGB *direkt* zu stützen. Dem ist aber nicht zuzustimmen, da die Vormerkung keine Verfügung über ein Recht darstellt.

Die h. M. fasst den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung daher unter §§ 892, 893 BGB analog, da der Vormerkung doch eine verfügungsähnliche Wirkung zukommt: Immerhin schützt sie den Vormerkungsberechtigten gegenüber jedem denkbaren Dritten, der in der Zwischenzeit ein Recht an dem Grundstück erwerben will.

**Aufbau:** In der Klausur ist beim Unterpunkt „Berechtigung“, nachdem man die Nichtberechtigung des Einräumenden festgestellt hat, zunächst die dogmatische Begründung für den gutgläubigen Ersterwerb der Vormerkung herzuleiten. Dann sind die normalen Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs (Rechtsgeschäft i. S. e. Verkehrsgeschäfts, unrichtiges GB, das den Veräußerer legitimiert, guter Glaube und kein Widerspruch gegen die Richtigkeit des GB) zu prüfen.

**Beachte:** Für den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung muss der gute Glaube bis zum Zeitpunkt der letzten Erwerbsvoraussetzung vorliegen (wie immer). Dies wird insbesondere kritisch, wenn ein zukünftiger bzw. bedingter Anspruch gesichert wird (§ 883 I 2 BGB). Nach h. M. muss der gute Glaube dann auch noch zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs vorliegen; auch § 892 II BGB hilft



danach nicht, da er nur greift, wenn die letzte fehlende Voraussetzung die Eintragung in das Grundbuch ist.

## 2. Zweiterwerb

Der Zweiterwerb der Vormerkung – d. h. die Übertragung der Vormerkung von einer Person auf die andere – erfolgt nach § 401 BGB analog: Da es sich bei der Vormerkung um ein *akzessorisches* Sicherungsmittel handelt, geht die Vormerkung automatisch mit der Abtretung des zugrundeliegenden Anspruchs (§ 398 BGB) auf den neuen Inhaber über.

*Bsp.: A hat gegen den V einen vormerkungsgesicherten Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks aus einem Kaufvertrag (§ 433 I 1 BGB). Diesen Anspruch tritt er gem. § 398 BGB an den B ab. Die Vormerkung folgt automatisch gem. § 401 BGB analog und steht nun dem B zu.*

Umstritten ist, ob auch ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung möglich ist.

**Wichtig:** Anders als beim gutgläubigen Ersterwerb der Vormerkung, bei dem zwar die dogmatische Herleitung umstritten ist, sich im Prinzip aber alle einig sind, dass ein solcher gutgläubiger Erwerb möglich ist, ist beim gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung wirklich umstritten, ob man diesen überhaupt zulassen soll!

**Beachte:** Der gutgläubige Zweiterwerb kommt nach einhelliger Meinung jedenfalls dann *nicht* in Betracht, wenn die Vormerkung deswegen nicht zum Entstehen gekommen ist, weil schon die zugrundeliegende *Forderung* nicht existiert. Denn die Vormerkung hängt streng akzessorisch an der Forderung; einen gutgläubigen Forderungserwerb sieht das Gesetz jedoch nicht vor.

*Bsp.: V hat an K ein Grundstück verkauft und dessen vermeintlichen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks aus § 433 I 1 BGB durch eine Vormerkung sichern lassen. Es stellt sich aber heraus, dass V unerkant geisteskrank ist, so dass ein Anspruch nach §§ 104, 105 BGB nicht zustande gekommen ist. Auch wenn K den vormerkungsgesicherten Anspruch an den gutgläubigen D übertragen hat, erwirbt dieser keine Vormerkung, da es schon am zugrundeliegenden Anspruch fehlt.*

Nach einer Auffassung soll ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung deswegen ausscheiden, weil der gutgläubige Erwerb immer ein „Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts“ voraussetze. Die Vormerkung werde aber gerade nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch Gesetz (nämlich: § 401 BGB analog) erworben.

Dem hält die h. M. entgegen, dass der gutgläubige Zweiterwerb der Vormerkung zwar durch Gesetz, aber letztlich doch *aufgrund* eines Rechtsgeschäfts – der Abtretung des zugrundeliegenden Anspruchs – erfolge. Zudem bestehe für den gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung auch ein Bedürfnis des Rechtsverkehrs: Könnte man eine solche Vormerkung nicht mehr gutgläubig erwerben, würden sich die Erwerber jedesmal eine neue Vormerkung auf den Anspruch ein-

tragen lassen, was in hohem Maße ineffizient sei. Die Möglichkeit des gutgläubigen Zweiterwerbs einer Vormerkung (gem. §§ 892, 893 BGB analog) sei somit zu bejahen.

**Wichtig:** Ist die Vormerkung einmal gutgläubig erworben, schützt sie auch vor später eintretender Bösgläubigkeit sowie auch gegen die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (Argument: zwar keine Verfügung, aber die Vormerkung soll vor allen Beeinträchtigungen des Rechtserwerbs schützen (s. o.)).

## F. Hypothek

Auch bei der Hypothek (§ 1113 ff. BGB) ist zwischen dem *Ersterwerb* – d. h. der Eintragung einer neuen Hypothek auf ein Grundstück – und dem *Zweiterwerb*, also der Übertragung der Hypothek auf einen neuen Gläubiger, zu unterscheiden.

### I. Ersterwerb

Der Ersterwerb einer Hypothek hat folgende sechs Voraussetzungen:

- (1) Einigung (§§ 1113, 873 BGB)
- (2) Eintragung in das Grundbuch
- (3) Einigsein bei Eintragung (vgl. § 873 II BGB)
- (4) Berechtigung (oder: gutgläubiger Erwerb gem. § 892 BGB)
- (5) Briefaushändigung gem. § 1117 BGB  
(oder: Buchhypothek gem. § 1116 II BGB)
- (6) Zu sichernde Forderung (=Akzessorietät)

Im Einzelnen:

Die ersten vier Voraussetzungen entsprechen dem oben bereits erörterten Schema des **§ 873 BGB**, das letztlich bei (fast) jedem Rechtserwerb im Grundstücksrecht zum tragen kommt.

#### Zu Voraussetzung (5):

Für die Hypothek wird grundsätzlich ein Hypothekenbrief bestellt (sog. **Briefhypothek**). Der Gläubiger erwirbt die Hypothek erst, wenn ihm der Brief von dem Grundstückseigentümer übergeben wird (§ 1117 I BGB). In der Praxis wird diese Übergabe häufig durch die Vereinbarung ersetzt, dass der Gläubiger berechtigt ist, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (vgl. § 1117 II BGB).

**Beachte:** In diesem Fall reicht *schon diese Vereinbarung*, um den Hypotheken-erwerb wirksam zu machen, auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Abholung des Briefes kommt es nicht mehr an.

Der Hypothekenbrief hat Bedeutung für die spätere Übertragung der Hypothek (§ 1154 BGB), als Legitimation für einen gutgläubigen Erwerb der Hypothek (§ 1155 BGB), für Kündigung und Mahnung der Hypothek (§ 1160 BGB) sowie auch die Geltendmachung der besicherten Forderung (§ 1161 BGB).

Er ist Schuldurkunde gem. § 952 II BGB, d. h. das Eigentum an dem Brief steht automatisch demjenigen zu, dem auch die Hypothek zusteht („Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier.“).

**Tipp:** Dies wird insbesondere wichtig bei dem häufigen Klausureinstieg, dass ein Anspruchsteller von einem anderen den Hypothekenbrief herausverlangt. Einstieg ist hier zunächst § 985 i. V. m. § 952 BGB: Der Anspruchsteller ist dann Eigentümer des Briefes, wenn ihm auch die Hypothek zusteht. Dies ist dann ausführlich zu prüfen.

Die Parteien können die Erteilung des Hypothekenbriefes ausschließen (§ 1116 II BGB, sog. **Buchhypothek**). In diesem Fall wird der Ausschluss des Briefes im Grundbuch vermerkt. Der Briefausschluss hat vor allem Bedeutung für die spätere Übertragung der Hypothek, die dann nicht nach § 1154 I BGB (schriftlich und mit Briefübergabe) erfolgt, sondern nach §§ 1154 III, 873 BGB.

**Zur Praxis:** In der Praxis ist die Buchhypothek (bzw. Buchgrundschuld) wesentlich beliebter als die Briefhypothek (bzw. Briefgrundschuld). Dies liegt daran, dass ein Brief immer auch die Gefahr eines schnellen gutgläubigen Erwerbes durch Dritte herbeiführt (vgl. §§ 1140, 1155 BGB). Aus demselben Grund ist in der Klausur allerdings immer noch die Briefhypothek häufiger, da sich rund um den Brief interessante Probleme des gutgläubigen Erwerbs konstruieren lassen.

**Gutgläubiger Erwerb:** Der Hypothekenbrief ermöglicht insbesondere auch einen gutgläubigen Erwerb der Briefhypothek, ohne dass die Änderung der Inhaberschaft immer wieder im Grundbuch eingetragen werden muss. Erforderlich ist gem. § 1155 BGB nur, dass sich die Gläubigerschaft des Besitzers des Hypothekenbriefes aus einer zusammenhängenden Kette beglaubigter Abtretungserklärungen ergibt.

Umgekehrt ist aber auch die Berufung auf das Grundbuch gem. § 1140 BGB ausgeschlossen, wenn sich dessen Unrichtigkeit aus einem Vermerk auf dem Brief ergibt. Auch gilt, dass es bei der Zahlung auf eine Briefhypothek für den Gutgläubensschutz nach § 893 BGB nicht ausreicht, dass der Gläubiger nur im Grundbuch vermerkt ist. Er muss zugleich auch den Brief vorweisen können. In gewisser Weise ist der Brief also als Rechtsscheinsträger bei der Briefhypothek wichtiger als die ursprüngliche Grundbucheintragung.

#### Zu Voraussetzung (6):

Voraussetzung für die Hypothek ist eine **Geldforderung**, die besichert werden soll. Die Hypothek ist ein *akzessorisches* Sicherungsrecht und setzt daher die Existenz einer zu besichernden (Geld-)Forderung zwingend voraus, vgl. **§ 1113 BGB**.

*Bsp.: E stellt eine Hypothek an seinem Grundstück zur Sicherheit für ein Darlehen, dass der G dem S gegeben hat. Die Hypothek besichert dann den Anspruch des G gegen S auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 I 2 BGB.*

Bevor die zu besichernde Forderung nicht besteht, existiert auch die Hypothek als solche nicht. Sie hat zu diesem Zeitpunkt den Status einer **Eigentümergrundschuld** gem. §§ 1163 I 1, 1177 I BGB.

*Bsp.: G hat dem S für ein Bauprojekt ein Darlehen in Höhe von 5 Mio. Euro versprochen (§ 488 BGB), S hat dafür dem G auf dem Baugrundstück eine Hypothek eingeräumt. Bevor das Darlehen valuiert (=ausgezahlt) wird, existiert die Hypothek als solche bei G noch nicht (auch wenn dieser bereits als Hypothekengläubiger im Grundbuch eingetragen ist!), sondern ist Eigentümergrundschuld bei S gem. §§ 1163 I 1, 1177 I BGB.*

**Beachte:** Nach h. M. hat der G allerdings zu diesem Zeitpunkt bereits ein *Anwartschaftsrecht* auf die Hypothek, da seine Rechtsposition so stark ist, dass sie ihm nicht mehr einseitig von S zerstört werden kann (zur Definition des Anwartschaftsrechts vgl. Hofmann-Skript Sachenrecht 1 Bewegliche Sachen, Kapitel Anwartschaftsrecht). Denn für die Entstehung der Hypothek reicht es aus, dass der G das Darlehen an S auszahlt.

**Für Fortgeschrittene:** Die Eigentümergrundschild hat insbesondere eine Relevanz in Zwischenfinanzierungsstrukturen. Solche Konstruktionen werden notwendig, wenn Banken das Darlehen erst dann valutieren wollen, wenn der Bau auf einem Grundstück einen gewissen Wert erreicht hat.

*Bsp.: Im Fall oben wird das Darlehen von G nicht sofort ausgezahlt; die Hypothek bleibt daher zunächst Eigentümergrundschild gem. §§ 1163 I 1, 1177 I BGB. Diese (auflösend bedingte) Eigentümergrundschild tritt der S dem Zwischenfinanzierer Z zur Sicherheit für dessen Darlehen ab. Dazu überträgt der S auf den Z: den Anspruch auf die spätere Auszahlung der Darlehensvaluta gegen G gem. § 488 I 1 BGB (womit dann gem. §§ 362, 267 I BGB die Verbindlichkeit des S bei Z getilgt wird) sowie gegebenenfalls den ebenfalls auflösend bedingten Anspruch auf Herausgabe des Briefes, der nach § 952 II BGB immer dem jeweiligen Inhaber des Grundpfandrechts zusteht (also im Moment noch dem Z als Inhaber der Eigentümergrundschild). Sobald G das Darlehen an Z auszahlt, ist dieser befriedigt und die Hypothek kommt bei G zur Entstehung (Anwartschaftsrecht!).*

Eine Eigentümergrundschild entsteht nach §§ 1163 I 2, 1177 I BGB auch dann, wenn die zugrundeliegende Forderung **erlischt** (zu den Rechtsfolgen im Einzelnen weiter unten).

