

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Nr. 11

MittRhNotK

November 1995

Rechtsprobleme des Rangrücktritts und des Rangvorbehalts in der notariellen Praxis

(von Notarassessor Claus Ulbrich, Bergisch Gladbach)

- A. Einleitung
- B. Rechtsprobleme des Rangrücktritts in der notariellen Praxis
 - I. Rechtsnatur des Rangrücktritts nach § 880 Abs. 1 BGB
 - II. Gegenstand des Rangrücktritts
 - III. Voraussetzungen des Rangrücktritts
 - 1. Materiellrechtliche Voraussetzungen des Rangrücktritts
 - a) Einigung
 - b) Eintragung des Rangrücktritts im Grundbuch
 - c) Zustimmungs- und Genehmigungserfordernisse
 - aa) Zustimmung des Eigentümers
 - bb) Zustimmung Dritter
 - cc) Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung
 - d) Vertretung, § 181 BGB
 - 2. Formellrechtliche Voraussetzungen des Rangrücktritts
 - a) Antrag
 - b) Bewilligung
 - c) Voreintragung
 - d) Vorlagen von Genehmigungen und Briefen
 - IV. Die Rechtsfolgen des Rangrücktritts unter Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Gesichtspunkte
 - 1. Rechtsfolgen bei Fehlen von Zwischenrechten
 - 2. Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Zwischenrechten
 - 3. Rechtsfolgen des Rangrücktritts bei Beteiligung mehrerer Rechte an der Rangänderung
 - a) Rangrücktritt mehrerer Rechte
 - b) Rangrücktritt hinter mehrere Rechte
 - V. Auswirkungen des Erlöschens des zurückgetretenen Rechts auf die Rangverhältnisse
 - 1. Folgen der Aufhebung des zurückgetretenen Rechts durch rechtsgeschäftliche Vorgänge
 - 2. Folgen des Erlöschens des zurückgetretenen Rechts aus nichtrechtsgeschäftlichen Gründen
 - VI. Rechtsfolgen des Nichtbestehens des vor- bzw. zurückgetretenen Rechts
 - 1. Nichtbestehen des zurücktretenden Rechts
 - 2. Nichtbestehen des vortretenden Rechts
 - VII. Kosten des Rangrücktritts
 - 1. Kosten des Notars
 - 2. Kosten des Grundbuchamtes
 - 3. Geschäftswert
- C. Rechtsprobleme des Rangvorbehalts
 - I. Rechtsnatur des Rangvorbehalts
 - II. Gegenstand des Rangvorbehalts
 - III. Voraussetzungen der Entstehung des Rangvorbehalts
 - 1. Materiellrechtliche Voraussetzungen
 - a) Einigung und deren Bestimmtheit
 - aa) Einigung
 - bb) Bestimmtheit der Einigung
 - b) Grundbucheintragung
 - 2. Formellrechtliche Voraussetzungen
 - a) Antrag
 - b) Bewilligung
 - c) Voreintragung
 - d) Vorlage von Briefen
 - IV. Voraussetzungen der Ausnutzung des Rangvorbehalts
 - 1. Materiellrechtliche Voraussetzungen
 - a) Einigung
 - aa) Beteiligte der Einigung
 - bb) Inhalt der Einigung
 - b) Grundbucheintragung
 - 2. Formellrechtliche Voraussetzungen
 - a) Antrag
 - b) Bewilligung
 - c) Briefvorlage
 - 3. Umfang der Prüfung durch das Grundbuchamt
 - V. Rechtsfolgen des Rangvorbehalts unter Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Gesichtspunkte
 - 1. Rechtsfolgen bei Fehlen von Zwischenrechten
 - 2. Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Zwischenrechten
 - VI. Erlöschen des Rangvorbehalts
 - 1. Erlöschen des Vorbehaltsrechts
 - a) Vor der Ausnutzung des Rangvorbehalts
 - b) Nach der Ausnutzung des Rangvorbehalts
 - 2. Aufhebung des Rangvorbehalts
 - a) Vor der Ausnutzung des Rangvorbehalts
 - b) Nach der Ausnutzung des Rangvorbehalts
 - VII. Rechtsfolgen fehlerhafter Eintragungen
 - 1. Bei nachträglicher Bestellung des Rangvorbehalts
 - 2. Bei gleichzeitiger Bestellung des Rangvorbehalts
 - VIII. Kosten
 - 1. Kosten des Notars
 - 2. Kosten des Grundbuchamtes
- D. Zustimmung des Berechtigten der Auflassungsvormerkung zum Finanzierungsgrundpfandrecht und Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks im Grundbuch
 - I. Zulässigkeit und Rechtsfolgen
 - II. Auswirkungen in der Zwangsvollstreckung
 - III. Erfordernis der Zustimmung von Pfandgläubigern
 - IV. Kosten
- E. Zusammenfassung

A. Einleitung

Rangrücktritt (§ 880 BGB) und Rangvorbehalt (§ 881 BGB) sind Mittel zur Beschaffung eines von der gesetzlichen Regelung in § 879 BGB abweichenden Ranges. Sie haben damit angesichts der Bedeutung des Ranges für den wirtschaftlichen Wert eines im Grundbuch eingetragenen Rechts (§§ 10 Abs. 1

Nrn. 4, 6, 8; 11 ZVG) erhebliche praktische Relevanz. Im Hinblick auf die mit § 881 Abs. 4 BGB verbundene Gefahr der Entstehung relativer Rangverhältnisse bei Vorhandensein von Zwischenrechten ist der Rangvorbehalt in der Praxis weitgehend durch Gestaltungen unter Verwendung des Rangrücktritts verdrängt worden¹.

Der vorliegende Aufsatz soll aufzeigen, daß der Rangvorbehalt bei seiner Verwendung im Rahmen der Kaufvertragsabwicklung durchaus beachtenswerte – insbesondere kostenrechtliche² – Vorteile zu bieten vermag und deshalb dessen Einsatz in der notariellen Praxis überlegt werden sollte. Da Rangrücktritt und Rangvorbehalt in der notariellen Praxis nicht nur im Rahmen von Kaufverträgen relevant sind, soll grundsätzlich auf deren unterschiedliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen eingegangen werden. Die Besonderheiten bei der Kaufvertragsabwicklung sollen dabei jedoch besondere Berücksichtigung erfahren.

B. Rechtsprobleme des Rangrücktritts in der notariellen Praxis

I. Rechtsnatur des Rangrücktritts nach § 880 Abs. 1 BGB

§ 880 BGB regelt die durch dingliches Rechtsgeschäft³ erfolgende nachträgliche Rangänderung durch Rücktritt eines bereits im Grundbuch eingetragenen Rechts unter Einräumung des Vor- oder Gleichrangs für ein ebenfalls bereits eingetragenes oder gleichzeitig einzutragendes Recht⁴.

In der notariellen Praxis wird der Rangrücktritt häufig verwendet, um einer Baugeldhypothek oder einem Kaufpreisfinanzierungsgrundpfandrecht des Grundstückskäufers den vom Finanzierungsgläubiger ausbedungenen Rang zu verschaffen. Im ersten Fall räumt ein bereits eingetragener Grundrechtspfandgläubiger einer zu Baukreditzwecken zu bestellenden Hypothek den Vorrang ein, im zweiten Fall tritt der Käufer mit der zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung hinter ein zur Finanzierung des Kaufpreises zu bestellendes Grundpfandrecht zurück.

II. Gegenstand des Rangrücktritts

Eine Rangänderung ist hinsichtlich sämtlicher rangfähiger Grundstücksrechte zulässig, soweit nicht Ausnahmebestimmungen – wie etwa § 10 ErbbVO – entgegenstehen⁵. Gegenstand der Rangänderung können aber nicht nur Grundpfandrechte sein, sondern beispielsweise auch Nießbrauch, Reallast, Vorkaufrecht und Dauerwohnrecht⁶.

Auch eine Vormerkung, insbesondere eine Auflassungsvormerkung, kann nach ganz h.M. im Hinblick auf deren rangwahrende Wirkung nach § 883 Abs. 3 BGB ihren Rang in entsprechender Anwendung des § 880 BGB ändern⁷. Änderbar ist

auch der Rang zwischen in Abteilung II und Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Rechten, auch wenn ihr Wert nicht im Grundbuch ausgewiesen, sondern erst im Zwangsversteigerungsverfahren festgestellt wird⁸. Entsprechend anwendbar ist § 880 BGB auf die Änderung des Ranges von eingetragenen Rechten an einem Grundstücksrecht⁹.

Eine Rangänderung ist hingegen bei nicht rangfähigen Widersprüchen und Verfügungsbeschränkungen ebenso unmöglich wie bei Rechten mit gesetzlich vorgeschriebenem Rang¹⁰ und öffentlichen Lasten¹¹.

Die Rangänderung erstreckt sich auf die Nebenrechte des betroffenen Rechts, so daß etwa eine Löschungsvormerkung als Nebenrecht an der Rangänderung des Hauptrechts teilnimmt¹². Selbständig änderbar ist aber auch der Rang der Nebenrechte¹³. Eine Erhöhung der Grundpfandzinsen bei einem vorrangigen Grundpfandrecht kann durch den Rangrücktritt nachrangiger Grundpfandrechte erreicht werden; die erhöhten Zinsen erhalten so den Rang des Hauptrechts. Durch Rangrücktritt nachrangiger Grundpfandrechte zwecks Erhöhung der Grundpfandzinsen bei einem vorrangigen Grundpfandrecht kann erreicht werden, daß die erhöhten Zinsen den Rang des Hauptrechts erhalten.

Die Rangänderung kann auf eines von mehreren belasteten Grundstücken beschränkt werden¹⁴. Entsprechendes gilt unter den Voraussetzungen des § 7 GBO für reale Teile eines Grundstücks¹⁵. In diesen Fällen kann der Inhaber des vortretenden Rechts in der Zwangsversteigerung eine bevorrechtigte Befriedigung lediglich aus dem auf das betroffene Grundstück bzw. den Grundstücksteil entfallenden Erlösanteil beanspruchen¹⁶.

Aus dem Erfordernis der Eintragung der Rangänderung nach § 880 Abs. 2 S. 1 BGB ergibt sich, daß eine Rangänderung nur zwischen eingetragenen Rechten möglich ist. Nach h.M. genügt zur Wirksamkeit der Rangänderung die Eintragung durch Vermerk beim zurücktretenden Recht¹⁷. Nach anderer Ansicht¹⁸ hingegen bedarf es zur Wirksamkeit des Rangrücktritts der Eintragung sowohl bei dem vortretenden als auch dem zurücktretenden Recht. Diese Auffassung vermag m.E. nicht zu überzeugen, da eine Eintragung bereits mit Eintrag bei dem zurücktretenden Recht vorliegt und dieses das von der Rangänderung rechtlich nachteilig betroffene Recht ist¹⁹. Der Rangrücktritt eines nicht eingetragenen Rechts ist hingegen nicht möglich; eine Ausnahme besteht bei Zinsrückständen für eine Hypothek, da dort nach §§ 1159, 1178 BGB eine Ausnahme vom Eintragungsgrundsatz vorliegt²⁰.

III. Voraussetzungen des Rangrücktritts

1. Materiellrechtliche Voraussetzungen des Rangrücktritts

a) Einigung

Voraussetzung der Rangänderung ist nach § 880 Abs. 2 S. 1 BGB zunächst die Einigung zwischen den Inhabern des vortre-

1 Vgl. MünchKomm/Wacke, 2. Aufl. 1990, § 881 BGB, Rd.-Nr. 1; Soergel/Stürmer 12. Aufl. 1989, § 881 BGB, Rd.-Nr. 1; Staudinger/Kutter, 12. Aufl. 1989, § 881 BGB, Rd.-Nr. 1; Weirich, Grundstücksrecht, 1985, § 14 IV 5–7.

2 OLG Köln MittRhNotK 1992, 122; OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 26; vgl. dazu die Ausführungen unter C.VIII.2.

3 MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 3; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 2; BGB-RGRK/Augustin, 12. Aufl. 1979, § 880 BGB, Rd.-Nr. 3.

4 BayObLG NJW-RR 1989, 907; OLG Hamm, OLGZ 1981, 131; Palandt/Bassenge, 54. Aufl. 1995, § 880 BGB, Rd.-Nr. 1; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 2.

5 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 2; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; BGB-RGRK/Augustin, § 880, Rd.-Nr. 12 f.; jeweils m.w.N.

6 BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12.

7 OLG Frankfurt, Rpfleger 1980, 185; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; für entsprechende Anwendung des § 880 BGB auf die Vormerkung: RGZ 55, 270 und BGB-RGRK/Augustin, § 880, Rd.-Nr. 13 m.w.N.; Meikel/Böttcher, 7. Aufl. 1993, § 45 GBO, Rd.-Nr. 103.

8 MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 2.

9 MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4.

10 Palandt/Bassenge, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4.

11 BGHZ 6, 70, 74; Palandt/Bassenge, § 880 BGB, Rd.-Nr. 1; MünchKomm/

Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 6.

12 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 2, 5; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 104, 105; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 13.

13 RGZ 132, 106, 110; KGJ 26, 142, 144; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 105.

14 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 106; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4.

15 KG OLG 14, 85, 88; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 106; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4.

16 BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9.

17 RG HRR 1931, Nr. 1912; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 5; Palandt/Bassenge, § 880 BGB, Rd.-Nr. 3; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rd.-Nr. 2566.

18 Erman/Hagen, BGB, 9. Aufl. 1993, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 30; so auch Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 22, obwohl Kutter damit in Widerspruch zu seinen Ausführungen in Rd.-Nr. 6 gerät, wonach der Rangrücktritt eines eingetragenen Rechts zugunsten eines nicht eingetragenen Rechts möglich sei.

19 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 112.

20 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 6 m.w.N.

tenden Rechts und des zurücktretenden Rechts. Die Einigung nach § 880 Abs. 2 BGB ist ein dinglicher Vertrag, auf den die Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB über Rechtsgeschäfte anwendbar sind²¹. Die Einigung kann bedingt oder befristet sein, §§ 158, 163 BGB²². Ebenso ist eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Vorrangseinräumung mit obligatorischer Wirkung zulässig²³. Die Einigung kann der Eintragung nachfolgen, wobei nach § 879 Abs. 2 BGB der Vorrang des vorbehaltenen Rechts bereits ab Eintragung gilt²⁴. Die Beteiligten sind nach §§ 880 Abs. 2 S. 1, 2. HS i.V.m. 873 Abs. 2 BGB an die Einigung gebunden.

Die Parteien der Einigung müssen grundsätzlich im Zeitpunkt der Einigung und auch der Eintragung Verfügungsmacht haben; nachträgliche Verfügungsbeschränkungen sind nach §§ 880 Abs. 2 S. 1, 2. HS i.V.m. 878 BGB unbeachtlich²⁵. Der Eigentümer kann mithin hinsichtlich einer ihm zukünftig aus einer eingetragenen Hypothek zufallenden Grundschuld nicht wirksam einen Rangrücktritt hinter weitere Grundpfandrechte erklären²⁶; der unwirksame Rangrücktritt kann allerdings nach § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB konvalszieren²⁷. Ebenso wenig kann der Eigentümer nach zutreffender h.M. im voraus den Anspruch auf eine solche Rangänderung durch eine Vormerkung sichern, da es an der Identität von Schuldner und Rechtsinhaber fehlt²⁸.

Für die Rangänderung eines in Gesamthands- oder Bruchteils-eigentum stehenden Rechts bedarf es der Einigung mit sämtlichen Rechtsinhabern²⁹. Mehrfachvertretung und Selbstkontrahieren unterliegen der Schranke nach § 181 BGB³⁰.

Besteht Personenidentität zwischen vor- und zurücktretendem Rechtsinhaber, genügt nach zutreffender h.M. die einseitige Erklärung des Berechtigten, da § 880 Abs. 2 BGB die Einigung ebenso wie § 873 Abs. 1 BGB nur verlangt, um eine unerwünschte Rechtsaufdrängung zu vermeiden³¹. Ist aber nur eine Person Inhaberin des rangwechselnden Rechts, kann ein Unbeteiligter kein Recht erwerben³².

Die Einigung bedarf in ihrer materiellen Wirksamkeit keiner Form³³. Vor der Eintragung ist die Einigung jedoch nur bindend, wenn eine der in § 873 Abs. 2 BGB vorgeschriebenen Formen beachtet ist, § 880 Abs. 2 S. 1 BGB. Die Einigung kann nach § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden³⁴.

b) Eintragung des Rangrücktritts im Grundbuch

Eine Rangänderung bedarf zu ihrer Wirksamkeit des weiteren der Eintragung in das Grundbuch, § 880 Abs. 2 S. 1 BGB. Nach zutreffender h.M. genügt zur Wirksamkeit die Eintragung

bei dem zurücktretenden Recht³⁵. Verfahrensrechtlich ist allerdings nach § 18 GBVg die Eintragung bei dem vor- und dem zurücktretenden Recht vorgeschrieben. Die Eintragung erfolgt in der Veränderungsspalte in Abteilung II (Spalte 5) bzw. in Abteilung III (Spalte 7). In Spalte 4 der Abteilung II bzw. in den Spalten 5 und 6 der Abteilung II ist die laufende Nummer sowie der Betrag des vor- und des zurücktretenden Rechts einzutragen³⁶. Erfolgt die Eintragung gleichzeitig mit der Neueintragung des vortretenden Rechts, hat der Rangvermerk bei diesem in der Hauptspalte zu erfolgen³⁷.

Bei Briefgrundschulden bedarf es zur Eintragung aufgrund der vom Grundbuchamt zu beachtenden Ordnungsvorschriften nach §§ 41 Abs. 1 S. 1, 42, 62 GBO der Vorlage des Briefes sowohl hinsichtlich des vortretenden als auch hinsichtlich des zurücktretenden Rechts³⁸. Die Eintragung der Rangänderung ist nach § 62 Abs. 1 GBO für jedes beteiligte Briefgrundpfandrecht auf dem Brief zu vermerken³⁹. Nach h.M. gilt dies auch für ab dem 1. 1. 1978 erteilte Briefe⁴⁰. Durch die in diesem Zeitpunkt in Kraft tretende Neufassung des § 57 GBO habe der Gesetzgeber lediglich bei der Bildung eines Briefes ab diesem Zeitpunkt von dem Ausweis des ursprünglichen Rangverhältnisses durch den Brief befreit⁴¹. Nach anderer Ansicht bedarf es für nach dem genannten Datum erteilte Grundpfandrechtsbriefe keines Vermerks über die Rangänderung mehr⁴². Die Grundpfandrechtsbriefe seien seit der Neufassung von § 57 GBO „rangneutral“ ausgestaltet, so daß Vermerke über spätere Rangänderungen sinnlos oder sogar mißverständlich seien⁴³. Zweck der Gesetzesänderung sei die Vereinfachung der Ausstellung der Grundpfandrechtsbriefe gewesen⁴⁴. Der Gesetzgeber habe bewußt in Kauf genommen, daß der Grundpfandrechtsbrief seine Funktion verliere, über den Stand des Grundbuches und die Sicherheit des Rechts Auskunft zu geben⁴⁵.

Gegen die letztgenannte Ansicht spricht schon der klare Wortlaut von § 62 Abs. 1 S. 1 GBO, wonach Eintragungen, die bei der Hypothek erfolgen, vom Grundbuchamt auf dem Brief zu vermerken sind. Eine Rangänderung bedarf zu ihrer Wirksamkeit nach § 880 Abs. 2 BGB der Eintragung ins Grundbuch⁴⁶. Daher bedarf es nach dem Wortlaut des § 62 Abs. 1 S. 1 GBO auch eines entsprechenden Vermerks auf dem betreffenden Brief. § 62 GBO bezweckt ferner die Erhaltung der Übereinstimmung zwischen Grundbuch und Brief zum Schutz des Erwerbers, der sich gegenüber dem richtigen Grundbuchinhalt nicht auf einen abweichenden Briefinhalt berufen kann⁴⁷. Der Schutz des Erwerbers wird jedoch gerade unterlaufen, wenn eine eintragungspflichtige Rangänderung entgegen dem Wortlaut des § 62 Abs. 1 S. 1 GBO nicht im betreffenden Brief ver-

- 21 BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 21, 24; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 7, 9; § 873 BGB, Rd.-Nr. 26 ff.; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 14.
- 22 KG HRR 1935, Nr. 1585; HRR 1934, Nr. 390; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 111; Horber/Demharter, 21. Aufl. 1995, § 45 GBO, Rd.-Nr. 55; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 21, 24; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2575; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 8.
- 23 BGB-RGRK/Augustin, § 880, Rd.-Nr. 22 f.; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 8.
- 24 KGJ 21, 309; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 25; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 11; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 11.
- 25 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 25.
- 26 RGZ 84, 76, 80; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 20; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 7; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 111; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 581.
- 27 MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 7.
- 28 RGZ 72, 274, 276; 84, 78, 80; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 7; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 111; a.A. RG JW 1933, 2764, 2766; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12.
- 29 LG Braunschweig, Rpfleger 1972, 365 (Gesamtberechtigter); OLG Darmstadt, JW 1934, 2485 (Bruchteilsberechtigter); Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 13; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 7; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 20; Palandt/Bassenge, § 880 BGB, Rd.-Nr. 2; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 111.
- 30 MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 7; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 111.
- 31 RGZ 142, 231, 237; KGJ 40, 241, 245; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 19; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 7; Palandt/Bassenge, § 880 BGB, Rd.-Nr. 2; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 26 f.; Horber/

- Demharter, GBO, Rd.-Nr. 55; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 111; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2577; a.A. Planck/Strecker, 3. Aufl., § 880 BGB, Anm. II 2e m.w.N.
- 32 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 19; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 7; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 26.
- 33 MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 7; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 24; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 111.
- 34 BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 25 m.w.N.
- 35 Vgl. B I 1 a) m.w.N.
- 36 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 112; Horber/Demharter, GBO, Rd.-Nr. 56.
- 37 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 111.
- 38 BayObLG MittBayNotK 1979, 113; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1980, 109; LG Köln MittRhNotK 1979, 194 mit zust. Anmerkung Amann; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 6; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 23; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2567; Böhlinger, Vermerk nachträglicher Eintragungen auf „neuen“ Grundpfandrechtsbriefen, Rpfleger 1987, 446.
- 39 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2567.
- 40 BayObLG MittBayNotK 1979, 113; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1980, 109; LG Köln MittRhNotK 1979, 194 mit zust. Anmerkung Amann; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 6; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 23; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2567; Böhlinger, Rpfleger 1987, 446.
- 41 OLG Zweibrücken, Rpfleger 1980, 109.
- 42 LG Krefeld, MittRhNotK 1979, 113; Mißling, Rangvermerk auf „neuen“ Grundpfandrechtsbriefen, Rpfleger 1980, 332; jetzt auch: Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 58.
- 43 LG Krefeld MittRhNotK 1979, 113; Mißling, Rpfleger 1980, 333 f.
- 44 Mißling, Rpfleger 1980, 333.
- 45 Mißling, Rpfleger 1980, 333.
- 46 Schmid, Rpfleger 1988, 136.
- 47 Schmid, Rpfleger 1988, 136 m.w.N.

merkt wird. Auch der von der Gegenmeinung angeführte Gesetzeszweck bestätigt die Argumentation der h.M., wonach der Brief lediglich das ursprüngliche Rangverhältnis nicht mehr ausweise: Im Regierungsentwurf, den auch Mißling zur Stützung seiner Ansicht bemühen will, heißt es ausdrücklich: „Die Herstellung von Grundpfandrechtsbriefen soll vereinfacht werden“⁴⁸. Der Gesetzgeber nahm zu diesem Zweck auch nur in Kauf, daß der Brief über die nach §§ 41, 62 GBO hinausgehenden Angaben seine Funktion zur Unterrichtung über Grundbuchstand und Sicherheit des Rechts verliere⁴⁹. Aus den Gesetzesmaterialien geht m.E. hinreichend deutlich hervor, daß der Gesetzgeber an dem aus § 62 GBO hervorgehenden Erfordernis eines Rangvermerks im Brief festhalten wollte. Die h.M. ist daher zutreffend.

Die im Grundbuch eingetragene Rangänderung bleibt auch wirksam, wenn ein Vermerk im Brief unterblieben ist⁵⁰. Besteht hingegen bei unterbliebener Grundbucheintragung ausschließlich ein Briefvermerk über die Rangänderung, hat diese nur schuldrechtliche Wirkung⁵¹.

Eine Ausnahme vom Wirksamkeitserfordernis der Grundbucheintragung nehmen die Oberlandesgerichte Hamm und Düsseldorf sowie ein Teil der Literatur an, wenn der Gläubiger einer Briefgrundschuld diese unter Bestimmung des Rangverhältnisses teile und den nachrangigen Teil unter Briefübergabe nach § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB in zulässiger Weise abtrete⁵². Der Rechtsübergang trete mit dem bestimmten Rangverhältnis außerhalb des Grundbuchs ein und könne im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen werden⁵³. Entsprechendes gelte für Briefhypotheken⁵⁴. Aus § 1157 BGB folge die Befugnis des Gläubigers zur Teilung eines Grundpfandrechts auch ohne Zustimmung des Eigentümers. § 1154 BGB (ggf. i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB) ermögliche die Abtretung von Briefgrundpfandrechten bzw. Teilen davon außerhalb des Grundbuchs. Eine Teilabtretung rangverschiedener Teilrechte könne in den Formen des § 1154 BGB aber nur vorgenommen werden, wenn eine Rangbestimmung des teilenden Gläubigers zugleich mit der Abtretung außerhalb des Grundbuchs wirksam werde. Würde hingegen die Eintragung der Rangänderung verlangt, bliebe nur die Möglichkeit, aufgrund der Bewilligung des Zedenten zunächst einen gleichrangigen Teilbetrag abzutreten und diesen danach aufgrund einer Bewilligung des im Rang zurücktretenden Zessionars rangmäßig zu verändern. Ein solches Vorgehen sei aber „nicht nur höchst umständlich, sondern ... in keiner Weise durch den Zusammenhang der ... Gesetzesbestimmungen veranlaßt“⁵⁵.

Dieser Rechtsprechung ist zurecht entgegengehalten worden, daß sie dem klaren Wortlaut der §§ 1151, 880 Abs. 2 S. 1 BGB widerspreche⁵⁶. § 1151 BGB befreit den Rechtsverkehr bei der Rangänderung von Teilen des Grundpfandrechts nur von dem Erfordernis der Eigentümerzustimmung und stellt eine Ausnahme zu § 880 Abs. 2 S. 2 BGB dar. Das Erfordernis der Grundbucheintragung nach § 880 Abs. 2 S. 1 BGB wird durch § 1151 BGB daher nicht aufgehoben⁵⁷. Ausnahmen vom Ein-

tragungsgrundsatz bedürfen der ausdrücklichen Regelung⁵⁸. Bei Briefrechten hat der Gesetzgeber solche Ausnahmen lediglich für die Abtretung (§ 1154 Abs. 1 BGB) und die Belastung mit Nießbrauch (§ 1069 Abs. 1 BGB) oder Pfandrecht (§ 1274 Abs. 1 BGB) vorgesehen, nicht aber für Inhaltsänderung (§§ 877, 873 Abs. 1 BGB), Aufhebung (§ 875 Abs. 1 BGB) und Rangänderung (§ 880 Abs. 2 S. 1 BGB). Diese bewußte gesetzgeberische Entscheidung muß akzeptiert werden⁵⁹. Des weiteren hat Schmid⁶⁰ darauf hingewiesen, daß eine Eintragung der Abtretung des geteilten Rechts allein auf der Grundlage einer Bewilligung des Zedenten möglich sei, wenn der den Brief vorlegende Notar erklärt, den Brief für den Zedenten vorzulegen, der Zedent den Brief selbst vorlege oder der vorlegende Zessionar erklärt, den Brief als Bote des Zedenten vorzulegen. In diesen Fällen hat das Grundbuchamt wegen der Übereinstimmung von Grundbuchinhalt und Briefbesitz nach § 891 BGB den Zedenten im Zeitpunkt der Eintragung von Abtretung und Rangänderung als (noch) Berechtigten nach § 19 GBO anzusehen.

Auch wenn zwei Oberlandesgerichte vom Wirksamkeitserfordernis der Grundbucheintragung bei Rangänderung von Teilrechten bei einem Briefrecht absehen wollen, kann in der notariellen Praxis der Hinweis angebracht sein, daß eine unterlassene Eintragung zu Ausfällen in der Zwangsversteigerung führen kann. Folgt die Zwangsversteigerungspraxis⁶¹ den vorgenannten Entscheidungen des OLG Hamm und OLG Düsseldorf nicht, besteht zwischen den Teilrechten Gleichrang. Eine zusätzliche Unsicherheit⁶² ergibt sich für den ein vermeintlich vorrangiges Teilgrundpfandrecht erwerbenden Gläubiger im Hinblick auf § 139 BGB: Es ist zweifelhaft, ob eine wegen fehlender Eintragung nach diesseitiger Auffassung unwirksame Rangänderung nach § 139 BGB überhaupt als wirksame Abtretung eines gleichrangigen Teilrechts aufrechterhalten werden kann.

Bei der Nachverpfändung genügt wegen des Grundsatzes der Rängeinheit von Haupt- und Veränderungsrechten⁶³ in Abteilung II und III des Grundbuchs die Eintragung des Mithaftvermerkes in der Veränderungsspalte, sofern die betreffenden Rechte untereinander und im Verhältnis zu sonstigen Belastungen ein dem bisherigen Rangverhältnis entsprechendes Rangverhältnis erhalten sollen⁶⁴. Im Interesse der Grundbuchklarheit wird allerdings empfohlen, den Rangrücktritt bei einem zurücktretenden Recht durch einen gesonderten Vermerk im Grundbuch des nachverpfändeten Grundstücks einzutragen⁶⁵.

Im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot muß aus der Eintragung ersichtlich sein, welche Rechte von der Rangänderung in welchem Umfang betroffen sind⁶⁶. Es sollte insbesondere angegeben werden, ob die Rangänderung auch die Zinsen und sonstigen Nebenleistungen bei Grundpfandrechten umfaßt; unterbleibt insoweit eine ausdrückliche Angabe in der Eintragungsbewilligung, wird deren Auslegung regelmäßig ergeben, daß sämtlichen mit der Nebenleistung verbundenen Nebenleistungen der Vorrang zukommen soll⁶⁷. Den Anforderungen

48 BR-Drucks. 676/76; Mißling, Rpfleger 1980, 333.

49 BR-Drucks. 676/76, so auch ausdrücklich Mißling, Rpfleger 1980, 333, der jedoch daraus nicht die m.E. zwingende Folgerung zieht, daß § 62 Abs. 1 GBO weiter zur Aufnahme des Rangvermerks in Grundpfandrechtsbriefen zwingt.

50 OLG Hamm Rpfleger 1985, 17, 20, 21; Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2568.

51 MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 23; Soergel/Stürner, § 880 BGB, Rd.-Nr. 6; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, 5. Aufl. 1990, Rd.-Nr. 7.3.2.

52 OLG Hamm Rpfleger 1988, 58, 59 mit zustimmender Anm. Muth, Rpfleger 1988, 60; so auch OLG Düsseldorf Rpfleger 1991, 240; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 47; Soergel/Konzen, § 1154 BGB, Rd.-Nr. 2.

53 OLG Hamm, Rpfleger 1988, 58; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 47.

54 OLG Hamm, Rpfleger 1988, 58, 59 f., Muth, Rpfleger 1988, 60; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 47.

55 OLG Hamm, Rpfleger 1988, 58, 59.

56 Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2412; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 112; Schmid, Rpfleger 1988, 136; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 22; Soergel/Stürner, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rd.-Nr. 7.3.2.

57 Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2412; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 112; Schmid, Rpfleger 1988, 136; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-

Nr. 22; Soergel/Stürner, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rd.-Nr. 7.3.2.

58 Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2412; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 112; Soergel/Stürner, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12; Schmid, Rpfleger 1988, 136, 137.

59 Soergel/Stürner, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12; Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2412; Schmid, Rpfleger 1988, 136, 137; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rd.-Nr. 7.3.2.; Staudinger/Kutter, § 1151 BGB, Rd.-Nr. 10.

60 Schmid, Rpfleger 1988, 136, 137.

61 So lehnt etwa der Kommentar von Dassler/Schiffbauer, ZVG, § 44, Rd.-Nr. 32, die genannte Rechtsprechung ausdrücklich ab.

62 Soergel/Stürner, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12; Schmid, Rpfleger 1988, 136, 137 f.; vgl. auch BGH WPM 1989, 1811, 1812 f.

63 BGH DNotZ 1958, 252; OLG Hamm Rpfleger 1985, 17, 18; OLG Köln, MittRhNotK 1982, 177; OLG Frankfurt, Rpfleger 1978, 312.

64 OLG Hamm, Rpfleger 1985, 17, 19; mit Anm. Streuer, Rpfleger 1985, 144 ff.

65 OLG Hamm, Rpfleger 1985, 17, 19; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 47.

66 Staudinger/Kutter, § 1151 BGB, Rd.-Nr. 23; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 112.

67 OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 185; LG Mönchengladbach MittRhNotK 1977, 131; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 112; Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2564; MünchKomm/Wacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; Staudinger/Kutter, § 1151 BGB, Rd.-Nr. 2, 3; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 30.

des Bestimmtheitsgebotes in bezug auf die Bestimmtheit des Umfangs des vortretenden Rechts wird genügt, wenn der Wert erst im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens festgestellt werden kann⁶⁸.

Die Rangänderung stellt nach ganz h.M. eine Inhaltsänderung dar, so daß eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Inhaltsbestimmung nach §§ 877, 874 BGB zulässig ist⁶⁹. Auch die Gegenansicht⁷⁰, die den Rang nicht zum Inhalt des Rechts zählt, wendet auf die Rangänderung §§ 877, 874 BGB entsprechend an, so daß der Meinungsstreit über das Wesen des Ranges hier praktisch bedeutungslos ist.

Unstreitig ist, daß eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Bezeichnung des vortretenden Rechts nicht ausreichend ist. Vielmehr ist das Recht selbst einzutragen⁷¹. Streitig ist hingegen, ob Bedingung und Befristung der Rangänderung zu ihrer dinglichen Wirksamkeit selbst der Eintragung im Grundbuch bedürfen oder ob insoweit eine Bezugnahme genügt. Nach wohl h.M. wirken diese Beschränkungen auch ohne Eintragungen dinglich, da der Vorrang nur insoweit entstehen kann, als sich Einigung und Eintragung im Grundbuch decken. Lediglich zur Vermeidung eines gutgläubigen Erwerbs nach §§ 892, 893 BGB bedürfe es der Eintragung⁷². Nach anderer Ansicht müssen Bedingung und Befristung selbst im Grundbuch eingetragen sein, um dinglich wirksam zu sein⁷³. Ohne Eintragung könne die Auslegung allenfalls einen auflösend bedingten Anspruch auf Rückgängigmachung der erfolgten Vorrangseinräumung ergeben⁷⁴. Auch nach dieser Ansicht ist jedoch eine Bezugnahme nach §§ 877, 874 BGB zur näheren Bestimmung des Anspruches der Bedingung oder Befristung statthaft⁷⁵, so daß dieser Meinungsstreit grundsätzlich durch entsprechende Gestaltung der Eintragungsvermerke entschärft werden kann und sollte.

c) Zustimmung- und Genehmigungserfordernisse

aa) Zustimmung des Eigentümers

Nach § 880 Abs. 2 S. 2 BGB bedarf es zur Wirksamkeit der Rangänderung neben Einigung und Eintragung in den Fällen des Rangrücktritts einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Das Zustimmungserfordernis soll die Interessen des Eigentümers an einem zukünftigen Erwerb einer Eigentümergrundschuld oder Eigentümerhypothek (§§ 1163, 1177 BGB) mit bisherigem Rang schützen⁷⁶. Die Eigentümerzustimmung ist daher auch erforderlich, wenn die von der Rangänderung betroffenen Grundpfandrechte demselben Gläubiger zustehen⁷⁷.

Sofern Vor- und Nacherbschaft über ein Grundstück angeordnet ist, erfordert die Rangänderung eines Grundpfandrechts

neben der Zustimmung des Vorerben auch die des Nacherben⁷⁸. Die Zustimmung des Vorerben beinhaltet im Hinblick auf die mögliche Befriedigung des Gläubigers aus Nachlaßmitteln eine Verfügung über ein dann im Wege der dinglichen Surrogation entstehendes zum Nachlaß gehörendes Grundstücksrecht, nämlich die mögliche Eigentümergrundschuld⁷⁹.

Im Hinblick auf den vorgenannten Schutzzweck des § 880 Abs. 2 S. 2 BGB ist eine Zustimmung hingegen entbehrlich, wenn das Eigentümerinteresse durch die Rangänderung nicht beeinträchtigt werden kann⁸⁰. Der Rangrücktritt einer Vormerkung auf Einräumung eines Grundpfandrechts bedarf daher nach zutreffender Ansicht keiner Eigentümerzustimmung; vor Eintragung des Grundpfandrechts kann keine Eigentümergrundschuld entstehen⁸¹. Ebenso wenig bedarf es einer Eigentümerzustimmung zum Rangrücktritt einer Hypothek für Zinsen und Kosten, welche der Eigentümer nach § 1178 BGB nicht erwerben kann⁸². Mangels Beeinträchtigung seiner Interessen ist eine Zustimmung des Eigentümers auch entbehrlich, wenn nur das vortretende Recht ein Grundpfandrecht ist⁸³.

Eine Zustimmung des Eigentümers ist ferner nicht notwendig, wenn die Rangänderung nicht auf rechtsgeschäftlichem Wege erfolgt, mithin zur Eintragung nach §§ 128, 130 ZVG⁸⁴, zur Berichtigung des Ranges nach § 894 ZPO⁸⁵, zur Einräumung des Vorranges für eine Zwangshypothek als Sicherungshypothek nach § 848 Abs. 2 S. 2 ZPO aufgrund gerichtlichen Titels⁸⁶. Nach ganz h.M. gilt Entsprechendes auch, wenn Zwangs- oder Sicherungshypothek aufgrund einer Abrede mit den übrigen betroffenen Grundpfandrechtsinhabern vortritt, da der Eigentümer auch Pfändungen in die an deren Stelle entstehenden Eigentümergrundpfandrechte dulden müßte⁸⁷. Die Gegenmeinung will im letztgenannten Fall am Erfordernis der Zustimmung festhalten, da insoweit die „Sonderbehandlung“ gegenüber rechtsgeschäftlich bestellten Grundpfandrechten nicht zu rechtfertigen sei⁸⁸.

Die Argumentation der h.M. ist überzeugend. Der vollstreckbare Titel ersetzt die Zustimmung des Eigentümers⁸⁹; dieser müßte die Vollstreckung in seine Eigentumsrechte auch hinsichtlich etwa (zunächst) vorrangiger Grundpfandrechte dulden. Das Interesse des Eigentümers an einem zukünftigen Erwerb der Eigentümerrechte mit dem bisherigen Rang ist daher nicht schutzwürdig.

Nach § 1151 BGB ist eine Zustimmung des Eigentümers ferner zur Rangänderung unter nachträglich gebildeten Teilhypotheken bzw. Teilgrundschulden (§ 1151 i.V.m. § 1192 BGB) entbehrlich⁹⁰.

Soweit die Eigentümerzustimmung erforderlich ist, muß diese gegenüber dem Grundbuchamt oder gegenüber dem vor- oder zurücktretenden Berechtigten erklärt werden, § 880 Abs. 2

68 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rd.-Nr. 7.3.6., S. 138.
69 BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 30; Staudinger/Kutter, § 879 BGB, Rd.-Nr. 3; § 880 BGB, Rd.-Nm. 23, 33; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nm. 2, 110.
70 Vgl. dazu Stadler, Der Rang im Immobiliarsachenrecht – ein noch immer ungeklärtes Problem?, AcP 189, 425 ff., 430 f. m.w.N.
71 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 23; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 112.
72 RGZ 122, 61, 64; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nm. 15, 23; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 22; Erman/Hagen, § 880 BGB, Rd.-Nr. 8; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4.
73 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 8; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 1575.
74 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 8, Fn. 26.
75 MünchKommWacke, § 874 BGB, Rd.-Nr. 4; § 880 BGB, Rd.-Nr. 8; vgl. auch Palandt/Bassenge, § 874 BGB, Rd.-Nr. 4; OLG Düsseldorf OLGZ 83, 352.
76 RGZ 88, 160, 164; LG Frankenthal MDR 1976, 666; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 24; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 31; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 114.
77 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 26; Erman/Hagen, § 880 BGB, Rd.-Nr. 11; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 114.
78 LG Frankenthal MDR 1976, 666; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 28; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 28; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 31; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 11; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 114.

79 LG Frankenthal MDR 1976, 666.
80 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 114.
81 RGZ 62, 260, 263; KG JW 1936, 2746 f.; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 27; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 33; a.A. Güthe/Triebe, 6. Aufl. 1936, § 45 GBO, Rd.-Nr. 32.
82 RGZ 88, 160, 164; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 114; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 24; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10.
83 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 27; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 34; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 114.
84 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 27; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 34; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 114.
85 KG KGJ 49, 202; OLG Dresden OLGZ 8, 307; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 27; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 34; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10.
86 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 27; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2580.
87 KG JFG 12, 304, 308; BGH NJW 1953, 898, 899; 1954, 954; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 27; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 35; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10.
88 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 114; Eickmann, Rpfleger Stud 1982, 74, 77.
89 BGH NJW 1953, 898, 899; 1954, 954; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2580; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 35.
90 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10.

S. 3, 1. HS BGB⁹¹. Die Zustimmung ist unwiderruflich, § 880 Abs. 2 S. 3, 2. HS BGB. Nach Zugang der Zustimmung wirkungswertende Verfügungsbeschränkungen des Grundstückseigentümers sind unabhängig von § 878 BGB unbeachtlich⁹².

Nach materiellem Recht bedarf die Zustimmungserklärung keiner besonderen Form. Es genügt ferner, wenn sie sich im Wege der Auslegung ergibt⁹³. Aus der schuldrechtlichen Verpflichtung, einem Grundpfandrecht eine bestimmte Rangstelle zu beschaffen, kann eine Zustimmung hergeleitet werden⁹⁴. Die Eigentümerzustimmung ergibt sich ferner aus einer Bewilligung des Eigentümers, die zwangsläufig den Rücktritt eines Grundpfandrechts zur Folge hat⁹⁵. Ferner genügt es, wenn der Eigentümer bei Neubestellung eines Rechts allen Erklärungen zur Verschaffung des erforderlichen Rangs zustimmt. Streitig ist hingegen, ob es ausreicht, wenn der Eigentümer ohne Zusammenhang mit einer bestimmten Rangänderung im voraus allgemein allen etwaigen Rangänderungen vorgehender Belastungen nach Maßgabe der noch abzugebenden Bewilligung der Beteiligten zustimmt⁹⁶. Nach Ansicht von Haegele/Schöner/Stöber soll eine derart allgemein gehaltene Formulierung der erforderlichen Bestimmtheit der Zustimmung nicht mehr genügen⁹⁷. Es fehle an einer eindeutigen oder doch zumindest durch Auslegung bestimmbar Erklärung, welche Rangänderung vorgehender Rechte bewilligt wird.

bb) Zustimmung Dritter

Nach §§ 880 Abs. 3, 876 BGB bedarf der Rangrücktritt der Zustimmung Dritter, die ein Recht am zurücktretenden Recht haben. Durch diese Rangverschlechterung besteht für Nießbraucher und Pfandgläubiger ebenso wie bei der in § 876 BGB geregelten Aufhebung des belasteten Rechts wirtschaftlich die Gefahr des Ausfalls in der Zwangsversteigerung⁹⁸. § 880 Abs. 3 BGB trägt dem Schutzbedürfnis der Drittberechtigten durch das Zustimmungserfordernis Rechnung⁹⁹. Ohne Zustimmung ist der Rangrücktritt nach zutreffender h.M. absolut unwirksam¹⁰⁰ und kommt daher auch trotz etwaiger Eintragung nicht zustande¹⁰¹. Die Annahme einer relativen Unwirksamkeit¹⁰² verbietet sich, da die Zustimmung zwingend vorgesehen ist¹⁰³. Im übrigen wollte der Gesetzgeber relative Rangverhältnisse vermeiden¹⁰⁴. Daher ist auch eine Abrede unzulässig, wonach Rechte Dritter an dem zurücktretenden Recht unberührt bleiben sollen¹⁰⁵.

Der Rangrücktritt eines subjektiven dinglichen Rechtes bedarf nach §§ 880 Abs. 3, 876 S. 2 BGB der Zustimmung der Gläubiger von Drittrechten am herrschenden Grundstück, sofern deren Rechte durch die Rangänderung berührt werden¹⁰⁶. Nach Eickmann ist von folgenden Grundsätzen auszugehen¹⁰⁷: Ist das zurücktretende subjektiv dingliche Recht eine Reallast und das herrschende Grundstück mit einem Grundpfandrecht oder einer Reallast belastet, bedarf es wegen der Bestandtheilhaftung nach §§ 96, 1120, 1126 BGB der Zustimmung des Inhabers dieser Rechte am herrschenden Grundstück. Entsprechendes gilt, wenn eine Dienstbarkeit im Rang zurücktritt. Die Zustimmung ist hingegen entbehrlich, wenn das zurücktretende Recht ein Vorkaufsrecht ist, da dieses keinen realen Haftungs-

wert verkörpert. Bei Belastung des herrschenden Grundstücks mit einer Dienstbarkeit bedarf der Rangrücktritt einer Reallast und einer Dienstbarkeit regelmäßig keiner Zustimmung des Inhabers dieses Rechts am herrschenden Grundstück. Etwas anderes gilt nur, wenn ein tatsächlicher Einfluß auf die Ausübung der Dienstbarkeit besteht. Der Rangrücktritt eines Vorkaufsrechts bedarf keiner Zustimmung des Inhabers einer Dienstbarkeit am herrschenden Grundstück, da der Rücktritt ohne Bedeutung für die Ausübung der Dienstbarkeit ist. Ist das herrschende Grundstück mit einem Nießbrauchsrecht belastet, erfordert der Rangrücktritt einer Reallast bzw. einer Dienstbarkeit am dienenden Grundstück die Zustimmung des Nießbrauchers, da diesem die Rechtsfrüchte nach §§ 1030 Abs. 1, 100, 99 Abs. 3 BGB bzw. die Gebrauchsvorteile nach §§ 1030 Abs. 1, 100 BGB zustehen. Da das Nießbrauchsrecht hingegen ein Vorkaufsrecht am dienenden Grundstück nicht umfaßt, bedarf der Rücktritt des Vorkaufsrechts am dienenden Grundstück keiner Zustimmung. Ist das herrschende Grundstück mit einem Vorkaufsrecht belastet, erfordert sowohl der Rücktritt einer Reallast als auch der Rücktritt einer Dienstbarkeit wegen der Erstreckung des Vorkaufsrechts auf diese Bestandteile nach § 96 BGB die Zustimmung des Vorkaufsberechtigten. Wegen der Möglichkeit des doppelten Verkaufs des dienenden und des herrschenden Grundstücks ist die Zustimmung ferner zu verlangen, wenn ein Vorkaufsrecht am dienenden Grundstück zurücktritt.

Die Frage, ob im Fall des Rangrücktritts einer Grundschild die Zustimmung des Löschungsvormerkungsberechtigten erforderlich ist, wird unterschiedlich beantwortet. Zum Teil wird die Erforderlichkeit der Zustimmung auf eine analoge Anwendung der §§ 880 Abs. 3, 876 BGB gestützt¹⁰⁸. Der Analogieschluß wird damit begründet, daß durch einen Rücktritt zu Lasten des Löschungsvormerkungsberechtigten der bessere Rang dem Haftungsverband der Löschungsvormerkung entzogen werde. Gaberdiel hält hingegen eine Zustimmung des Gläubigers der ab dem 1. 1. 1978 beantragten Grundpfandrechte nur dann für erforderlich, wenn das zurücktretende Recht seit Begründung des Lösungsanspruchs bzw. der Löschungsvormerkung dem Grundstückseigentümer zustand. Der gesetzliche Lösungsanspruch entstehe erst, wenn das Grundpfandrecht dem Eigentümer zufalle¹⁰⁹. Wisse der von der Rangänderung Begünstigte nicht, daß dem Eigentümer (zwischenzeitlich) das zurücktretende Recht zugestanden habe, erwerbe er auch ohne Zustimmung des Löschungsvormerkungsberechtigten kraft guten Glaubens den Vorrang. In der notariellen Praxis dürfte es sich aus Gründen der Sicherheit empfehlen, beim Rangrücktritt eines Grundpfandrechts in jedem Fall die Zustimmung Löschungsvormerkungsberechtigter einzuholen.

Ist der Auflassungsanspruch und damit, als Nebenrecht, auch die Auflassungsvormerkung gepfändet, bedarf der Rangrücktritt der Vormerkung hinter ein Grundpfandrecht nicht der Zustimmung des Pfandgläubigers, wenn der Pfändungsvermerk im Grundbuch eingetragen ist¹¹⁰. In der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten liegt eine den Übereignungsanspruch beeinträchtigende Maßnahme i.S.d. § 829 Abs. 1

91 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10.

92 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10.

93 LG Köln DNotZ 1977, 610; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 25; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 36; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 115; Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562.

94 LG Köln MittRhNotK 1976, 324; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 25; Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 115.

95 KG JW 26, 140; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 25; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 115.

96 Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 115.

97 Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562.

98 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 116.

99 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 116.

100 KG JW 37, 213, 216 ff.; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 29; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 36; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 116; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 13.

101 BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 38.

102 Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Bearbeitung 1957, § 42 I 3; Westermann, Sachenrecht, 6. Aufl. 1988/1990, § 82 II 5; Erman/Westermann, § 880 BGB, Rd.-Nr. 10.

103 KGJ 37, 217; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 38.

104 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 13; Mugdan, Protokolle III, 554.

105 KGJ 37, 213; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 29; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 13; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 38; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 116.

106 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12; § 876 GB, Rd.-Nr. 5; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 38; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 117.

107 Eickmann, Die Auswirkungen von Grundbucheinträgen in Abteilung II auf die Kreditsicherungspraxis, 12. Aufl. 1989, 54 ff., 56.

108 Zagst, Das Recht der Löschungsvormerkung und seine Reform, 1973, 73 ff.; Palandt/Bassenge, § 1179 BGB, Rd.-Nr. 16 m.w.N.; MünchKommEickmann, § 1179 BGB, Rd.-Nr. 33; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Anm. 7.3.1.

109 Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Anm. 7.3.1, 7.3.7.

110 BayObLG Rpfleger 1975, 47; Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2565; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 29; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12.

S. 2 ZPO¹¹¹. Sie ist daher gegenüber dem Pfändungsgläubiger unwirksam. Die Pfändung bewirkt jedoch keine Grundbuchsperre¹¹², so daß das Grundbuchamt einen Antrag auf Eintragung des Finanzierungsgrundpfandrechts vollzieht. Mit Eigentumsumschreibung entsteht das Finanzierungsgrundpfandrecht – sofern es noch durch den verkaufenden Eigentümer bestellt worden ist – mit Rang vor der erst in diesem Zeitpunkt nach § 848 Abs. 2 S. 2 ZPO entstehenden Sicherungshypothek des Pfandgläubigers¹¹³. Durch die Pfändung des Auflassungsanspruches erfährt der vormerkungsberechtigte Käufer eine Einschränkung seiner Verfügungsbefugnis. Neben ihn tritt der Pfandgläubiger als weiterer Berechtigter der Auflassungsvormerkung¹¹⁴. Der Pfandgläubiger partizipiert als Mitberechtigter an den Schutzwirkungen der Auflassungsvormerkung nach §§ 883 Abs. 2, 888 BGB. Er kann daher gegenüber dem Finanzierungsgläubiger, dessen Grundpfandrecht dem Pfandgläubiger gegenüber unwirksam ist, den Anspruch auf Vorrangseinräumung geltend machen¹¹⁵. Sofern der Pfandvermerk im Grundbuch eingetragen ist, scheidet auch ein gutgläubiger Erwerb des Vorrangs durch den Finanzierungsgläubiger aus. Der Pfändungsgläubiger ist in diesem Fall demzufolge hinreichend vor Rechtsverlust geschützt, so daß dessen Zustimmung entbehrlich ist.

Der Notar, der von der Pfändung vor Bestellung des Finanzierungsgrundpfandrechts Kenntnis hat, sollte auf die Rechte des Pfändungsgläubigers nach §§ 888, 883 Abs. 2 BGB hinweisen¹¹⁶ und anregen, die Zustimmung des Pfändungsgläubigers zur vorrangigen Bestellung des Finanzierungsgrundpfandrechts einzuholen. Ohne eine solche dürfte der Finanzierungsgläubiger zur Auszahlung der zur Kaufpreisbelegung erforderlichen Darlehensvaluta nicht bereit sein.

Vor Eintragung des Pfändungsvermerks erfordert der Rangrücktritt der Vormerkung die Zustimmung des Pfandgläubigers, wenn das Grundbuchamt Kenntnis von der wirksamen Pfändung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs hat¹¹⁷. Dies gilt nach h.M. selbst dann, wenn der Inhaber des vortretenden Rechts glaubhaft macht, daß er im Zeitpunkt der Antragstellung beim Grundbuchamt von der Pfändung nichts wußte und er nach materiellem Recht gutgläubig den entsprechenden Rang erwerben würde¹¹⁸. Nach anderer Ansicht soll das Grundbuchamt zum Vollzug des Antrags verpflichtet sein, wenn nur die Grundbucheintragung zum gutgläubigen Erwerb noch fehlt¹¹⁹. Die h.M. verdient den Vorzug. Das Grundbuchamt kann materiellrechtliche Fragen nur in sehr begrenztem Umfang prüfen. Durch die Eintragung könnte das Grundbuchamt die Grundlage für einen anschließenden gutgläubigen Erwerb durch dritte Gläubiger schaffen. Die Frage des gutgläubigen Erwerbs sollte geklärt werden, bevor das Grundbuchamt die Rangänderung vollzieht.

Die Zustimmung von Zwischenberechtigten oder Gläubigern solcher Rechte, die Rang nach dem zurücktretenden und vor dem vortretenden Recht haben, ist entbehrlich¹²⁰, da nach § 880 Abs. 5 BGB Zwischenrechte durch die Rangänderung nicht berührt werden.

Die Zustimmung Drittberechtigter kann gegenüber dem Grund-

buchamt oder gegenüber dem durch die Rangänderung begünstigten, nicht hingegen gegenüber dem Inhaber des zurücktretenden Rechts abgegeben werden¹²¹.

cc) Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

Der Rangrücktritt eines für einen minderjährigen Gläubiger eingetragenen Rechtes der Abteilung II des Grundbuchs ist als eine Verfügung über ein Recht an einem Grundstück nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn ein Vormund, ein Pfleger oder ein Betreuer handelt¹²². Entsprechendes gilt nach § 1643 BGB, der ausdrücklich auf § 1821 BGB verweist, wenn die Eltern für das minderjährige Kind handeln¹²³.

Tritt der minderjährige Gläubiger einer Hypothek zurück, erfordert der vom Vormund, Pfleger oder Betreuer erklärte Rangrücktritt nach § 1822 Nr. 13 BGB die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung¹²⁴. Mangels Verweisung des § 1643 BGB auf § 1822 Nr. 13 BGB bedarf der durch die Eltern erklärte Rangrücktritt keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung¹²⁵.

Der Rangrücktritt einer Grundschuld ist nach § 1812 BGB genehmigungsbedürftig, wenn Vormund, Betreuer oder Pfleger ihn erklären¹²⁶. Mangels Erwähnung von § 1812 BGB in § 1643 BGB wird die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei einem Handeln der Eltern nicht verlangt¹²⁷.

Streitig ist, ob die von einem Vormund, Pfleger oder Betreuer für einen minderjährigen Eigentümer abgegebene Zustimmung zum Rangrücktritt eines Grundpfandrechts nach § 1812 BGB genehmigungsbedürftig ist. Die h.M. sieht in der Zustimmung zum Rangrücktritt keine Verfügung über ein Recht an einem Grundstück und hält die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung daher für entbehrlich¹²⁸. Die Gegenansicht¹²⁹ meint, daß es im Hinblick auf den durch § 880 Abs. 2 BGB bezweckten Schutz des Eigentümers vor der mit der Rangänderung verbundenen Verschlechterung seines künftigen Eigentümerrechts geboten sei, nicht nur den Rücktritt mit einem Eigentümerrecht, sondern auch die Zustimmung zu einem Rangrücktritt bei Grundpfandrecht dem Genehmigungserfordernis nach § 1812 BGB zu unterwerfen¹³⁰. Das Erfordernis der Zustimmung nach § 880 Abs. 2 S. 2 BGB ist m.E. strikt von den Genehmigungstatbeständen der §§ 1812 ff. BGB zu trennen. Dem Zustimmungserfordernis wird bereits dadurch genügt, daß der Vormund, Pfleger oder Betreuer die Zustimmung für den minderjährigen Eigentümer erklärt. Aus den §§ 1812 ff. BGB ergibt sich darüber hinaus für die Zustimmungserklärung gerade nicht das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung; die Zustimmung nach § 880 Abs. 2 BGB ist keine Verfügung des Eigentümers, sondern nur eine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Verfügung eines Dritten. § 1812 BGB knüpft lediglich Verfügungen bzw. Verpflichtungen dazu an das Erfordernis einer Genehmigung. Die §§ 1812 ff. BGB sind aber aus Gründen der Rechtssicherheit einer ausdehnenden Anwendung nicht zugänglich¹³¹. Der Ansicht der h.M. ist daher zuzustimmen.

Sofern die Eltern die Zustimmung nach § 880 Abs. 2 S. 2 BGB abgeben, bedürfen diese nach allgemeiner Ansicht keiner Genehmigung nach § 1812 BGB¹³².

111 Hansmeyer, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen Verkäufer oder Käufer während der Abwicklung eines notariellen Kaufvertrages, MittRhNotK 1989, 149, 152 m.w.N.

112 Hansmeyer, a.a.O., 152; Stöber, Verpfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs und Grundbucheintragung, DNotZ 1985, 587; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 1568.

113 KG JFG 8, 318, 321 f.; Staudinger/Gursky, § 873 BGB, Rd.-Nr. 173 m.w.N.; Hansmeyer, a.a.O., 152; Kerbusch, Rpfleger 1988, 475, 476.

114 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nm. 1569 f.

115 Staudinger/Gursky, § 873 BGB, Rd.-Nr. 173 m.w.N.; Hansmeyer, a.a.O., 152.

116 Hansmeyer, a.a.O., 152.

117 BayObLG Rpfleger 1975, 47; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 29; BGR-GRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 39; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 116.

118 BayObLG Rpfleger 1975, 47; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 29; BGR-GRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 39; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 116.

119 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2565, Rd.-Nr. 352.

120 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 30.

121 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 116; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 29; BGR-GRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 38.

122 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nm. 3690, 3697; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 122.

123 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nm. 3690, 3697; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 122 m.w.N.

124 BayObLG 17, 173; LG Frankenthal MDR 1976, 666; LG Braunschweig Rpfleger 1976, 310.

125 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 123.

126 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 124; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 3719; für Pfleger ist § 1915 Abs. 2 BGB zu beachten.

127 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 124.

128 KG RJA 2, 99; KGJ 22, A 140; Palandt/Diederichsen, § 1821 BGB, Rd.-Nr. 10.

129 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 3724; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 125.

130 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 125 m.w.N.

131 Ständige Rechtsprechung: BGHZ 38, 28 ff.; 52, 319 ff.; Palandt/Diederichsen, § 1821 BGB, Rd.-Nr. 5.

132 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 125 m.w.N.

d) Vertretung, § 181 BGB

Sofern der Eigentümer einen Gläubiger zur Abgabe und Entgegennahme der zur Rangänderung erforderlichen Erklärungen bevollmächtigt hat, kann es zu Konflikten mit § 181 BGB kommen: Zwar ist § 181 BGB für die dingliche Einigung der an der Rangänderung beteiligten Gläubiger nicht einschlägig¹³³, doch erfordert die Abgabe der Zustimmung nach § 880 Abs. 2 S. 2 BGB durch den Gläubiger zu ihrer Wirksamkeit die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB¹³⁴.

Handelt der Eigentümer für sich und zugleich für einen der an der Rangänderung beteiligten Gläubiger, bestehen hinsichtlich § 181 BGB nach zutreffender herrschender Ansicht¹³⁵ grundsätzlich keine Konflikte. Im Rahmen der dinglichen Einigung über die Rangänderung handelt der Eigentümer nicht auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts, da die Einigung mit dem nicht vertretenen Gläubiger stattfindet; Entsprechendes gilt für die vom Eigentümer gleichzeitig mit der Einigung gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Zustimmungserklärung nach § 880 Abs. 2 BGB¹³⁶. Einigung der Gläubiger und Eigentümerzustimmung sind getrennte Vorgänge, so daß weder Personenidentität noch Interessenkollision nach § 181 BGB gegeben sind¹³⁷. § 181 BGB steht auch der Abgabe der Eigentümerzustimmung durch den Eigentümer gegenüber dem von ihm vertretenen vortretenden Gläubiger nicht entgegen, da letzterer ausschließlich einen rechtlichen Vorteil hat¹³⁸. Eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erfordert hingegen der Fall der Abgabe der Zustimmung des Eigentümers durch diesen gegenüber dem von ihm vertretenen Gläubiger des zurücktretenden Rechts, da hier neben der Personenidentität eine Interessenkollision mit möglichen nachteiligen Folgen für diesen Gläubiger vorliegt¹³⁹.