Strittig ist, ob bei unwirksamem Darlehen die Forderung des Gläubigers aus § 812 BGB an die Stelle der Darlehensforderung tritt und die Hypothek dann den Bereicherungsanspruch besichert.

*Bsp.: E stellt an seinem Grundstück eine Hypothek für eine Darlehensschuld des S gegenüber G. Nun stellt sich heraus, dass der Darlehensvertrag wegen unerkannter Geisteskrankheit des S gem. §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB nicht wirksam zustande gekommen ist. G hat daher gegen S keinen Anspruch aus § 488 I 2 BGB (denn der Darlehensvertrag ist nichtig), dafür einen aus § 812 BGB (angesichts der Nichtigkeit des Darlehens hat der G an S ohne Rechtsgrund gezahlt). Fraglich ist, ob die Hypothek nun diesen Anspruch aus § 812 BGB besichert.*

Die h. M. bejaht die Auswechslung der Forderung mit dem Argument, dass eine solche Forderungsauswechslung auch in § 1164 BGB vorgesehen und damit dem Hypothekenrecht nicht ganz fremd sei.

**Beachte:** Eine Auswechslung des zu besichernden Anspruchs kommt natürlich dann nicht in Betracht, wenn der Nichtigkeitsgrund auch die Hypothekenbestellung mit erfasst (so der BGH insbesondere für Wucher).

**Zur Terminologie:** Der Hypothekengläubiger wird teilweise auch als „Hypothekar“ bezeichnet. Für den Hypothekenschuldner gibt es keine vergleichbare eigene Bezeichnung; er wird im BGB häufig auch schlicht als „Eigentümer“ (des Grundstücks) bezeichnet.

## II. Zweiterwerb

Als akzessorisches Sicherungsrecht folgt die Hypothek immer der Forderung. Zur „Abtretung der Hypothek“ ist daher die *Abtretung der zugrundeliegenden Forderung* (§ 398 BGB) – in der Form des **§ 1154 BGB** – notwendig.

**Wichtig:** Die Formvorschrift des § 1154 BGB bezieht sich also *schon auf die Abtretung der Forderung*. Sie steht damit streng genommen im Hypothekenrecht falsch. Aus rein systematischer Sicht wäre es besser gewesen, sie z. B. als einen „§ 398a BGB“ direkt hinter die Abtretung zu stellen, da sich die Form eben darauf bezieht.

Wird die Abtretung der Forderung in der Form des § 1154 BGB vorgenommen, so zieht die Hypothek automatisch mit gem. **§§ 401, 1153 BGB**.

**Tipp:** Das akzessorische Mitziehen der Hypothek ist *sowohl* in § 401 BGB *als auch* in § 1153 BGB angeordnet. Es empfiehlt sich, hier immer beide Normen zusammen zu zitieren, so kann sich jeder Korrektor seine Lieblingsnorm aussuchen.

*Bsp.: G hat dem S ein Darlehen gewährt, das durch eine Hypothek an einem Grundstück des E gesichert ist. Will G nun sowohl Darlehen als auch Hypothek auf den X übertragen, so muss er die Darlehensforderung (§ 488 I 2 BGB) gemäß § 398 BGB an den X abtreten und dabei die Form des § 1154 BGB beachten (schriftlich plus Briefübergabe). Die Hypothek zieht dann automatisch auf den X mit gem. §§ 401, 1153 BGB.*

**Wichtig:** Etwas anderes gilt aber im Fall der **Buchhypothek**. Hier kann mangels Erstellung kein Brief übergeben werden. Nach § 1154 III BGB ist demnach die *Forderung* (!) nach den Vorschriften der §§ 873, 878 BGB abzutreten (d. h. Einigung, Eintragung, Einigsein, Berechtigung). Die Abtretung der Forderung bedarf also der Eintragung in das Grundbuch; die Hypothek geht dann wie gehabt nach §§ 401, 1153 BGB über.

*Fehlt* die Forderung aus irgendwelchen Gründen, ist aber der Eigentümer diesbezüglich gutgläubig, so wird die Forderung gem. §§ 1138, 892 BGB (gegebenenfalls i. V. m. §§ 1155, 1140 BGB) fingiert.

*Bsp.: In obigem Fall ist die Darlehensforderung gegen den S nicht wirksam entstanden, weil dieser wiederum unerkant geisteskrank ist (§§ 104 Nr. 2, 105 I BGB). G konnte somit auch keine Hypothek von E erwerben, da diese wie gezeigt zwingend eine Forderung voraussetzt. X kann jedoch nunmehr von G gutgläubig die Hypothek trotzdem erwerben, da er im Hinblick auf die Nichtexistenz der Forderung gutgläubig ist (vgl. §§ 1138, 892 BGB).*

**Wichtig:** Die Fiktion geht *nicht* so weit, dass der Erwerber auch die Forderung „gutgläubig“ erwirbt! Denn einen gutgläubigen Forderungserwerb kennt das Gesetz nicht (Ausnahme: § 405 BGB). Die Forderung wird nur zum Zwecke des Erwerbs der Hypothek kurzzeitig fingiert, d. h. der Erwerber erwirbt ausnahmsweise eine Hypothek ohne Forderung (sog. „forderungsentkleidete Hypothek“).

Wiederum anders zu lösen ist nach h. M. der Fall, in dem die Forderung zwar besteht, allerdings nicht beim Gläubiger der Hypothek, sondern bei einem Dritten. In diesem Fall wird mit der Übertragung der Hypothek auch die Forderung von diesem Dritten „mitgerissen“ und wieder mit der Hypothek vereinigt (sog. „**Mitreißen der Forderung**“).

*Bsp.: G hat S ein Darlehen eingeräumt, das durch eine Hypothek an dessen Grundstück gesichert wird. Danach wird G unerkant geisteskrank. In diesem Zustand überträgt er Darlehen und Hypothek auf den X. Beides ist gem. §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB unwirksam. Wenn X nun die Hypothek auf den Y überträgt (in dem er seine vermeintliche Darlehensforderung auf diesen gem. §§ 398, 1154 BGB überträgt), so erwirbt der Y nicht nur gem. §§ 1138, 892 BGB die Hypothek, sondern auch die Darlehensforderung wird von G unmittelbar auf den Y „mitgerissen“ und damit wieder mit der Hypothek vereinigt.*

Diese „Mitreißen der Forderung“ mag auf den ersten Blick unfair gegenüber dem G wirken. Zu bedenken ist aber, dass der G wegen §§ 1160, 1161 BGB die Forderung gegenüber dem S ohnehin nicht mehr geltend machen könnte. Die Forderung ist damit für ihn sowieso wertlos. Zudem bestünde ansonsten die Gefahr der Verdoppelung von Gläubigerrechten.

**Tipp:** Die vorstehenden Erwägungen gelten nur dann, wenn die Hypothek gerade deswegen nicht besteht, weil die Forderung nicht besteht. Besteht die zu sichernde Forderung und ist die Hypothek aus anderen Gründen nicht wirksam zur Entstehung gelangt, findet der gutgläubige Erwerb der Hypothek ganz normal nach § 892 BGB statt.

### III. Zahlung auf die Hypothek

Bei der Zahlung auf die Hypothek sind mehrere Fälle zu unterscheiden.

#### **Fall 1: Zahlung durch den Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner der Forderung ist**

Zahlt der Eigentümer des Grundstücks, der zugleich Schuldner der persönlichen Forderung ist, auf die Hypothek, so erlischt die Forderung nach § 362 BGB. Die Hypothek dagegen wird gemäß §§ 1163 I 2, 1177 I BGB zur Eigentümergrundschuld.

*Bsp.: G hat S ein Darlehen gewährt, das S durch eine Hypothek an einem eigenen Grundstück besichert hat. Mit Tilgung ist die Darlehensschuld gem. § 362 BGB erloschen; die Hypothek wird gem. §§ 1163 I 2, 1177 I BGB zur Eigentümergrundschuld des S.*



Die Verwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundsschuld hat für den Grundstückseigentümer den Vorteil, dass er die Hypothek eventuell auch noch für weitere Besicherungen verwenden kann und zunächst auch deren Rang gewahrt wird. Allerdings haben nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger gem. § 1179a BGB unter den dort angeführten Voraussetzungen einen Lösungsanspruch.

## **Fall 2: Eigentümer und Schuldner sind personenverschieden**

### Fall 2a: Der Schuldner zahlt.

Der Schuldner zahlt im Zweifel, d. h. wenn er es nicht ausdrücklich anders bestimmt, auf die *Forderung*. D. h. diese erlischt gem. § 362 BGB. Die Hypothek wird wiederum grundsätzlich zur Eigentümergrundsschuld gem. §§ 1163 I 2, 1177 I BGB.

*Bsp.: G hat S ein Darlehen gewährt, das durch eine Hypothek am Grundstück des E gesichert wurde. Mit der Zahlung des Darlehens durch S tritt diesbezüglich Erfüllung (§ 362 BGB) ein. Die Hypothek wird gem. §§ 1163 I 2, 1177 I BGB zur Eigentümergrundsschuld des E.*

**Ausnahme:** Anders läuft es dann, wenn der Schuldner infolge seines Rechtsverhältnisses mit dem Eigentümer gegen diesen infolge der Zahlung an den Gläubiger einen Rückgriffsanspruch hat, kraft dessen er von diesem Ersatz verlangen kann (vgl. **§ 1164 BGB**).

*Bsp.: S hat bei der G-Bank ein Darlehen zur Hausfinanzierung aufgenommen und im Gegenzug der G-Bank eine Hypothek am Hausgrundstück eingeräumt. Wenig später verkauft der S Grundstück mit Haus an den X. Es ist zwischen S und X vereinbart, dass – gegen eine angemessene Herabminderung des Kaufpreises – der X das Darlehen des S bei der G-Bank im Wege der Schuldübernahme übernehmen soll.*

*Allerdings erteilt die G-Bank nicht die für eine Schuldübernahme gem. § 415 I 1 BGB erforderliche Zustimmung. Dies hat zur Folge, dass im Außenverhältnis zur G-Bank der S verpflichtet bleibt, im Innenverhältnis aber gem. § 415 III BGB der S von X Freistellung von der Zahlung verlangen kann. Befriedigt nun der S die G-Bank, so hat er im Innenverhältnis zu X einen Regressanspruch. Dies bewirkt, dass nach § 1164 BGB nunmehr die Hypothek gegen den X auf ihn (den S) übergeht, um hieraus gegen den X – soweit dieser nicht freiwillig zahlt – Befriedigung suchen zu können.*

### Fall 2b: Der Eigentümer zahlt.

Der Eigentümer zahlt im Zweifel auf die Hypothek. Die Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner geht dann grundsätzlich gem. **§ 1143 BGB** auf ihn über. Aufgrund der Akzessorietät folgt gem. §§ 401, 1153 BGB auch die Hypothek und wird in der Hand des Eigentümers zur Eigentümergrundsschuld (vgl. **§ 1177 II BGB**).

*Bsp.: E hat mit einer Hypothek ein Darlehen abgesichert, das der G dem S gegeben hat. Da S nicht zahlen kann, befriedigt der E den G, um eine Zwangsvoll-*



*streckung gem. § 1147 BGB in sein Grundstück zu verhindern. Die Darlehensforderung des G gegen den S geht somit gem. § 1143 BGB auf ihn über. Gleiches gilt für die Hypothek, die nach wie vor akzessorisch an der Forderung hängt. Sie wird für E gem. § 1177 II BGB zur Eigentümergrundschuld.*

**Beachte:** Dass die Hypothek als Eigentümergrundschuld mit der Forderung verhaftet bleibt, hat den Zweck, dass der Eigentümer nach wie vor die Forderung mit der Hypothek an Dritte abtreten kann.

**Ausnahme:** Ein Forderungsübergang nach § 1143 BGB findet dann nicht statt, wenn im Innenverhältnis zwischen persönlichem Schuldner und Eigentümer der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist.