2. Formellrechtliche Voraussetzungen des Rangrücktritts

a) Antrag

Antragsberechtigte sind zunächst Gläubiger des zurücktretenden Rechts als Betroffener und/oder der Gläubiger des vortretenden Rechts als (unmittelbar) Begünstigter (§ 13 Abs. 1 GBO)¹⁴⁰.

Ob auch der Eigentümer antragsberechtigt sein kann, ist streitig. Nach h.M. besteht im Falle des Rangrücktritts eines Grundpfandrechts ein Antragsrecht des Eigentümers, da dieser im Hinblick auf sein künftiges Eigentümerrecht von der Rangverschlechterung unmittelbar betroffen sei¹⁴¹. Im Falle des Rangvortritts eines Grundpfandrechts sei der Eigentümer durch die Rangverbesserung seines künftigen Eigentümerrechts unmittelbar begünstigt und daher nach § 13 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. GBO ebenfalls antragsberechtigt¹⁴². Nach anderer Ansicht ist der Eigentümer in beiden vorgenannten Fällen nicht antragsberechtigt¹⁴³. Der Eigentümer werde im ersten Fall nur mittelbar betroffen, wohingegen das Gesetz ein unmittelbares Betroffen-

sein voraussetze¹⁴⁴. Im zweiten Fall sei nicht die Begünstigung des Eigentümers, sondern des vortretenden Gläubigers bezweckt; bei mehreren Begünstigten sei nur derjenige antragsbefugt, dessen Begünstigung Zweck des Eintragungsverfahrens sei¹⁴⁵.

Die Mindermeinung vermischt m.E. den Begriff des unmittelbar Betroffenseins bzw. der unmittelbaren Begünstigung mit der Frage, ob ein Recht gegenwärtig besteht bzw. zukünftig entsteht. Das in dem von der Rangänderung betroffenen oder begünstigten Grundpfandrecht latent vorhandene Eigentümerrecht teilt die mit der Rangänderung verbundene Begünstigung oder Benachteiligung. Der Eigentümer ist daher ebenso unmittelbar betroffen oder begünstigt wie der gegenwärtige Gläubiger des Grundpfandrechts. Mit der h.M. ist daher eine Antragsberechtigung des Eigentümers nach § 13 Abs. 1 GBO in beiden vorgenannten Fällen zu bejahen.

Nicht antragsberechtigt ist der Eigentümer hingegen nach allgemeiner Ansicht, wenn eine Rangänderung nur zwischen Rechten der Abteilung II des Grundbuchs erfolgt, da insoweit keine künftigen Eigentümerrechte bestehen, welche die Rangänderung mitvollziehen würden¹⁴⁶.

Der Eintragungsantrag bedarf nach § 30 GBO keiner besonderen Form. Ist der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt eingegangen und die Einigung in einer der in § 873 Abs. 2 BGB genannten Formen erklärt, so kann nach §§ 880 Abs. 2 S. 1, 878 BGB die Erklärung des Zurücktretenden nicht mehr dadurch unwirksam werden, daß er, etwa durch Konkurseröffnung, seine Verfügungsbefugnis verliert¹⁴⁷.

b) Bewilligung

Die Eintragung des Rangrücktritts¹⁴⁸ erfordert die Bewilligung des Gläubigers des zurücktretenden Rechts als Betroffenem nach § 19 GBO. Tritt ein Grundpfandrecht zurück, bedarf es im Hinblick auf § 880 Abs. 2 S. 2 BGB der Mitbewilligung des Eigentümers¹⁴⁹. Da die Bewilligung der Auslegung zugänglich ist, genügt die materiellrechtliche Zustimmung des Eigentümers; diese enthält regelmäßig die erforderliche Mitbewilligung¹⁵⁰. Zu beachten ist allerdings, daß nach einem neueren Urteil des BayObLG die Zustimmung des verkaufenden Eigentümers zur Freistellung einer Teilfläche von Grundpfandrechten nicht als Mitbewilligung des Rangrücktritts dieser Grundpfandrechte hinter die zugunsten des Käufers einzutragende Auflassungsvormerkung ausgelegt werden kann¹⁵¹. Für die Auslegungen von Grundbucherklärungen gilt der Grundsatz, daß auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen ist, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt¹⁵². Im Hinblick auf die Anforderungen des Grundbuchrechts an Klarheit und Bestimmtheit des objektiven Inhalts von Grundbucherklärungen muß die Auslegung dieser Erklärungen zu einem eindeutigen Ergebnis führen¹⁵³. Die Erklärung des Eigentümers, „er stimme allen zur Freistellung

133 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 121.

134 BGH JR 1980, 412; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 121.

135 RGZ 157, 24, 27; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 28; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 37; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 11; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 120.

136 RGZ 157, a.a.O., Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 28; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 37; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 15; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 120.

137 Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 15.

138 Palandt/Bassenge, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 15; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 120.

139 Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 15; unzutreffend daher Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 120, der offenbar auch diesen Fall nicht unter § 181 BGB subsumiert.

140 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562, 2563; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 127; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rd.-Nr. 7.3.4.

141 OLG München, JFG 15, 364; KG NJW 1964, 1479; KEHE/Herrmann, 4. Aufl. 1991, § 13 GBO, Rd.-Nr. 60; Horber/Demharter, § 13 GBO, Rd.-Nr. 46.

142 OLG Dresden JW 1935, 3577; KG Rpfleger 1965, 14; OLG Oldenburg Rpfleger 1966, 266; LG Hannover Rpfleger 1977, 310; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 21; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 9; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 24; KEHE/Herrmann, § 13 GBO, Rd.-Nr. 61; Horber/Demharter, § 13 GBO, Rd.-Nr. 47; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2563; Meikel/Siebeking, § 13 GBO, Rd.-Nr. 73; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rd.-Nr. 7.3.4.

143 LG Dortmund MDR 1960, 320; LG Bochum DNotZ 1953, 314; Güthe/Triebe, GBO, § 13 GBO, Rd.-Nr. 40, 49; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 127.

144 Insoweit allgemeine Ansicht, vgl. Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 127; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 46.

145 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 127; so auch Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 47.

146 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2563; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 127.

147 BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 25.

148 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 128; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 57.

149 BayObLG MittBayNot 1989, 310 = NJW-RR 1989, 911; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 128; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 57.

150 BayObLG MittBayNot 1989, 310, 311 = NJW-RR 1989, 911, 912 (unter Aufgabe von BayObLG NJW-RR 1988, 460, 461 = DNotZ 1988, 460); Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 57; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 128.

151 BayObLG MittBayNot 2989, 310, 311 = NJW-RR 1989, 911, 912; zustimmend Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 128; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 57.

152 BGHZ 59, 205, 209; BayObLGZ 1984, 155, 158; BayObLG MittBayNot 1989, 310, 311 = NJW-RR 1989, 911, 912.

153 BayObLG MittBayNot 1989, 310, 311 = NJW-RR 1989, 911, 912; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562.

einer Teilfläche von Belastungen notwendigen Erklärungen mit dem Antrag auf Vollzug zu“, kann nach diesen Grundsätzen nicht als Bewilligung zur Eintragung eines Rangrücktritts verstanden werden, da das Erlöschen an einer abgedruckten Teilfläche als Pfandfreigabe nach §§ 1192, 1275 Abs. 1 S. 2 BGB ein „aliud“ und nicht ein „minus“ gegenüber der nachträglichen Rangänderung zwischen eingetragenen Grundstücksrechten darstellt¹⁵⁴.

Ist das zurücktretende Recht mit Rechten Dritter, insbesondere Nießbrauch oder Pfandrecht, belastet, bedarf es der Bewilligung dieser Drittberechtigten gem. §§ 880 Abs. 3, 876 S. 1 BGB, 19 GBO¹⁵⁵. Entsprechendes gilt für die Mitbewilligung Drittberechtigter am herrschenden Grundstück, sofern ein subjektiv dingliches Recht zurücktritt¹⁵⁶.

Streitig ist, ob es zur Eintragung des Rangrücktritts eines eingetragenen Rechts hinter einen Teilbetrag eines Grundpfandrechts der Bewilligung des Inhabers des teilweise vortretenden Rechts bedarf. Nach Ansicht des LG Augsburg bleibt das Grundpfandrecht als einheitliches Recht erhalten, so daß eine Teilung des Rechts zum grundbuchrechtlichen Vollzug der Rangänderung nicht notwendig sei. Da der Grundpfandrechtsgläubiger in seiner Rechtsstellung nicht betroffen werde, könne auch dessen Bewilligung zum Vollzug nicht verlangt werden¹⁵⁷. Dem kann nicht zugestimmt werden. Der Rangvortritt nur mit einem Teilbetrag des Grundpfandrechts setzt notwendig eine Teilung des Grundpfandrechts voraus, da ein Recht nicht verschiedene Ränge haben kann¹⁵⁸. Tritt aber eine Teilung des Rechts ein, so können die Teile ein unterschiedliches rechtliches Schicksal haben¹⁵⁹. Der Grundpfandrechtshaber wird daher als Inhaber beider Teilrechte durch den Rangvortritt des einen Teilrechts nicht nur begünstigt, sondern auch nach § 19 GBO betroffen¹⁶⁰. Insbesondere bei einer Zwangsversteigerung kann der vorrangige Teilbetrag als in das geringste Gebot fallendes Recht bestehen bleiben, während der nachrangige Teilbetrag nicht ins geringste Gebot fallen kann und durch den Zuschlag erlöschen würde (§§ 44 Abs. 1, 10 Abs. 1 Nr. 4, 91 Abs. 1 ZVG¹⁶¹). Nach zutreffender Ansicht¹⁶² ist daher die Bewilligung des Inhabers des teilweise vortretenden Rechts zu verlangen.

Der erforderlichen Bestimmtheit der Eintragungsbewilligung ist Genüge getan, wenn bei Grundpfandrechten nur der Kapitalbetrag des vortretenden Rechts bezeichnet wird, da damit nach allgemeiner Ansicht auch sämtliche Nebenleistungen umfaßt werden¹⁶³. Daher ist eine Beschränkung der Rangänderung auf die Hauptsache in der Bewilligung ausdrücklich aufzuführen¹⁶⁴.

Die Bewilligungen sind in der nach § 29 GBO erforderlichen Form zu erklären¹⁶⁵.

c) Voreintragung

Die von der Rangänderung Betroffenen müssen grundsätzlich

nach § 39 Abs. 1 GBO im Grundbuch eingetragen sein; bei Briefgrundpfandrechten gilt § 39 Abs. 2 GBO.

d) Vorlage von Genehmigungen und Briefen

Erforderliche Genehmigungen sind dem Grundbuchamt vorzulegen. Entsprechendes gilt bei Briefrechten für die Vorlage der Briefe.

IV. Die Rechtsfolgen des Rangrücktritts unter Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Gesichtspunkte

1. Rechtsfolgen bei Fehlen von Zwischenrechten

Sofern keine Zwischenrechte vorhanden sind, verdrängt das vortretende Recht das zurücktretende mit dinglicher Wirkung – absolut – aus dessen Rang so, als ob es von Anbeginn an an dessen Stelle eingetragen gewesen wäre¹⁶⁶. Es erfolgt ein Rangtausch¹⁶⁷. Dies hat in der Zwangsversteigerung zur Folge, daß das vorgetretene Recht in das geringste Gebot aufgenommen wird, wenn der zurückgetretene Gläubiger bestreitender Gläubiger ist¹⁶⁸. Ist der Inhaber des vortretenden Rechts bestreitender Gläubiger, bleibt das zurückgetretene Recht bei der Ermittlung des geringsten Gebots unberücksichtigt und erlischt nach §§ 91 Abs. 1, 52, 44 ZVG mit dem Zuschlag¹⁶⁹. Durch die Zahlung wird das vortretende Recht befriedigt und nicht das zurückgetretene. Daher erlischt eine zurückgetretene Gesamthypothek an den (nicht versteigerten) anderen Grundstücken nicht nach § 1181 BGB¹⁷⁰.

2. Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Zwischenrechten

Nach § 880 Abs. 5 BGB werden Zwischenrechte, also Rechte mit Rang zwischen den an der Rangänderung beteiligten Rechten, durch den Rangtausch nicht berührt. Zwischenrechte dürfen aus dem Rangrücktritt weder Vor- noch Nachteile haben¹⁷¹. Ist also das zurücktretende Recht von höherem Wert als das vortretende, erfolgt der Rücktritt im Verhältnis zum Zwischenrecht nur bis zur Höhe des vortretenden Rechts; der Mehrbetrag behält Rang vor dem Zwischenrecht¹⁷². Ist hingegen der Betrag des vortretenden Rechts höher als der des zurücktretenden, tritt es nur bis zur Höhe des zurücktretenden Rechts vor das Zwischenrecht¹⁷³.

§ 880 Abs. 5 BGB gilt auch hinsichtlich sämtlicher Nebenleistungen, insbesondere der Zinsen¹⁷⁴. Die Rangänderung wirkt gegenüber dem Zwischenrecht auch insoweit nur in dem Umfang, in dem sich vor- und zurücktretende Rechte decken. Dazu folgendes Beispiel¹⁷⁵:

III/1: 100.000,– DM zu 10 % Jahreszinsen

III/2: 50.000,– DM unverzinslich

III/3: 150.000,– DM zu 15 % Jahreszinsen.

154 BayObLG MittBayNot 1989, 301, 311 = NJW-RR 1989, 911, 912; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 128; a.A. noch LG Augsburg MittBayNot 1983, 62 f.; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 12.

155 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 128; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 57; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rd.-Nr. 7.3.4, S. 136.

156 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 128, 117.

157 LG Augsburg, Rpfleger 1984, 348.

158 BayObLG Rpfleger 1985, 434; OLG Köln MittRhNotK 1985, 105; OLG Hamm Rpfleger 1984, 60; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 149; Bauch, Rpfleger 1984, 348, 350.

159 BayObLG Rpfleger 1985, 434; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 149; Bauch, Rpfleger 1984, 350.

160 BayObLG Rpfleger 1985, 434; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 149; Bauch, Rpfleger 1984, 350.

161 BayObLG Rpfleger 1985, 434.

162 BayObLG Rpfleger 1985, 434; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 149; Bauch, Rpfleger 1984, 350.

163 OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 185; LG Mönchengladbach MittRhNotK 1977, 131; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2564; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 128.

164 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2564; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 128.

165 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2562; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 128.

166 KGJ 53, 179; KG JFG 6, 309; JFG 22, 42; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 31; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 6; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 14; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 48; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2574; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 132.

167 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 133.

168 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 41; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 132.

169 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 41; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 132.

170 RGZ 16, 249; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 41; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 11.

171 RGZ 141, 235, 238; OLG Hamm Rpfleger 1985, 246; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 46; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 42 ff.; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 134 ff.; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 49; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 16 ff.

172 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 134, 136; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 11; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 19.

173 RGZ 79, 173; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 45; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 134, 137; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 11; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 47; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 49; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 19.

174 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 47; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 134, 138.

175 Nach Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 138.

Das Recht Abteilung III/1 tritt hinter das Recht Abteilung III/3 zurück.

Rangverhältnisse:

III/3a: 100.000,- DM zu 10 % Jahreszinsen

III/2: 50.000,- DM unverzinslich

III/3b: 5 % Jahreszinsen aus 100.000,- DM

III/3c: 50.000,- DM zu 15 % Jahreszinsen

III/1: 100.000,- DM zu 10 % Jahreszinsen.

Lassen sich die Wertverhältnisse bei Hypotheken und Grundpfandrechten anhand des eingetragenen Kapitals und der Nebenleistungen unproblematisch bestimmen, ist das Wertverhältnis bei anderen Rechten zweifelhaft, sofern nicht deren Wert im Grundbuch eingetragen ist (§ 882 BGB bzw. § 1199 Abs. 2 S. 2 BGB). In diesem Fall fehlt ein Vergleichsmaßstab dafür, ob die Belastung durch das vor- oder das zurücktretende Recht größer ist. Die Rangfolge ergibt sich dann erst bei der Zwangsversteigerung¹⁷⁶. Dort wird durch ein amtswegig vorzunehmendes Doppelausgebot mit und ohne Bestehenbleiben des ziffernmäßig nicht bestimmten Rechts festgestellt, welchen Wert die Bieter dem Bestehenbleiben eines solchen Rechts beimessen¹⁷⁷. Der Zuschlag ist dann dem Meistgebot zu erteilen, das dem Zwischenrecht eine günstigere Deckung bei der Verteilung des Versteigerungserlöses gewährt¹⁷⁸.

Die Kreditpraxis sucht solche ungewissen Zustände zu vermeiden, indem sie sicherstellen will, daß etwaige Zwischenrechte den Rangrücktritt mitvollziehen. Der zurücktretende Gläubiger soll daher die Rangrücktrittserklärung wie folgt formulärmäßig ergänzen¹⁷⁹:

„Die Eintragung darf nur gleichzeitig mit der Eintragung des Rangrücktritts etwaiger unserem Grundpfandrecht gleich- oder nachstehender, im Grundbuch eingetragener Rechte hinter das begünstigte Recht erfolgen“¹⁸⁰.

3. Rechtsfolgen des Rangrücktritts bei Beteiligung mehrerer Rechte an der Rangänderung

a) Rangrücktritt mehrerer Rechte

Im Falle des Rangrücktritts mehrerer Rechte behalten diese untereinander ihre bisherige Rangordnung; es ist unerheblich, ob die Rangrücktrittserklärungen der einzelnen Gläubiger gleichzeitig oder sukzessive abgegeben bzw. eingetragen werden¹⁸¹. Die Gegenansicht kann nicht überzeugen, da auch bei gleichzeitiger Eintragung nicht ein Rangrücktritt, sondern so viele Rangänderungen erfolgen wie Rechte zurück- oder vortreten¹⁸².

b) Rangrücktritt hinter mehrere Rechte

Tritt hingegen ein Recht hinter mehrere Rechte zurück, bleibt das Rangverhältnis dieser Rechte untereinander nur gewahrt,

wenn der Vortritt dieser Rechte gleichzeitig im Grundbuch eingetragen wird¹⁸³. Erfolgt die Eintragung der Rangrücktritte zeitlich nacheinander, geht das zunächst aufgerückte Recht selbst dann dem später aufgerückten im Rang vor, wenn es ursprünglich nachrangig eingetragen war¹⁸⁴. Der zurücktretende Gläubiger kann zu Lasten des zuerst vorgerückten Rechts nicht mehr verfügen¹⁸⁵.

V. Auswirkungen des Erlöschens des zurückgetretenen Rechts auf die Rangverhältnisse

1. Folgen der Aufhebung des zurückgetretenen Rechts durch rechtsgeschäftliche Vorgänge

Nach § 880 Abs. 4 BGB behält das vorgetretene Recht den durch Rangrücktritt erhaltenen Rang, wenn das zurückgetretene Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird. Rechtsgeschäftliche Beendigungsgründe sind die Aufhebung gem. § 875 BGB, Verzicht und Erteilung der Löschungsbewilligung sowie die Tilgung durch Zahlung – durch den Eigentümer oder einen Dritten¹⁸⁶.

§ 880 Abs. 4 findet seine Rechtfertigung in dem Gedanken, daß die Zwischenberechtigten auf eine rechtsgeschäftliche Aufhebung des ihnen ursprünglich vorgehenden, dann zurückgetretenen Rechts keine gesicherte Anwartschaft haben¹⁸⁷. Die Zwischenberechtigten erhielten einen nicht gerechtfertigten Vorteil, wenn sie die Vorrechtseinräumung durch Befriedigung des zurückgetretenen Gläubigers zunichte machen könnten¹⁸⁸.

2. Folgen des Erlöschens des zurückgetretenen Rechts aus nichtrechtsgeschäftlichen Gründen

Da Zwischenrechte durch den Rangrücktritt auch keinen Nachteil erleiden sollen, muß das vorgerückte Recht den Vorrang verlieren und die vor dem Rangrücktritt gehaltene Rangstelle zurückerhalten, wenn das zurückgetretene Recht nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes erlischt (arg. e § 880 Abs. 5 BGB)¹⁸⁹. Nichtrechtsgeschäftliche Erlöschensgründe sind der Eintritt eines Endtermins, einer auflösenden Bedingung (§§ 158, 163 BGB), Tod des Berechtigten bei Nießbrauch, Realast, Altenteil, beschränkter persönlicher Dienstbarkeit (§§ 1061, 1090), Freiwerden der mithaftenden Grundstücke nach §§ 1173 bis 1175, 1181 Abs. 2 BGB¹⁹⁰.

Der Eintritt eines gesetzlichen Erlöschensgrundes beendet auch im Falle vorherigen nichtrechtsgeschäftlichen Erlöschens des zurückgetretenen Rechts die Schutzwirkung des § 880 Abs. 4 BGB¹⁹¹.

VI. Rechtsfolgen des Nichtbestehens des vor- bzw. zurückgetretenen Rechts

1. Nichtbestehen des zurücktretenden Rechts

Besteht das zurücktretende Recht nicht, ist der Rangrücktritt

176 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 48; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 134; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 11; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rd.-Nr. 7.3.6, S. 138.

177 OLG Hamm Pfleger 1985, 246; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 11; Gaberdiel, a.a.O., Rd.-Nr. 7.3.6; S. 138; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 48.

178 OLG Hamm Pfleger 1985, 246; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 11.

179 Gaberdiel, a.a.O., Rd.-Nr. 7.3.5.; S. 137, Rd.-Nr. 7.3.6., S. 138.

180 Gaberdiel, a.a.O., Rd.-Nr. 7.3.6., S. 138.

181 RGZ 64, 100, 105r; 79, 170, 173; KGJ 42, 265; KGJ 53, 179; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 43; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 17; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 15; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 19; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 139 f.; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 50; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2573; a.A. LG Siegen DNotZ 1964, 615; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-Nr. 19; nur wenn Bewilligung und Eintragung jeweils gleichzeitig erfolgen; vgl. auch Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2574.

182 RGZ 79, 170, 173; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 43 m.w.N.

183 KGJ 20, 181, 184; 47, 189; KG JFG 8, 306, 310; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 44; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 16; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 15; Soergel/Stürmer, § 880 BGB, Rd.-

Nr. 18; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 141; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 50.

184 KGJ 20, 181, 184; 47, 189; JFG 8, 306, 310; Staudinger/Kutter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 45; BGB-RGRK/Augustin, § 45 GBO, Rd.-Nr. 16; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 15; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 142; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 50, 51.

185 KG JFG 8, 306, 310; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 50.

186 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 35, 37; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 17.

187 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 35; Erman/Hagen, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 17; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 154.

188 Protokolle Mugdan III, 554 f.; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 17.

189 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 36; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 17; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 41; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 155.

190 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 36; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 17; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 155.

191 MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 17; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 37; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 155.

unwirksam; gutgläubiger Erwerb des Vorrangs ist nur unter den Voraussetzungen des §§ 892 ff. BGB möglich¹⁹². Befindet sich ein vortretender Gläubiger hinsichtlich des Bestehens eines zu Unrecht eingetragenen Rechts im guten Glauben, erwirbt er den ihm eingewiesenen Vorrang nach § 893 BGB¹⁹³.

2. Nichtbestehen des vortretenden Rechts

Besteht das vortretende Recht nicht, ist die Rangänderung unwirksam, da die Inhaltsänderung des zurücktretenden Rechts immer unter dem stillschweigenden Vorbehalt steht, daß der Rang dem vortretenden Recht tatsächlich zukommt¹⁹⁴. Ein gutgläubiger Erwerb des Vorrangs ist erst durch einen Dritten – nach der Eintragung der Rangänderung im Grundbuch – nach § 892 BGB möglich; dieser erwirbt das vermeintlich bestehende Recht mitsamt dem ausgewiesenen Vorrang¹⁹⁵. Ein gutgläubiger Erwerb des vermeintlichen Gläubigers im Zeitpunkt der „Rangänderung“ im Grundbuch ist nicht möglich¹⁹⁶.

VII. Kosten des Rangrücktritts

1. Kosten des Notars

Für den Entwurf der Bewilligung des Rangrücktritts steht dem Notar $\frac{1}{2}$ -Gebühr nach §§ 141, 145, 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO zu; bei bloßer Unterschriftsbeglaubigung gelten §§ 141, 45 KostO. Entsprechendes gilt für etwa erforderliche Zustimmungserklärungen, sofern nicht alle Erklärungen in einem einheitlich gefertigten Entwurf gleichzeitig beglaubigt werden (§ 145 Abs. 1 S. 3 KostO)¹⁹⁷.

2. Kosten des Grundbuchamtes

Das Grundbuchamt erhält für die Eintragung des Rangvermerks beim zurücktretenden Recht eine $\frac{1}{2}$ -Gebühr nach § 64 Abs. 1 S. 1 KostO; der Rangvermerk beim vortretenden Recht ist nach § 64 Abs. 5 KostO gebührenfrei. Wird zusätzlich eine Löschungsvormerkung eingetragen, fällt eine weitere $\frac{1}{2}$ -Gebühr an, § 64 Abs. 1 S. 2 KostO.

Tritt eine Auflassungsvormerkung im Rang hinter Grundpfandrechte zurück, fällt lediglich eine $\frac{1}{4}$ -Gebühr nach §§ 64 Abs. 5, 67 Abs. 1 Nr. 1 KostO an¹⁹⁸.

3. Geschäftswert

Maßgebend ist nach § 23 Abs. 3 S. 1 KostO der geringere Wert der beteiligten Rechte.

C.

Rechtsprobleme des Rangvorbehalts

I. Rechtsnatur des Rangvorbehalts

Der Rangvorbehalt ist nach ganz h.M. ein dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (§ 881 Abs. 3 BGB) zustehendes Stück vorbehaltenen Eigentums mit der Wirkung der Beschränkung des Vorbehaltsrechts, d. h. des Rechts, bei dessen Eintragung sich der Eigentümer die Vorrangseinräumung vorbehalten hat¹⁹⁹. Der Rangvorbehalt ist dinglicher Natur²⁰⁰ und gilt als wesentlicher Bestandteil des Eigentums gem. § 93 BGB²⁰¹.

Aus der Sicht des Inhabers des Vorbehaltsrechts (belastetes Recht) handelt es sich bei dem Rangvorbehalt um eine inhaltliche Beschränkung des Vorbehaltsrechts durch eine „Art bedingter Rangänderung“; Bedingung ist die Ausübung des Rangvorbehalts durch den Eigentümer²⁰². Der Rangvorbehalt ist allerdings keine Belastung des Grundstücks²⁰³.

II. Gegenstand des Rangvorbehalts

Mit einem Rangvorbehalt belastet werden kann jedes Recht, das rechtsgeschäftlich als Belastung des Grundstücks bestellt werden kann²⁰⁴. Eine Ausnahme gilt für Erbbaurechte. Diese können wegen § 10 ErbbauVO nicht mit einem Rangvorbehalt belastet werden²⁰⁵. Im Hinblick auf § 883 Abs. 3 BGB kann auch bei einer Vormerkung ein Rangvorbehalt entsprechend § 881 BGB eingetragen werden²⁰⁶.

Die Eintragung eines Rangvorbehalts bei im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragenen Rechten, insbesondere einer Zwangshypothek oder einer aufgrund einstweiliger Verfügung eingetragenen Vormerkung (§ 885 BGB), ist nicht möglich²⁰⁷. Der Rangvorbehalt kann gleichzeitig mit der Bestellung des belasteten Rechts²⁰⁸ oder – entsprechend § 877 BGB – auch nach dessen Eintragung begründet werden²⁰⁹. Der Wortlaut des § 881 Abs. 1 BGB, wonach der Rangvorbehalt „bei der Belastung“ einzutragen ist, beinhaltet nach heute allgemeiner Ansicht keine zeitliche Beschränkung, sondern stellt nur die Zulässigkeit eines Rangvorbehalts fest²¹⁰. Streitig ist, ob der – rechtsgeschäftlich bestellte – Rangvorbehalt ausschließlich zugunsten rechtsgeschäftlich bestellter Rechte oder auch zugunsten nicht rechtsgeschäftlich bestellter Rechte – etwa einer Zwangs- oder Arresthypothek – ausgenutzt werden kann²¹¹.

Der Anspruch auf Einräumung eines Rangvorbehalts zugunsten eines künftigen Rechtsinhabers kann zu Lasten eines eingetragenen Rechts durch eine entsprechende Vormerkung

- 192 Palandt/Bassenge, § 880 BGB, Rd.-Nr. 5; Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 38; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 17, 20; Erman/Hagen, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4, 8; Soergel/Stürner, § 880 BGB, Rd.-Nr. 8; a.A. hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs nur BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 5, der § 880 Abs. 5 BGB für eine Einschränkung des § 892 BGB hält.
- 193 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 38; Soergel/Stürner, § 880 BGB, Rd.-Nr. 8; Palandt/Bassenge, § 880 BGB, Rd.-Nr. 5.
- 194 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 39; Soergel/Stürner, § 880 BGB, Rd.-Nr. 8; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; MünchKommWacke, § 880 BGB, Rd.-Nr. 20; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 158.
- 195 Staudinger/Kutter, § 880 BGB, Rd.-Nr. 39; BGB-RGRK/Augustin, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4; MünchKommWacke, a.a.O., Rd.-Nr. 20; Palandt/Bassenge, § 880 BGB, Rd.-Nr. 5; Erman/Hagen, § 880 BGB, Rd.-Nr. 4, 8.
- 196 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 158.
- 197 Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 12. Aufl. 1991, § 45, Rd.-Nr. 1, 8.
- 198 BayObLG Rpfleger 1989, 41; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 62; Baumann, MittRhNotK 1992, 122 f.
- 199 KGJ 40, 234, 237; 48, 179, 181; BGH NJW 1954, 954 = BGHZ 12, 238 ff.; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2130; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 168; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 15; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 10 f.; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 21; Weirich, Grundstücksrecht, Rd.-Nr. 369.
- 200 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 168; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 15; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 10 f.; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3.
- 201 AG Stuttgart NJW 1953, 1876; Jansen, Rangvorbehalt und Zwangsvollstreckung, AcP 152, 508, 513; Wilhelm, Sachenrecht, 1993, S. 493.
- 202 BGH NJW 1954, 954; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 15; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 168 m.w.N.
- 203 KGJ 48, 179, 182; Gabeldiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rd.-Nr. 7.4.3., S. 143.