*Bsp.: Obiger Fall der Schuldübernahme, die von der Bank nicht genehmigt wird. Hier ist der neue Eigentümer des Grundstücks – der X – gegenüber dem Verkäufer S gem. § 415 III BGB verpflichtet, im Innenverhältnis die Darlehensschuld gegenüber der Bank zu tilgen. Ein Forderungsübergang auf X gem. § 1143 BGB findet also nicht statt, da der X für seine Zahlung an die G-Bank von S ohnehin keinen Regress verlangen kann. Nach h. M. entsteht in diesem Fall eine Eigentümerhypothek gem. § 1163 I 2 BGB analog.*

### **Fall 3: Ein Dritter zahlt**

*Bsp.: G hat dem S ein Darlehen gewährt und zur Sicherheit hierfür eine Hypothek auf einem Gewerbegrundstück des S bekommen. Auf dem Grundstück betreibt der Mieter M einen Supermarkt. Als S das Darlehen an den G nicht zurückzahlen kann, droht G mit der Zwangsvollstreckung. Daraufhin befriedigt der M den G, um zu verhindern, dass das Grundstück versteigert wird.*

Hat ein Dritter ein besonderes Interesse, dass die Hypothek nicht vollstreckt wird (z. B. Mieter wie im obigen Fall, aber z. B. auch nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger), so steht ihm gem. **§§ 1150, 268 I BGB** das Recht zu, den Gläubiger zu befriedigen. Die Forderung gegen den Schuldner geht in diesem Fall gem. **§ 268 III BGB** auf ihn über (!). Aufgrund der Akzessorietät steht dem Dritten damit gem. § 1153, 412, 401 BGB auch die Hypothek zu.

*Im obigen Fall erwirbt der M also gem. §§ 1150, 268 I, III BGB die Darlehensforderung gegen den S und gem. §§ 1153, 412, 401 BGB auch die Hypothek am Grundstück.*

**Beachte:** Allerdings finden nach h. M. zugunsten des Dritten *nicht* die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb einer Hypothek Anwendung, da der Erwerb der Hypothek ja nicht durch Rechtsgeschäft, sondern per Gesetz (§ 268 III, 412, 401 BGB) erfolgt.

**Auch wichtig:** Die Vorschrift des § 268 III BGB greift nur dann, wenn der Dritte tatsächlich Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstück oder dessen Besitz zu verlieren (vgl. § 268 I BGB). Zahlt ein Dritter, ohne dass ein solcher Grund vorliegt, erwirbt er Forderung und Hypothek jedenfalls *nicht* nach §§ 1150, 268, 412, 401 BGB. Zu diskutieren ist in diesem Fall bestenfalls ein Forderungserwerb nach § 1164 BGB analog.

## Fall 4: Zahlung an einen Nichtberechtigten

*Bsp.: G hat S ein Darlehen gewährt, dass dieser durch eine Hypothek an seinem Grundstück besichert hat. G tritt nun Forderung mit Hypothek formgerecht (vgl. § 1154 BGB) an den Z ab. Am nächsten Tag kommt G zu S und kassiert die Darlehenssumme. S zahlt. Später erfährt er von der Abtretung an Z und fragt sich, ob er an diesen noch einmal zahlen muss oder ob seine Zahlung an G befreiende Wirkung hatte.*

Hinsichtlich der Forderung ergeben sich in diesem Fall keine Besonderheiten: S wird durch die §§ 404 ff. BGB (hier: § 407 BGB) geschützt, soweit er von der Abtretung noch keine Kenntnis hatte.

Anders bei der Hypothek: Gem. **§ 1156 BGB** finden die schuldnerschützenden Vorschriften der §§ 406 bis 408 BGB hier keine Anwendung. Der Grund liegt darin, dass bei der Hypothek mit dem Brief (bzw. bei der Buchhypothek mit der Eintragung) ein Rechtsscheinträger existiert, der Ausweis für die Inhaberschaft liefert. Der Schuldner kann sich also, wenn er sicher sein will, an den Richtigen zu zahlen, jederzeit den Brief vorzeigen lassen. Tut er dies nicht, zahlt er auf eigenes Risiko.

*In obigem Fall ist die Zahlung hinsichtlich der Forderung also wirksam, nicht aber bezüglich der Hypothek. Insoweit muss S nochmal zahlen bzw. die Zwangsvollstreckung dulden. Er kann aber selbstverständlich den G für sein pflichtwidriges Tun in Haftung nehmen (Anspruchsgrundlagen: §§ 280 I BGB, 823 II BGB i. V. m. § 263 StGB, §§ 826, 812 (i. V. m. § 123) BGB).*

**Beachte:** Wiederum anders zu behandeln ist der Fall, in dem der (vermeintliche) Inhaber der Hypothek den Rechtsschein vorweisen kann. Hier genießt der Eigentümer bei der Zahlung auf die Hypothek den Schutz von **§ 893** bzw. **§§ 1138, 1155 BGB**.

*Bsp.: G hat S ein Darlehen gewährt, dass durch eine Hypothek am Grundstück des E gesichert ist. G fällt in unerkannte Geisteskrankheit und überträgt in diesem Zustand Forderung und Hypothek auf Z. Die Abtretungserklärung wird öffentlich beglaubigt. Zahlt E und nach Vorlage des Briefes an Z, so kann er sich auf §§ 893, 1155 BGB berufen und wird von der Verpflichtung zur Zahlung frei, obwohl die Hypothek eigentlich wegen §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB noch bei G ist.*

## IV. Zwangsweise Durchsetzung von Forderung und Hypothek

### 1. Forderung

Hinsichtlich der Durchsetzung der hypothekenbesicherten *Forderung* ergeben sich zunächst keine besonderen Probleme.

Zu denken ist lediglich immer an die Einwendung der **§§ 1160, 1161 BGB**: Auch zur Geltendmachung der Forderung ist die Vorlage des Hypothekenbriefes erforderlich.

**Tipp:** In der Klausur empfiehlt es sich, bei einer hypothekenbesicherten Forderung immer zuerst die Ansprüche aus der *Forderung* zu prüfen, dann erst die Ansprüche aus der Hypothek (es sei denn, es sind nur die Ansprüche aus der Hypothek gefragt). Dies hat den Grund, dass die Hypothek sich umfassend akzessorisch zur Forderung verhält und z. B. Einwendungen gegen die Forderung auch auf die Hypothek durchschlagen (vgl. **§ 1137 BGB**). Dann ist es praktisch, wenn man bei der Hypothek schwierige Inzidentprüfungen vermeidet und an dieser Stelle einfach nach oben verweisen kann.

## 2. Hypothek

Anspruchsgrundlage für die Durchsetzung der Hypothek ist normalerweise **§ 1147 BGB**, d. h. der Eigentümer hat die Befriedigung des Gläubigers durch Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zu dulden.

**Beachte:** Um diesen umständlichen Weg der Durchsetzung zu vermeiden, vereinbaren Banken als Hypothekengläubiger in der Regel mit dem Eigentümer in notarieller Urkunde die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (vgl. **§ 794 I Nr. 5 ZPO**). Dies hat den Vorteil, dass die Bank im Fall der Geltendmachung der Hypothek nicht erst klagen muss, sondern sofort aus der Urkunde die Hypothek gegen den Grundstücksinhaber vollstrecken kann. *Dieser* muss sich dann – soweit er meint, Einwendungen zu haben – mit einer Vollstreckungsabwehrklage gem. **§§ 795, 767 ZPO** zur Wehr setzen (häufiger Klausureinstieg: Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage nach § 767 ZPO !). Die „Prozessierungslast“ wird damit auf den Eigentümer verschoben. Nach **§ 800 ZPO** bedarf die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung der Eintragung in das Grundbuch, wenn die Unterwerfungserklärung auch für zukünftige Eigentümer gelten soll.

**Tipp:** Die Prüfung einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO gegen eine notarielle Urkunde in der Klausur ist kein „Hexenwerk“, man muss sich nur einmal die Aufbauvoraussetzungen klarmachen (vgl. auch Aufbauschema unten). In der Zulässigkeit der Klage sind – soweit vom Klausurersteller nicht weitere Probleme hineinkonstruiert wurden – lediglich kurz Zuständigkeit des Gerichts (beachte: **§ 797 V ZPO**), die Klageart (eben gem. **§§ 795, 767 ZPO** die Vollstreckungsabwehrklage) sowie das Rechtsschutzbedürfnis zu thematisieren (merke: die Zwangsvollstreckung muss noch nicht begonnen haben!). In der Begründetheit ist dann zu prüfen, ob dem Kläger Einwendungen zustehen (beachte hier: § 797 IV ZPO !), d. h. es schließt sich im Prinzip eine ganz normale BGB-Prüfung an.

### Aufbauschema § 1147 BGB

(1) Erwerb der Hypothek (Erst- oder Zweiterwerb, u. U. historisch-chronologisch zu prüfen)

(2) Fälligkeit (§ 1141 BGB)

(3) Keine Einwendungen

In Betracht kommen hier beim **Ersterwerber** Einreden gegen die Hypothek selbst (z. B. Stundung), aber auch schuldrechtliche Einwendungen gegen die Forderung (vgl. § 1137 BGB: Nach dem Grundsatz der Akzessorietät muss die Hypothek so lange nicht gezahlt werden, wie gegen die Forderung Einwendungen bestehen).

Beim **Zweiterwerber** kommen im Prinzip dieselben Einreden in Betracht, es ist hier aber darauf zu achten, ob der Erwerber die Hypothek nicht gem. **§ 1138 BGB** (hinsichtlich der Einreden des *persönlichen Schuldners*) oder gem. **§ 1157 S. 2 BGB** (hinsichtlich der Einreden *gegen die Hypothek selbst*) gutgläubig lastenfrei erworben hat.

**Wichtig:** Halten Sie bei den Einreden gegen die Hypothek die Vorschriften der §§ 1137, 1138 BGB einerseits und des § 1157 BGB andererseits sorgfältig auseinander: Die **§§ 1137, 1138 BGB** beschäftigen sich mit Einreden *des persönlichen Schuldners* gegen die Forderung, die wegen der Akzessorietät auch auf die Hypothek durchschlagen. Die Vorschrift des **§ 1157 BGB** hat dagegen Einreden *gegen die Hypothek selbst* zum Gegenstand.

### Aufbauschema Vollstreckungsabwehrklage gegen Urkunde nach § 794 I Nr. 5 ZPO

#### **(A) Zulässigkeit der Klage**

(1) Statthafte Klageart: Vollstreckungsabwehrklage gem. §§ 794 I Nr. 5, 795, 767 ZPO

(2) Zuständiges Gericht:

(a) Örtlich: Wohnsitz des Schuldners gem. §§ 797 V, 802 ZPO

(b) Sachlich: Streitwertabhängig gem. §§ 23, 71 GVG

(3) Rechtsschutzbedürfnis:

Zwangsvollstreckung muss noch nicht begonnen haben

#### **(B) Begründetheit**

Die Klage ist begründet, wenn Einwendungen gegen die Geltendmachung der vollstreckbaren Urkunde bestehen (die beschränkende Vorschrift des § 767 II ZPO findet gem. § 797 IV ZPO keine Anwendung).

→ Hier ganz normal die Einwendungen gegen die Hypothek wie oben bei § 1147, Punkt (3) prüfen.

## V. Verwertung und Haftungsverband

### 1. Verwertung

Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück bei der Hypothek kann insbesondere geschehen durch Zwangsversteigerung (§§ 15 ff. ZVG – Schönfelder Nr. 108) oder Zwangsverwaltung (§§ 146 ff. ZVG).

**Merke:** In der Praxis am häufigsten ist die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Die Zwangsverwaltung wird nur ganz ausnahmsweise angeordnet.

Bei der Zwangsversteigerung erlässt das zuständige Vollstreckungsgericht (vgl. § 1 ZVG) einen sog. Zwangsversteigerungsbeschluss (§ 20 ZVG). Dieser gilt als die Beschlagnahme des Grundstücks. Sobald der Zwangsversteigerungsbeschluss erlassen ist, wird in das Grundbuch bei dem Grundstück ein sog. Versteigerungsvermerk eingetragen (§ 19 ZVG). Hierdurch wissen Dritte – oder können sich zumindest darüber informieren –, dass eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück läuft.

Durch den Zuschlag in der Zwangsvollstreckung erwirbt dann der Ersteigerer gem. § 90 I ZVG das Eigentum an dem Grundstück.

**Beachte:** Anders als bei beweglichen Sachen, wo der Eigentumserwerb erst dadurch erfolgt, dass der Gerichtsvollzieher *nach* dem Zuschlag das Eigentum an der Sache auf den Ersteigerer überträgt (§ 817 II ZPO), erwirbt der Ersteigerer bei Grundstücken bereits *unmittelbar* durch den Zuschlag.

**Wichtig:** Mit dem Zuschlag erwirbt der Ersteigerer auch Eigentum an allen Sachen, die zum sog. „Haftungsverband“ des Grundstücks gehören (z. B. Zubehör des Grundstücks, dazu gleich weiter unten). Die entsprechende „Prüfungskette“ lautet: §§ 90 II, 55 I, 20 II ZVG, 1120 ff. BGB. Diese Paragraphenkette sollten Sie sich unbedingt merken oder – soweit nach der jeweiligen Prüfungsordnung erlaubt – neben den § 90 ZVG sowie den § 1120 BGB notieren.

Daneben erwirbt der Ersteigerer auch Zubehör, das nicht zum Haftungsverband gehört, aber sich zumindest im Besitz des Schuldners befindet (§ 55 II ZVG), soweit nicht der Eigentümer der Sachen nach § 37 Nr. 5 ZVG rechtzeitig widersprochen hat.

### 2. Haftungsverband

#### a) Allgemeines

Nach **§ 1120 BGB** erstreckt sich die Hypothek auch auf Erzeugnisse und vom Grundstück getrennte Bestandteile sowie auf das **Zubehör** (vgl. §§ 97 f. BGB) des Grundstücks, sofern es irgendwann einmal im Eigentum des Grundstücksei-

gentümers stand. Der Gläubiger der Hypothek kann also auch in dieses Gegenstände hineinvollstrecken.

**Beachte:** Die Vorschriften über den Haftungsverband sind äußerst klausurwichtig, da die Rechte des Hypothekengläubigers insbesondere am Zubehör des Grundstücks (also z. B. an den Maschinen eines auf dem Grundstück betriebenen Unternehmens) häufig in Konkurrenz zu anderen Rechten an dem Gegenstand – z. B. Sicherungseigentum – gerät.

Denkbar sind in der Klausur insbesondere folgende Konstellationen:

(1) Der Hypothekengläubiger fragt, ob er auch in einen bestimmten Gegenstand auf dem Grundstück hineinvollstrecken kann. Unter der Anspruchsgrundlage **§§ 1147, 1120 BGB** ist dann zu prüfen, ob der betreffende Gegenstand zum Haftungsverband gehört.

(2) Ein Dritter will einen Gegenstand auf dem Grundstück ohne Einverständnis des Hypothekengläubigers – aber außerhalb einer Zwangsvollstreckung – verwerten. Anspruchsgrundlage des Hypothekengläubigers auf Unterlassung ist dann **§§ 1134, 1135 BGB** und in diesem Rahmen zu prüfen, ob der Gegenstand zum Haftungsverband gehört.

(3) Ein Gegenstand, der mutmaßlich zum Haftungsverband gehört, *ist* bereits verwertet worden. Anspruchsgrundlage des Hypothekengläubigers gegen den *Grundstückseigentümer* ist dann **§ 823 I BGB** (Beeinträchtigung der Hypothek als absolutes Recht!) und **§ 823 II BGB i. V. m. §§ 1134, 1135 BGB** (die beiden Vorschriften sind Schutzgesetze i. S. d. § 823 II BGB). Daneben treten gegebenenfalls Ansprüche aus **§ 826 BGB** sowie im Falle von dessen Verschulden auch entsprechende Ansprüche gegen den erwerbenden Dritten aus Deliktsrecht.

(4) Die Parteien streiten sich im Rahmen einer *laufenden* Zwangsvollstreckung über das bessere Recht an einem Zubehörgegenstand. In diesem Fall geht derjenige, der Rechte gegen die andere Partei geltend machen möchte, in der Regel mit der *Drittwiderspruchsklage* nach **§ 771 ZPO** vor. In der Begründetheit ist dort zunächst normalerweise festzustellen, ob der Dritte Eigentum an der Sache hat („ein die Veräußerung hinderndes Recht“). Sodann ist aber zu prüfen, ob der Hypothekengläubiger nicht ein „*besseres Recht*“ an der Sache hat. Dies ist dann – soweit sie denn gegeben ist – die Zugehörigkeit zum Haftungsverband der Hypothek.

## **b) Prüfungsfolge beim Haftungsverband**

Beim Haftungsverband ist in der Klausur immer in folgender Reihenfolge zu prüfen:

(I) Ist der Gegenstand in den Haftungsverband **hineingelangt** ?

(II) Ist der Gegenstand möglicherweise wieder **enthaftet** worden ?

Zu (I):

Was in den Haftungsverband hineingelangt, bestimmt **§ 1120 BGB**.

Danach gehören zum Haftungsverband:

**(1)** Die vom Grundstück getrennten Erzeugnisse (die noch nicht vom Grundstück getrennten Erzeugnisse gehören schon nach § 94 I 1 BGB zum Grundstück).

**Definition:** Unter Erzeugnissen versteht man die natürlichen Produkte einer Sache, bei einem Grundstück also z. B. Obst, Bäume, Pflanzen, Bodenschätze.

**(2)** Sonstige Bestandteile (vgl. §§ 93, 94), soweit sie ungetrennt sind vom Grundstück.

Getrennte Bestandteile haften nur, soweit nicht nach den §§ 954 ff. BGB ein anderer Eigentümer geworden ist.

*Bsp.: Gebäude, Zäune, Baumaterial durch Abbau einer Garage*

**Beachte:** Scheinbestandteile i. S. v. § 95 BGB fallen nicht in den Haftungsverband.

**(3) Zubehör** des Grundstücks

Zubehör des Grundstücks fällt nach § 1120 BGB in den Haftungsverband „mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind.“

*Bsp.: E betreibt auf einem Grundstück, auf dem eine Hypothek der B-Bank ruht, ein Sägewerk und kauft für dieses zwei Sägemaschinen. Die Sägemaschinen fallen in den Haftungsverband des Grundstücks.*

**Tip:** Diese etwas sperrige Formulierung des Gesetzgebers merkt man sich besser so: Der Grundstückseigentümer muss *irgendwann einmal* Eigentümer des Zubehörstücks gewesen sein.

**Merke:** In der Klausur sind Haftungsverbands-Fälle, die sich um das Zubehör des Grundstücks drehen, mit Abstand häufiger als solche um Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile.

**Definition:** Zubehör sind bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteil der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen (vgl. **§ 97 BGB**).

Daneben sind in § 98 BGB noch einige Spezialfälle des Zubehörs ausdrücklich geregelt (so u. a. auch das für heutige Verhältnisse etwas altertümliche Zubehör einer Mühle oder Schmiede).



Nach h. M. fällt auch das **Anwartschaftsrecht** an einer Sache nach **§ 1120 BGB analog** in den Haftungsverband.

*Bsp.: V verkauft an den K für dessen Getränkeherstellungsbetrieb unter Eigentumsvorbehalt eine Befüllungsmaschine. K setzt die Maschine auf dem Betriebsgrundstück seines Unternehmens ein, auf dem eine Hypothek der B-Bank ruht. Wenig später überträgt der K das Eigentum an der Maschine zur Sicherheit für ein Darlehen an den X. Dabei wird vereinbart, dass K selbst im Besitz der Maschine verbleiben soll. Wenig später zahlt K bei V die letzte Rate für die Maschine ab.*

*Problematisch aus Sicht der B-Bank ist, dass hier der K nach h. M. zu keiner Sekunde Eigentum an der Befüllungsmaschine hatte: Zunächst hatte sich V das Eigentum vorbehalten; K war also nicht Eigentümer geworden. Zwar war die Sicherungsübereignung auf den X gem. §§ 929, 930 BGB dann zunächst fehlgeschlagen, da der K Nichtberechtigter war und es für einen gutgläubigen Erwerb des X an der Voraussetzung des § 933 BGB – Übergabe der Sache – fehlt. K hat jedoch auf den X als rechtliches Minus sein Anwartschaftsrecht übertragen (vgl. hierzu Hofmann-Skript Bewegliches Sachenrecht – Kapitel Anwartschaftsrecht). Mit Zahlung der letzten Rate bei V erstarkt somit das Anwartschaftsrecht im Wege des **Direkterwerbs** (h. M.; MM: Durchgangserwerb) unmittelbar bei dem X zum Vollrecht. K war also nie Eigentümer, so dass die Maschine nach § 1120 BGB jedenfalls nicht direkt in den Haftungsverband fällt.*

*Hier behilft sich die h. M., in dem sie auch das Anwartschaftsrecht des K an der Maschine, dass dieser bereits durch die Vereinbarung mit V erworben hatte, in den Haftungsverband fallen lässt. Dabei setzt sich die Belastung des Anwartschaftsrechts mit dem Haftungsverband durch die Hypothek auch nach der Erstarkung zum Vollrecht bei X an der Maschine fort, soweit nicht wirksame Enthftung nach den §§ 1121, 1122 BGB anzunehmen ist (dazu gleich unten).*

**Beachte:** Das Argument in der Klausur für die Anwendung des § 1120 BGB auch auf das Anwartschaftsrecht ist dabei wiederum dessen Natur als „**wesensgleiches Minus**“ zum Vollrecht (vgl. hierzu im Einzelnen Hofmann-Skript Sachenrecht Bewegliche Sachen – Kapitel Anwartschaftsrecht).

Umstritten ist, ob die Aufhebung des Anwartschaftsrechts zur Enthftung des Gegenstandes führt.

*Bsp.: In obigem Beispielfall vereinbart der K – um eine Verhaftung der Befüllungsmaschine zu verhindern – mit X und V, dass zunächst das Anwartschaftsrecht an der Maschine aufgehoben wird und die Maschine sodann direkt von V an X zur Sicherheit für den Kredit des K zu übertragen ist.*

*Eine Mindermeinung fordert hier für die Aufhebung des Anwartschaftsrechts gem. **§ 1276 BGB analog** die Zustimmung des Hypothekengläubigers. Die h. M. verneint dagegen eine solche Zustimmungsbedürftigkeit. Allerdings sind die Vereinbarungen, die zur Aufhebung des Anwartschaftsrechts führen, unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerbenachteiligung an § 138 I BGB zu messen (im obigen Fall kritisch).*



Zu (II) (Enthftung):

Mit der Enthftung fllt der Zubehrggegenstand wieder aus dem Haftungsverband des Grundstckes heraus.

Grundsatzlich gibt es zwei denkbare Wege der Enthftung:

(1) Enthftung **durch** Veräußerung (und Entfernung) → **§ 1121 BGB**

(2) Enthftung **ohne** Veräußerung → **§ 1122 BGB**

Zu (1): Für die Enthftung **durch** Veräußerung und Entfernung ist gem. **§ 1121 BGB** grundsatzlich erforderlich, dass der Gegenstand veräußert *und von dem Grundstück entfernt* wird, bevor das Grundstück zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen wird. Als Beschlagnahme gilt insoweit der Zwangsversteigerungsbeschluss des Vollstreckungsgerichts gem. § 20 ZVG (s. o.).

*Bsp.: Im obigen Beispielfall erwirbt der K von V noch eine zweite Befüllungsmaschine, diesmal ohne Eigentumsvorbehalt (=Maschine fällt gem. § 1120 BGB in den Haftungsverband).*

*Sodann veräußert der K die Maschine an den Y, der sie auch gleich mitnimmt. Die Maschine ist damit gem. § 1121 BGB enthftet; die B-Bank kann nicht mehr darauf zugreifen.*

**Wichtig:** Nach § 1121 BGB kommt es darauf an, dass der Gegenstand auch vom Grundstück *entfernt* wird, bevor das Grundstück in Beschlag genommen wird. Die bloße Veräußerung (ohne Entfernung) reicht also nicht aus! Dies betrifft besonders die Sicherungsübereignung nach §§ 929, 930 BGB, die regelmäßig nicht zur Enthftung des Gegenstandes führt.

*Bsp.: Im obigen Fall übereignet der K dem Y die Maschine gem. §§ 929, 930 BGB zur Sicherheit für ein Darlehen. Dabei wird aber vereinbart, dass der K die Maschine weiter nutzen kann und Y nur mittelbarer Besitzer werden soll. **Keine** Enthftung gem. § 1121 BGB, da die Maschine zwar veräußert, aber nicht vom Grundstück entfernt wurde. Erst wenn der Y die Maschine später an sich nimmt – z. B. weil der Sicherheitsfall eingetreten ist – würde Enthftung eintreten.*

**Beachte:** Gem. § 1121 II 1 BGB kann sich der Erwerber auch nicht darauf berufen, dass er bezüglich der Hypothek in gutem Glauben war.

Erfolgt die Entfernung nach dem Zwangsversteigerungsbeschluss, so gilt die Vorschrift des **§ 1121 II 2 BGB**. Danach ist die Beschlagnahme dem Erwerber gegenüber nur dann wirksam, wenn er hinsichtlich der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben war.

Dies sieht auf den ersten Blick so aus, als ob der Erwerber hier relativ leicht gutgläubig lastenfrei erwerben könnte. Zu beachten ist aber die Vorschrift des **§ 23 II 2 ZVG**: Danach gilt der Erwerber im Hinblick auf den Erwerb von Gegenständen aus dem Haftungsverband dann nicht mehr als gutgläubig, wenn zum Zeit-

punkt der Entfernung der Zwangsversteigerungsvermerk über das Grundstück bereits im Grundbuch eingetragen war.