- 204 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; Soergel/Stürner, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2132; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 23; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 45 GBO, Rd.-Nr. 170; Leesmeister, Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren, 1993, S. 359.
- 205 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2132; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 170.
- 206 KG JW 1926, 2546; Staudinger/Kutter, § 881 BGB; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; Haegeler/Schöner/Stöber, Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 171; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 23; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 35; Leesmeister, a.a.O., S. 359.
- 207 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 171; Soergel/Stürner, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3.
- 208 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 175; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 37.
- 209 KGJ 34, 240, 244; OLGE 15, 330, 333; JFG 8, 287, 292; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 1, 2; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 175; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2131; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 35; Sichtermann, Bedeutung und Behandlung der Eintragungen in Abt. II des Grundbuchs, 9. Aufl. 1981, S. 132 f.
- 210 KGJ 34, 240, 244; OLGE 15, 330, 333; JFG 8, 287, 292; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 1, 2; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 175; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2131; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 35; Sichtermann, a.a.O., S. 132 f.; a.A. noch KGJ 21, 306, 308, überholt seit KGJ 34, 240 ff.
- 211 Vgl. dazu nachstehend C.IV.1.a).

gesichert werden²¹². Durch einen Rangvorbehalt begünstigt werden können sämtliche eintragungsfähigen dinglichen Rechte²¹³. Zu diesen sogenannten „begünstigten“ bzw. „vorbehaltenen“ Rechten zählt im Hinblick auf § 883 Abs. 3 BGB auch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung dieser Rechte²¹⁴. Sofern das begünstigte Recht bei Bestellung des Rangvorbehalts bereits im Grundbuch eingetragen ist, besteht nur die Möglichkeit einer Rangänderung nach § 880 BGB²¹⁵. Sollen mehrere Rechte begünstigt werden, kann das Vorbehaltsrecht mit mehreren entsprechenden Rangvorbehalten belastet werden²¹⁶. Neben dem ausdrücklich in § 881 Abs. 1 BGB angeführten Vorbehalt des Vorranges ist auch ein Rangvorbehalt für den Gleichrang mit dinglicher Wirkung möglich, da der Gleichrang lediglich ein im Vorrang enthaltenes „minus“ zu diesem verkörpert²¹⁷.

III. Voraussetzungen der Entstehung des Rangvorbehalts

1. Materiellrechtliche Voraussetzungen

a) Einigung und deren Bestimmtheit

aa) Einigung

Zur Entstehung des Rangvorbehalts bedarf es zunächst der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber des mit dem Vorbehalt zu beschränkenden Rechts. Wird der Rangvorbehalt bei Bestellung des zu belastenden Rechts vereinbart, ist § 873 BGB anwendbar, wird er nachträglich bestellt, ist § 877 BGB einschlägig²¹⁸. Aus dem mißverständlichen Wortlaut des § 881 Abs. 2 BGB kann nicht gefolgert werden, daß es zur Entstehung des Rangvorbehalts nur der Eintragung im Grundbuch bedürfte²¹⁹. Die erforderliche Einigung kann auch noch nach der Eintragung des Vorbehalts wirksam vorgenommen werden; der Vorbehalt entsteht dann jedoch erst im Zeitpunkt der Einigung²²⁰. Eine Einigung ist zur Entstehung des Rangvorbehalts nur entbehrlich, wenn zur Bestellung des zu belastenden Rechts eine einseitige Erklärung des Eigentümers genügt, so insbesondere bei der Eigentümergrundschuld²²¹.

bb) Bestimmtheit der Einigung

Nach § 881 Abs. 1 BGB muß das vorbehaltene Recht bei der Bestellung des Vorbehalts seinem Umfang nach bestimmt werden. Zur hinreichenden Bezeichnung des vorbehaltenen

Rechts sind dessen Rechtsnatur und Inhalt anzugeben²²². Bei Grundpfandrechten bedarf es der Angabe über den Betrag von Kapital, Zinsen und sonstigen Nebenleistungen, wobei die Nennung von Höchstbeträgen jeweils genügt²²³. Bei Nebenleistungen ist der Höchstbetrag so genau wie bei ihrer Eintragung zu bezeichnen; § 1115 BGB ist mithin zu beachten²²⁴. Da streitig ist, ob ein Rangvorbehalt, der für ein Grundpfandrecht nebst (hinreichend bestimmten) Zinsen bestellt ist, auch durch Zinsen und sonstige Nebenleistungen (z. B. Verwaltungskostenbeiträge) ausgenutzt werden darf²²⁵, dürfte es sich empfehlen, eine ausdrückliche Unterscheidung von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen bei der Bestellung des Vorbehalts vorzunehmen. Für Zinsen und sonstige wiederkehrende Nebenleistungen sind ferner der Berechnungszeitraum²²⁶ und der Anfangszeitpunkt²²⁷ festzulegen. Ist dies unterblieben, hat das Grundbuchamt die Eintragung mangels hinreichend klaren Inhalts der Bewilligung nach zutreffender Ansicht²²⁸ abzulehnen. Der Ansicht des LG Aachen²²⁹ und des OLG Frankfurt²³⁰, wonach die Auslegung eindeutig ergebe, daß es auf den Zeitpunkt der Eintragung des vorbehaltenen Rechts im Grundbuch ankomme, kann nicht gefolgt werden. Ebenso wenig ergibt die Auslegung nach der Lebenserfahrung zweifelsfrei den Tag der Beurkundung²³¹ des vorbehaltenen Grundpfandrechts als Zeitpunkt des Beginns der Verzinsungspflicht. Zwar mögen die Kreditgeber angesichts teilweise erheblicher Eintragungsdauer eine Verzinsung ab Beurkundung des Grundpfandrechts für wünschenswert halten und dies in ihren Grundschriftformularen entsprechend regelmäßig vorsehen²³², doch fehlt es an hinreichend eindeutigen Anhaltspunkten, wenn die übliche ausdrückliche Regelung in der Eintragungsbewilligung unterblieben ist. Der bestehende Meinungsstreit über die vermeintlich eindeutigen und zweifelsfreien Ergebnisse der Auslegung zeigt, daß eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts angebracht ist, wenn Angaben zum Beginn von wiederkehrenden Nebenleistungen unterblieben sind²³³. Sofern eine Eintragung trotz fehlender Angabe des Verzinsungsbeginns erfolgt sein sollte, ist auf der Grundlage einer kürzlich ergangenen Entscheidung des BGH in der Praxis davon auszugehen, daß als Zinsbeginn der Zeitpunkt der Eintragung des Grundpfandrechts als Mindestinhalt der Erklärung anzusehen ist und damit als vereinbart gilt²³⁴.

Eine Einigung über die Person des Berechtigten des vorbe-

212 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; Soergel/Stürner, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 175; Sichertmann, a.a.O., S. 131, Fn. 2, weist jedoch zu Recht darauf hin, daß in der Praxis diese Möglichkeit zumeist scheitern würde, da die Person des Gläubigers der Vormerkung zum betreffenden Zeitpunkt noch nicht feststeht. Der Rangvorbehalt wird bei Grundpfandrechten in der Praxis gerade dann bestellt, wenn ein erstrangiger Finanzierungsgläubiger noch nicht gefunden ist.

213 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2134; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 172; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 23; Leesmeister, Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren, S. 359.

214 KG OLG 45, 305, 306; JW 1926, 2546; Staudinger/Kutter, § 881 BGB; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 172; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 23; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 35.

215 KG KGJ 39, 193, 196; OLG 20, 389, 399; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 175; a.A. noch KG JFG 8, 287, 292 ff.

216 KG JFG 8, 295, 305 f.; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 7; Soergel/Stürner, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 172; Münchener Vertragshandbuch/Hagen/Langenfeld, 3. Aufl. 1994, Bd. IV 1/2, X 44, Anm. 13.

217 BayObLGZ 1956, 462; KGJ 39, 194; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5; Soergel/Stürner, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 35; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2134; Weirich, Grundstücksrecht, Rd.-Nr. 369.

218 RG WarnR 1913, Nr. 324; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; Erman/Hagen, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2131; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 22; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 177; Horber/Demharter, § 45 GBO, Anm. 116; Baur, Sachenrecht, § 17 C 12; Weitnauer, DNotZ 1958, 352, 356.

219 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5.

220 BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 25; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 177.

221 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5; Soergel/Stürner, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8, der die einseitige Erklärung des Eigentümers auch bei der Belastung einer Vormerkung ausreichen lassen will; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 177; Weitnauer, DNotZ 1958, 352, 356.

222 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2134, 2136; Leesmeister, Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren, 358.

223 KGJ 28, 258, 260; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2134, 2136; Leesmeister, a.a.O., 358.

224 Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2.

225 Dafür: LG Wuppertal BIGW 1953, 200; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 20; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2152; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 25; Schmitz-Valckenberg, NJW 1964, 1477; dagegen: OLG Frankfurt, Rpfleger 1964, 376; Horber/Demharter, § 45 GBO, Anm. 13 a. Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2136, 1956, 1959; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176.

227 BGH MittRhNotK 1995, 312 (in diesem Heft); Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2136; Horber/Demharter, § 45 GBO, Anm. 12 b.

228 BayObLGZ 1994, 203, 207 ff.; jetzt auch BGH, a.a.O. 312 (in diesem Heft); Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2136; Meikel/Böttcher, § 45 GBO; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 12 b.

229 LG Aachen MittBayNot 1986, 132 = Rpfleger 1986, 89.

230 OLG Frankfurt DNotZ 1990, 743 = Rpfleger 1989, 401; so auch LG Dresden Rpfleger 1994, 292; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2.

231 So aber Kutter, DNotZ 1990, 744, 746 f.

232 Kutter, a.a.O., 744, 746.

233 BayObLGZ 1994, 203, 207 ff.; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2136 (Fn. 13); Horber/Demharter, § 45 GBO, Anm. 12 b.

234 BGH a.a.O. 312 (in diesem Heft).

haltenen Rechts ist zur Entstehung des Rangvorbehalts entbehrlich²³⁵. Andererseits kann als Inhalt des Rangvorbehalts vereinbart werden, daß er nur durch bestimmte Berechtigte ausgenutzt werden kann²³⁶. Diese Beschränkung wirkt insoweit dinglich, als eine Ausnutzung des eingetragenen Rangvorbehalts zugunsten anderer Personen nicht möglich ist²³⁷; vor Eintragung sind derartige Beschränkungen für den Eigentümer bindend²³⁸. Der Rangvorbehalt kann inhaltlich auch dahingehend beschränkt werden, daß er nur zugunsten einer bestimmten Zweckschuld (Grundpfandrechte zur Sicherung von Baugeldern²³⁹) oder nur zugunsten solcher Rechte ausgenutzt werden kann, für die die Bestellsurkunde von einem bestimmten Notar²⁴⁰ beurkundet worden ist. Der Rangvorbehalt kann schließlich auf eine einmalige Ausübung beschränkt²⁴¹ sowie befristet oder bedingt²⁴² sein.

Der praktische Nutzen dieser Beschränkungen ist vielfältig und kann hier nur exemplarisch aufgezeigt werden: Durch die Vereinbarung einer entsprechenden aufschiebenden Bedingung kann erreicht werden, daß Valuta einer in Ausnutzung des Rangvorbehalts zu bestellenden Hypothek nur für Bauzwecke verwendet werden und somit eine durch die Bebauung bedingte Werterhöhung des Grundbesitzes eintreten kann²⁴³. Der seinen Grundbesitz verkaufende Eigentümer kann durch dinglich wirkende Beschränkung des – bei der Auflassungsvormerkung des Käufers eingetragenen – Vorbehalts zugunsten von zu bestellenden Kaufpreisfinanzierungsgrundpfandrechten sicherstellen, daß nur mit Zustimmung des Käufers bestellte Grundpfandrechte oder Grundpfandrechte, die vor dem den Kaufvertrag beurkundenden Notar bestellt werden, eingetragen werden können.

b) Grundbucheintragung

Der Rangvorbehalt bedarf zu seiner Wirksamkeit nach materiellem Recht der ausdrücklichen Eintragung bei dem belasteten Recht (§ 881 Abs. 2 1. HS BGB)²⁴⁴. Sollen mehrere Rechte zurücktreten, ist bei jedem belasteten Recht einzutragen²⁴⁵. Bei gleichzeitiger Eintragung von belastetem Recht und Rangvorbehalt hat die Eintragung des Vorbehalts in Abteilung II Spalte 3 bzw. Abteilung III Spalte 4, also in der Hauptspalte im Eintragungsvermerk des belasteten Rechts zu erfolgen²⁴⁶. Bei nachträglicher Eintragung ist der Rangvorbehalt in der Veränderungsspalte einzutragen²⁴⁷. Sofern die Eintragung an anderer Stelle erfolgt, ist der Rangvorbehalt unwirksam²⁴⁸. Der das formelle Grundbuchrecht sonst beherrschende Grundsatz, daß eine an falscher Stelle des – richtigen – Grundbuchblattes

erfolgte Eintragung nicht unwirksam ist, ist nicht anwendbar, da im Falle des Rangvorbehalts das materielle Recht die Eintragung an der richtigen Stelle zur Wirksamkeitsvoraussetzung erhebt²⁴⁹.

Einzutragen ist neben dem Rangvorbehalt die Art des vorbehaltenen Rechts²⁵⁰, wobei hinsichtlich des letzteren die schlagwortartige Kennzeichnung des Wesenskerns genügt²⁵¹. Soll die Eintragung von Grundpfandrechten vorbehalten werden, sind zusätzlich der zumindest höchstbetragsmäßig ausgewiesene Umfang des Rechts hinsichtlich Hauptsachebetrag, Zinsen und Geldbetrag der weiteren Nebenleistungen anzugeben (§ 1115 BGB)²⁵². Eine Bezugnahme auf entsprechende Angaben in der Eintragungsbewilligung ist nach allgemeiner Ansicht nicht zulässig²⁵³. Unterbleibt daher etwa die ausdrückliche Angabe des Geldbetrages – ggf. Höchstbetrages – der Nebenleistungen eines Grundpfandrechts, ist der Rangvorbehalt insoweit unwirksam²⁵⁴.

Die Angabe des Gläubigers des vorbehaltenen Rechts und des Eigentümers als Ausübungsberechtigtem des Rangvorbehalts ist entbehrlich (§ 881 Abs. 3 BGB)²⁵⁵.

Wegen der näheren Einzelheiten des vorbehaltenen Rechts kann hingegen nach § 874 BGB insoweit auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, als dies bei der Eintragung des vorbehaltenen Rechts selbst zulässig ist²⁵⁶. Zu den näheren Einzelheiten zählt beispielsweise die Kennzeichnung als Brief- oder Buchrecht, als Verkehrs- oder Sicherungshypothek, die Beschränkung des Rangvorbehalts auf Rechte nur zugunsten bestimmter Gläubiger²⁵⁷. Gleiches gilt für die Berechtigung zur mehrfachen Ausübung des Rangvorbehalts, die zum Inhalt des Rangvorbehalts gehört²⁵⁸.

2. Formellrechtliche Voraussetzungen

a) Antrag

Antragsberechtigt sind nach § 13 Abs. 1 S. 2 GBO sowohl der eingetragene Eigentümer als auch der Gläubiger des zu belastenden Rechts – und zwar unabhängig davon, ob der Rangvorbehalt gleichzeitig mit dem zu belastenden Recht eingetragen oder diesem erst nachträglich beigefügt werden soll²⁵⁹.

Der Eintragungsantrag ist nach § 30 GBO formlos wirksam²⁶⁰.

b) Bewilligung

Soll der Rangvorbehalt bereits bei der Bestellung des belaste-

- 235 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; Soergel/Stürmer, § 881 BGB, Rd.-Nr. 7; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2134; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176.
- 236 KG HRR 1930, Nrn. 1611, 1931, 288; LG Düsseldorf MittRhNotK 1985, 15 = Rpfleger 1985, 100 f.; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6, 21; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2134, 2136; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 24; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 126.
- 237 BGHZ 12, 238 ff. = NJW 1954, 954, 955; LG Düsseldorf a.a.O.; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; Soergel/Stürmer, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2134, 2136; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 24; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 126.
- 238 MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Soergel/Stürmer, § 881 BGB, Rd.-Nr. 7.
- 239 MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2134; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 24.
- 240 LG Düsseldorf, a.a.O.; Soergel/Stürmer, § 881 BGB, Rd.-Nr. 1; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2134; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2.
- 241 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2134; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2.
- 242 KG JFG 8, 305; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2139; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 24; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 126.
- 243 KGJ 28, 255; 31, 321; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9.
- 244 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 178; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2137.
- 245 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2137; KG JFG 8, 294.

- 246 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 178; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2137.
- 247 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 178; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2137.
- 248 KG JFG 8, 300; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 178; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2137; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 40.
- 249 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 178.
- 250 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 178.
- 251 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2137.
- 252 OLG Frankfurt Rpfleger 1964, 376; KG HRR 1931 Nr. 1754; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 178; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 24; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2137; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 38.
- 253 KG HRR 1931 Nr. 1754; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 26; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 178; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 24; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2137.
- 254 LG Itzehoe MittBayNot 1969, 27 = MDR 1968, 1010; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 178.
- 255 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2137; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 178.
- 256 KG KGJ 46, 202; 48, 179; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 26; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 180; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2138; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 40.
- 257 KGJ 48, 192; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2138; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 40; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6.
- 258 LG Aachen Rpfleger 1977, 22; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 180; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2138.
- 259 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2131; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 185, 187.
- 260 Haegeler/Schöner/Stöber, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2131; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 185, 187; Münchener Vertragshandbuch/Hagena/Langenfeld, Bd. 4/1, Formular X.44, Anm. 3.

ten Rechts eingetragen werden, bedarf es lediglich der Eintragungsbewilligung des Eigentümers, § 19 GBO²⁶¹. Eine Bewilligung des Gläubigers des belasteten Rechts ist nicht zu fordern, da das Recht von Anfang an nur in dem durch den Rangvorbehalt beschränkten Umfang entstehen kann²⁶².

Soll der Rangvorbehalt erst nachträglich einem bereits eingetragenen Recht beigelegt werden, ist hingegen die Eintragungsbewilligung des Gläubigers des zu belastenden Rechts zu fordern, weil dessen Recht durch den Vorbehalt i.S.d. § 19 GBO betroffen wird²⁶³. Handelt es sich bei dem zu belastenden Recht um ein Grundpfandrecht, verlangt eine gewichtige Meinung in der Literatur unter Hinweis auf § 880 Abs. 2 S. 2 BGB zusätzlich die Mitbewilligung des Eigentümers²⁶⁴. Nach anderer Auffassung ist der Eigentümer nicht befugt, zu Lasten der aus einem Grundpfandrecht künftig etwa für ihn entstehenden Eigentümergrundschild einen Rangvorbehalt zugunsten eines anderen Rechts eintragen zu lassen; mangels vorheriger Gläubigerstellung fehle es an einer Betroffenheit des Eigentümers in seinen Rechten²⁶⁵. Da eine höchstgerichtliche Entscheidung der Streitfrage noch aussteht, kann nur empfohlen werden, vorsorglich auch die Bewilligung des Eigentümers in die entsprechende Urkunde aufzunehmen.

Hinsichtlich der erforderlichen inhaltlichen Bestimmtheit der Eintragungsbewilligung kann auf die vorstehenden Ausführungen in C.III.1.a) Bezug genommen werden.

Die Eintragungsbewilligung ist nach § 29 Abs. 1 S. 1 GBO in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde vorzulegen²⁶⁶.

c) Voreintragung

Die Eintragungsbewilligung hat grundsätzlich durch den im Zeitpunkt der Eintragung des Vorbehalts eingetragenen Eigentümer bzw. Gläubiger des belasteten Rechts zu erfolgen.

d) Vorlage von Briefen

Zur Eintragung eines Rangvorbehalts bei einem Briefgrundpfandrecht bedarf es neben der erforderlichen Eintragungsbewilligung der Vorlage des für das Grundpfandrecht ausgestellten Briefes gegenüber dem Grundbuchamt, da der Rangvorbehalt eine inhaltliche Beschränkung des belasteten Rechts darstellt²⁶⁷.

IV. Voraussetzungen der Ausnutzung des Rangvorbehalts

1. Materiellrechtliche Voraussetzungen

a) Einigung

Der Rangvorbehalt verkörpert nach zutreffender Ansicht²⁶⁸ eine dem jeweiligen Eigentümer (§ 881 Abs. 3 BGB) zustehende,

aus dem Eigentum fließende Befugnis, so daß die Ausnutzung des Vorbehalts grundsätzlich im freien Ermessen des Eigentümers steht²⁶⁹.

Nach h.M. kann der Rangvorbehalt nicht für eine Zwangs- oder Arresthypothek eines Gläubigers des Grundstückseigentümers in Anspruch genommen werden²⁷⁰. Dies wird zum einen damit begründet, daß der Rangvorbehalt als wesentlicher Bestandteil des Eigentums mit diesem untrennbar verbunden sei und nach § 881 Abs. 3 BGB nur dem jeweiligen Eigentümer zustehen²⁷¹. Daraus folge, daß er allein weder übertragbar noch pfändbar sei und auch eine Hilfspfändung nicht möglich sei²⁷². Zum anderen sollte das Institut des Rangvorbehalts sicherstellen, daß der Erwerber eines Baugrundstücks die zur Finanzierung der Bebauung des Grundstücks notwendige Bestellung erster-rangiger Grundpfandrechte trotz zunächst eingetragener Kaufgeldhypotheken des Verkäufers sicherstellen konnte²⁷³. Über die Bebauung werde der Grundstückswert gesteigert und damit dem Gläubiger des belasteten, zurücktretenden Rechts ein Ausgleich gewährt. Diese Wertsteigerung entfiel aber bei der Ausnutzung des Rangvorbehalts zugunsten von Zwangshypotheken, so daß der Gläubiger des belasteten Rechts unbillig belastet würde. Letzterer vertraue schließlich auch darauf, daß wegen § 881 Abs. 3 BGB nur der Grundstückseigentümer bzw. dessen Rechtsnachfolger den Rangvorbehalt vereinbarungsgemäß ausüben²⁷⁴. Mit der Schaffung des § 881 Abs. 2 BGB habe der Gesetzgeber daher verhindern wollen, daß der Rangvorbehalt jemals an „einen anderen als den jeweiligen Eigentümer gelangen soll“²⁷⁵. Im Hinblick darauf könne der Schutz des mit dem Rangvorbehalt belasteten Gläubigers nicht davon abhängig gemacht werden, daß dieser sich vor einer Pfändung dadurch schütze, daß er für eine dinglich wirkende Vereinbarung Sorge, wonach der Rangvorbehalt nur für bestimmte Rechte bzw. für bestimmte Personen gelte²⁷⁶.

Nach anderer Ansicht²⁷⁷ unterliegt der Rangvorbehalt im Falle des Fehlens einer derartigen Zweckbestimmung aufgrund seiner Natur als Stück vorbehaltenen Eigentums der Vollstreckung im Wege der Eintragung von Zwangs- bzw. Arresthypotheken unter Ausnutzung des Vorbehalts. § 881 Abs. 3 BGB stelle lediglich klar, daß der Rangvorbehalt vom Eigentum nicht getrennt werden könne, aber stehe der Belastung des vorbehaltenen Eigentums in der Liegenschaftsvollstreckung nicht entgegen²⁷⁸. Durch die Anordnung der Zwangsvollstreckung werde der Eigentümer schließlich auch an der Ausübung des Rangvorbehalts nach §§ 20, 23 ZVG, § 135 BGB gehindert²⁷⁹.

Der Wortlaut des § 881 Abs. 3 BGB spricht bereits für die h.M., da der Rangvorbehalt darin nicht nur an das Eigentum, sondern an den „jeweiligen Eigentümer“ geknüpft wird. Auch der Hinweis des BGH auf den mit dem Rangvorbehalt verfolgten Zweck ist überzeugend. Im übrigen ist der Gläubiger des belasteten Rechts unabhängig davon schutzwürdig, ob eine aus-

261 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 7; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 186; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 22; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 37; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2131.

262 BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 7, 13; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 186.

263 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 7; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 188; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 22; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 37; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2131.

264 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2131; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 188; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 22; KG JFG 12, 289.

265 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 7; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 37.

266 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 186, 188.

267 BayObLG MittRhNotK 1979, 193, 194 = MittBayNotK 1979, 113; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2138; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 4.

268 KGJ 40, 234, 237; 48, 179, 181; BGH NJW 1954, 954 = BGHZ 12, 238 f.; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2130; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 168; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 15; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 10 f.; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 21; Weirich, Grundstücksrecht, Rd.-Nr. 369.

269 BGH NJW 1954, 954 f. = BGHZ 12, 238 ff.; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3, 15; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 41.

270 BGHZ 12, 238, 245 = NJW 1954, 954, 955; OLG Frankfurt MDR 1953, 243;

BayObLG Recht 1908 Nr. 981; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3, 13; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 26; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 41; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2142; Jansen, Rangvorbehalt und Zwangsvollstreckung, AcP 152, 508 ff., 513 ff.; Stöber, Forderungspfändung, Rd.-Nr. 1733.

271 BGHZ 12, 238, 245 = NJW 1954, 954, 955; OLG Frankfurt MDR 1953, 243; BayObLG Recht 1908 Nr. 981; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 3, 13; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 26; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 41; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2142; Jansen, Rangvorbehalt und Zwangsvollstreckung, AcP 152, 508 ff., 513 ff.; Stöber, Forderungspfändung, Rd.-Nr. 1733.

272 BGHZ 12, 238, 245 = NJW 1954, 954, 955; OLG Frankfurt MDR 1953, 243; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 26; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 41; Stöber, Forderungspfändung, Rd.-Nr. 1733.

273 BGHZ 12, 238, 245 = NJW 1954, 954, 955; vgl. Mugdan, Materialien zum BGB III, S. 129.

274 BGH, a.a.O.

275 BGH, a.a.O.

276 BGH, a.a.O.

277 LG Berlin DR 1939, 1532; LG Stuttgart NJW 1954, 1054; AG Stuttgart NJW 1953, 1876; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 18; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 14; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 174; Weirich, Grundstücksrecht, Rd.-Nr. 369.

278 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 18.

279 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 18.

drückliche Einschränkung des Rangvorbehalts erfolgt oder nicht. Schließlich kann der Gläubiger des Eigentümers im Fall der Zwangsversteigerung den Wert des nicht ausgenutzten Rangvorbehalts realisieren, da der Rangvorbehalt grundsätzlich auf den Ersteher übergeht und von diesem genutzt werden kann. Mit der h.M. ist daher davon auszugehen, daß eine Ausnutzung des Rangvorbehalts durch Eintragung von einer Zwangs- oder Arresthypothek nicht möglich ist. Im Hinblick auf den Meinungsstreit kann jedoch bei Verwendung des Rangvorbehalts bei der Kaufvertragsabwicklung eine Beschränkung der Ausnutzung des Rangvorbehalts auf solche mit Zustimmung des Käufers, vor dem beurkundenden Notar, bestellte Grundpfandrechte empfohlen werden.

Eine Pfändung bzw. Ausnutzung des bei der Auflassungsvormerkung zugunsten von (Finanzierungs-)Grundpfandrechten des Käufers eingetragenen Rangvorbehalts durch Gläubiger des Käufers kommt ebenfalls nicht in Betracht. Der Rangvorbehalt ist Bestandteil des Eigentums und steht dem jeweiligen Eigentümer zu (§ 881 Abs. 3 BGB). Die Schutzwirkungen der Auflassungsvormerkung können nicht zu einer Beschränkung der Eigentümerbefugnisse führen, da der Rangvorbehalt die Auflassungsvormerkung inhaltlich beschränkt. Auch ein pfändbares Anwartschaftsrecht des Käufers besteht nicht, da der Eigentümer den Rangvorbehalt vor Ausnutzung ohne Zustimmung des begünstigten Käufers löschen kann²⁸⁰.

Die Kaufvertragsabwicklung unter Verwendung eines Rangvorbehalts bietet gegenüber Gestaltungen unter Einsatz des Rangrücktritts den Vorteil, daß eine Pfändung der Auflassungsvormerkung des Käufers durch dessen Gläubiger nicht geeignet ist, einem den Vorbehalt ausnutzenden Grundpfandrecht des Finanzierungsgläubigers den angestrebten Rang vor der Auflassungsvormerkung zu nehmen; bei Eigentumsumschreibung erhielt die dann an Stelle der Vormerkung kraft Gesetzes entstehende Sicherungshypothek des Pfändungsgläubigers den Rang nach dem in Ausnutzung des Rangvorbehalts eingetragenen Finanzierungsgrundpfandrecht.

Die Ausnutzung/Ausübung des Rangvorbehalts geschieht durch die Bestellung des vorbehaltenen/begünstigten Rechts nach den für die Bestellung eines solchen Rechts geltenden Grundsätzen²⁸¹.

aa) Beteiligte der Einigung

Materiellrechtlich erfordert die Ausnutzung des Rangvorbehalts gem. § 873 Abs. 1 BGB zunächst die formlose Einigung des (verfügungsberechtigten) Eigentümers mit dem Gläubiger des den vorbehaltenen Rang einnehmenden Rechts²⁸². Die Erklärung des (verfügungsberechtigten) Eigentümers kann durch ein entsprechendes rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO ersetzt werden²⁸³.

Hat der Eigentümer die Verfügungsbefugnis verloren, ist der an seiner Stelle Verfügungsberechtigte, etwa der Konkursverwal-

ter, zur Ausübung des Vorbehalts berechtigt²⁸⁴. Nach Beschlagnahme des Grundstücks ist eine Ausübung durch den Eigentümer gegenüber dem betreibenden Gläubiger gem. § 23 ZVG, § 135 BGB unwirksam²⁸⁵. Die Befugnis zur Ausübung des Rangvorbehalts geht als Teil des Eigentumsrechts auf den Ersteher des Grundstücks in der Zwangsversteigerung über, sofern nicht das belastete Recht durch den Zuschlag nach §§ 52 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 1 ZVG erlischt²⁸⁶ oder der Vorbehalt nur zugunsten bestimmter Dritter bestellt worden ist²⁸⁷.

Zur Wirksamkeit der Einigung bedarf es nicht der Zustimmung des Gläubigers des mit dem Rangvorbehalt belasteten Rechts; dessen Recht ist bereits durch die Bestellung des Vorbehalts, bei der er mitgewirkt hat, beschränkt worden²⁸⁸. Ebenso wenig setzt die Ausnutzung des Vorbehalts die Zustimmung der Gläubiger von Zwischenrechten voraus; da diese durch § 881 Abs. 4 BGB sowie den nach allgemeiner Ansicht entsprechend anwendbaren § 880 Abs. 4 und 5 BGB hinreichenden Schutz vor Rechtsverlusten erfahren²⁸⁹.

bb) Inhalt der Einigung

Im Rahmen der Einigung zwischen verfügbarem Eigentümer und Gläubiger des begünstigten Rechts sind die aus dem eingetragenen Vorbehalt folgenden Vorgaben – insbesondere Beschränkungen hinsichtlich Höchstbeträgen und Person des Begünstigten – zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang ist auf folgendes hinzuweisen: Nach h.M. kann statt einer vorbehaltenen Hypothek eine Grundschild, statt einer vorbehaltenen Grundschild eine Hypothek bestellt werden²⁹⁰; letzteres wird allerdings von Haegel/Schöner/Stöber²⁹¹ unter Hinweis auf die unterschiedlichen Auswirkungen für den gesetzlichen Lösungsanspruch des belasteten Rechts nach § 1179 a BGB und auf die Möglichkeit der inhaltlichen Beschränkung des Vorbehalts abgelehnt.

Der Rangvorbehalt braucht nicht auf einmal in Anspruch genommen zu werden. Seine teilweise Ausnutzung ist ebenso zulässig wie stufenweise Ausübung, bei der die nacheinander bestellten Teilrechte in ihrer Gesamtheit den Umfang des Rangvorbehalts ausschöpfen²⁹². In letzterem Fall ist zu beachten, daß sich die Rangfolge der nacheinander bestellten Rechte untereinander nach § 879 Abs. 1 BGB richtet²⁹³. Sofern ein zunächst in teilweiser Ausnutzung des Rangvorbehalts bestelltes Recht nachfolgend bestellen, den Vorbehalt ausnutzenden Rechten nachgehen soll, ist das zunächst zu bestellende Recht mit einem entsprechenden Rangvorbehalt zu belasten, oder es ist bei der späteren Bestellung ein Rangrücktritt des früher bestellten Rechts zu vereinbaren²⁹⁴.

Der Eigentümer kann einen nicht aus Anlaß seiner (erstmaligen) Ausnutzung gelöschten bzw. nicht ausdrücklich auf einmalige Ausnutzung beschränkten Rangvorbehalt nach Löschung des zunächst eingetragenen Vorrangsrechts nach h.M. wiederholt ausnutzen, ohne daß es einer Mitwirkung des

280 Vgl. dazu nachstehend C. VI. 2. a).

281 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11.

282 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 22; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 23; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 189; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 26; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 41; Haegel/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2147; Sichtermann, Bedeutung und Behandlung der Eintragungen in Abt. II des Grundbuches, 133; Leesmeister, Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren, 360; Baur, Sachenrecht, § 17 C II 3; Müller, Sachenrecht, 3. Aufl. 1993, § 15 IV 2d; a.A. nur Erman/Hagen, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5, der seine abweichende Auffassung – die einseitige Erklärung des Eigentümers genüge in jedem Fall – nicht begründet.

283 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 30; Soergel/Stürmer, § 881, Rd.-Nr. 8.

284 BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 27; Soergel/Stürmer, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 30.

285 BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 27; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 30; Steiner/Riedel, ZVG, 9. Aufl. 1984, § 23 ZVG, Anm. 2a.

286 BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 27.

287 Vgl. das Beispiel bei Soergel/Stürmer, § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; Vorbehalt zugunsten des Käufers oder seines Rechtsnachfolgers, eingetragen bei der Kaufgeldhypothek des Verkäufers; RG Recht 1914, Nr. 1089.

288 KGJ 36, 222; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 24; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 23; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11;

Palandt/Bassenge, § 881 BGB; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 189; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 41; Haegel/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2147.

289 MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11; Palandt/Bassenge, § 881 BGB; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 189; Haegel/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2147.

290 KG JFG 5, 340, 341 f.; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nm. 6, 11 unter Hinweis auf § 1198 BGB (entsprechend); Soergel/Stürmer, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 7; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 176; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8.

291 Haegel/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2150.

292 BayObLGZ 1956, 452, 456; KG KGJ 40, 234, 236; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 27; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 24; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 195 KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 26; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 41; Unterleitmayer, Die stufenweise Ausnutzung des Rangvorbehalts, Rpfleger 1960, 282; Haegel/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2154.

293 BayObLGZ 1956, 452, 456; KG KGJ 40, 234, 236; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 27; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 24; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 195; Haegel/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2154.

294 OLG Düsseldorf MittRhNotK 1967, 781, 782; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 24; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; Haegel/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2154.

Gläubigers des belasteten Rechts bedarf²⁹⁵. Die herrschende Ansicht ist zutreffend, da der Rangvorbehalt als ein vorbehaltenes Stück Eigentum ein Zustandsrecht verkörpert, das wiederholt ausgeübt werden kann²⁹⁶. Auch der Gesetzeszweck, dem Eigentümer die Möglichkeit zur Beschaffung späterer Kredite zu günstigen Bedingungen zu eröffnen, spricht für die Zulässigkeit einer wiederholten Ausnutzung²⁹⁷.

Der Rangvorbehalt zugunsten von Gesamtrechten kann auch durch Einzelrechte auf einzelnen Grundstücken ausgenutzt werden²⁹⁸. Bei Teilung von Grundstücken oder Bildung von Wohnungs- oder Teileigentum nach § 3 bzw. § 8 WEG spaltet sich ein eingetragener, noch nicht ausgeübter Rangvorbehalt entsprechend dem geteilten Eigentum in so viele Befugnisse, als Teilgrundstücke oder Eigentumseinheiten gebildet werden. Diese Befugnisse können jedoch nicht weitergehend als zugunsten eines Gesamtrechts ausgeübt werden²⁹⁹. Bei einem Rangvorbehalt zugunsten eines Gesamtrechts sind die Rangvorbehalte inhaltlich gegenseitig dahin beschränkt, daß der Betrag des Gesamtrechts nur einmal auf allen betroffenen Grundstücken bzw. Eigentumseinheiten zusammen vorgehen darf³⁰⁰. Bei einem Rangvorbehalt zugunsten von Gesamtrechten ist also zu prüfen, inwieweit der Rangvorbehalt bereits bei anderen Grundstücken bzw. Eigentumseinheiten ausgenutzt worden ist.

b) Grundbucheintragung

Die Ausnutzung des Rangvorbehalts ist im Grundbuch einzutragen. Dies hat durch Eintragung des begünstigten Rechts nebst Rangvermerk unter Angabe der Tatsache der Ausübung des Vorbehalts bei dem begünstigten Recht zu erfolgen³⁰¹. Nicht ausreichend ist die alleinige Eintragung des Vorrangsvermerks, da dadurch nur eine Rangänderung bekanntgemacht würde, die bei Vorhandensein von Zwischenrechten das Grundbuch unrichtig machen würde³⁰². Die Eintragung der Ausnutzung auch bei dem belasteten, zurücktretenden Recht ist zur materiellrechtlichen Wirksamkeit nicht notwendig, jedoch formellrechtlich nach § 18 GBVfg vorgeschrieben³⁰³.

Der Rangvermerk bei dem begünstigten Recht wird als Zusatz zum eigentlichen Eintragungsvermerk in der Hauptspalte eingetragen, sofern das begünstigte Recht nicht ein bereits vorher eingetragenes Recht ist: im letzteren Fall erfolgt der Eintrag in der Veränderungsspalte³⁰⁴. Bei einem durch Einzelrecht (teilweise) ausgenutzten Rangvorbehalt, der zugunsten eines Gesamtrechts eingetragen ist, sollte die Ausnutzung an einzelnen Grundstücken auch auf allen übrigen von dem Gesamtrechtsvorbehalt erfaßten Grundbuchblättern ausgewiesen werden³⁰⁵.

2. Formellrechtliche Voraussetzungen

a) Antrag

Zur Eintragung der Ausnutzung des Rangvorbehalts bedarf es

eines Antrags des eingetragenen Eigentümers oder des begünstigten bzw. des betroffenen Gläubigers (§ 13 GBO)³⁰⁶. Für dessen Form gilt § 30 GBO.

b) Bewilligung

Formellrechtlich genügt die einseitige Eintragungsbewilligung des im Zeitpunkt der Eintragung des begünstigten Rechts eingetragenen Eigentümers³⁰⁷. Eine „Mitbewilligung“ des Gläubigers des belasteten Rechts oder der Gläubiger von Zwischenrechten ist entbehrlich, da diese nach materiellem Recht durch die Ausübung des Vorbehalts nicht mehr bzw. nicht betroffen werden³⁰⁸. Hinsichtlich des erforderlichen Inhalts der Bewilligung kann auf die vorstehenden Ausführungen zu C.IV.1.a) verwiesen werden; das begünstigte Recht ist entsprechend den für dessen Bestellung geltenden Anforderungen hinreichend bestimmt zu bezeichnen.

Die Form der Bewilligung richtet sich nach § 29 GBO; die Einhaltung etwaiger Beschränkungen des Rangvorbehalts ist ggf. ebenso formgerecht nachzuweisen.

c) Briefvorlage

Eine Ergänzung des Briefs des belasteten Rechts erfolgt nicht; eine Briefvorlage ist zur Eintragung des unter Ausnutzung des Rangvorbehalts bestellten Rechts nicht erforderlich³⁰⁹.

3. Umfang der Prüfung durch das Grundbuchamt

Das Grundbuchamt hat bei der Eintragung zu überprüfen, ob Art und Umfang des den Vorbehalt ausnutzenden Rechts mit dem eingetragenen Vorbehalt übereinstimmen³¹⁰.

Nach h.M. kann anstelle einer Hypothek eine Grundschild, anstelle einer Grundschild eine Hypothek eingetragen werden³¹¹. Statt einer Verkehrshypothek kann eine Sicherungshypothek eingetragen werden – und umgekehrt –³¹², statt des Vollrechts eine auf dessen Eintragung gerichtete Vormerkung³¹³. Sofern das den Vorbehalt ausnutzende Recht einen größeren Umfang hat als der Rangvorbehalt, kann es nur im vorbehaltenen Rahmen den vorbehaltenen Rang erhalten; im übrigen hat die Eintragung an rangbereiter Stelle zu erfolgen³¹⁴.

Das Grundbuchamt prüft ferner die Einhaltung von dinglich wirkenden inhaltlichen Beschränkungen des Rangvorbehalts. Ist das vorbehaltene Recht beispielsweise hinsichtlich der Person des Berechtigten namentlich oder gattungsmäßig beschränkt, hat das Grundbuchamt die Eintragung eines Rechts für einen anderen Berechtigten abzulehnen³¹⁵. Entsprechendes muß gelten, wenn ein zur Kaufpreisbelegung dienendes Grundpfandrecht nur mit Zustimmung des Käufers und vor dem den Kaufvertrag beurkundenden Notar bestellt werden kann, diese Voraussetzungen aber nicht vorliegen.

Das Grundbuchamt prüft nicht, ob der Vorbehalt infolge der Eintragung von vorbehaltlosen Zwischenrechten gem. § 881

295 KG KGJ 40, 234; JFG 5, 381, 383; 6, 307, 315; 8, 294, 298; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 29; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 15; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 196; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 26; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 34; Sichtermann, Bedeutung und Behandlung der Eintragungen in Abt. II des Grundbuches, 1315 f.; a.A. Eрман/Hagen, § 881 BGB, Rd.-Nr. 8; zweifelnd auch Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2156, 2157.
296 KG KGJ 40, 234; JFG 5, 381, 383; 6, 307, 315; 8, 294, 298; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 196; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 26; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 15.
297 BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 15.
298 LG Bochum DNotZ 1956, 604; LG Köln Rpfleger 1987, 368; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 28; Weber, DNotZ 1938, 289 ff.
299 LG Köln Rpfleger 1987, 368; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 28; Weber, DNotZ 1938, 289, 292.
300 LG Bochum DNotZ 1956, 604; LG Köln Rpfleger 1987, 368; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 28; Weber, DNotZ 1938, 289, 292.
301 BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 23; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 190; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 215; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 43.
302 KG JFG 6, 309, 311; BayObLGZ 1956, 452, 456; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 23; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 43.
303 BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 23; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 190; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 215.

304 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 215; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 190; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 43.
305 LG Köln Rpfleger 1987, 368; LG Bochum DNotZ 1956, 604; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 28; a.A. Weber, DNotZ 1938, 294.
306 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 191.
307 BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 23; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 191.
308 BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 23; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 191.
309 KGJ 36, 225; BayObLG MittRhNotK 1979, 193, 194 = MittBayNot 1979, 113; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 22; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 6; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 193, § 41 GBO, Rd.-Nr. 18; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 43; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2153.
310 RG HRR 1931, Nr. 288; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 25; Münch-Komm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 23; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 194; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2149.
311 Vgl. dazu bereits vorstehend C. III.1.a).
312 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2150 m.w.N.
313 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 25; MünchKomm/Wacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 194.
314 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 194.
315 KG DNotZ 1931, 116; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 194.

Abs. 4 BGB (wertmäßig) bereits ausgeschöpft ist; der Einfluß solcher Zwischenrechte zeigt sich erst in der Zwangsversteigerung bei der Verteilung des Versteigerungserlöses³¹⁶.

V. Rechtsfolgen des Rangvorbehalts unter Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Gesichtspunkte

Mit wirksamer Ausnutzung des Rangvorbehalts richten sich die Rechtsverhältnisse nach den Grundsätzen der Rangänderung entsprechend § 880 Abs. 4 und 5 BGB³¹⁷.

Der Rangvorbehalt führt nicht zu einer Verfügungsbeschränkung des Grundstückseigentümers³¹⁸. Dieser kann vielmehr weitere Eintragungen ohne entsprechenden Vorbehalt veranlassen³¹⁹. Auch können im Wege der Zwangsvollstreckung weitere Eintragungen – ohne Ausnutzung des vorbehaltenen Ranges – vorgenommen werden³²⁰. Dabei handelt es sich dann jeweils um Zwischeneintragungen i.S.d. § 881 Abs. 4 BGB, wenn das vorbehaltene Recht nach diesen eingetragen wird³²¹.

1. Rechtsfolgen bei Fehlen von Zwischenrechten

Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Ausnutzung des Rangvorbehalts bei Fehlen von Zwischeneintragungen kann auf die vorstehenden Ausführungen zu B.IV.1., V. und VI. verwiesen werden, wobei die Behandlung des belasteten Rechts der des zurücktretenden, die Behandlung des den Vorbehalt ausnutzenden, begünstigten Rechts der des vortretenden Rechts entspricht.

2. Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Zwischenrechten

Bei Vorhandensein von Zwischenrechten ergeben sich die Rechtsfolgen aus dem Zusammenspiel von § 880 Abs. 5 und § 881 Abs. 4 BGB³²². Aus der Anwendung dieser Vorschriften ergibt sich in der Zwangsversteigerung eine Erlösverteilung, die von manchen als „Lotteriespiel“³²³ mit im Einzelfall „höchst merkwürdigen und unbilligen Ergebnissen“³²⁴ eingestuft wird. Das mit dem Vorbehalt belastete Recht muß sich ausschließlich das vorbehaltene Recht vorgehen lassen und nicht das bei seiner Bestellung – anders als beim Rangrücktritt – nicht eingetragene Zwischenrecht (§ 881 Abs. 4 BGB). Dementsprechend entfällt der Erlösanteil, der über den Betrag des vorbehaltenen Rechts hinausgeht, bis zur vollständigen Befriedigung auf das belastete Recht³²⁵. Dem vorbehaltlos eingetragenen Zwischenrecht darf wegen § 880 Abs. 5 BGB nur das belastete Recht vorgehen; aus Sicht des Zwischenrechts ergibt sich dessen Erlösanteil aus der Differenz von Gesamterlös einerseits und Betrag des belasteten Rechts andererseits³²⁶. Das vorbehaltene/begünstigte Recht, das mit Ausübung des Rangvorbehalts die erste Rangstelle anstrebt, erhält den verbleibenden Überschuß³²⁷.

Für die Erlösverteilung gilt mithin die folgende, allgemein anerkannte „Herfurthsche Formel“³²⁸.

Belastetes Recht = Erlös – Betrag des vorbehaltenen Rechts

Zwischenrecht = Erlös – Betrag des belasteten Rechts

vorbehaltenes Recht = Restbetrag

Zur Verdeutlichung folgendes Beispiel³²⁹:

Eintragung im Grundbuch:

Abteilung III/1: 20.000,- DM für A mit Rangvorbehalt über 10.000,- DM

Abteilung III/2: 50.000,- DM für B

Abteilung III/3: 10.000,- DM für C (in Ausnutzung des Vorbehalts)

Rangordnung aus der Sicht des A, der sich nach § 881 Abs. 4 nur das vorbehaltene Recht vorgehen lassen muß:

Abteilung III/3: 10.000,- DM für C

Abteilung III/1: 20.000,- DM für A

Abteilung III/2: 50.000,- DM für B

Rangordnung aus der Sicht des B, der sich nach § 880 Abs. 5 BGB nur das vorrangig eingetragene Recht vorgehen lassen muß:

Abteilung III/3: 10.000,- DM für C

Abteilung III/1a: 10.000,- DM für A

Abteilung III/2: 50.000,- DM für B

Abteilung III/1b: 10.000,- DM für A

Aus der Sicht des C erhält dieser mit 10.000,- DM die erste Rangstelle.

Ein objektives, absolutes Rangverhältnis gibt es aufgrund der Anwendung des § 881 Abs. 4, § 880 Abs. 5 BGB nicht mehr. Da sich der Rang der Rechte aus der Sicht der Beteiligten unterschiedlich darstellt, liegt ein relatives Rangverhältnis vor³³⁰, das insbesondere die Kreditinstitute wegen der nachstehend aufgezeigten Unsicherheiten der Erlösverteilung vermeiden wollen³³¹.

Die Herfurthsche Formel führt beispielsweise zu folgender Erlösverteilung³³²:

Erlös: 10.000,- DM:

Abteilung III/1: 0,- DM

Abteilung III/2: 0,- DM

Abteilung III/3: 10.000,- DM

316 RGZ 135, 193, 195; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 25; Soergel/Stürmer, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2150; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 194.

317 KG JFG 6, 307; 8, 294, 298; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 26; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 15; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 15; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 5; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 198; Horber/Demharter, a.a.O., Rd.-Nr. 48; Weirich, Grundstücksrecht, 1985, § 14 V 5, Rd.-Nr. 374; Sichtermann, Bedeutung und Behandlung der Eintragungen in Abt. II des Grundbuches, 133 f.; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rd.-Nr. 7.4.3., S. 142; Leesmeister, Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren, 362.

318 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 17; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 198; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2146.

319 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 17; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 198; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2146.

320 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 17; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 198.

321 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 17; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 198.

322 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nm. 31 ff.; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 17; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nm. 28 f.; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nm. 201 ff.

323 Sichtermann, a.a.O., 138.

324 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 40; vgl. auch Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11; Soergel/Stürmer, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13; Wilhelm, Sachenrecht, 1993, Rd.-Nr. 753 a.E.; Baur, Sachenrecht, § 17 II 4.

325 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nm. 34, 36 f.; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 17; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 201; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11.

326 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nm. 34, 36 f.; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 17; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 201.

327 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nm. 34, 36 f.; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 17; Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 201.

328 Herfurth, DGBR 36, 156; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 201; Steiner/Eickmann, ZVG, § 44 ZVG, Rd.-Nr. 85; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 17; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nm. 33 ff.

329 Nach Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 202.

330 Weirich, Grundstücksrecht, Rd.-Nm. 374, 375; Sichtermann, Bedeutung und Behandlung der Eintragungen in Abt. II des Grundbuches, 134; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 202; Soergel/Stürmer, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13.

331 Weirich, a.a.O., Rd.-Nm. 374, 375; Sichtermann, a.a.O., 134.

332 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 202; vgl. auch Palandt/Bassenge, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 374.

Erlös:	20.000,- DM:
Abteilung III/1:	10.000,- DM
Abteilung III/2:	0,- DM
Abteilung III/3:	10.000,- DM
Erlös:	30.000,- DM:
Abteilung III/1:	20.000,- DM
Abteilung III/2:	10.000,- DM
Abteilung III/3:	0,- DM

Da die Aufteilung des Versteigerungserlöses unter den Rechten von der tatsächlichen Höhe des Erlöses in der Versteigerung abhängt, ergeben sich Schwierigkeiten für die Ermittlung des geringsten Gebots, auf die hier jedoch ebenso wenig eingegangen werden kann wie auf die diesbezüglichen Streitigkeiten in der Rechtslehre³³³.

Auch diese Gesichtspunkte sollen die notarielle Praxis nicht daran hindern, den Rangvorbehalt als Alternative zur üblichen Kaufvertragsabwicklung einzusetzen. Sind nämlich im Zeitpunkt der Bestellung des Finanzierungsgrundpfandrechts des Käufers nach einer zu dessen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung bereits (ohne Zustimmung des Käufers) Zwischenrechte zugunsten dritter Gläubiger des Eigentümers eingetragen, entstehen im wesentlichen vergleichbare Probleme³³⁴. Wird mit der Eintragung des Finanzierungsgrundpfandrechts der Rangrücktritt der Auflassungsvormerkung beantragt, darf das Zwischenrecht nach § 880 Abs. 5 BGB hierdurch weder Vor- noch Nachteile erfahren. Nach Ansicht von Hansmeyer³³⁵ erhält das Finanzierungsgrundpfandrecht den Rang vor der Vormerkung und nach dem Zwischenrecht. Die Vormerkung erhält den Rang nach dem Finanzierungsgrundpfandrecht, behält aber den Vorrang vor dem Zwischenrecht. In den Auswirkungen ist dies mit der Entstehung relativer Rangverhältnisse im Falle des Rangvorbehalts vergleichbar³³⁶. Ungeklärt ist in dieser Konstellation auch, wie sich der Rangrücktritt der Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung auswirkt; möglicherweise erfolgt eine wertmäßige Aufspaltung der Vormerkung³³⁷.

VI. Erlöschen des Rangvorbehalts

1. Erlöschen des Vorbehaltsrechts

a) Vor der Ausnutzung des Rangvorbehalts

Vor Ausnutzung ist der Rangvorbehalt vom Bestand des belasteten Rechts abhängig, so daß er mit dem Erlöschen des Vorbehaltsrechts – durch Rechtsgeschäft oder auf andere Weise (z. B. durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung) – erlischt³³⁸.

b) Nach der Ausnutzung des Rangvorbehalts

Nach der Ausnutzung des vorbehaltenen Rangs durch das begünstigte Recht gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Rangänderung³³⁹; insoweit kann auf die Ausführungen zu vorstehend B.V. verwiesen werden. Sofern der Vorbehalt allerdings auf einmalige Ausnutzung beschränkt war, erlischt dieser mit der Ausnutzung³⁴⁰.

2. Aufhebung des Rangvorbehalts

a) Vor der Ausnutzung des Rangvorbehalts

Zur Aufhebung eines nicht ausgenutzten Rangvorbehalts bedarf es materiellrechtlich nach zutreffender h.M. der entsprechenden Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger des belasteten Rechts sowie der Eintragung des Erlösches im Grundbuch (§ 877 BGB)³⁴¹. Die Gegenmeinung, die entsprechend § 875 BGB die einseitige Aufgabeerklärung genügen lassen will³⁴², berücksichtigt nicht, daß der Rangvorbehalt eine gegenwärtige – bedingte – Belastung des Vorbehaltsrechts verkörpert und daher das belastete Recht durch die Aufhebung seinen Inhalt ändert³⁴³.

Eine Zustimmung eines durch die spätere Ausnutzung des Rangvorbehalts zu begünstigenden Dritten erfordert die Aufhebung jedenfalls vor der Ausübung des Vorbehalts nicht; die dinglich wirkende Aufhebung des Vorbehalts stellt rechtlich wegen § 881 Abs. 3 BGB nur die Einschränkung der Rechte des Eigentümers dar³⁴⁴.

Formellrechtlich sind erforderlich ein Antrag des Eigentümers oder des Gläubigers des belasteten Rechts sowie die Bewilligung des Eigentümers³⁴⁵. Die Aufhebung bedarf ferner der Eintragung im Grundbuch, und zwar in der Veränderungsspalte³⁴⁶. Ist das belastete Recht ein Briefrecht, muß zur Löschung der Brief vorliegen³⁴⁷.

b) Nach der Ausnutzung des Rangvorbehalts

Sofern der Rangvorbehalt nicht ausdrücklich auf einmalige Ausübung beschränkt war, gelten nach h.M. nach der Ausübung die gleichen Grundsätze wie bei der Aufhebung vor der Ausnutzung des Vorbehalts³⁴⁸. Nach anderer Ansicht soll er mit der Aufhebung des ausgenutzten Rechts entfallen; daher sei die Zustimmung des Gläubigers des begünstigten Rechts zu verlangen³⁴⁹.

Der letztgenannten Ansicht kann nicht zugestimmt werden, da das begünstigte Recht mit seiner Eintragung den vorbehaltenen Rang erhalten hat und daher die Löschung des Vorbehalts allein den Rang nicht zu ändern vermag³⁵⁰.

333 Vgl. dazu Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 39; Soergel/Stürner, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 19; Schiffhauer, Die Wirkung des Rangvorbehalts in der Zwangsversteigerung, BIGBW 1962, 17; jeweils m.w.N.

334 Hansmeyer, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen Verkäufer oder Käufer während der Abwicklung eines notariellen Kaufvertrages, MittRhNotK 1989, 149, 168.

335 Hansmeyer, a.a.O., 168.

336 Hansmeyer, a.a.O., 168.

337 Hansmeyer, a.a.O., 168.

338 RG JW 1907, 703; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 44; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 18; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 10; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2143; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 204; Leesmeister, Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren, 363 f.

339 Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2558 ff.

340 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 207; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 27; das Erlöschen ist im Grundbuch durch Ergänzung des bei dem belasteten Recht einzutragenden Rangvermerks einzutragen, vgl. Meikel/Böttcher, a.a.O.

341 KG JFG 12, 293; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 43; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 18; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2144; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 44; Sichtermann, Der Rangvorbehalt im Realkreditgeschäft, BIGBW 1969, 9, 11.

342 MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 10; Erman/Hagen, § 881, Rd.-Nr. 8.

343 KG JFG 12, 293; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 43; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 207.

344 LG Kassel, NJW 1956, 424; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 43; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 10; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2144.

345 BayObLG MittRhNotK 1979, 193, 194 = MittBayNot 1979, 113; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 43; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 206; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2144.

346 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 206; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2144.

347 BayObLG MittRhNotK 1979, 194 = MittBayNot 1979, 113; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 43; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 206; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2144.

348 LG Kassel NJW 1956, 424; LG Hof MittBayNot 1974, 268; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 46; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 18; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 10; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 209; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 27; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 44; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2145; Staudenmaier, Löschung eines Rangvorbehalts, Rpfleger 1960, 81, 82.

349 Fabricius, Zur Löschung eines ausgeübten Rangvorbehalts, Rpfleger 1956, 155 ff. und 301 ff.

350 LG Kassel NJW 1956, 424; LG Hof MittBayNot 1974, 258; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 209; KEHE/Eickmann, § 45 GBO, Rd.-Nr. 27; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 44.

VII. Rechtsfolgen fehlerhafter Eintragungen

1. Bei nachträglicher Bestellung des Rangvorbehalts

Soll der Rangvorbehalt bei einem bereits eingetragenen Recht bestellt werden, berühren Fehler bei der Eintragung des Vorbehalts die Wirksamkeit des belasteten Rechts nicht³⁵¹. Ist der Rangvorbehalt trotz wirksamer Vereinbarung nicht eingetragen, ist der Vorbehalt nicht entstanden. Das Grundbuch ist richtig, da die Eintragung materiellrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung des Rangvorbehalts ist³⁵². Es bestehen lediglich schuldrechtliche Ansprüche der Beteiligten an dem Grundgeschäft auf Nachholung der Eintragung³⁵³.

Ist der Rangvorbehalt trotz fehlender oder unwirksamer Einigung eingetragen worden, ist der Vorbehalt mangels Einigung nicht entstanden³⁵⁴. Das Grundbuch ist mithin unrichtig. Sofern die Einigung nicht nachgeholt wird³⁵⁵, besteht der Anspruch nach § 894 BGB³⁵⁶. Bei einer inhaltlich unzulässigen Eintragung ist der Vorbehalt ebenfalls nicht entstanden und ist nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO von Amts wegen zu löschen³⁵⁷.

Erfolgt die Eintragung des Rangvorbehalts mit einer höheren als der vereinbarten Summe, entsteht er nur in Höhe der Einigung; darüber hinaus ist das Grundbuch unrichtig³⁵⁸. Wird der Vorbehalt mit einer niedrigeren Summe als vereinbart eingetragen, entsteht er nur unter den Voraussetzungen des § 139 BGB, und zwar nur in der eingetragenen Höhe³⁵⁹.

2. Bei gleichzeitiger Bestellung des Rangvorbehalts

Erfolgt die Bestellung des Rangvorbehalts gleichzeitig mit der des belasteten Rechts, wird angenommen, daß durch ein einheitliches Rechtsgeschäft ein von Anfang an eingeschränktes (belastetes) Recht bestellt werden soll³⁶⁰.

Wird der Vorbehalt nicht oder zu niedrig – und damit das belastete Recht zu hoch – eingetragen, kann das belastete Recht nur im Rahmen der Einigung entstehen, also mit dem vollen Vorbehalt³⁶¹. Das Grundbuch ist unrichtig, es besteht der Anspruch nach § 894 BGB³⁶². Wird ein nicht vereinbarter oder ein zu hoher Vorbehalt – und damit das belastete Recht zu niedrig – eingetragen, so entscheidet sich nach § 139 BGB, ob das belastete Recht (samt Vorbehalt) insgesamt unwirksam ist oder mit dem zu geringen Inhalt wirksam bleibt³⁶³.

VIII. Kosten des Rangvorbehalts

1. Kosten des Notars

Wird der Rangvorbehalt zusammen mit dem belasteten Recht bestellt, fällt keine besondere Gebühr an, da der Rangvorbehalt zum Inhalt des belasteten Rechts zu rechnen ist³⁶⁴.

Erfolgt die Bestellung des Rangvorbehalts nach der des belasteten Rechts, erhält der Notar, der den Entwurf gefertigt hat, 1/2 Gebühr nach §§ 141, 145, 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO. Be-

schränkt sich die Tätigkeit des Notars auf die Beglaubigung der Unterschrift, gelten §§ 145, 45 KostO.

2. Kosten des Grundbuchamts

Werden Rangvorbehalt und belastetes Recht gleichzeitig eingetragen, stellt die Eintragung des Rangvorbehalts ein grundsätzlich nach §§ 62 Abs. 1 und 3, 35 KostO gebührenfreies Nebengeschäft dar³⁶⁵. Ob dies auch für den hier näher interessierenden Fall der Eintragung des Rangvorbehalts für ein Finanzierungsgrundpfandrecht des Käufers bei der für ihn einzutragenden Auflassungsvormerkung gilt, ist allerdings umstritten.

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf³⁶⁶ und des LG Mainz³⁶⁷ ist für die Eintragung des Rangvorbehalts eine 1/4-Gebühr nach § 67 Abs. 1 S. 1 KostO zu erheben § 62 Abs. 3 KostO sehe eine Gebührenfreiheit der Eintragung des Rangvorbehalts nur für die in § 62 Abs. 1 KostO genannten Rechte vor, zu denen die Auflassungsvormerkung nicht gehöre. Wenn der Gesetzgeber aber in § 60 KostO bzw. § 66 KostO Kostenregelungen für die Eintragungen des Eigentümers bzw. von Vormerkungen treffe, dort aber auf die Einstufung eines Rangvorbehalts als gebührenfreies Nebengeschäft verzichte, müsse von einer bewußten Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Gebührenfreiheit ausgegangen werden³⁶⁸. Aus diesem Grund scheide eine analoge Anwendung von § 62 Abs. 3 KostO aus³⁶⁹.