*Bsp.: Wiederum hat K dem Y eine der Befüllungsmaschinen gem. §§ 929, 930 BGB zur Sicherheit übereignet. Am 1. 7. erwirkt die B-Bank aufgrund ihrer Hypothek einen Zwangsversteigerungsbeschluss über das Grundstück gegen K. Am selben Tag wird der Zwangsversteigerungsvermerk in das Grundbuch eingetragen. Da der K auch das Darlehen bei Y nicht mehr bedient hat, holt der Y am 4. 7. die Maschine bei K ab (=Entfernung). Dabei weiß er von dem Zwangsversteigerungsbeschluss nichts.*

*Seine Unkenntnis nützt dem Y allerdings nichts: Zwar kommt es gem. § 1121 II 2 BGB scheinbar auf seinen guten Glauben an; allerdings greift die Fiktion des § 23 II 2 ZVG, d. h. mit Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks in das Grundbuch gelten alle potenziellen Erwerber automatisch als bösgläubig. Die Maschine bleibt also mit dem Haftungsverband des Grundstücks belastet, die B-Bank kann gem. §§ 1147, 1120 BGB nach wie vor auch in die Maschine vollstrecken (und gem. §§ 1134, 1135 BGB Rückschaffung auf das Grundstück verlangen).*

**Zum Verständnis:** § 23 II 2 ZVG ist auf den ersten Blick eine unglaublich harte Vorschrift. Denn die Bösgläubigkeit hinsichtlich der Beschlagnahme wird nicht nur dann fingiert, wenn der Zusammenhang mit einem Grundstück für den Erwerber erkennbar ist, sondern z. B. auch dann, wenn ein Zubehörgegenstand vom Grundstückseigentümer ohne jeden erkennbaren Zusammenhang mit einem Grundstück verkauft wird. Der Erwerber hat dann praktisch keine Chance zu erkennen, dass der Gegenstand zu einem Haftungsverband gehört, und erwirbt den Gegenstand trotzdem nicht lastenfrei. Erklärbar ist diese Härte des Gesetzgebers nur damit, dass der Haftungsverband des Grundstücks im Falle der Zahlungsunfähigkeit dem Zugriff durch den Schuldner oder durch Dritte ganz besonders preisgegeben ist.

**Wichtig:** Die Vorschrift des § 1121 II 2 BGB greift nur dann, wenn die Veräußerung vor der Beschlagnahme, die Entfernung aber danach liegt (also Reihenfolge: Veräußerung-Beschlagnahme-Entfernung).

Liegen *sowohl* Veräußerung *als auch* Entfernung **nach** der Beschlagnahme, greifen andere Vorschriften. Es sind dies:

(a) Bei Entfernung einzelner Gegenstände im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft: § 23 I 2 ZVG.

(b) Ansonsten: Gutgläubiger Erwerb gem. §§ 23 I 1 ZVG, 136, 135 II, 932 ff. BGB mit dem Gutglaubensmaßstab des § 23 II 2 ZVG (s. o.)

**Beachte:** Da der Zwangsversteigerungsvermerk in der Regel sehr zeitnah zur Beschlagnahme des Grundstücks eingetragen wird, kommt ein gutgläubiger Erwerb nach der Beschlagnahme wegen § 23 II 2 ZVG normalerweise nicht mehr in Betracht.

Zu (2) (Enthftung **ohne** Veräußerung)

Gem. **§ 1122 BGB** ist eine Enthftung ohne Veräußerung jederzeit möglich, wenn Erzeugnisse oder Bestandteile *vor* der Beschlagnahme von dem Grundstück entfernt werden bzw. bei Zubehörstücken, wenn ihre Zubehöreigenschaft aufgehoben wird (vgl. Absatz 2 der Vorschrift).

*Bsp.: Im obigen Beispielfall ordnet der K einen Lkw, der bisher dem Grundstück zugeordnet war, auf dem die B-Bank ihre Hypothek hat, einem anderen Betriebsgrundstück seiner Firma zu, an dem keine Hypothek der B-Bank besteht. Enthftung tritt dann ein, wenn diese Änderung der Zuordnung der ordnungsgemäßen Wirtschaft entspricht (also z. B. auf dem anderen Grundstück ein stärkerer Bedarf an dem Lkw war), dagegen nicht, soweit der Zweck nur in der Benachteiligung der B-Bank gelegen haben sollte.*

**Wichtig:** § 1122 BGB gilt nur für die Enthftung *vor* der Beschlagnahme des Grundstücks. Nach der Beschlagnahme greift für die Enthftung im Rahmen ordnungsmäßiger Wirtschaft die Vorschrift des § 23 I 2 ZVG (s. o.).

Im Übrigen erstreckt sich die Hypothek, soweit das Grundstück vermietet oder verpachtet ist, gem. **§§ 1123 ff. BGB** auch auf Miet- und Pachtforderungen.

**Tipp:** Da die §§ 1123 ff. BGB aber eher selten Klausurgegenstand sind und sich hier zudem Vieles durch Lesen in der Klausur erschließen lässt, ist das Erlernen von Einzelwissen insoweit nicht erforderlich.

## G. Grundschuld

### I. Allgemeines

Die Grundschuld gehört wie die Hypothek zu den Grundpfandrechten. Sie ist eine selbständige Belastung des Grundstücks, die im Unterschied zur Hypothek **nicht akzessorisch** ist (vgl. §§ 1191, 1192 BGB).

*Bsp.: G hat für ein Darlehen, das er dem S gewährt hat, auf dessen Grundstück eine Grundschuld eingetragen. Veräußert G nun die Darlehensforderung an den X, so zieht die Grundschuld **nicht** automatisch mit, da die Grundschuld nicht akzessorisch ist. Sie muss – anders als bei der Hypothek (vgl. §§ 1153, 401 BGB) – neben der Forderung extra übertragen werden.*

Dementsprechend sind nach **§ 1192 I BGB** auf die Grundschuld alle Vorschriften über die Hypothek anzuwenden, mit Ausnahme derjenigen Vorschriften, die die Akzessorietät voraussetzen.

Beispiele für Vorschriften aus dem Hypothekenrecht, die die Akzessorietät voraussetzen und deswegen auf die Grundschuld **nicht** anwendbar sind, sind insbesondere:

- **§ 1137 BGB** (der Eigentümer des Grundstücks kann dem Hypothekengläubiger alle Einreden des persönlichen Schuldners entgegenhalten)

- **§ 1138 BGB** (der Erwerber einer Hypothek kann im Hinblick auf Einreden gegen die Forderung gutgläubig lastenfrei erwerben)
- **§ 1153 BGB** (die Hypothek kann nicht ohne Forderung, die Forderung nicht ohne die Hypothek abgetreten werden)
- **§ 1154 BGB** (die Forderung muss in der schriftlichen Form mit Übergabe des Hypothekenbriefes abgetreten werden)
- **§ 1161 BGB** (Geltendmachung der Forderung nur unter Vorlage des Hypothekenbriefes)
- **§ 1163 BGB** (solange die Forderung noch nicht zum Entstehen gekommen ist oder später wegfällt, steht die Hypothek dem Eigentümer zu)

Vorschriften dagegen, die mit der Akzessorietät *nichts* zu tun haben und daher uneingeschränkt auf die Grundschuld **anwendbar** sind, sind z. B.:

- **§§ 1116, 1117 BGB** (über Brief- und Buchhypothek; auch die Grundschuld gibt es also als Brief- und Buchgrundschuld)
- **§§ 1120 ff. BGB** (Haftungsverband)
- **§ 1147 BGB** (Anspruchsgrundlage für die Inanspruchnahme aus der Hypothek)
- **§ 1157 BGB** (Einreden gegen die Hypothek selbst)

**Zur Zitierweise:** Soweit in der Klausur eine Vorschrift aus dem Hypothekenrecht auf die Grundschuld angewendet werden soll, ist streng genommen immer **§ 1192 I BGB** mit dazu zu zitieren (also z. B.: „Anspruch des X gegen den Y aus der Grundschuld gem. §§ 1147, 1192 I BGB“).

An der Nicht-Akzessorietät der Grundschuld ändert es auch nichts, dass diese üblicherweise zur Besicherung einer Forderung bestellt wird.

**Definition:** Von einer Sicherungsgrundschuld spricht man, wenn eine Grundschuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden ist (vgl. § 1192 Ia 1 BGB, Legaldefinition). Da diese Definition (noch) relativ neu ist, ist es elegant, in der Klausur – wenn zum ersten Mal das Wort Sicherungsgrundschuld fällt – von einer „Sicherungsgrundschuld i. S. v. § 1192 Ia 1 BGB“ zu schreiben.

Die Rechtsverhältnisse, die der Sicherungsgrundschuld zugrundeliegen, sind in diesem Fall sorgfältig von der Grundschuld zu trennen. Es ist dies neben der besicherten Forderung ein **Sicherungsvertrag** zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer, der an seinem Grundstück die Grundschuld bestellt.

*Bsp.: E stellt an seinem Grundstück dem G eine Besicherung für ein Darlehen, das der G dem S gewährt hat. Zu trennen sind (1.) das Darlehen gem. § 488 BGB zwischen G und S, (2.) die Sicherungsgrundschuld, die E dem G bestellt hat sowie (3.) der Sicherungsvertrag, den E und G über die Bestellung dieser Grundschuld geschlossen haben.*

**Beachte:** Der Sicherungsvertrag ist ein *schuldrechtlicher* Vertrag (anders die Einigung über die Grundschuld: *dinglich* gem. §§ 1191, 873 BGB). Da der Sicherungsvertrag nicht gesetzlich geregelt ist, zitiert man hierzu die allgemeinen Vorschriften über das Zustandekommen eines Schuldverhältnisses, nämlich die **§§ 311, 241 BGB**.

Der Sicherungsvertrag beinhaltet in der Regel die Verpflichtung für den Grundstückseigentümer zur Bestellung der Grundschuld, für den Gläubiger dagegen die Pflicht zur Rückgabe bei Nichtvalutierung oder Tilgung der Forderung sowie gegebenenfalls das Verbot, die Forderung ohne die Grundschuld abzutreten.

Nach h. M. sind Sicherungsvertrag **und** Forderung Rechtsgrund der Sicherungsgrundschuld, d. h. wenn eines von beiden Rechtsverhältnissen unwirksam ist, ist der Gläubiger aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB zur Rückgewähr der Grundschuld verpflichtet.

**Tipp:** Achten sie peinlich genau darauf, in der Klausur die drei Rechtsverhältnisse um die Sicherungsgrundschuld genau auseinanderzuhalten!

Nämlich:

- (1) Darlehen gem. § 488 BGB
- (2) Sicherungsvertrag gem. §§ 311, 241 BGB
- (3) Sicherungsgrundschuld gem. §§ 1191, 873 BGB

Erfahrungsgemäß passieren hier viele Fehler, die aus Sicht der Korrektoren besonders schwer wiegen.

Grundschulden, die *nicht* der Besicherung einer Forderung dienen (sog. **isolierte Grundschuld**), sind rechtlich ohne weiteres möglich (keine Akzessorietät der Grundschuld!), aber selten. Ein Grund für die Bestellung einer solchen Grundschuld kann z. B. sein, sich die Rangstelle im Grundbuch für ein erstrangiges Grundpfandrecht freihalten zu wollen.

*Bsp.: E rechnet jederzeit mit der Eintragung einer Zwangshypothek durch seinen wütenden Gläubiger G auf sein Grundstück. Um dem zuvorzukommen, lässt er selbst vorher eine erstrangige Grundschuld auf sich selbst eintragen. G kann jetzt zwar immer noch seine Zwangshypothek eintragen lassen, die Grundschuld geht dieser aber vor.*

Daneben entstehen Eigentümergrundschulden (i. S. v. § 1196 BGB) häufig als Folge von Zahlungen auf ein Hypothekendarlehen gem. §§ 1163, 1177.

**Beachte:** Nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger können unter den Voraussetzungen der §§ 1179a f. BGB einen Lösungsanspruch gegen eine solche Eigentümergrundschuld haben. Zu beachten ist hier allerdings die Vorschrift des § 1196 III BGB.

## II. Ersterwerb

Nach §§ 1191, 1192 BGB entsprechen die Voraussetzungen für den Ersterwerb einer Grundschuld denjenigen bei der Hypothek, mit Ausnahme der Forderung, die nicht erforderlich ist, da die Grundschuld ja gerade nicht akzessorisch ist.

Voraussetzungen für den Ersterwerb einer Grundschuld sind also:

- (1) Einigung gem. §§ 1191, 873 BGB
- (2) Eintragung in das Grundbuch
- (3) Einigsein bei Eintragung (vgl. § 873 II BGB)
- (4) Berechtigung (oder: gutgläubiger Erwerb gem. § 892 BGB)
- (5) Aushändigung des Briefes gem. §§ 1192 I, 1117 BGB  
(oder: **Buch**grundschuld gem. §§ 1192 I, 1116 II BGB)

**Beachte:** Auch bei der Grundschuld ist in der Praxis die *Buch*grundschuld häufiger und beliebter als die *Brief*grundschuld.