Den gegenteiligen Standpunkt vertreten die Oberlandesgerichte Köln³⁷⁰ und Frankfurt³⁷¹, die § 62 Abs. 3 KostO analog auf die Eintragung des Rangvorbehalts bei der gleichzeitig bestellten Auflassungsvormerkung anwenden wollen. Das OLG Köln meint, daß statt eines Umkehrschlusses aus § 62 Abs. 3 KostO im Hinblick auf die Systematik des Gesetzes ein Analogieschluß zwingend sei. § 62 Abs. 3 KostO stelle nämlich keine Ausnahmevorschrift, sondern eine Ausprägung der generellen Regelung des § 35 KostO dar. Ob eine gebührenfreie Nebentätigkeit vorliege, bestimme sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 35 KostO, wobei deren weitere gesetzliche Ausprägungen in §§ 47, 62 Abs. 3, 67, 115 KostO zur Konkretisierung herangezogen werden können. Wenn § 62 Abs. 3 die gleichzeitig mit der Eintragung etwa eines Grundpfandrechts beantragte Eintragung eines Rangvorbehalts als gebührenfreies Nebengeschäft benenne, könne für den Fall der Belastung einer Auflassungsvormerkung mit einem Rangvorbehalt nichts anderes gelten³⁷². Schließlich sei auch die Vormerkung nach § 883 Abs. 3 BGB rangfähig³⁷³. Die vom OLG Düsseldorf in § 60 KostO vermißte ausdrückliche Regelung des Rangvorbehalts als Nebengeschäft, hätte der Gesetzgeber dort nicht treffen können, da das Eigentum selbst nicht rangfähig, also auch nicht Gegenstand der Belastung mit dem Rangvorbehalt sein könne³⁷⁴.

Der letztgenannten Meinung, die den Rangvorbehalt, auch soweit er gleichzeitig mit einer Auflassungsvormerkung bestellt wird, nach §§ 35, 62 Abs. 3 KostO als gebührenfreies Nebengeschäft erkennt, ist m.E. zu folgen. § 62 Abs. 3 KostO ist

351 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 10.

352 KG JFG 8, 287, 289; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9.

353 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 209; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 10.

354 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 181.

355 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9.

356 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 181; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; MünchKommWacke, § 881 BGB, Rd.-Nr. 10.

357 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 11.

358 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 12; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 184.

359 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 12; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 183.

360 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 181.

361 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13; Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 183.

362 Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 13.

363 Meikel/Böttcher, § 45 GBO, Rd.-Nr. 181; Staudinger/Kutter, § 881 BGB, Rd.-Nr. 14; BGB-RGRK/Augustin, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9.

364 Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 12. Aufl. 1991, § 44 KostO, Rd.-Nr. 186; Göttlich/Mümmeler, KostO, 11. Aufl. 1992, Rangvorbehalt, Anm. 1.1; Münchener Vertragshandbuch/Hagena/Langenfeld, Band IV/2, X.44., Anm. 15.

365 OLG Köln MittRhNotK 1992, 122 m. zust. Anm. Baumann; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 64 KostO, Rd.-Nr. 23; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 61.

366 OLG Düsseldorf Rpfleger 1990, 315; Rpfleger 1990, 454 mit zust. Anm. Tölcke; Rpfleger 1990, 454 f.; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 64 KostO, Rd.-Nr. 23.

367 LG Mainz Rpfleger 1992, 248 f.

368 OLG Düsseldorf Rpfleger 1990, 315; Rpfleger 1990, 454; LG Mainz Rpfleger 1992, 248 f.; Tölcke, Rpfleger 1990, 454 f.; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 64 KostO, Rd.-Nr. 23.

369 OLG Düsseldorf Rpfleger 1990, 315; Rpfleger 1990, 454; LG Mainz Rpfleger 1992, 248 f.

370 OLG Köln, a.a.O., 122.

371 OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 26.

372 OLG Köln, a.a.O., 122; OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 26; Rohs/Wedewer/Belchem, 3. Aufl. Juni 1994, § 66 KostO, Rd.-Nr. 3; Baumann, MittRhNotK 1992, 122 f.; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 61.

373 OLG Köln, a.a.O., 122.

374 OLG Köln a.a.O., 122; OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 26; Baumann, MittRhNotK 1992, 122 f.

Ausfluß des allgemeinen Prinzips der Gebührenfreiheit von Nebengeschäften (§ 35 KostO). Wenn § 62 Abs. 3 KostO einen Rangvorbehalt als gebührenfreies Nebengeschäft ausweist, spricht dies dafür, daß der Gesetzgeber ihn generell als Nebengeschäft i.S.d. § 35 KostO eingestuft hat: § 62 Abs. 3 KostO bezieht sich nämlich auf Rechte nach § 62 Abs. 1 KostO; die Aufzählung in § 62 Abs. 1 KostO ist aber erkennbar nicht abschließend. Insbesondere der wertende Vergleich mit dem dort ausdrücklich genannten Vorkaufsrecht, das nach § 1098 Abs. 2 BGB Dritten gegenüber die Wirkung einer Auflassungsvormerkung hat, spricht für eine analoge Anwendung des § 62 Abs. 3 KostO.

Nach der hier vertretenen Auffassung weist die Kaufvertragsabwicklung unter Einsatz eines bei der Auflassungsvormerkung einzutragenden (ausreichenden) Rangvorbehalts für Finanzierungsgrundpfandrechte des Käufers grundsätzlich einen Gebührenvorteil gegenüber der überwiegend anzutreffenden Lösung des Rangrücktritts der zugunsten des Käufers eingetragenen Auflassungsvormerkung hinter dessen Finanzierungsgrundpfandrecht auf. Für den Rangrücktritt fallen nämlich Gerichtskosten in Höhe einer $\frac{1}{4}$ -Gebühr nach §§ 64 Abs. 5, 67 Abs. 1 Nr. 1 KostO an³⁷⁵. Bei der Ausnutzung des Rangvorbehalts kann sich allerdings eine Minderung des Vorteils ergeben: zwar ist die Eintragung des Vermerks über die Ausnutzung des Rangvorbehalts ebenso wie der Rangvermerk bei dem begünstigten Recht ein gebührenfreies Nebengeschäft, doch entsteht für die möglicherweise erforderliche Löschung eines Teils des Rangvorbehalts eine $\frac{1}{4}$ -Gebühr nach § 68 i.V.m. § 64 Abs. 1 KostO³⁷⁶.

D.

Zustimmung des Berechtigten der Auflassungsvormerkung zum Finanzierungsgrundpfandrecht und Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks im Grundbuch

I. Zulässigkeit und Rechtsfolgen

Die notarielle Praxis der Kaufvertragsabwicklung hat das Problem der aus § 883 Abs. 2 BGB folgenden relativen Unwirksamkeit eines nach der Auflassungsvormerkung des Käufers einzutragenden Finanzierungsgrundpfandrechts überwiegend durch den Rangrücktritt der Vormerkung hinter das Grundpfandrecht oder aber über die Eintragung und Ausnutzung eines Rangvorbehalts zugunsten des Finanzierungsgrundpfandrechts gelöst. Eine andere Gestaltungsvariante ist durch eine kürzlich ergangene Entscheidung des OLG Saarbrücken im Grundsatz bestätigt worden³⁷⁷; auf diese soll hier kurz eingegangen werden:

Anstelle der Erklärung des Rangrücktritts des vormerkungsberechtigten Käufers stimmt dieser der dinglichen Einigung über die Bestellung des Finanzierungsgrundpfandrechts zwischen eingetragenen Eigentümer und Finanzierungsgläubiger nach §§ 182 ff. BGB zu. Diese Zustimmung wirkt dinglich. Sie hat zur Folge, daß die sich aus § 883 Abs. 2 BGB ergebende relative Unwirksamkeit der nach der Eintragung der Vormerkung einzutragenden Belastung entfällt, die vormerkungswidrige Verfügung also absolut wirksam wird³⁷⁸.

Die Wirksamkeit tritt gem. § 182 Abs. 1 BGB im Zeitpunkt des Zugangs der Zustimmungserklärung beim Eigentümer oder dem Finanzierungsgläubiger ein. Da in der Praxis das Finanzie-

rungsgrundpfandrecht zumeist durch den Käufer selbst als Bevollmächtigten des verkaufenden Eigentümers bestellt wird, empfiehlt es sich, den Käufer in der Finanzierungsvollmacht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB auch zur Entgegennahme der Zustimmungserklärung zu bevollmächtigen³⁷⁹. Die Rechtsänderung tritt dann – außerhalb des Grundbuches – bereits mit der Bestellung des Finanzierungsgrundpfandrechts durch den entsprechend bevollmächtigten Käufer ein³⁸⁰. Zu diesem Zweck läßt das OLG Saarbrücken – in Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung³⁸¹ – nunmehr erstmals die Eintragung eines entsprechenden, deklaratorischen Wirksamkeitsvermerks im Grundsatz zu. Der Wirksamkeitsvermerk stellt einen durch das Gesetz nicht vorgesehenen Vermerk eigener Art dar, der dem Bedürfnis Rechnung trägt, aus dem Grundbuch ersichtlich machen zu können, daß ein eingetragenes Recht gegenüber einer – nicht materiell rangfähigen – Verfügungsbeschränkung wirksam ist³⁸². Dieses Bedürfnis besteht bei materiell rangfähigen Rechten nicht, da hier das Gesetz zur grundbuchrechtlichen Wiedergabe der materiellen Rangverhältnisse die Rechtsinstitute der Rangänderung und des Rangvorbehalts vorsieht. Das OLG Saarbrücken bejaht zwar mit der ganz h.M. die materielle Rangfähigkeit der Auflassungsvormerkung und hält dementsprechend die §§ 879–881 BGB wegen der dinglichen Wirkung der Vormerkung für grundsätzlich entsprechend anwendbar, doch lehnt es die Möglichkeit einer Rangänderung entsprechend § 880 BGB ausdrücklich ab. Eine Rangänderungsvereinbarung sei zwischen den Beteiligten überflüssig. Auch werde die Rangänderung erst mit Eintragung im Grundbuch wirksam; nach materiellem Recht entstehe die faktische Veränderung der Rangverhältnisse³⁸³ außerhalb des Grundbuches mit Zustimmung des Vormerkungsberechtigten. Im übrigen stehe einer analogen Anwendung des § 880 BGB entgegen, daß mit §§ 182 ff. BGB andere Vorschriften unmittelbar einschlägig seien, deren Anwendung zum gleichen Ergebnis führe: Die Zustimmung des Berechtigten der Auflassungsvormerkung bewirke im Ergebnis eine „Rangänderung außerhalb des Grundbuches“³⁸⁴.

II. Auswirkungen in der Zwangsvollstreckung

Die mit der dinglich wirkenden Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zur Bestellung des Finanzierungsgrundpfandrechts bewirkte Rechtsänderung muß auch im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens berücksichtigt werden³⁸⁵. Betreibt der Finanzierungsgläubiger die Zwangsversteigerung, dürfte es zutreffend sein, die Auflassungsvormerkung nicht in das geringste Gebot aufzunehmen³⁸⁶.

Grundsätzlich wird eine vorrangige Auflassungsvormerkung in das geringste Gebot aufgenommen und erlischt also nicht durch den Zuschlag³⁸⁷. Dies kann jedoch dann nicht gelten, wenn materiell aufgrund der dinglich wirkenden Zustimmung der Vorrang der Vormerkung evident nicht (mehr) besteht. Ebenso wie in dem Fall, daß einer formell vorrangig eingetragenen Auflassungsvormerkung die „Unwirksamkeit auf der Stim stehe“³⁸⁸, ist die Vormerkung nicht im geringsten Gebot aufzunehmen. Sie erlischt durch den Zuschlag und setzt sich als Anspruch auf Wertersatz an dem Versteigerungserlös fort (§§ 52, 91, 92 ZVG). Bei der Erlösverteilung nach § 109 Abs. 2 ZVG muß sich der vormerkungsberechtigte Käufer das Grundpfandrecht des Finanzierungsgläubigers vorgehen lassen³⁸⁹.

375 BayObLG JurBüro 1989, 406 = Rpfleger 1989, 41; Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 62; Baumann, MittRhNotK 1992, 122 f.

376 Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 64 KostO, Rd.-Nr. 50; Münchener Vertragshandbuch/Hagena/Langenberg, Bd. IV/2, X.46, Anm. 9.

377 OLG Saarbrücken MittRhNotK 1995, 25 ff.; zust. Anm. von Demharter, EWIR 1995, 447 f.; so bereits vorher: Lehmann, Vorrang oder Zustimmung – Wie wird ein eigentumsvormerkungswidriges Finanzierungsgrundpfandrecht wirksam?, NJW 1993, 1558 ff.; Palandt/Bassenge, § 883 BGB, Rd.-Nr. 22; Horber/Demharter, § 22 GBO, Rd.-Nm. 19, 10.

378 OLG Saarbrücken a.a.O., 25 ff.; zust. Anm. von Demharter, EWIR 1995, 448; Lehmann, a.a.O., 1558.

379 Lehmann, a.a.O., 1559.

380 OLG Saarbrücken, a.a.O., 27; Demharter, a.a.O., 448; Lehmann, a.a.O., 1557 f.

381 OLG Saarbrücken, Beschluß vom 22. 10. 1985 – 5 W 163/85 – zit. nach Lehmann, a.a.O., 1559.

382 OLG Saarbrücken, a.a.O., 26; KEHE/Ertl, Einleitung J 25 b) m.w.N.; Demharter, a.a.O., 447.

383 OLG Saarbrücken, a.a.O., 27.

384 OLG Saarbrücken, a.a.O., 27; Demharter, a.a.O., 447.

385 OLG Saarbrücken, a.a.O., 27; Lehmann, a.a.O., 1559.

386 So Lehmann, a.a.O., 1559.

387 Blomeyer, Die Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung, DNotZ 1979, 515, 519 ff.; Lehmann, a.a.O., 1559.

388 Blomeyer, DNotZ 1979, 515, 519.

389 Lehmann, a.a.O., 1559.

III. Erfordernis der Zustimmung von Pfandgläubigern

Die dinglich wirkende Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zur Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten führt zu einer Rangänderung außerhalb des Grundbuchs. Sofern die Auflassungsvormerkung gepfändet worden ist, muß also zur Kaufvertragsabwicklung wie im Fall des Rangrücktritts der Vormerkung ggfls. die Zustimmung des Pfandgläubigers eingeholt werden, um eine Blockierung der Kaufvertragsabwicklung zu verhindern. Auf die diesbezüglichen Ausführungen zu B.III.1.c)bb) kann insoweit verwiesen werden.

IV. Kosten

Nach Auffassung von Lehmann ist die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO, wenn sie zusammen mit der Eintragung des Finanzierungsgrundpfandrechts bestellt wird³⁹⁰. Das OLG Saarbrücken hat jedoch bereits angedeutet, daß es dieser Auffassung nicht folgen wird³⁹¹. Die Praxis sollte derzeit also nicht von einem Gebührenvorteil dieser Gestaltungsvariante gegenüber dem Rangrücktritt ausgehen.

E. Zusammenfassung

1. Der vom Finanzierungsgrundpfandrechtsgläubiger ausbedungene Rang vor der Auflassungsvormerkung kann durch einen Rangrücktritt der für den Käufer eingetragenen Auflassungsvormerkung erzielt werden. Die rangrichtige Eintragung des Finanzierungsgrundpfandrechts kann ebenso durch Ausnutzung eines entsprechenden, bei der Auflassungsvormerkung eingetragenen Rangvorbehaltes erreicht werden.
2. Wird der Rangvorbehalt zusammen mit der Auflassungsvormerkung eingetragen, stellt die Eintragung eines Rangvorbehalts nach richtiger Ansicht ein gebührenfreies

Nebengeschäft nach § 35 KostO dar. Die Eintragung eines Rangrücktritts ist hingegen gebührenpflichtig. Der Gebührenvorteil des Rangvorbehalts reduziert sich in dem Umfang, in dem er nicht ausgenutzt und gelöscht wird.

3. Der Rangvorbehalt kann weder durch Gläubiger des Käufers noch durch solche des Verkäufers im Wege der Zwangsvollstreckung ausgenutzt werden; letzteres jedenfalls dann nicht, wenn der Rangvorbehalt dinglich dahingehend beschränkt wird, daß er nur mit Zustimmung des Käufers ausgenutzt werden kann.
4. Wird die Auflassungsvormerkung des Käufers durch einen Gläubiger gepfändet, ist ein nachfolgender Rangrücktritt der Vormerkung hinter ein Finanzierungsgrundpfandrecht gegenüber dem Pfändungsgläubiger unwirksam. Der Finanzierungsgläubiger muß der mit Eigentumsumschreibung entstehenden Sicherungshypothek des Pfändungsgläubigers nach §§ 888, 883 Abs. 2 BGB den Vorrang einräumen. Zur Auszahlung der zur Kaufpreisbelegung erforderlichen Darlehensvaluta wird der Finanzierungsgrundpfandrechtsgläubiger erst nach Vorliegen der Zustimmung des Pfandgläubigers zur vorrangigen Eintragung des Grundpfandrechts bereit sein.

Ist die Auflassungsvormerkung hingegen mit einem Rangvorbehalt zugunsten des Finanzierungsgrundpfandrechts belastet bestellt worden, ist die rangrichtige Eintragung des den Vorbehalt ausnutzenden Grundpfandrechts trotz zwischenzeitlicher Pfändung der Vormerkung auch ohne Zustimmung des Pfändungsgläubigers sichergestellt.

5. Bei Vorhandensein von Zwischenrechten besteht bei der Verwendung des Rangvorbehalts die Gefahr der Entstehung relativer Rangverhältnisse. Vergleichbare Gefahren bestehen im Rahmen der Kaufvertragsabwicklung auch, wenn ein Rangrücktritt der Auflassungsvormerkung zugunsten des Finanzierungsgrundpfandrechts trotz Bestehens von Zwischenrechten durchgeführt wird.

Rechtsprechung

1. Allgemeines/Liegenschaftsrecht – Begründung eines anteiligen Dauerwohnrechts beim Time-Sharing-Vertrag (BGH, Urteil vom 30. 6. 1995 – V ZR 184/94)

AGBG §§ 3; 6 Abs. 1 WEG § 31

1. Zur Wirksamkeit eines „Time-Sharings“ von Ferienwohnungen im Treuhandmodell.
2. Eine Formulklausel, durch welche die Eintragung des Käufers eines anteiligen Dauerwohnrechts nach § 31 WEG in das Grundbuch ausgeschlossen wird und im Grundbuch ein Dritter als Treuhänder eingetragen bleiben soll, kann als überraschende Bestimmung unwirksam sein, läßt dann aber die Wirksamkeit des Kaufvertrages im übrigen unberührt.
3. Ein Dauerwohnrecht kann mehreren Bewohnern nach Bruchteilen zustehen.

Zum Sachverhalt:

Die Bekl. verkauft durch Time-Sharing-Verträge im Treuhand-Modell Wohnrechte an einer Ferienwohnanlage. Im Anschluß an eine von ihr durchgeführte Werbeveranstaltung unterschrieben auch die Kl. einen solchen formularmäßig ausgearbeiteten „Kaufvertrag über ein Dauerwohnrecht nach § 31 Wohnungseigentumsgesetz (WEG)“. Unter § 1.1 dieses Vertrages heißt es, daß die L. Verwaltungsgesellschaft mbH „Inhaber von Dauerwohnrechten gem. § 31 WEG an Ferienwohnungen in der Anlage ... ist und diese Dauerwohnrechte treuhänderisch für die Verkäuferin hält“. In § 2 ist bestimmt, daß die Verkäuferin an den Käufer „von dem in § 1 Abs. 1 beschriebenen Dauerwohnrecht einen Anteil von

3/52“ verkauft, der Käufer in die dem Vertrag als dessen „integrale Bestandteile“ beigeschlossene Verwaltungsordnung und den Service-Vertrag mit der C. Beteiligungs GmbH & Co. Service KG eintritt und der Käufer mit der L. Verwaltungs GmbH (Treuhanderin) in gesonderter Vereinbarung einen „Grundbuchtreuhandvertrag“ abschließt. Mit der Übernahme dieser Treuhandenschaft und Eintragung des Käufers in das „Gemeinschaftsregister“ sollte die Verpflichtung der Verkäuferin aus dem Kaufvertrag erfüllt sein. In § 2 des Treuhandvertrages heißt es, daß die Treuhänderin für den Treugeber „im eigenen Namen, aber auf dessen Rechnung in Abt. II des vorgenannten Grundbuchs als Inhaberin des Dauerwohnrechts eingetragen“ bleibt und der Treugeber sich damit einverstanden erklärt, daß aus der Eintragung des Treuhänders im Grundbuch „nicht ersichtlich sein muß, daß eine Aufteilung des Dauerwohnrechts in Bruchteile erfolgte“.

Die Kl. vertreten die Auffassung, der Kaufvertrag sei nichtig, weil er auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet sei und gegen das Transparenzgebot verstoße. Sie verlangen die Rückzahlung des Kaufpreises von 41.250,- DM abzüglich eines Betrages von 3.250,- DM für einen unter Inanspruchnahme des Tauschpools verbrachten Urlaub auf Aruba und haben beantragt, die Bekl. zur Zahlung von 38.000,- DM nebst 12 % Zinsen seit 4. 12. 1992 zu zahlen. Das LG hat die Klage abgewiesen, das KG hat ihr stattgegeben. Hiergegen richtet sich die – zugelassene – Revision, mit der die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Kl. beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, daß der Vertrag nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet sei, weil die Bekl. sich nur dazu verpflichtet habe, daß die Kl. in das von der Treuhänderin geführte „Gemeinschaftsregister“ eingetragen werden und das Wohnungsgrundbuch nur die Treuhänderin

390 Lehmann, a.a.O., 1560.

391 OLG Saarbrücken, a.a.O., 26 unter 1.b).

ausweist. Der Vertrag verstöße jedoch gegen das Transparenzgebot des § 9 Abs. 1 AGBG. Die Unwirksamkeit der entsprechenden Klauseln ergreife den gesamten Vertrag, weil der Bkl. die Eintragung eines zeitanteiligen, auf wenige Wochen im Jahr bezogenen Dauerwohnrechts nicht zugemutet werden könne.

Dies hält der rechtlichen Prüfung im Ergebnis nicht stand.

II. 1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung allerdings an, daß der Vertrag nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist.

Gegenstand des Vertrages ist, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, nach der Überschrift, der Einleitung sowie § 2 Abs. 1 und 6 des Vertrages der Kauf eines Anteils von 3/52 an dem im Grundbuch für die L. Verwaltungsgesellschaft mbH (künftig: Verwaltungsgesellschaft) eingetragenen Dauerwohnrecht gem. § 31 WEG. Der Senat kommt bei der ihm aufgrund der Verbreitung des verwandten Vertragsformulars möglichen eigenen Auslegung (BGHZ 71, 144, 149, 150; 98, 256, 258 = DNotZ 1987, 210; BGHZ 105, 24, 27) der vorformulierten Vertragsbestimmungen zu demselben Ergebnis wie das Berufungsgericht. Die danach von der Bkl. aus dem Rechtskauf geschuldete Leistung sollte nach § 2 Abs. 4 des Vertrages jedoch nicht mit der Eintragung der Kl. in das Grundbuch, sondern mit der vertraglichen Übernahme der vorgesehenen „Grundbuch-Treuhandenschaft“ durch die Verwaltungsgesellschaft und mit der Eintragung der Käufer in das „Gemeinschaftsregister“ erbracht sein. Da beides inzwischen geschehen ist, scheidet insoweit die Annahme einer Leistungsunmöglichkeit schon von vornherein aus. Ist der Vertrag dagegen noch nicht erfüllt worden, weil die vereinbarten Erfüllungsregelungen nicht Vertragsbestandteil geworden sind (siehe unter II 3), ist die dann geschuldete Leistung ebenfalls nicht unmöglich (siehe unter III 3).

Der Vertrag ist auch nicht etwa wegen eines versteckten Dissenses nicht zustande gekommen. Ein versteckter Einigungsmangel i.S.d. § 155 BGB ist nur gegeben, wenn die Erklärungen der Parteien sich ihrem Inhalt nach nicht decken. Das ist hier nicht der Fall. Daß die Parteien möglicherweise Verschiedenes (inhaltlich) gewollt haben, reicht für die Annahme eines Dissenses nicht aus (BGH NJW 1993, 1798).

2. Richtig ist ferner, daß die fehlende Transparenz einer Klausel zu ihrer Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 1 AGBG führen kann (z. B. BGHZ 106, 42, 49; 112, 115, 117; 115, 177, 185; BGH NJW 1993, 2052, 2054). Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht so sehr darum, ob ein Kunde die Bedeutung von § 2 Abs. 4 des Vertrages i.V.m. dem Treuhandvertrag nicht mühe-los und ohne weitere Erläuterung verstehen kann (vgl. BGHZ 112, 115, 118). Im Vordergrund steht vielmehr, ob die Bestimmung nach dem Leistungs- und Erscheinungsbild des Vertrages so ungewöhnlich ist, daß der Kunde mit ihr nicht zu rechnen brauchte (§ 3 AGBG). Für diese Prüfung ist es aber ohne Bedeutung, ob die Erfüllungsregelung zur Leistungsbeschreibung gehört oder eine die Hauptleistungspflicht der Verkäuferin abändernde Nebenabrede enthält; denn das Verbot überraschender Klauseln gilt für beide (Wolf/Horn/Lindacher, 3. Aufl., § 8 AGBG, Rd.-Nr. 11; Ulmer/Brandner/Hensen, 7. Aufl., § 3 AGBG, Rd.-Nr. 14 a).

3. Eine Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nach der ständigen, auch vom Senat vertretenen, Rechtsprechung des BGH dann überraschend, wenn ihr ein „Überrumpelungseffekt“ innewohnt. Sie muß eine Regelung enthalten, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und mit der dieser den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Erwartungen des Vertragspartners werden dabei von allgemeinen und von individuellen Begleitumständen des Vertragsschlusses bestimmt. Zu ersteren zählen der Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht und die für den Geschäftskreis übliche Gestaltung, zu letzteren der Gang und der Inhalt der Vertragsverhandlungen sowie der äußere Zuschnitt des Vertrages (z. B. BGHZ 100, 82, 85 = DNotZ 1987, 493; BGHZ 102, 152, 158 = DNotZ 1988, 484 = MittRhNotK 1988, 97; BGHZ 109, 197, 201 = DNotZ 1990,

554). Abzustellen ist dabei nicht auf die Erkenntnismöglichkeiten des konkreten Vertragspartners, auch nicht auf das Verständnis eines Fachmanns, insbesondere eines Juristen, der sich eingehend mit den betreffenden allgemeinen Geschäftsbedingungen beschäftigt hat. Maßgebend sind vielmehr die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden (BGHZ 102, 152, 159 = DNotZ 1988, 484 = MittRhNotK 1988, 97; BGHZ 106, 42, 49).

Das nach dem Inhalt des Vertrages verkaufte anteilige Dauerwohnrecht nach § 31 WEG ist nach dem Gesetz ein dingliches Recht, das zu seiner Begründung und Übertragung der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Durch § 2 Ziff. 4 des Kaufvertrages i.V.m. § 2 des Treuhandvertrages wird jedoch die entsprechende Verschaffungspflicht der Verkäuferin dahingehend abgeändert, daß mit der Übernahme einer Grundbuch-Treuhandenschaft durch die Verwaltungsgesellschaft und Eintragung der Kl. in das „Gemeinschaftsregister“ die gesetzliche Verpflichtung der Verkäuferin erfüllt ist. Diese Erfüllungsklausel ist für den typischerweise bei Time-Sharing-Verträgen der vorliegenden Art zu erwartenden Durchschnittskunden überraschend (Hildenbrand, NJW 1994, 1992, 1994), weil sie dazu dient, dem Vertrag abweichend von seinem äußeren Erscheinungsbild einen qualitativ anderen Charakter zu geben (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, 7. Aufl., § 3 AGBG, Rd.-Nr. 14 a, 30). Die Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht wird weder drucktechnisch, systematisch noch sonst klar und deutlich hervorgehoben. Der in § 2 Abs. 4 des Vertrages enthaltene Hinweis auf den Abschluß eines „Grundbuch-Treuhandvertrages“ und die Eintragung in das „Gemeinschaftsregister“ ist für einen juristisch nicht vorgebildeten Kunden nur i.V.m. dem Treuhandvertrag verständlich. Dies reicht aber zur Beseitigung des Überraschungseffekts nicht aus. Denn der Treuhandvertrag gehört im Gegensatz zur Verwaltungsordnung und dem Service-Vertrag nicht zu den ausdrücklich benannten „integralen Bestandteilen“ des Kaufvertrages (§ 2 Abs. 3 Kaufvertrag). Darüber hinaus enthält der Kaufvertrag bei der Beschreibung des Vertragsgegenstandes in § 1 auch keinen unmißverständlichen Hinweis auf diese Regelung im Treuhandvertrag (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, 7. Aufl., § 3 AGBG, Rd.-Nr. 23). Der Kunde wird vielmehr durch die mehrfache Betonung, er erwerbe ein Dauerwohnrecht gem. § 31 WEG, angesichts des Fehlens jeder dinglichen Absicherung, in grober Weise irreführt. Hiermit kann er nicht rechnen. Eine solche – unseriöse – Vertragsgestaltung ist auch nicht als branchenüblich und damit als einem Interessenten geläufig anzusehen. Die Bkl. hat Derartiges nicht nur nicht behauptet, sondern im Gegenteil durch Vorlage eines entsprechenden Grundbuchauszuges in Fotokopie dargelegt, daß andere Erwerber des von ihr vertriebenen Dauerwohnrechts an einer Wohnung in derselben Ferienwohnanlage in das Grundbuch eingetragen worden sind.

III. 1. Gleichwohl hat das angefochtene Urteil keinen Bestand. Die Tatsache, daß § 2 Abs. 4 des Kaufvertrages und § 2 des Treuhandvertrages wegen ihres Überrumpelungseffektes nach § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden sind, läßt die Wirksamkeit des Kaufvertrages im übrigen unberührt (§ 6 Abs. 1 AGBG). Etwas anderes hätte nur dann zu gelten, wenn nach Ausgrenzung der Erfüllungsvereinbarung ein der Auffüllung durch dispositives Recht oder durch ergänzende Vertragsauslegung zugänglicher Rest nicht mehr verbliebe (Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O., § 6 AGBG, Rd.-Nr. 10; Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 6 AGBG, Rd.-Nr. 45, 47). Dies wäre vor allem dann der Fall, wenn die Erfüllungsvereinbarung mit zur Leistungsbeschreibung gehörte. Dies ist aber zu verneinen. Die Leistungsbeschreibung ist auf den engen Bereich der Leistungsbezeichnung beschränkt, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertragsschluß nicht mehr angenommen werden kann (BGHZ 100, 157, 174; 123, 83, 84; BGH NJW-RR 1993, 1049, 1050). Klauseln, an deren Stelle bei Unwirksamkeit dispositives Gesetzesrecht oder durch ergänzende Auslegung gefundenes Vertragsrecht treten kann, weil sie das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz (Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O., § 8 AGBG, Rd.-Nr. 28; Wolf/Horn/Linda-

cher, a.a.O., § 8 AGBG, Rd.-Nrn. 10, 12), oder der nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte geschuldeten Leistung (Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O.) „verändern“, „ausgestalten“ oder „modifizieren“, gehören dagegen nicht zur Leistungsbeschreibung und unterliegen deswegen auch der Inhaltskontrolle nach §§ 9-11 AGBG (BGHZ 100, 157, 173). So hat der BGH beispielsweise die in einem Krankenhausvertrag enthaltene Klausel, nach der im Falle einer gewählten Privatbehandlung die ärztlichen Leistungen nicht Gegenstand des Vertrages mit der Klinik sind (BGHZ 121, 107, 115), als eine die Leistungsbeschreibung einschränkende Bestimmung angesehen. Dasselbe hat er für die in einem Maklervertrag enthaltene Klausel entschieden, die dem Verwender abweichend von § 652 BGB einen Anspruch auf die Maklerprovision auch ohne Geschäftsabschluß (BGH NJW 1967, 1225, 1226) oder bei verweigerter vormundschaftlicher Genehmigung des vermittelten Vertrages (BGH NJW 1973, 1276, 1278 = DNotZ 1973, 618) zubilligt. Entsprechend diesen Grundsätzen hat auch die hier streitige Erfüllungsregelung keinen leistungsbeschreibenden, sondern einen das gesetzliche Hauptleistungsverprechen „verändernden“ Charakter. Auch ohne diese Regelung kann ein wirksamer Vertrag angenommen werden, dessen wesentlicher Inhalt bestimmbar ist.

2. Ist der Kaufvertrag weiter wirksam, so ergibt sich die von der Bekl. geschuldete Leistung nach § 6 Abs. 2 AGBG aus § 433 Abs. 1 BGB. Danach ist die Bekl. verpflichtet, den Kl. das verkaufte Recht zu verschaffen, d. h. für die Eintragung des Rechtsübergangs in das Grundbuch Sorge zu tragen. Soweit das Berufungsgericht darin für die Bekl. eine unzumutbare Härte erblickt (§ 6 Abs. 3 AGBG), übersieht es, daß die Bekl. sich auf eine Unzumutbarkeit der Fortgeltung des Vertrages gar nicht beruft (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, 7. Aufl., § 6 AGBG, Rd.-Nr. 48), vielmehr darauf hingewiesen hat, daß eine Eintragung der Kl., wie in anderen Fällen auch erfolgt, möglich und im Treuhandvertrag für den Fall der Beendigung der Treuhandschaft sogar vorgesehen sei. Daß eine Fortgeltung des Vertrages mit der sich aus dem Gesetz ergebenden Rechtsfolge einer Eintragung in das Grundbuch für die Kl. unzumutbar wäre, ist ebenfalls nicht behauptet worden oder sonst ersichtlich. Die Notwendigkeit einer für alle Berechtigten einheitlichen Verwaltung ist schuldrechtlich durch die zum Gegenstand des Vertrages gemachten Verwaltungsordnung und den Service-Vertrag sichergestellt und macht die dingliche Sicherung des erworbenen Dauerwohnrechtsanteils durch entsprechende Eintragung im Grundbuch für keine der Parteien unzumutbar.

3. Der Vertrag wäre nach alledem nur dann unwirksam, wenn das erworbene anteilige Dauerwohnrecht aus rechtlichen Gründen nicht in das Wohnungsgrundbuch eingetragen werden könnte. Soweit Bedenken erhoben werden, richten sie sich im wesentlichen gegen die Bestellung von 52 gleichrangigen, jeweils auf eine Woche befristeten Dauernutzungsrechten an einer Teileigentumseinheit (ablehnend: OLG Stuttgart NJW 1987, 2023; Kuntze/Herrmann/Ertl/Eickmann, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991, Anm. P 6 der Einleitung; Jäckel-Hutmacher/Brunner, VuR 1994, 9, 12; Weitnauer, 8. Aufl., vor § 31 WEG, Rd.-Nr. 11; Soergel/Stürmer, 12. Aufl., § 31 WEG, Rd.-Nr. 2; befürwortend: Schober, DB 1985, 1513; 1519; Gralka, NJW 1987, 1997; Schmidt, WEZ 1987, 119 f.; Hoffmann, MittBayNot 1987, 177). So liegt der Fall hier jedoch nicht. Vorliegend geht es vielmehr um die Begründung und Eintragung von Bruchteilen an dem Dauerwohnrecht. Dies ist rechtlich zulässig.

Das Dauerwohnrecht nach § 31 WEG ist im Gegensatz zum Wohnungsrecht nach § 1093 BGB veräußerlich und vererblich (§ 33 Abs. 1 WEG). Es ist teilbar und kann mehreren Berechtigten nach Bruchteilen zustehen (h. M. vgl. Bärman/Pick/Merle, 6. Aufl., § 31 WEG, Rd.-Nr. 50; Weitnauer, a.a.O., § 31 WEG, Rd.-Nr. 7; Soergel/Stürmer, a.a.O., § 31 WEG, Rd.-Nr. 3; Münch-Komm/Röll, 2. Aufl., § 31 WEG, Rd.-Nr. 15; Erman/Ganten, 9. Aufl., § 31 WEG, Rd.-Nr. 3; Schmidt, a.a.O., 122; Schober, a.a.O., 1519; a.A. offenbar Palandt/Bassenge, 54. Aufl., § 31 WEG, Rd.-Nr. 5 unter Außerachtlassung des Unterschieds zum

Wohnungsrecht). Daß das Wohnrecht wie bei dem hier vorliegenden Time-Sharing-Modell in 52 Anteile aufgeteilt und verschiedenen Berechtigten für je eine Woche zugewiesen wird, ändert nichts an dem Charakter des Rechts als Dauerwohnrecht (a.A. OLG Stuttgart a.a.O.). Denn das Merkmal der „Dauer“ bedeutet weder nach dem Wortlaut noch nach dem Inhalt des Gesetzes „ununterbrochen“, sondern kennzeichnet den innerhalb einer möglichen Befristung sicheren Bestand über eine Veräußerung des Rechts und den Tod des Berechtigten hinaus (Schmidt, a.a.O., 124). Es wird daher nicht dadurch in Frage gestellt, daß das vorliegend bis zum 31. 12. 2041 gewährte Recht die Kl. zur Nutzung einer bestimmten Ferienwohnung nur für drei Wochen innerhalb eines Jahres berechtigt. Denn das Zeitmoment ist kein Wesensmerkmal des Dauernutzungsrechts (Gralka, a.a.O., 1998). Das dingliche Recht bleibt auch dann ein Dauernutzungsrecht, wenn es zeitlich nur in beschränktem Umfang ausgeübt werden darf.

Eine andere Frage ist, ob die Beschränkung des Gebrauchs auf bestimmte Wochen im Jahr – gegebenenfalls durch eine Vereinbarung mit dem Eigentümer gem. § 33 Abs. 4 Ziff. 1 WEG – zum Inhalt des Dauerwohnrechts gemacht und durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung Gegenstand der Grundbucheintragung werden kann. Dies bedarf hier jedoch keiner Entscheidung. Denn die Bekl. kann ihre Verpflichtung zur Verschaffung des anteiligen Dauerwohnrechts dadurch erfüllen, daß sie die Kl. – wie die Erwerber des Dauerwohnrechts an der in derselben Anlage gelegenen Wohnung Nr. 303 – mit ihrem Anteil von 3/52 in das Grundbuch eintragen läßt und die zeitliche Ausübung allein der Verwaltungsanordnung als einer für und gegen Sondernachfolger geltenden Regelung gem. § 746 BGB überläßt. Gegen eine solche Durchführung des Kaufvertrages bestehen rechtlich keine Bedenken (vgl. Weitnauer, a.a.O., § 31 WEG, Rd.-Nr. 7; Hoffmann, a.a.O., 178). Sie ist interessengerecht und daher auch geschuldet.

4. Dafür, daß das Rechtsgeschäft seinem Gesamtcharakter nach gegen die guten Sitten verstieße (vgl. BGHZ 125, 218, 228 = DNotZ 1994, 764 = MittRhNotK 1994, 140), fehlt jeder Anhaltspunkt.

5. Hat der Kaufvertrag nach alledem mit geändertem Inhalt weiter Bestand, ist die Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises unbegründet. Der den Kl. zustehende Anspruch auf grundbuchrechtliche Wahrung des Kaufvertrags ist nicht Streitgegenstand des Rechtsstreits. Da die Bekl. bereits in der Berufung auf die Möglichkeit einer Eintragung in das Grundbuch hingewiesen hat, besteht für den Senat auch kein Anlaß, die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um den Kl. Gelegenheit zur Klageänderung zu verschaffen.

Die Sache ist vielmehr im Sinne der Klageabweisung zur Endentscheidung reif.

2. Allgemeines – Persönliche Haftungsübernahme und Unterwerfung unter die persönliche Zwangsvollstreckung durch Bevollmächtigten

(OLG Hamm, Urteil vom 13. 6. 1994 – 5 U 44/94 – mitgeteilt von Bürovorsteher Walter Grauel, Mettmann)

AGBG § 3

Die persönliche Haftungsübernahme und die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung durch einen vom Käufer bevollmächtigten Dritten kann als überraschende Klausel anzusehen sein.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Kl. beantragte am 11. 12. 1990 über die Fa. C. bei der Bekl. die Gewährung eines auf die Dauer von 2 Jahren tilgungsfreien sog. Vorschalt-darlehens in Höhe von 106.000,— DM zur Finanzierung des Kaufpreises für eine Eigentumswohnung. Der Antrag wurde von der Bekl. angenommen und das Darlehen auf das Notaranderkonto des Notars P. in W. überwiesen.

Vor diesem Notar hatte der Kl. am 1. 12. 1990 der Kauffrau eine notarielle Vollmacht zur Abgabe aller „den Kauf des Wohnungseigentums und der Auflassung sowie der Belastung des Wohnungseigentums mit Grundpfandrechten bis zur Höhe von 110.000,- DM nebst Zinsen und Nebenleistungen“ betreffenden Erklärungen erteilt, und zwar unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Aufgrund dieser Vollmacht schloß die Kauffrau F. für den Kl. am 31. 12. 1990 vor dem Notar P. mit der von ihr als Geschäftsführerin vertretenen Fa. F. GmbH einen Kaufvertrag über die 37,93 qm große Eigentumswohnung Nr. 27 in dem Objekt H-Straße in E. In unmittelbarem Anschluß hieran bestellte sie vor dem Notar P. – ebenfalls handelnd aufgrund der notariellen Vollmacht vom 1. 12. 1990 – an dem für den Kl. gekauften Wohnungseigentum zugunsten der Bekl. eine erstrangige Grundschuld in Höhe von 106.000,- DM nebst 15 % Zinsen und einer einmaligen Nebenleistung von 10 % des Grundschuldbetrages.

Nachdem der Kl. seinen Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag zunächst nachgekommen war, erklärte er mit anwaltlichem Schreiben vom 23. 8. 1993 die „Anfechtung“ des Darlehensvertrages vom 11. 12. 1990 nach § 2 Abs. 1 HaustWG und teilte der Bekl. mit, daß er jede Zahlung auf das Darlehen einstellen werde. Die Bekl. drohte mit der Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.

Das LG hat die Vollstreckungsgegenklage abgewiesen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg.

I. Zutreffend macht der Kl. geltend, daß die in Ziff. 5 der unter Verwendung eines Formulars der Bekl. errichteten und damit der Inhaltskontrolle des AGBG unterworfenen notariellen Grundschuldbestellungsurkunde vom 30. 12. 1990 enthaltene persönliche Haftungsübernahme für die Zahlung eines Betrages in Höhe der Grundschuld und die wegen *dieser* Zahlungsverpflichtung erfolgte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in *sein gesamtes Vermögen* wegen Verstoßes gegen § 3 AGBG unwirksam sind und eine hierauf gestützte Zwangsvollstreckung der Bekl. damit unzulässig ist.

Allerdings ist die Übernahme einer selbständigen, von der – wie hier – durch die Grundschuld zu sichernden Kreditverbindlichkeit gelösten persönlichen Haftung in Höhe des Grundschuldbetrages i.V.m. der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auch wegen dieser Zahlungsverpflichtung in Kreditsicherungsverträgen mit Banken allgemein üblich und daher nicht ungewöhnlich (BGH WM 1987, 228 = DNotZ 1987, 488 = MittRhNotK 1987, 74). Gleichwohl handelt es sich bei dieser Klausel in dem hier zu beurteilenden Fall um eine Überraschungsklausel i.S.v. § 3 AGBG, weil sie eine Regelung enthält, mit der der Kl. nach den insoweit maßgeblichen individuellen Begleitumständen der Grundschuldbestellung (vgl. BGH WM 1989, 88) vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Diese Begleitumstände waren nämlich dadurch geprägt, daß die Grundschuldbestellung nicht durch den Kl. persönlich erfolgt ist, sondern durch die aufgrund der notariellen Vollmacht vom 11. 12. 1990 für ihn handelnde Kauffrau F.

Mag deren Vollmacht auch an sich die in Ziff. 5 der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde für den Kl. eingegangenen Verpflichtungen abgedeckt haben, weil es in der notariellen Vollmachtsurkunde dazu heißt, daß sich die Vollmacht auf alle Erklärungen erstreckt, die der Belastung des Wohnungseigentums mit Grundpfandrechten *zu banküblichen Bedingungen* einschließlich persönlicher und dinglicher Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung diene, so ist doch damit noch nichts darüber gesagt, ob die Regelungen der Ziff. 5 auch der Inhaltskontrolle des § 3 AGBG standhalten. Das ist nach Auffassung des Senats hier nicht der Fall. Denn der Kl. ist nach Ziff. II der Vollmachtsurkunde von dem beurkundenden Notar nur über „den vorgesehenen Kaufvertragsinhalt, insbesondere in bezug auf Fälligkeit und Hinterlegung des Kaufpreises, Vollstreckungsunterwerfung, . . .“ belehrt worden, nicht aber darüber, was unter „Belastung des Wohnungseigentums mit Grundpfandrechten . . . zu banküblichen Bedingungen“ zu verstehen sei. Er konnte und durfte deshalb erwarten, daß die Grundschuld nur seine Zahlungsverpflichtung aufgrund der Kreditgewährung seitens der Bekl. sichern sollte und daß er sich auch *nur insoweit* der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen sollte. Mit der gleichzeitigen Übernahme einer per-

sönlichen, von der zu sichernden Kreditverbindlichkeit gelösten Haftung und der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in sein persönliches Vermögen auch wegen *dieser* Zahlungsverpflichtung konnte und brauchte der Kl. nach Art und Umfang der der Kauffrau F. erteilten Vollmacht und den ihm hierzu von dem Notar erteilten Rechtsbelehrungen billigerweise nicht zu rechnen. (. . .)

3. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Keine Eintragung eines Rangvorbehalts ohne Anhaltspunkt für Verzinsungsbeginn

(BGH, Beschluß vom 9. 2. 1995 – V ZB 23/94)

BGB § 881

GBO § 45

1. Der Eintragungsbewilligung für einen Rangvorbehalt zugunsten eines verzinslichen Grundpfandrechts, die keine Angaben zum Zeitpunkt des Zinsbeginns enthält, kann nicht durch Auslegung zweifelsfrei entnommen werden, daß der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung der Tag sein soll, an dem das vorbehaltene Grundpfandrecht in das Grundbuch eingetragen wird. Damit ist der Erlaß einer Zwischenverfügung geboten.
2. Bei bereits eingetragenen Rangvorbehalten zugunsten eines verzinslichen Grundpfandrechts, die keine Angaben zum Zeitpunkt des Zinsbeginns enthalten, gilt hinsichtlich des Zinsbeginns der Zeitpunkt der Eintragung des Grundpfandrechts als Mindestinhalt der Erklärung.

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 27. 12. 1993 ließen die Bet. zu 1) ihren Miteigentumsanteil an einem Grundstück dem Bet. zu 2) auf. Dieser räumte seinem Bruder ein dingliches Vorkaufsrecht ein, das unter anderem folgende Bestimmung enthielt:

„Der Erwerber behält sich das Recht vor, im Range vor dem Vorkaufsrecht Grundpfandrechte bis zu einem Betrag in Höhe von 1.000.000,- DM samt Zinsen und Nebenleistungen bis zu insgesamt 20 % jährlich im Grundbuch eintragen zu lassen.“

Die Eintragung der Auflassung sowie des Vorkaufsrechts mit dem bezeichneten Inhalt wurde bewilligt. Den Eintragungsantrag hat das GBA unter anderem deshalb beanstandet, weil in der Eintragungsbewilligung für den Rangvorbehalt der Anfangszeitpunkt der Zinsen und Nebenleistungen nicht angegeben ist. Erinnerung und Beschwerde sind erfolglos geblieben. Die weitere Beschwerde möchte das BayObLG zurückweisen. Daran sieht es sich aber durch den Beschluß des OLG Frankfurt vom 19. 6. 1989, DNotZ 1990, 743 = Rpfleger 1989, 401 gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt (BayObLGZ 1994, 203).

Aus den Gründen:

Die Vorlage ist gem. § 79 Abs. 2 GBO statthaft.

Das vorliegende Gericht ist der Ansicht, der Eintragungsbewilligung für einen Rangvorbehalt zugunsten eines verzinslichen Grundpfandrechts, die keine Angaben zum Zeitpunkt des Zinsbeginns enthält, könne nicht durch Auslegung zweifelsfrei entnommen werden, daß der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung der Tag sein soll, an dem das vorbehaltene Grundpfandrecht in das Grundbuch eingetragen wird. Bei einem verzinslichen Grundpfandrecht könne nach entsprechender Einigung der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung vor der Eintragung, aber auch danach liegen. Als naheliegender Zeitpunkt könne auch der der Eintragung des Vorbehalts in das Grundbuch in Betracht kommen. In Schrifttum und Rechtsprechung würden auch unterschiedliche Zeitpunkte als nächstliegende Bedeutung genannt werden. Dies belege, daß durch Auslegung ein eindeutiges und zweifelsfreies Ergebnis nicht gefunden werden könne.

Demgegenüber hat das OLG Frankfurt in dem angeführten Beschluß den Standpunkt vertreten, es würden jegliche Anhalts-

punkte dafür fehlen, daß die Beteiligten an die Möglichkeit eines Zinsbeginns vor oder nach der Eintragung gedacht hätten; solange sie nicht wüßten, ob, wann und wie von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht werde, könnten sie den Zinsbeginn nicht datieren; ein Wille, diesen vor die Eintragung des Grundpfandrechts zu verlegen, sei damit nicht durchsetzbar.

Die beiden Gerichte sind mithin unterschiedlicher Auffassung in der Frage, ob dann, wenn die Bewilligung eines Rangvorbehalts für ein verzinsliches Grundpfandrecht keine ausdrücklichen Angaben zum Zeitpunkt des Zinsbeginns enthält, die Auslegung zweifelsfrei ergibt, daß der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung der Tag sein soll, an dem das vorbehaltene Grundpfandrecht in das Grundbuch eingetragen wird. Dies trägt die Vorlage, auch wenn die Abweichung letztlich auf eine unterschiedliche Auslegung materiellrechtlicher Vorschriften (§§ 881, 133 BGB) zurückzuführen ist, die das GBA bei dieser Entscheidung anzuwenden hat. Denn das Grundbuchrecht betreffende Vorschriften i.S.d. § 79 Abs. 2 S. 1 GBO sind alle sachlich-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die das GBA angewendet oder zu Unrecht nicht angewendet hat, sofern sie – wie hier – auf bundesgesetzlicher Regelung beruhen (BGH WM 1989, 20 = DNotZ 1990, 289 = MittRhNotK 1989, 112 – insoweit in BGHZ 106, 108 nicht abgedruckt).

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO). Sie hat aber keinen Erfolg.

1. Die Festlegung des maßgebenden Anfangszeitpunkts der Verzinsung eines Grundpfandrechts obliegt der Einigung des Grundstückseigentümers und des Gläubigers (§ 873 Abs. 1 BGB) und muß sich aus der grundbuchrechtlich erforderlichen, aber auch ausreichenden Eintragungsbewilligung ergeben. Enthält diese keine Angaben zum Anfangszeitpunkt einer Verzinsung, so ist zunächst zu prüfen, ob sich dieser durch Auslegung ermitteln läßt. Bei der Auslegung ist entsprechend § 133 BGB auf Sinn und Wortlaut abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Dabei dürfen außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind; zu beachten ist ferner, daß das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen der Auslegung Grenzen setzen. Eine Auslegung kommt daher nur in Betracht, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (vgl. Horber/Demharter, 21. Aufl., § 19 GBO, Rd.-Nr. 28 m.w.N.).

2. Bei der Eintragung eines Rangvorbehalts für ein verzinsliches Grundpfandrecht in das Grundbuch (§ 881 Abs. 2 BGB) muß der Umfang dieses vorbehaltenen Rechts bestimmt sein (§ 881 Abs. 1 BGB). Aus der erforderlichen Eintragungsbewilligung muß sich deshalb auch der Anfangszeitpunkt der Verzinsung, der zum Inhalt des vorbehaltenen Rechts gehört, zweifelsfrei ergeben. Zu Recht ist das vorlegende Gericht der Meinung, daß der Eintragungsbewilligung für einen Rangvorbehalt zugunsten eines verzinslichen Grundpfandrechts, die keine ausdrückliche Angabe über den Zinsbeginn enthält, ein eindeutiger Anfangszeitpunkt für die Verzinsung nicht durch eine Auslegung zweifelsfrei festgestellt werden kann.

a) Nach dem Wortlaut einer solchen Eintragungsbewilligung kann der Anfangszeitpunkt vor der Eintragung des Grundpfandrechts, aber auch danach liegen. Die Verzinsung kann in diesem Fall ferner mit der Eintragung des Grundpfandrechts, also mit seiner Entstehung, beginnen (Palandt/Bassenge, 54. Aufl., § 881 BGB, Rd.-Nr. 2; KEHE/Eickmann, 4. Aufl., § 45 GBO, Rd.-Nr. 24; OLG Frankfurt Rpfleger 1989, 401 = DNotZ 1990, 743 = MittRhNotK 1989, 170; LG Aachen Rpfleger 1986, 89; LG Dresden Rpfleger 1994, 292 m. Anm. Hintzen). In Betracht kommt aber auch als maßgeblicher Zeitpunkt die Beurkundung des Grundpfandrechts (Soergel/Stürmer, 12. Aufl. Nachtrag, § 881 BGB, Rd.-Nr. 7; Kutter, DNotZ 1990, 744, 746). Bei der Bewilligung eines Rangvorbehalts für ein verzinsliches Grundpfandrecht kommt schließlich als naheliegender Zeitpunkt auch

die Beurkundung oder Eintragung des Rangvorbehalts in Betracht.

b) Im Weg der Auslegung kann einer dieser denkbaren Anfangszeitpunkte als der allein maßgebliche nicht eindeutig und zweifelsfrei festgelegt werden. Da offen ist, ob, wann und wie von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht werden wird, kann dem Sinn der Bewilligung insoweit kein eindeutiger Anhaltspunkt entnommen werden. Es mag zutreffen, daß es keine Anhaltspunkte dafür gibt, daß die Beteiligten die Möglichkeit eines Zinsbeginns vor oder nach der Eintragung des vorbehaltenen Grundpfandrechts in Betracht gezogen haben, solange sie nicht wissen, ob, wann und wie von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht wird (OLG Frankfurt a.a.O.). Dies gilt aber ebenso für die anderen Angaben zum Inhalt des vorbehaltenen Rechts, die in die Eintragungsbewilligung aufgenommen sind. Auch wenn die Grundsuldformulare der Kreditgeber – aus welchen Gründen auch immer – die Verzinsung im Regelfall mit dem Tag der Beurkundung der Grundsuld und nicht erst mit dem Tag ihrer Eintragung beginnen lassen (vgl. die Nachweise bei Kutter, a.a.O.), hat dies nicht zur Folge, daß damit nach der Lebenserfahrung die Beurkundung des Grundpfandrechts als der frühest mögliche Zeitpunkt des Zinsbeginns auch in den Fällen von allen Beteiligten als gewollt zweifelsfrei ermittelt werden kann, in denen eine solche ausdrückliche Festlegung gerade fehlt. Schließlich ist es keine Überspannung des im Grundbuchverfahren geltenden Bestimmtheitsgrundsatzes (OLG Frankfurt a.a.O.; Kutter, DNotZ 1990, 747), wenn auch die ausdrückliche Angabe des vereinbarten Zinsbeginns von den Erklärenden verlangt wird. Dies erhellt sich schon aus der Gefahr späterer Auslegungen mit anderem Ergebnis (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rd.-Nr. 2136).

c) Der Anfangszeitpunkt der Verzinsung war in der Eintragungsbewilligung nicht ausdrücklich angegeben. Damit war der Erlaß der Zwischenverfügung vom 3. 3. 1994 geboten (Horber/Demharter, § 45 GBO, Rd.-Nr. 38; Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 2136; Meikel/Böttcher, 7. Aufl., § 45 GBO, Rd.-Nr. 176).

d) Sofern bereits eingetragene Rangvorbehalte zugunsten eines verzinslichen Grundpfandrechts keine Angaben zum Zeitpunkt des Zinsbeginns enthalten, gilt als Mindestinhalt der Erklärung hinsichtlich des Zinsbeginns der Zeitpunkt der Eintragung des Grundpfandrechts.

4. Liegenschaftsrecht/WEG – Gebrauchsregelung durch vereinbarungsersetzenden Mehrheitsbeschluß (BGH, Beschluß vom 4. 5. 1995 – V ZB 5/95)

**WEG §§ 15 Abs. 1; 10 Abs. 1 S. 2; 23 Abs. 4
BGB § 138 Abs. 1**

Ein unangefochtener Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer, der die Hundehaltung in einer Wohnanlage generell verbietet, hat vereinbarungsersetzenden Charakter und bindet alle Wohnungseigentümer, weil er weder sittenwidrig ist noch in den dinglichen Kernbereich des Wohnungseigentums eingreift (Bestätigung von BGH MittRhNotK 1995, 146).

Zum Sachverhalt:

Die Ast. und die Ag. sind Wohnungseigentümer in einer Wohnanlage. Die Ag. haben ihre Eigentumswohnung im Jahre 1991 gekauft und sie vermietet. Ihre Mieterin hält einen Hund.

Am 1. 8. 1974 hatten die Wohnungseigentümer unter Abänderung und Ergänzung der Hausordnung beschlossen, daß die Hundehaltung in der Wohnanlage grundsätzlich untersagt ist. Sie erneuerten diesen Beschluß am 18. 5. 1992 im Hinblick auf die Hundehaltung in der Wohnung der Ag.

Die Ast. haben beantragt, die Ag. zur Unterbindung der Hundehaltung in ihrer Wohnung zu verpflichten, hilfsweise das Mietverhältnis mit ihrer Mieterin zu kündigen und Räumungsklage zu erheben. Die Ag. haben beantragt, festzustellen, daß Hunde gehalten werden dürfen, soweit sie nicht durch ständiges lautes Bellen oder Verunreinigung der Gemeinschaftsanlagen eine erhebliche Belästigung darstellen. Sie wollen ferner

festgestellt haben, daß der Eigentümerbeschuß vom 18. 5. 1992 ungültig ist, hilfsweise beantragen sie, die Ast. zu verpflichten, einer Änderung der Beschlüsse vom 1. 8. 1974 und vom 18. 5. 1992 dahin zuzustimmen, daß Hundehaltung erlaubt ist.

Das AG hat die Ag. verpflichtet, Sorge für die Beseitigung der Hundehaltung in ihrer Wohnung zu tragen. Das LG hat die Ast. verpflichtet, die Hundehaltung in der Wohnanlage zu dulden, soweit sie nicht durch ständiges Bellen oder Verunreinigung der Gemeinschaftsanlagen in erheblicher Weise belästigt werden. Es hat ferner festgestellt, daß die Eigentümerbeschlüsse vom 1. 8. 1974 und vom 18. 5. 1992 nichtig sind. Dagegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Ast.

Das BayObLG hält die sofortige weitere Beschwerde der Ast. für begründet, sieht sich aber an einer Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses durch die Entscheidung des KG vom 13. 1. 1992 (NJW 1992, 2577 = OLGZ 1992, 420) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Vorlage ist statthaft (§ 43 Abs. 1 WEG, § 28 Abs. 2 FGG). Das vorlegende Gericht hält die unangefochtenen und damit bestandskräftigen Beschlüsse der Eigentümer als sog. vereinbarungseretzende Mehrheitsbeschlüsse unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH für wirksam. Die Beschlüsse seien auch nicht sittenwidrig und griffen auch nicht in den Kernbereich oder Wesensgehalt des Sondereigentums ein. Demgegenüber hat das KG (NJW 1992, 2577) in der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung die Auffassung vertreten, ein Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer, der die Hundehaltung ohne Vorliegen konkreter Belästigungen verbiete, sei auch ohne Anfechtung unwirksam. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach § 45 Abs. 1 WEG, §§ 27, 29, 22 Abs. 1 FGG zulässig. Sie ist auch begründet. Der Senat folgt der Auffassung des vorlegenden Gerichts.

1. Ein generelles Verbot der Hundehaltung in der Wohnanlage betrifft den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums, den die Wohnungseigentümer grundsätzlich nur durch Vereinbarung regeln können (§§ 15 Abs. 1; 10 Abs. 1 S. 2 WEG). Eine solche Vereinbarung liegt nicht vor. Mehrheitsbeschlüsse können die Wohnungseigentümer nur im Hinblick auf einen *ordnungsgemäßen* Gebrauch fassen (§ 15 Abs. 2 WEG). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH (BGHZ 54, 65, 69; 73, 302, 307; 74, 258, 267; 78, 167, 170) ist jedoch ein Beschluß der Wohnungseigentümer, der in der Frist des § 23 Abs. 4 S. 2 WEG nicht angefochten worden ist, auch dann allgemein und gerade für den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers verbindlich (§ 10 Abs. 3 WEG), wenn an sich eine Vereinbarung notwendig gewesen wäre. Diese Auffassung hat der Senat mit eingehender Begründung bestätigt (NJW 1994, 3230 ff. = DNotZ 1995, 599 = MittRhNotK 1995, 146 mit zust. Anm. von Niedenführ, LM WEG, § 10, Nr. 14). An dieser Rechtsprechung wird festgehalten. Das vorlegende Gericht geht zutreffend von ihr aus. Auch das KG hat seinen oben genannten Beschluß nicht auf eine von dieser Rechtsprechung des BGH teilweise abweichende Meinung gestützt (vgl. NJW 1992, 2577, 2578 ff.). Wie der Senat (a.a.O., S. 3231) ausgeführt hat, kann der Erwerber eines Miteigentumsanteils und des damit verbundenen Sondereigentums folglich nicht allein auf die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung vertrauen; er muß sich auch vergewissern, ob sie durch bestandskräftige Beschlüsse abgeändert worden ist.