Man sieht, dass die Voraussetzungen für die Entstehung der Grundschuld exakt denen der Hypothek entsprechen, mit Ausnahme der fehlenden Voraussetzung (6), nämlich dem Bestehen der Forderung.

Umstritten ist, ob das Entstehen der Forderung von den Parteien der Grundschuldbestellung gem. § 158 I BGB zur Bedingung der Entstehung der Grundschuld erhoben werden kann. Die h. M. verneint dies, da sonst unter Umgehung des im Sachenrecht geltenden Typenzwangs (vgl. hierzu Hofmann-Skript Sachenrecht Bewegliche Sachen – Grundprinzipien des Sachenrechts) eben doch eine akzessorische Grundschuld geschaffen würde.

## III. Zweiterwerb

Für den Zweiterwerb, d. h. die Übertragung der Grundschuld vom Veräußerer auf einen Erwerber, ist wiederum zwischen *Brief*- und *Buch*grundschuld zu differenzieren:

### 1. Briefgrundschuld

Eine Übertragung der Briefgrundschuld wie bei der Hypothek durch Abtretung der gesicherten Forderung (und anschließendes „Mitziehen“ der Hypothek gem. §§ 401, 1153 BGB) kommt bei der Grundschuld **nicht** in Betracht: Die Grundschuld ist gerade **nicht** akzessorisch.

**Wichtig:** Die Grundschuld muss also extra übertragen werden, selbst wenn die zu besichernde Forderung mit übertragen wird!

Nach h. M. ist die Briefgrundschuld in der Form des **§ 1154 BGB analog** zu übertragen, d. h. in der Form der schriftlichen Einigungserklärung und Briefübergabe.



**Beachte:** Dies mag zunächst überraschen, da es sich bei § 1154 BGB um eine der auf dem Gedanken der Akzessorietät beruhenden Vorschriften handelt, die nach § 1192 I BGB ja gerade nicht auf die Grundschild angewendet werden sollen. Zu beachten ist aber, dass § 1154 I BGB im Zusammenhang mit der Übertragung der Grundschild **nicht** so gelesen wird, dass die zugrundeliegende Forderung zu übertragen ist. Vielmehr wird die Form des § 1154 I BGB *auf die Grundschild selbst* angewendet, d. h. die *Grundschild* ist in schriftlicher Form zu übertragen. Grundgedanke der Heranziehung des § 1154 I BGB zur Analogie war dabei, dass es im BGB keine andere Vorschrift gibt, auf die man das Erfordernis einer Briefübergabe beim Zweiterwerb stützen könnte.

**Zur Terminologie:** Da die Grundschild keine Forderung i. S. d. § 398 BGB ist (d. h. nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet), sondern lediglich ein „Recht“, spricht man nicht von „Abtretung“ (=nur Forderungen), sondern von „Übertragung“ der Grundschild.

Umstritten ist dabei, worauf die nach § 1154 I BGB erforderliche Einigungserklärung zu stützen ist: Ob auf §§ 413, 398 BGB (Grundschild als „sonstiges Recht“) oder auf § 873 I BGB. Für ersteres spricht, dass jedenfalls über die Anwendbarkeit von § 399, 2. Alt. BGB auf die vereinbarte Nichtübertragbarkeit einer Grundschild Einigkeit besteht. Der Streit hat allerdings kaum praktische Auswirkungen und kann in der Klausur regelmäßig dahingestellt bleiben.

Voraussetzungen für die Übertragung einer Briefgrundschild sind also:

- (1) Einigung
- (2) Form des § 1154 I BGB analog
- (3) Kein Ausschluss gem. § 399, 2. Alt. BGB
- (4) Berechtigung

## 2. Buchgrundschild

Die Buchgrundschild wird entsprechend **§ 1154 III BGB** nach dem Schema des **§ 873 I BGB** übertragen. Erforderlich sind also:

- (1) Einigung (§§ 1154 III, 873 I BGB)
- (2) Eintragung
- (3) Einigsein bei Eintragung (§ 873 II BGB)
- (4) Kein Ausschluss gem. § 399, 2. Alt. BGB
- (5) Berechtigung (oder: gutgläubiger Erwerb gem. § 892 BGB)

**Merke:** Für Brief- und Buchgrundschild gilt gleichermaßen, dass ein Ausschluss der (isolierten) Abtretbarkeit der Grundschild gem. § 399, 2. Alt. BGB für die Grundschild nur dann Wirkung entfalten kann, wenn die Unabtretbarkeit gem. § 877 BGB als Inhalt der Grundschild *in das Grundbuch eingetragen wurde*. In der Regel ist dem Verbot einer Trennung von Forderung und Grundschild, das häufig in den Sicherungsvertrag aufgenommen wird, wegen § 137 BGB aber ohnehin nur schuldrechtliche Wirkung beizumessen.

*Bsp.: G hat eine Darlehensforderung gegen S mit einer Grundschild an einem von dessen Grundstücken besichert. Dabei wurde vereinbart, dass Forderung und*

*Grundschuld nicht getrennt abgetreten werden sollen. Nun tritt G die Forderung an den X ab und überträgt die Grundschuld auf Y.*

*Nach h. M. sind diese vereinbarungswidrigen Verfügungen des G **wirksam**, da dem Verbot der Trennung – soweit die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen – keine dinglich-absolute Wirkung i. S. d. § 399, 2. Alt. BGB, sondern gem. § 137 BGB nur eine schuldrechtliche Wirkung zukommt. Allerdings macht sich der G dem S gegenüber natürlich wegen Verletzung des Sicherungsvertrages gem. § 280 I BGB schadensersatzpflichtig (zur vollständigen Lösung des Falles – auch wegen der nun bestehenden Gefahr der doppelten Inanspruchnahme des S durch X **und** Y - siehe weiter unten bei den Einreden gegen die Grundschuld).*

*Für die Grundschuld würde ein Übertragungsverbot mit absoluter Wirkung i. S. d. § 399, 2. Alt. BGB – selbst wenn es von den Parteien gewollt sein würde, jedoch sowieso nur dann gelten, wenn es im Grundbuch eingetragen worden wäre.*

#### **IV. Zahlung und die Folgen**

Ähnlich wie bei der Hypothek sind hier wiederum mehrere Fälle zu unterscheiden:

(1) Eigentümer und Schuldner sind dieselbe Person

*Bsp.: G hat dem S ein Darlehen gewährt, das der S durch eine Grundschuld an einem eigenen Grundstück absichert.*

Zahlt der Schuldner die gesamte Darlehenssumme auf einen Schlag, so zahlt er – soweit die Vereinbarung zwischen den Parteien nichts anderes bestimmt – nach h. M. *sowohl* auf das Darlehen *als auch* auf die Grundschuld.

Dies hat zur Folge, dass beim Darlehen nach § 362 BGB Erfüllung eintritt und die Grundschuld nach h. M. automatisch gem. **§ 1143 BGB analog** auf den Schuldner(=Eigentümer) übergeht.

**Beachte:** Die Vorschrift des § 1143 BGB analog ist als Rechtsgrundlage für den automatischen Rückerwerb der Grundschuld für den Fall der Personengleichheit zwischen Schuldner und Eigentümer umstritten. Eingewandt wird insbesondere, dass die Vorschrift des § 1143 BGB auf ein Dreipersonenverhältnis ausgelegt sei. Nach einer Mindermeinung ist daher für den Übergang stattdessen der Rechtsgeanke der §§ 1168, 1171 BGB heranzuziehen.

Wird das Darlehen dagegen ratenweise zurückgezahlt, so wird im Zweifel *nur auf die Forderung* gezahlt. Dies ist durchaus auch im Interesse des Schuldners: Denn sonst entstünde sukzessive eine Eigentümergrundschuld, die dem Zugriff weiterer Gläubiger offen stünde. Dass nur auf die Forderung gezahlt wird, gilt nach h. M. sogar für die letzte Rate (!): Die Grundschuld geht auch dann noch nicht automatisch nach § 1143 BGB analog auf den Schuldner über, sondern es entsteht ein Rückübertragungsanspruch gegen den Gläubiger aus dem Sicherungsvertrag.



**Beachte:** Banken vereinbaren in ihren AGBs häufig, dass Zahlungen *immer* nur auf die Forderung erfolgen. Auch in diesem Fall erwirbt der Schuldner mit Abzahlung des Darlehens lediglich einen Rückübertragungsanspruch bezüglich der Grundsuld aus dem Sicherungsvertrag. Im Übrigen darf aber der Schuldner nach h. M. in diesem Fall trotzdem auch auf die Grundsuld zahlen, wenn er dies ausdrücklich bestimmt (vgl. auch § 366 I BGB).

(2) Eigentümer und Schuldner sind personenverschieden

*Bsp.: G gewährt S ein Darlehen, für das der E an seinem Grundstück dem G zur Sicherheit eine Grundsuld bestellt.*

(a) *S zahlt.*

S zahlt (nur) auf die Forderung. Das Darlehen ist damit nach § 362 BGB erfüllt. Bezüglich der Grundsuld hat der E nach h. M. gegen G einen Rückübertragungsanspruch aus dem Sicherungsvertrag (a. M.: § 812 I 2, 1. Alt. BGB).

**Wichtig:** Im Fall der Zahlung nur auf die Forderung also kein automatischer Übergang auf den E gem. § 1143 BGB analog!

(b) *E zahlt.*

E zahlt (nur) auf die Grundsuld. Diese geht nach h. M. wiederum gem. **§ 1143 BGB analog** auf ihn über und ist dann Eigentümergrundsuld.

Weiterhin steht dem E – ebenfalls gem. § 1143 BGB analog (h. M.) – gegen den G ein Anspruch auf Abtretung der Forderung gegen den S zu. Diese kann dazu dienen, einen Regressanspruch des E gegen den S zu sichern und lohnt sich für den E vor allem, wenn an der Forderung noch weitere akzessorische Sicherheiten hängen, die gem. § 401 BGB mit auf ihn übergehen.

*Bsp.: In obigem Fall ist das Darlehen des S nicht nur mit der Grundsuld des E, sondern auch noch mit einer Bürgschaft gem. § 765 BGB des B besichert. Nun zahlt E. Die Grundsuld geht nach § 1143 BGB analog automatisch auf ihn über und wird Eigentümergrundsuld.*

*Weiterhin erwirbt der E gegen den G gem. § 1143 BGB analog einen Anspruch auf Abtretung (§ 398 BGB) der Darlehensforderung gem. § 488 I 2 BGB des G gegen den S. Tritt G die Darlehensforderung an den E ab, so geht gem. § 401 BGB die Bürgschaft des B mit auf den E über. Inwieweit allerdings der E von dem B hieraus Rückgriff nehmen kann, ist streitig (vgl. zu diesem Problem Hofmann-Skript Schuldrecht BT I Vertragliche Schuldverhältnisse – Kapitel L.VII.: Ausgleich mehrerer Sicherungsgeber).*

**Merke:** Die Forderung geht nach h. M. nicht gesetzlich auf den E über, sondern muss von dem G extra abgetreten werden!

**Anmerkung:** Würde im obigen Fall der Bürge zahlen und somit gem. § 774 BGB die Forderung gegen den S erwerben, würde die Grundschild **nicht** automatisch auf ihn übergehen (da sie eben nicht akzessorisch ist!). Der Bürge hätte aber in diesem Fall einen Anspruch gegen den G auf Übertragung der Grundschild (Rechtsgrundlage streitig: § 401 BGB analog oder § 242 BGB).

**Tipp:** Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Zahlung ist im Einzelnen Vieles streitig. Die obige Darstellung folgt jeweils nur der h. M., fast immer existieren Mindermeinungen, die den jeweiligen Tatbestand (oder die Rechtsgrundlage) anders sehen. Inwieweit man diese noch dazu lernen möchte, ist Ermessensfrage; für das Bestehen einer Klausur dürfte die Beherrschung der oben dargestellten h. M. regelmäßig ausreichen.

## V. Einreden gegen die Grundschild

Der Eigentümer kann gegen die Grundschild **nicht** die Einreden des persönlichen Schuldners gegen die Forderung geltend machen, da die entsprechende Vorschrift des § 1137 BGB im Hypothekenrecht auf der Akzessorietät beruht (und damit für die Grundschild nicht gilt).

Der Eigentümer kann aber alle Einreden geltend machen, die gegen die Grundschild **selbst** bestehen.

In der Praxis können dies vor allem sein:

- die sog. „Nichtvalutierungseinrede“, wenn das Darlehen nicht zur Auszahlung gekommen ist
- die sog. „Tilgungseinrede“ nach Erfüllung der Forderung
- die Einrede aus dem Sicherungsvertrag, wonach die Grundschild nur im Sicherungsfall verwertet werden darf (d. h. wenn der besicherte Kredit „notleidend“ wird)

Alle diese Einreden können gem. **§ 1157 S. 1 BGB** auch dem Erwerber einer Grundschild entgegengehalten werden.

Grundsätzlich kann sich der Erwerber zwar diesbezüglich gem. **§ 1157 S. 2 BGB** auf den gutgläubigen lastenfreien Erwerb der Grundschild berufen, wenn er von den Einreden nichts wusste. Zu beachten ist aber, dass die Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs einer Sicherungsgrundschild durch **§ 1192 Ia BGB** stark eingeschränkt wurde.

*Bsp.: Die G-Bank hat S zur Finanzierung eines von diesem selbst bewohnten Einfamilienhauses ein Darlehen gewährt und sich hierfür an dem Hausgrundstück eine Grundschild bestellen lassen. Nun tritt G die Grundschild (nicht die Forderung) an die A-Bank ab, die auf den Antillen ansässig ist, obwohl zwischen G und S vereinbart worden war, dass Forderung und Grundschild nicht getrennt werden dürfen. Die A-Bank, die in Deutschland keinen Ruf zu verlieren hat, möchte nun aus der Grundschild die Zwangsvollstreckung betreiben. S beruft sich da-*

*rauf, dass er – was stimmt – immer brav alle Darlehensraten bei der G-Bank bezahlt habe.*

Einem Anspruch der A-Bank aus §§ 1147, 1192 I BGB könnte der S möglicherweise die Sicherungsabrede entgegenhalten: Mit der G-Bank war vereinbart worden, dass die Grundschuld nur im Sicherungsfall geltend gemacht werden darf, und dieser ist noch nicht eingetreten. Dies kann der S nach § 1157 S. 1 BGB grundsätzlich auch der Erwerberin der Grundschuld, der A-Bank, entgegenhalten.

Allerdings könnte sich die A demgegenüber grundsätzlich auf § 1157 S. 2 BGB berufen. Sie wusste nichts von der Sicherungsabrede, und diese war auch nicht im Grundbuch eingetragen (da man im Grundbuch bei der Grundschuld überhaupt keine Dinge eintragen kann, die sich auf die Forderung beziehen).

Schon nach der alten Rechtslage – vor Einführung des § 1192 Ia BGB – war aber umstritten, ob sich die A hier auf ihren guten Glauben berufen kann. Eine starke Mindermeinung hielt dem entgegen, dass dem Erwerber einer Grundschuld im Prinzip klar sein müsse, dass Grundschulden üblicherweise zur Besicherung von Darlehen verwendet werden und dass es daher sehr wahrscheinlich sei, dass er eine Sicherungsgrundschuld (mit einer entsprechenden Sicherungseinrede) erwerbe (ablehnend damals aber die h. M. mit Berufung auf den Wortlaut des § 1157 S. 2 BGB sowie die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld).

Diesen Streit hat die neue Vorschrift des § 1192 Ia BGB erledigt. Nach § 1192 Ia BGB kann der Eigentümer dem Erwerber alle Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegenhalten – also auch die Abrede, die Grundschuld nur im Sicherungsfall zu gebrauchen. Nach **Satz 1, 2. Halbsatz** der Vorschrift **gilt § 1157 S. 2 BGB insoweit nicht**.

**Wichtig:** Der Gesetzgeber hat also den gutgläubigen lastenfreien Erwerb im Hinblick auf die Sicherungsabrede durch § 1192 Ia 1, 2. HS BGB ausgeschlossen. Diese kann folglich zukünftig auch einem Erwerber entgegengehalten werden, der vom Sicherungscharakter der Grundschuld nichts gewusst haben will.

*So kann im obigen Beispielfall der S – der nach alter Rechtslage trotz der regelmäßigen Bedienung des Darlehens die Vollstreckung hätte dulden müssen – der A-Bank § 1192 Ia 1, 2. HS BGB entgegenhalten: Die A-Bank kann sich auf ihre (sowieso zweifelhafte) Gutgläubigkeit bezüglich der bestehenden Sicherungseinrede nicht berufen.*

**Beachte:** Eine häufige Variante in Klausuren ist, dass der Gläubiger nicht nur die Grundschuld, sondern auch die Forderung vertragswidrig abtritt.

*Bsp.: In obigem Fall überträgt die G-Bank die Grundschuld auf die A-Bank, die Forderung tritt sie an die B-Bank auf den Bahamas ab.*

Für S ergibt sich nun die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme durch die A- und die B-Bank. Dieser Gefahr kann er allerdings wirksam begegnen:

- Hinsichtlich der Forderung der B-Bank gilt zum einen, dass der S zur Tilgung nur gegen Rückgewähr der Grundschuld (insbesondere: Aushändigung des

Grundschuldbriefes) verpflichtet ist. Diese Einrede bestand schon gegenüber G, daher kann der S sie auch gegenüber der B-Bank geltend machen (§ 404 BGB).

Problematisch wird diese Einrede nur dann, wenn eine Ratenzahlung vereinbart ist. Denn dann hätte der S die Einrede der Rückgewähr der Grundschuld auch gegenüber G *nur bei der letzten Rate* geltend machen können. Gleiches gilt dann natürlich auch gegenüber der B-Bank, d. h. alle Raten bis einschließlich der Vorletzten müsste er zahlen.

Hier hilft aber **§ 406 BGB**: Da der G pflichtwidrig Forderung und Grundschuld getrennt hat, hat der S gegen G einen Schadensersatzanspruch (§ 280 I BGB wegen Verletzung des Sicherungsvertrages). Mit diesem kann er nach § 406 BGB auch gegenüber dem neuen Gläubiger B aufrechnen. B wird somit bei jeder Ratenforderung jeweils in exakt entsprechender Höhe mit seiner Gegenforderung aufrechnen.

- Bezüglich einer Inanspruchnahme aus der Grundschuld durch A gilt das oben gesagte: Nach § 1192 Ia BGB ist der S so lange nicht zur Zahlung verpflichtet, wie der Sicherungsfall nicht eintritt.

S muss folglich weder an die A- noch an die B-Bank zahlen.

**Beachte:** Dieses Ergebnis überrascht auf den ersten Blick. Es ist aber rechtspolitisch durchaus erwünscht, weil solche Geschäfte wie die des G auf diese Weise am effektivsten unterbunden werden. Selbstverständlich haben sowohl die A- als auch die B-Bank wegen der Nichteinbringlichkeit von Forderung und Grundschuld Regressansprüche gegen G (aus §§ 435, 437 BGB sowie u. U. §§ 823 II BGB i. V. m. § 263 StGB, § 826 BGB).

## H. Abwehransprüche gem. § 1004 BGB

### I. Allgemeines

Nach **§ 1004 I BGB** hat der Eigentümer Anspruch auf Unterlassung bzw. Beseitigung der Beeinträchtigung seines Eigentums (sog. **negatorischer Rechtsschutz**).

*Bsp.: Beim Holzfällen sind Baumstämme vom Grundstück des A auf das weiter unterhalb liegende Grundstück des B gerollt. B hat gegen den A aus § 1004 I BGB einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung, d. h. Entfernung der Baumstämme.*

*Weiteres Bsp.: B lädt immer wieder Müll auf dem Grundstück des A ab. A hat gegen den B einen Anspruch auf Unterlassung aus § 1004 I BGB.*

Dabei sind die Abwehransprüche nach § 1004 I BGB **verschuldensunabhängig**.

**Beachte:** Über § 1004 I BGB werden sowohl Grundstücke als auch bewegliche Sachen geschützt. Die Vorschrift kommt in der Klausur allerdings häufiger im Zusammenhang mit Grundstücken vor.

Unter **quasinegatorischem Rechtsschutz** versteht man dagegen die entsprechende Anwendung der Abwehransprüche aus § 1004 I BGB auf die anderen durch § 823 BGB geschützten Rechtsgüter.

**Wichtig:** Über **§§ 1004 I BGB analog** werden auch alle anderen Rechtsgüter aus § 823 I BGB genauso geschützt wie das Eigentum (sog. „quasinegatorischer Rechtsschutz“). Auf diese Weise kann auch bei einer Beeinträchtigung eines Rechtsguts aus § 823 I BGB (z. B. allgemeines Persönlichkeitsrecht, eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb) der Abwehranspruch aus § 1004 I BGB (analog) geltend gemacht werden.

*Bsp.: Prinzessin P wird in der Klatschpresse regelmäßig durch unwahre Tatsachenbehauptungen über angebliche Affären, Schwangerschaften, Nervenzusammenbrüche etc. düpiert. Über § 1004 I BGB analog (i. V. m. § 823 I BGB, allgemeines Persönlichkeitsrecht) kann sie Unterlassung der Beeinträchtigungen (bzw., soweit es sich um Tatsachenbehauptungen handelt, auch Beseitigung durch Widerruf) verlangen.*

Vgl. hierzu im Einzelnen: Hofmann-Skript Schuldrecht BT 2 – Deliktsrecht, Kapitel quasinegatorischer Rechtsschutz.

## II. Anspruchsvoraussetzungen

Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 1004 I BGB (analog) sind im Einzelnen:

### - Anwendbarkeit des § 1004 I BGB

Entweder direkt (=Eigentum) oder analog (=andere Rechtsgüter aus § 823 I, II BGB).

**Tipp:** Angesprochen zu werden braucht der Punkt „Anwendbarkeit“ nur bei anderen Rechtsgütern als dem Eigentum (und auch dann nur kurz). Beim Eigentum ist die Anwendbarkeit des § 1004 I BGB selbstverständlich, da die Vorschrift ja ihrem Wortlaut nach auf den Schutz des Eigentums zielt.

**Beachte:** Der Anspruch ist subsidiär gegenüber dem Grundbuchberichtigungsanspruch aus **§ 894 BGB** (und gegenüber dem Eigentumsherausgabeanspruch aus § 985 BGB).

### - Beeinträchtigung des Eigentums (oder einer anderen Rechtsposition aus § 823 I, II BGB)

*Bsp.: Einsickern von Chemikalien von dem Nachbargrundstück, Ablagerung von Baumaterial, Hinüberhängen von Zweigen*

**Wichtig:** Nach h. M. gilt § 1004 I BGB nur bei positiven Beeinträchtigungen, nicht dagegen bei bloß negativen Einwirkungen wie Entziehung von Aussicht, Licht oder Rundfunkwellen (hier hilft nur noch § 226 BGB oder § 242 BGB). Auch immaterielle Einwirkungen (z. B. hässliches Nachbarhaus) sind nicht erfasst.

- **Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung**, d. h. keine Duldungspflicht (vgl. § 1004 II BGB)

Bei Eigentumsbeeinträchtigungen ist hier regelmäßig **§ 906 BGB** zu beachten:

**Beachte:** § 906 BGB regelt die Beeinträchtigung durch sogenannte **unwägbar** Stoffe (*Imponderabilien*).

*Bsp.: Eigentumsbeeinträchtigungen i. S. v. § 906 BGB sind z. B. Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch, Ruß, Staub, Geräusche (Pkws, Flugzeuge, Musik, Kinder, Sportfeste), Erschütterungen, Laub, Kleinstkörper (z. B. Feuerwerksrückstände), Kleintiere (z. B. Bienen, Fliegen, Ratten)*

Nicht unter § 906 BGB fallen sog. **grobkörperliche** Immissionen (*Ponderabilien*). Sie sind umfassend über § 1004 BGB abwehrbar; eine Duldungspflicht kann sich hier bestenfalls aus dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis ergeben (siehe unten).

*Bsp. für grobkörperliche Immissionen: Steinschlag, Umfallen eines Baumes, Erdbeben, größere Tiere, Eindringen von Baumwurzeln*

Bei nur unwesentlicher Beeinträchtigung hat der Eigentümer gem. § 906 I BGB die Immission zu dulden (worüber auch gesetzlich festgelegte Grenzwerte entscheiden können, vgl. § 906 I 2, 3 BGB).

Das gleiche gilt bei wesentlicher, aber ortsüblicher Beeinträchtigung gem. § 906 II 1 BGB. Hier hat der Eigentümer aber u. U. einen Entschädigungsanspruch nach § 906 II 2 BGB.

Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist immer unzulässig (§ 906 III BGB).

Darüber hinaus können sich aus zwingenden Gründen auch Duldungspflichten aus dem sog. „**nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis**“ (abgeleitet aus § 242 BGB) ergeben.

*Bsp.: A betreibt auf seinem Grundstück eine Straussen-Farm. Im Durchschnitt etwa einmal im Jahr bricht ein Tier, ohne dass dies durch zumutbare Maßnahmen zu verhindern wäre, aus und läuft über das Grundstück des Nachbarn B. Eine Schließung des Betriebes würde die Existenz des A gefährden. § 906 BGB ist auf den Fall nicht anwendbar, da man Strausse nicht als Kleintiere bezeichnen kann (Ponderabilie, siehe oben). B ist aber verpflichtet, die gelegentliche geringfügige Beeinträchtigung gem. § 242 BGB i. V. m. dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis zu dulden.*

Das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis gem. § 242 BGB stellt eine Art „Generalklausel“ des Nachbarrechts dar, mit der der Richter in gesetzlich nicht geregelten Fällen einen gerechten Ausgleich zwischen den Nachbarn erzielen kann. Im Einzelfall können aus dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis sogar Ansprüche begründet werden.



**Tipp:** Mit dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis sollte man aber – wie immer bei § 242 BGB – in der Klausur sparsam umgehen, da es nach der Rechtsprechung nur bei „zwingenden Gründen“ zum Einsatz kommen soll.

**Beachte:** Im Anwendungsbereich des § 906 BGB ist diese Vorschrift als Spezialnorm anzusehen und ein Rückgriff auf das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis daher ausgeschlossen!

Eine Duldungspflicht kann sich schließlich auch aus **§ 912 BGB** im Falle eines sog. „Überbaus“ ergeben.

**Beachte:** Soweit es nach § 912 BGB auf das Verschulden beim Überbau ankommt, lassen sich Gehilfen des Bauherrn *nicht* nach § 278 BGB zurechnen (Argument: Das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis ist kein Schuldverhältnis i. S. d. § 278 BGB). Gleiches gilt für § 831 BGB, da der § 912 BGB keine deliktsähnliche Vorschrift ist. Eine Zurechnung kommt bestenfalls gem. § 166 BGB analog in Frage, wenn die konkret tätig werdende Person ein Repräsentant des Bauherrn ist (z. B. der Architekt).

**Auch wichtig:** Der Überbau ist Scheinbestandteil gem. § 95 I 2 BGB analog und wird somit nicht Eigentum des Grundstückseigentümers, auf dessen Grundstück er herüberraagt.

#### - **Störer**

Der Anspruch muss sich gegen den **Störer** richten. Zu unterscheiden ist zwischen dem **Handlungs-** und dem **Zustandsstörer**.

**Handlungsstörer** ist derjenige, der durch sein Verhalten die Gefahr verursacht hat.

*Bsp.: A ärgert seinen Nachbarn N, indem er immer wieder „aus Versehen“ Speisereste von seiner Terrasse aus in den Garten des N wirft.*

**Zustandsstörer** ist dagegen derjenige, von dessen Sache eine Gefahr ausgeht.

*Bsp.: Zweige von einem Baum auf dem Grundstück des A wachsen in einer Weise auf das Grundstück des N herüber, dass dieser an der Nutzung seines Grundstücks gehindert ist.*

**Tipp:** Die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Zustandsstörer bei § 1004 I BGB entspricht ungefähr der im Polizei- und Ordnungsrecht.

- **Fortdauer** bzw. im Fall des Unterlassungsanspruches auch **unmittelbares Bevorstehen** der Beeinträchtigung.

**Beachte:** Ein Unterlassungsanspruch ist entgegen dem Wortlaut des § 1004 I BGB auch dann schon gegeben, wenn eine *erstmalige* Beeinträchtigung droht (sonst müsste eine einmalige Beeinträchtigung hingenommen werden).

Von seiner **Rechtsfolge** her ist der Anspruch aus § 1004 I BGB auf *Beseitigung der Beeinträchtigung* bzw. zukünftige *Unterlassung* gerichtet.

**Wichtig:** Die Abgrenzung der Beseitigung der Beeinträchtigung vom – verschuldensabhängigen – Schadensersatz kann in der Klausur manchmal Probleme bereiten. Dabei ist die Beseitigung der Beeinträchtigung nach § 1004 I BGB im Zweifel eher eng auszulegen. Die Herstellung des früheren Zustandes ist gerade nicht geschuldet!

*Bsp.: Durch einen verstopften Rohrabfluss auf dem Grundstück des A ist es zu einer Überschwemmung auf dem Grundstück des Nachbarn B gekommen. A schuldet aus § 1004 I Beseitigung der Ursache (Freilegung des Rohrabflusses) sowie Trockenlegung des Nachbargrundstückes, nicht dagegen Ersatz etwaiger Schäden durch das eingedrungene Wasser. Insoweit haftet der A nur aus § 823 I BGB.*

## **J. Reallast, Nießbrauch, Dienstbarkeit**

**Tipp:** Bei den drei Rechtsinstituten Reallast, Nießbrauch und Dienstbarkeit sind in der Klausur keinerlei tiefere Kenntnisse verlangt. Man sollte sich lediglich einmal kurz klar gemacht haben, worum es sich bei diesen Rechten handelt, um für den Fall, dass sie in der Klausur Thema werden, wenigstens eine ungefähre Ahnung zu haben.

Für alle drei Institute gilt: Sowohl ihre Entstehung als auch ihre Übertragung richtet sich nach den §§ 873 ff. BGB, d. h. alle für die Eigentumsübertragung gelernten Besonderheiten (z. B. gutgläubiger Erwerb, Wirkung der Vormerkung) lassen sich auf Reallast, Nießbrauch und Dienstbarkeit gleichermaßen anwenden.

### **I. Reallast**

Bei der Reallast wird ein Grundstück in der Weise belastet, dass aus dem Grundstück an den Berechtigten wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind (vgl. § 1105 ff. BGB, z. B. eine Rente).

**Beachte:** Gegenstand der Reallast kann jede mögliche Leistung sein, die Formulierung „aus dem Grundstück“ ist nicht wörtlich zu nehmen. Vereinbart werden kann also die Leistung von Geld, Naturalien, Dienstleistungen u. a. Bei der Vereinbarung einer Geldleistung sind auch Wertsicherungsklauseln möglich, die die Inflation berücksichtigen (z. B. Orientierung an Besoldungsgruppen für Beamte).

Besonderheit bei der Reallast ist die (auch) persönliche Haftung des Grundstückseigentümers mit seinem Vermögen gem. § 1108 BGB. Dies hat z. B. zur Folge, dass die Schenkung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks an Minderjährige unwirksam sein könnte, da die Haftung nach § 1108 BGB einen rechtlichen Nachteil darstellt.

*Bsp.: Die E überträgt im Wege der vorweggenommenen Erbfolge schenkweise ein Grundstück auf ihren Sohn S, wobei sie beim Notartermin sowohl für sich selbst als auch als Vertreterin (§ 1629 BGB) des S handelt. Zugleich lässt sie für*

sich auf das Grundstück eine Reallast eintragen, wonach ihr monatlich aus dem Grundstück 300 Euro zu entrichten sind.

Die Schenkung ist als verbotenes Insichgeschäft unwirksam gem. §§ 1629 II, 1795 II, 181 BGB. Zwar wird § 181 BGB nach h. M. für die Fälle teleologisch reduziert (d. h. nicht angewendet), in denen das Geschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Die Verpflichtung zur Bestellung der Reallast ist im vorliegenden Fall wegen der persönlichen Haftung nach § 1108 BGB für S aber rechtlich nachteilhaft.

## II. Nießbrauch

Der Nießbrauch gem. **§§ 1030 ff. BGB** gibt dem Nießbraucher ein umfassendes dingliches Besitz- und Nutzungsrecht dar (vgl. §§ 1030, 1036 BGB).

Der Nießbrauch stellt – auch aus steuerlichen Gründen – ein beliebtes Gestaltungsrecht dar, um Eigentum und Nutzungsbefugnis an einem Grundstück aufzuteilen.

*Bsp.: In obigem Fall schenkt E – wiederum zum Zweck der vorweggenommenen Erbfolge – das Grundstück an S (diesmal ohne Reallast), räumt sich aber einen lebenslangen Nießbrauch an dem Grundstück ein.*

In diesem Fall schlägt die E zwei Fliegen mit einer Klappe: Sie kann, bei Einhaltung der entsprechenden Fristen bzw. unter Ausnutzung der entsprechenden Freibeträge, Erbschaftssteuer sparen, behält aber zugleich durch den Nießbrauch die Hand auf dem Grundstück („man weiß nie, wie sich der Nachwuchs entwickelt“).

**Beachte:** In obigem Fall ist die Schenkung auch nicht unbedingt wegen rechtlichen Nachteils unwirksam: Der Nießbrauch ist ja nur eine Belastung des geschenkten Grundstücks selbst und greift das (sonstige) Vermögen des S nicht an. Allerdings wäre es erforderlich, dass die E vertraglich auch die außerordentlichen Kosten der Instandhaltung des Grundstücks übernimmt. Diese würden sonst gem. § 1041 S. 2 BGB dem S anfallen, was wiederum für diesen einen rechtlichen Nachteil darstellen könnte.

Der Nießbraucher hat über § 1065 BGB auch die Abwehrrechte der §§ 985, 1004 BGB. Nach § 1059 BGB ist der Nießbrauch nicht übertragbar (aber eine Ausübungsgestattung ist möglich, vgl. § 1059 S. 2 BGB). Der Nießbrauch endet grundsätzlich mit dem Tod (§ 1061 BGB). Ein Nießbrauch ist schließlich auch an einem Recht möglich (vgl. § 1068 BGB; z. B. einem Gesellschaftsanteil).

## III. Dienstbarkeit

Bei der Dienstbarkeit ist zwischen der *Grunddienstbarkeit* (§ 1018 BGB) und der *beschränkten persönlichen Dienstbarkeit* (§§ 1090 ff. BGB) zu unterscheiden.

Bei der **Grunddienstbarkeit** wird ein Grundstück (sog. dienendes Grundstück) in der Weise belastet, dass der Eigentümer eines anderen Grundstücks (sog. herrschendes Grundstück) das Grundstück in einer bestimmten Weise nutzen darf, dass auf dem Grundstück bestimmte Handlungen *nicht* vorgenommen wer-

den dürfen oder die Ausübung eines bestimmten Rechts ausgeschlossen ist (vgl. die Definition in § 1018 BGB).

*Bsp.: Auf dem Grundstück G1 wird zugunsten des Grundstücks G2, das dahinter liegt, als Dienstbarkeit ein Wegerecht eingetragen (=Nutzung des Grundstücks in bestimmter Weise, § 1018, 1. Alt. BGB).*

*Weiteres Bsp.: Auf dem Grundstück G1, das direkt in der Aussicht des benachbarten Grundstücks G2 liegt, wird zugunsten dieses zweiten Grundstücks als Dienstbarkeit eingetragen, dass das Grundstück G1 nicht bebaut werden darf, um die Aussicht nicht zu verschandeln (=dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, § 1018, 2. Alt. BGB)*

Die Grunddienstbarkeit ist Bestandteil des Grundstücks gem. § 96 BGB.

Bei der **beschränkt persönlichen Dienstbarkeit** (§§ 1090 ff. BGB) wird die Belastung des Grundstücks zugunsten einer bestimmten Person eingetragen.

*Bsp.: Der Pfadfinder-Club P e. V. verkauft schweren Herzens ein Grundstück, das ihm gehört, an den X. Allerdings lässt sich der P e. V. zu seinen Gunsten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit einräumen, wonach das auf dem Grundstück befindliche Clubhaus weiter für Treffen des Vereins genutzt werden darf.*

**Zur Terminologie:** Der Ausdruck „beschränkte persönliche Dienstbarkeit“ erklärt sich in Abgrenzung zum Nießbrauch, der gewissermaßen die „**un**beschränkte persönliche Dienstbarkeit“ ist (=umfassendes Nutzungsrecht). Man spricht bei der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit auch von einer *subjektiv-persönlichen* Belastung des Grundstücks (im Gegensatz zur *subjektiv-dinglichen* Belastung bei der Grunddienstbarkeit gem. § 1018 BGB).

Einen Sonderfall der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bildet das Wohnrecht (§ 1093 BGB). Besonderes Klausurwissen ist hierzu allerdings nicht erforderlich, es reicht, die Vorschrift einmal zu lesen.

**Wichtig:** Zu einem aktiven Tun darf der Inhaber des dienenden Grundstücks durch eine Dienstbarkeit nicht gezwungen werden. Problematisch ist dies insbesondere bei Wettbewerbsverboten (z. B.: „Du darfst in der auf dem Grundstück befindlichen Kneipe nur Bier der Sorte X verkaufen“; „Du darfst in der auf dem Grundstück befindlichen Tankstelle nur Benzin der Marke Y anbieten“). Die Praxis behilft sich hier damit, dass als Dienstbarkeit ein absolutes Verbot eingetragen wird, Produkte der betreffenden Art zu verkaufen, und dann schuldrechtlich darauf verzichtet wird, das Verbot geltend zu machen, so lange nur das Produkt der eigenen Marke verkauft wird (nach h. M. zulässig).