2. Es kann demgemäß nur darum gehen, ob der unangefochtene Beschluß gegen eine Rechtsvorschrift verstößt, auf deren Einhaltung nicht wirksam verzichtet werden kann (§ 23 Abs. 4 S. 2 WEG).

a) Zwar kann jeder Wohnungseigentümer, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit seinem Sondereigentum nach Belieben verfahren, insbesondere es in sonstiger Weise nutzen (§ 13 Abs. 1 WEG). Er ist nach § 14 Nr. 1 WEG nur verpflichtet, vom Sonder- und Gemeinschaftseigentum in einer Weise Gebrauch zu machen, daß dadurch keinem der anderen Wohnungseigentümer über das bei einem geord-

neten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst. Diese Freiheit besteht aber nur unter dem Vorbehalt einer im Rahmen der allgemeinen Gesetze zulässigen anderweitigen Gebrauchsregelung nach §§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 1 S. 2 WEG, die einschneidende Beschränkungen enthalten kann, und zwar auch solche, die gewichtiger sind als das Verbot der Hundehaltung. Da nach der Senatsrechtsprechung (vgl. insbesondere NJW 1994, 3230 ff. = DNotZ 1995, 599 = MittRhNotK 1995, 146) ein unangefochtener und bestandskräftiger Mehrheitsbeschluß eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer ersetzen kann, liegt es in der Konsequenz dieser Rechtsprechung, daß im vorliegenden Fall auch die grundsätzliche Nutzungsfreiheit des Wohnungseigentümers zulässigerweise eingeschränkt ist. Der Senat hat dabei nicht darüber zu entscheiden, ob durch einen Mehrheitsbeschluß der Eigentümerversammlung die Hundehaltung generell verboten werden kann, sondern er hat nur die Rechtslage zu beurteilen, die sich aus einem entsprechenden unangefochtenen und bestandskräftigen Beschluß ergibt.

b) Mit Recht hat das vorlegende Gericht auch einen Eingriff in den dinglichen Kernbereich des Wohnungseigentums (vgl. Senat NJW 1994, 3231 = DNotZ 1995, 599 = MittRhNotK 1995, 146) verneint. Die Möglichkeit der Hundehaltung gehört nicht zum wesentlichen Inhalt der Nutzung von Wohnungseigentum, wie nicht zuletzt daraus folgt, daß in der überwiegenden Zahl von Wohnungen keine Hunde gehalten werden. Demgemäß hält auch die ganz h.M. in Lit. und Rspr. eine Vereinbarung der Eigentümer über ein generelles Verbot der Hundehaltung für zulässig (Bärmann/Pick, 13. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 6; Bärmann/Pick/Merle, 6. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 8; Erman/Ganten, 9. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 1; MünchKommRöhl, 2. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 2; Palandt/Bassenge, 54. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 4; Schmid, WuM 1988, 344; Soergel/Stümer, 12. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 2 b; Weitnauer, 7. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 18; a.A. RGRK/Augustin, 12. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 4, allerdings mit unzutreffendem Hinweis auf die Rechtsprechung des BayObLG). Diese Auffassung hat sich auch in der Rechtsprechung durchgesetzt (so BayObLGZ 1972, 90, 92, sowie OLG Karlsruhe DWE 1988, 68; früher auch KG NJW 1956, 1679, 1680).

c) Zu Recht hält das vorlegende Gericht den Eigentümerbeschluß auch nicht für sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB). Dies folgt schon daraus, daß es den Wohnungseigentümern nicht verboten ist, im Wege der Vereinbarung (§ 15 Abs. 1, § 10 Abs. 1 S. 2 WEG) eine Gebrauchsbeschränkung in der Form eines generellen Verbots der Hundehaltung aufzustellen (s. oben b).

Wie das vorlegende Gericht im übrigen zutreffend ausführt, können von der Hundehaltung in einer Eigentumswohnung im Regelfall Beeinträchtigungen der übrigen Wohnungseigentümer (Verschmutzung der Gemeinschaftsanlagen, Lärmbelästigung) ausgehen. Ein generelles Verbot der Hundehaltung ist damit weder willkürlich noch sachlich völlig unbegründet, zumal sich Beeinträchtigungen nie ausschließen lassen. Nutzungsbeschränkungen, die auf konkrete Belästigungen abstellen, stoßen in der Überwachung auch stets auf große praktische Schwierigkeiten und geben Anlaß zu Streitigkeiten, die den Hausfrieden stören. Auch der Senat ist deshalb der Auffassung, daß ein generelles Verbot der Hundehaltung weder in einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer noch in einem sie ersetzenden bestandskräftigen Mehrheitsbeschluß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.

Auch in einem Mietvertrag kann nach h.M. individualvertraglich die Hundehaltung ganz ausgeschlossen werden (vgl. Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiets, 2. Aufl., Kap. III, Rd.-Nr. 1038; Erman/Jendrek, 9. Aufl., § 550 BGB, Rd.-Nr. 3; Palandt/Putzo, 54. Aufl., § 535 BGB, Rd.-Nr. 17; Schmid, WuM 1988, 343, 345 m.w.N.; Staudinger/Emmerich, 12. Aufl., § 550 BGB, Rd.-Nr. 3 a und § 535 BGB, Rd.-Nr. 74 m.w.N.). Ein solches vertraglich vereinbartes Verbot ist auch verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfG WuM 1981,

77). Ohne Bedeutung ist im vorliegenden Zusammenhang, daß nach der Rechtsprechung des BGH der formularvertragliche Ausschuß jeglicher Haustierhaltung nach § 9 Abs. 1 AGBG unzulässig ist (NJW 1993, 1061, 1062), denn darum geht es hier nicht.

d) Zu beachten bleibt freilich, daß die Durchsetzung eines solchen Verbots unter dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) steht und daher im Einzelfall unzulässig sein kann. Für eine solche Fallgestaltung (zu denken wäre etwa an eine Verbotsdurchsetzung gegen einen blinden Eigentümer, der einen Blindenhund benötigt) liegen hier aber keinerlei Anhaltspunkte vor.

3. Entgegen der Auffassung der Ag. ist der Ausspruch des AG inhaltlich bestimmt genug. Die Ast. können von den Ag. einen Gebrauch des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums verlangen, der der Beschlußlage entspricht (§ 15 Abs. 3 WEG). Die Ag. müssen für ein entsprechendes Verhalten ihrer Mieterin sorgen (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 2 WEG). Welche Maßnahmen sie dazu ergreifen, muß grundsätzlich ihnen überlassen bleiben und kann ihnen deswegen nicht vorgeschrieben werden. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage nicht von der Abwehrklage wegen Eigentumsstörung (§ 1004 Abs. 1 BGB; vgl. z. B. BGHZ 67, 252, 253 m.w.N.; BayObLG NJW-RR 1991, 658, 659).

Soweit die Ag. geltend machen, sie seien im Rahmen des Mietverhältnisses nicht in der Lage, ein Verbot der Hundehaltung durchzusetzen, ist dies jedenfalls für das vorliegende Erkenntnisverfahren ohne Bedeutung. Es geht um die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander. Diese werden weder erweitert noch beschränkt dadurch, daß der in Anspruch genommene Wohnungseigentümer mietvertraglich gebunden ist. Von einer unmöglichen Leistung der Ag. (vgl. BGH NJW 1974, 943, 944) kann keine Rede sein. Die Ag. haben in Kenntnis des Hundehaltungsverbots die Wohnung vermietet. Sie müssen deshalb alles in ihrer Macht Stehende unternehmen, damit ihre Mieterin die Hundehaltung einstellt. Alles weitere kann dem Vollstreckungsverfahren überlassen werden (vgl. OLG Hamm, OLGZ 1990, 34, 41 = MittRhNotK 1989, 270; BayObLGZ 1988, 440, 442; BayObLG NJW-RR 1991, 658, 659; Bärmann/Pick, 13. Aufl., § 14 WEG, Rd.-Nr. 12; RGRK/Augustin, 12. Aufl., § 14 WEG, Rd.-Nr. 8; Bub, WE 1987, 114, 116; Erman/Ganten, 9. Aufl., § 14 WEG, Rd.-Nr. 2 a; Kirchhoff, ZMR 1989, 323, 326 m.w.N.; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 2. Aufl., S. 155, 156; Soergel/Stürmer, 12. Aufl., § 13 WEG, Rd.-Nr. 3; Weitnauer, 7. Aufl., Anh. § 13 WEG, Rd.-Nr. 4 und § 15 WEG, Rd.-Nr. 21; ders., WE 1987, 98; a.A. Blank, PIG, Bd. 15, 33, 39).

5. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Zustimmung des Eigentümers zur Löschung eines Grundpfandrechts (m. Anm. Wochner)

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 4. 11. 1994 – 3 Wx 459/94 – mitgeteilt von Notar Peter Kemp, Bonn)

**BGB §§ 1132 Abs. 2; 1175 Abs. 1
GBO § 27**

- 1. Die Verteilung einer Gesamtgrundschuld ist nur in der Weise möglich, daß die Summe der Einzelgrundpfandrechte dem Betrag der Gesamtgrundschuld entspricht.**
 - 2. Der Verzicht auf eine Gesamtgrundschuld an allen Mithaftstellen bedarf der Zustimmung des Eigentümers**
- (Leitsätze nicht amtlich)**

Zum Sachverhalt:

Zu Lasten des Grundbesitzes – eingetragen im Grundbuch von O. Bl. 11271 – ist in Abt. III unter laufender Nr. 1 zugunsten der Bayerischen H.-Bank AG unter Mithaft des Grundbesitzes (Wohnungs- und Teileigentumsrechte) O 11272 bis 11481 eine Grundschuld von 24.400.000,- DM nebst Zinsen eingetragen.

Unter dem 15. 2. 1994 überreichte der Notar eine Urkunde der Grundschuldgläubigerin vom 7. 2. 1994 und beantragte deren Vollzug im Grundbuch.

In der genannten Urkunde erklärt die Gläubigerin,

1. daß sie 13 näher bezeichnete Mithaftstellen aus der Pfandhaft für die Grundschuld von 24.400.000,- DM nebst Zinsen entlasse und die Eintragung der Pfandfreigabe im Grundbuch bewillige und beantrage,
2. daß sie die Löschung eines Teilbetrages von 2.470.546,- DM aus der genannten Gesamtgrundschuld bewillige und beantrage,
3. daß sie den Restbetrag von 21.929.454,- DM aus der genannten Gesamtgrundschuld auf 116 Mithaftstellen gem. näherer Angabe verteile und die Eintragung der Verteilung der Grundschulden bewillige und beantrage.

Die Rechtspflegerin des GBA hat dem Notar durch Zwischenverfügung vom 18. 3. 1994 mitgeteilt, daß für die Erledigung des Antrages vom 15. 2. 1994 die Zustimmung der Eigentümerin zur Löschung des Teilbetrages von 2.470.546,- DM erforderlich sei.

Der Notar hat Erinnerung (Beschwerde) gegen die Zwischenverfügung vom 18. 3. 1994 eingelegt. Die Rechtspflegerin und der Richter des AG haben dem Rechtsmittel nicht abgeholfen.

Das LG hat durch Beschluß vom 12. 7. 1994 die Beschwerde in dieser Sache und bezüglich weiterer 115 Mithaftstellen zurückgewiesen.

Der Notar hat weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde hat keinen Erfolg. Das LG ist zu Recht davon ausgegangen, daß zur teilweisen Löschung der Gesamtgrundschuld in Höhe eines Betrages von 2.470.546,- DM nach § 27 GBO die Zustimmung des Eigentümers erforderlich ist und daß deshalb die Zwischenverfügungen des GBA zum Vollzug des Antrages vom 15. 2. 1994 nicht zu beanstanden sind.

Die Auffassung des Notars, daß die teilweise Freigabe der Gesamtgrundschuld im Rahmen der getroffenen Gesamtregelung nach den §§ 1132 Abs. 2 bzw. 1175 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 1192 BGB behandelt werden könne, ist nicht zutreffend.

Nach den §§ 1132 Abs. 2, 1192 BGB ist der Gläubiger berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Eigentumsrechte in der Weise zu verteilen, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet. Die Verteilung, die ohne Zustimmung des Eigentümers möglich ist, kann aber nur in der Weise geschehen, daß die Summe der aufgrund der Verteilung entstehenden Einzelrechte dem Betrag der ursprünglichen Gesamtbelastung entspricht. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes.

Nach den §§ 1175 Abs. 1 S. 2, 1192 BGB erlischt die Gesamtgrundschuld, wenn und soweit der Gläubiger auf diese an einem der Grundstücke verzichtet. Hier soll jedoch nicht auf die Grundschuld in Höhe von 2.470.546,- DM an einem oder an einer begrenzten Anzahl von Grundstücken verzichtet werden. Vielmehr sollen nach dem Gesamthalt der Urkunde vom 7. 2. 1994 alle Wohnungs- und Teileigentumsrechte um mindestens den Betrag von 2.470.546,- DM entlastet werden, so daß der Vorgang dem Regelungsbereich des § 1175 Abs. 1 S. 1 BGB zuzuordnen ist und der Zustimmung des Eigentümers bedarf.

Auch die von dem Notar in der weiteren Beschwerde vom 26. 7. 1994 vorgeschlagenen Vorgehensweisen würden, selbst wenn sie durch die Urkunde vom 7. 2. 1994 gedeckt wären, nicht dazu führen, daß ohne Eigentümerzustimmung auszukommen ist.

Zwar wäre es möglich, den Teilbetrag von 2.470.546,- DM auf allen Wohnungs- und Teileigentumsrechten mit Ausnahme derjenigen 13 Wohnungs- bzw. Teileigentumsrechte, die vollständig aus der Haft entlassen werden sollen, ohne Zustimmung des Eigentümers zur Löschung zu bringen. Jedoch ist es nicht möglich, ohne Zustimmung des Eigentümers sodann die genannten 13 Wohnungs- und Teileigentumsrechte vollständig aus der Pfandhaft zu entlassen. Durch die teilweise Löschung der Gesamtgrundschuld an allen mit Ausnahme der 13 genann-

ten Wohnungs- und Teileigentumsrechte, entstünde ein Gesamtpfandrecht von 21.929.454,- DM an allen Wohnungs- und Teileigentumsrechten und ein Gesamtpfandrecht in Höhe von weiteren 2.470.546,- DM ausschließlich an den genannten 13 Wohnungs- und Teileigentumsrechten. Die vollständige Entlassung dieser 13 Wohnungs- und Teileigentumsrechte aus der Pfandhaft wäre deshalb nicht nur ein Verzicht auf das Pfandrecht an einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsrechten; vielmehr wären von dem Verzicht, soweit es um den Betrag von 2.470.546,- DM geht, alle Wohnungs- und Teileigentumsrechte betroffen, auf denen die Gesamthaftung noch lastet, so daß insoweit ein Fall des § 1175 Abs. 1 S. 1 BGB vorläge.

Soweit der Notar außerdem vorschlägt, den Gesamt-Grundschuldbetrag von 24.400.000,- DM auf alle Wohnungs- und Teileigentumsrechte nach § 1132 Abs. 2 S. 2 BGB zu verteilen, wobei 2.470.546,- DM auf die genannten 13 Wohnungs- und Teileigentumsrechte entfallen sollen, und sodann die 13 Wohnungs- und Teileigentumsrechte vollständig aus der Pfandhaft zu entlassen, wird übersehen, daß durch die Verteilung Einzelrechte entstehen, die ohne Zustimmung des Eigentümers nicht gelöscht werden können. Dies würde nach § 1175 Abs. 1 S. 1 BGB auch dann gelten, wenn der Betrag von 2.470.546,- DM so zugeteilt würde, daß die 13 Wohnungs- und Teileigentumsrechte wegen dieses Betrages in ihrer Gesamtheit haften.

Anmerkung (von Notarassessor Dr. Georg Wochner, Köln)

1. Belastet ein Grundpfandrecht mehrere Grundstücke, kann der Gläubiger die Beträge nach seinem Belieben auf die einzelnen Grundstücke verteilen (§ 1132 Abs. 2 S. 1 BGB). Aus dem früheren Gesamtgrundpfandrecht werden Einzelgrundpfandrechte in Höhe der zugewiesenen Beträge. Die Verteilung ist ohne Zustimmung des Eigentümers möglich, da es sich bei ihr nicht um eine rechtsgeschäftliche Aufhebung i.S.d. § 1183 S. 1 BGB handelt.

Das OLG Düsseldorf geht davon aus, daß die Verteilung nur in der Weise vorgenommen werden kann, daß die Summe der Einzelgrundpfandrechte dem Betrag des früheren Gesamtgrundpfandrechts entspricht. Bedauerlicherweise erwähnt das OLG die entgegenstehende ganz herrschenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung überhaupt nicht, bevor es sich zu ihr in Widerspruch setzt. Bereits das Reichsgericht vertrat die Auffassung, daß die zur Durchführung der Verteilung erforderliche Eintragung keine Löschung darstelle, weshalb dem Gläubiger das ihm zustehende Recht, das gesamte Grundpfandrecht unabhängig vom Eigentümer zu verteilen, nicht durch § 27 GBO entzogen werden dürfe (RGZ 70, 91, 93). Die Zustimmung des Eigentümers sei nur erforderlich bei der Löschung aufgrund rechtsgeschäftlicher Erklärung des Gläubigers, nicht jedoch dann, wenn das Erlöschen des Grundpfandrechts kraft Gesetzes aus der Verteilung folge. In Höhe der nicht zugeteilten Beträge entfalle das Gesamtgrundpfandrecht ohne weiteres. Der Ansicht des Reichsgerichts haben sich auch andere Obergerichte angeschlossen (KGJ 37, A 307; KGJ 47, 207 unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung; zuvor schon BayOblGZ 7, 431; SeuffBl. 72, 253). Die Ansicht des Reichsgerichts hat auch in der Literatur einhellige Zustimmung gefunden (Staudinger/Scherübl, 12. Aufl. 1981, § 1132 BGB, Rd.-Nr. 57; MünchKomm/Eickmann, 2. Aufl. 1986, § 1132 BGB, Rd.-Nr. 40; Erman/Räffle, 9. Aufl. 1993, § 1132 BGB, Rd.-Nr. 12; Palandt/Bassenge, 54. Aufl. 1995, § 1132 BGB, Rd.-Nr. 11; Jauernig, 7. Aufl. 1995, § 1132 BGB, Anm. 5; Meikel/Böttcher, 7. Aufl. 1988, § 27 GBO, Rd.-Nr. 11; KEHE/Ertl, 4. Aufl. 1991, § 27 GBO, Rd.-Nr. 15; Demharter, 21. Aufl. 1995, § 27 GBO, Rd.-Nr. 8).

Auf die Verteilung sind die Vorschriften der §§ 875, 876 und 878 BGB entsprechend anwendbar (§ 1132 Abs. 2 S. 2 BGB). Grundsätzlich bedarf der Gläubiger zur Aufhebung seines Rechts nicht der Zustimmung des Eigentümers (§ 875 Abs. 1 BGB). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt für die Aufhebung einer Hypothek (§ 1183 S. 1 BGB). Dem Eigentümer

soll seine Aussicht auf die Entstehung einer Eigentümergrundschuld nach § 1163 BGB nicht gegen seinen Willen entzogen werden dürfen (Staudinger/Scherübl, a.a.O., § 1183 BGB, Rd.-Nr. 8). § 1132 Abs. 2 S. 2 BGB verweist gerade nicht auf § 1183 S. 1 BGB. Für eine Zustimmung des Eigentümers zur Vornahme der Verteilung besteht auch dann kein Bedürfnis, wenn die Summe der entstehenden Einzelgrundpfandrechte geringer ist als das Gesamtgrundpfandrecht. Erlangt der Gläubiger eines Gesamtgrundpfandrechts Befriedigung aus einem Grundstück, werden die übrigen Grundstücke nach § 1181 Abs. 2 BGB frei, ohne daß ein Eigentümerrecht entsteht (MünchKomm/Eickmann, a.a.O., § 1132 BGB, Rd.-Nr. 40).

2. Das OLG wendet sich sodann der Frage zu, ob hinsichtlich der aus der Pfandhaft entlassenen Wohn- bzw. Teileigentumseinheiten ein Verzicht an einzelnen Miteigentumsanteilen i.S.d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegt. Die Entlassung aus der Pfandhaft, insbesondere eine ausdrücklich als Pfandfreigabe bezeichnete Erklärung ist als Verzichtserklärung nach § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB und nicht als Aufhebung anzusehen (Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rd.-Nr. 2706). Eine solche Verzichtserklärung bedarf nicht der Zustimmung des Eigentümers (BGHZ 52, 93, 96). Infolge des Verzichts erlischt das Grundpfandrecht an den freigegebenen Wohn- bzw. Teileigentumseinheiten. Der Eigentümer kann entweder die Eintragung des Verzichts oder die Löschung der Grundpfandrechte an den freigegebenen Mithaftstellen beantragen. Zur Löschung ist grundbuchrechtlich die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich, da die Unrichtigkeit des Grundbuchs gem. § 27 S. 2 GBO nachgewiesen ist (Demharter, a.a.O., § 27 GBO, Rd.-Nr. 8).

Das OLG Düsseldorf verneint das Vorliegen eines Verzichts i.S.d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB unter Hinweis auf den Gesamthalt der Urkunde. Angesichts des eindeutigen Wortlauts von Ziff. 1 der Erklärung, mit der die Entlassung von Mithaftstellen aus der Pfandhaft für die Gesamtgrundschuld bewilligt wird, wäre richtigerweise davon auszugehen gewesen, daß die teilweise Pfandfreigabe einen Verzicht darstellte und ohne Zustimmung des Eigentümers wirksam war.

3. Schließlich gelangt das OLG zu dem Ergebnis, die Erklärung der Gläubigerin enthalte einen teilweisen Verzicht auf die Gesamtgrundschuld (§ 1175 Abs. 1 S. 1 BGB). Es ist bereits fraglich, ob man die Erklärung in Ziff. 2 der Urkunde als „Verzicht“ ansehen kann (zur Einordnung unten 4.). Unzutreffend ist jedenfalls die Ansicht des OLG, zum Verzicht sei die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Die Vorschrift des § 1175 Abs. 1 S. 1 BGB regelt lediglich die Folgen eines Verzichts des Gläubigers auf ein Gesamtgrundpfandrecht im Verhältnis der einzelnen Eigentümer zueinander. Der Verzicht auf ein Grundpfandrecht nach § 1168 BGB bedarf zu seiner materiellrechtlichen Wirksamkeit nicht der Zustimmung des Eigentümers (Staudinger/Scherübl, a.a.O., § 1168 BGB, Rd.-Nr. 20). Die Zustimmung des Eigentümers ist entbehrlich, weil – anders als bei der Aufhebung – das Grundpfandrecht nicht erlischt, sondern auf den Eigentümer übergeht und diesem die bestehende Rangstelle erhalten bleibt.

4. Wenngleich die Begründung des OLG nicht zu befriedigen vermag, erweist sich die Entscheidung im Ergebnis als richtig. Mit Ziff. 2 der Erklärung bewilligt und beantragt die Gläubigerin ausdrücklich die „Löschung eines Teilbetrages“ im Grundbuch. Die Verteilung nach Ziff. 3 bezog sich nur auf den nach der Löschung verbleibenden Restbetrag der Grundschuld. Zwar besagt die Erteilung einer Löschungsbewilligung noch nichts über den materiellrechtlichen Charakter der der Aufgabe des Grundpfandrechts zugrundeliegenden Erklärung. Die Ermittlung des Willens des Grundpfandrechtsgläubigers wird zudem dadurch erschwert, daß es diesem nach Befriedigung seiner Ansprüche meist gleichgültig ist, ob das Grundpfandrecht aufgehoben wird, oder ob infolge des Verzichts eine Eigentümergrundschuld entsteht. Die Erteilung einer Löschungsbewilligung stellt materiellrechtlich in der Regel eine Aufhebungserklärung und keinen Verzicht dar (OLG München JFG 18, 201, 203; KGJ 32, A 257, 260 f.; KGJ 38, A 273, 275). Die

Löschungsbewilligung enthält nicht die Bewilligung der Eintragung eines Verzehrs (Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 2716).

Im Grundbuchverfahren reicht es aus, daß der Gläubiger die Löschung des Grundpfandrechts bewilligt. Die Löschungsbewilligung braucht lediglich den Willen zur Löschung zum Ausdruck zu bringen, ohne daß es auf die materiellrechtliche Grundlage der Löschung ankommt (BayObLGZ 1952, 321, 322). Dies hat jedoch zur Folge, daß nach § 27 S. 1 GBO die Zustimmung des Eigentümers dem GBA in öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen werden muß. Die Zustimmung kann im Löschantrag des Eigentümers schlüssig enthalten sein; in diesem Fall bedarf er der Form des § 29 GBO (BayObLG Rpfleger 1973, 404). Der Nachweis der Zustimmung des Eigentümers erübrigt sich dagegen, wenn es sich bei der Erklärung des Gläubigers um einen Verzicht handelt. Ausnahmsweise erlangt hierbei die materiellrechtliche Grundlage der Erklärung des Gläubigers Bedeutung. Es erscheint fraglich, ob die Aufgabeerklärung des Gläubigers schon deshalb als Verzicht anzusehen ist, weil auf diesen ein rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Anspruch besteht (so aber MünchKomm/Eickmann, a.a.O., § 1168 BGB, Rd.-Nr. 4). Soll bei der Löschung eines Grundpfandrechts – sei es ein Einzel- oder ein Gesamtgrundpfandrecht – das Erfordernis der Eigentümerzustimmung vermieden werden, empfiehlt es sich, die Freigabebewilligung des Gläubigers ausdrücklich als Verzicht zu bezeichnen. Die Löschung kann erst nach Eintragung des Verzehrs vorgenommen werden (Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 2718; Demharter, a.a.O., § 27 GBO, Rd.-Nr. 8; a.A. OLG Schleswig, Rpfleger 1965, 177).

6. Liegenschaftsrecht/Erbaurecht – Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses (OLG Hamm, Beschluß vom 28. 4. 1995 – 15 W 374/94 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Karl-Dieter Schmidt, Hamm)

BGB § 883 Abs. 1

ErbbauVO § 9 a Abs. 1 u. 3

- 1. Der Bestimmtheitsgrundsatz gilt auch für die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Bestellung einer Reallast für den erhöhten Erbbauzins, der aufgrund einer Anpassungsvereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigten zu zahlen ist.**
- 2. Bei einem Wohnzwecken dienenden Erbaurecht ist der Anspruch auf Eintragung der künftigen Erbbauzinsreallast hinreichend bestimmbar, wenn die Erhöhung des Erbbauzinses nach der vertraglichen Vereinbarung von einer wesentlichen Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, die sich aus Änderung der Lebenshaltungskosten sowie der Löhne und Gehälter ergibt, abhängig ist; im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz bedarf es wegen der gesetzlichen Regelung in § 9 a Abs. 1 S. 5 ErbbauVO keiner vertraglichen Abrede, in welchen zeitlichen Abständen ein Erhöhungsverlangen frühestens geltend gemacht werden darf.**

Zum Sachverhalt:

Zugunsten der Bet. zu 2) ist ein Erbaurecht an dem Grundstück der Bet. zu 1) im Grundbuch eingetragen.

Die Bet. zu 2) haben mit notariell beglaubigtem Schreiben vom 5. 10. 1992 beim GBA beantragt und bewilligt, an bereitester Stelle im Erbbaugrundbuch zugunsten der Eigentümerin des Grundstücks eine Vormerkung zur Sicherung ihres Anspruchs auf Eintragung einer Reallast des Inhalts einzutragen, daß die Erbbauberechtigten von einem bestimmten Zeitpunkt an einen gem. der im Erbaurechtsvertrag getroffenen Vereinbarung neu festgesetzten Erbbauzins zu zahlen haben. Die Bet. zu 1) hat dazu mit notariell beglaubigtem Schreiben ihres Vertreters ihre Zustimmung erteilt.

Im Erbaurechtsvertrag vom 18. 4. 1978 ist in § 11 Abs. 2 vereinbart:

„Bei einer wesentlichen Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere auch bei einer Währungsänderung, soll eine

den veränderten Verhältnissen entsprechende Neufestsetzung der Höhe des von den Erbbauberechtigten zu entrichtenden Erbbauzinses durch Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten erfolgen.

Unter einer wesentlichen Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse sind insbesondere wesentliche Änderungen der Lebenshaltungskosten, der Grundstücks- und Baupreise sowie der Löhne und Gehälter zu verstehen.

Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, so soll über die Höhe des in Zukunft zu entrichtenden Erbbauzinses das in § 7 bestimmte Verfahren angewendet werden. Auch hierfür gilt der besondere Schiedsvertrag.“

In § 7 Abs. 2 des Vertrages ist festgelegt, daß jede Partei einen Schiedsgutachter benennen kann. Einigen sich die beiden Schiedsgutachter nicht, so hat ein von der Industrie- und Handelskammer in A. oder der Landwirtschaftskammer in M. erwählter Sachverständiger zu entscheiden.

Das GBA hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Erinnerung und Beschwerde blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist begründet, weil die Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 78 GBO i.V.m. § 550 ZPO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer unzulässigen Erstbeschwerde der Bet. zu 1) ausgegangen. Ihre Beschwerdebefugnis ergibt sich daraus, daß die Bet. zu 1) unmittelbar Begünstigte der eingetragenen Vormerkung wäre. Im Falle der Zurückweisung eines Eintragungsantrags deckt sich die Beschwerdeberechtigung mit dem Antragsrecht. Beschwerdeberechtigt ist jeder Antragsberechtigte, auch wenn nicht er, sondern ein anderer Beteiligter den Antrag gestellt hat (KEHE/Kuntze, § 71 GBO, Rd.-Nr. 69). Den Antrag zur Eintragung einer Vormerkung können als unmittelbar Beteiligte sowohl derjenige, dessen Recht durch die Vormerkung gesichert werden soll, als auch derjenige, dessen Recht durch die Vormerkung belastet wird, stellen. Hier haben die Bet. zu 2) zwar die Eintragung der Vormerkung zu Lasten ihres Erbaurechts beantragt. Die Bet. zu 1) ist jedoch als künftige Inhaberin der Reallast mit dem Inhalt eines erhöhten Erbbauzinses, deren Rang durch die Eintragung der Vormerkung gesichert werden soll, auch antragsberechtigt. Daraus folgt ihre Beschwerdeberechtigung gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrages der Bet. zu 2).

Die Sachentscheidung des LG hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das LG verneint die Eintragungsfähigkeit der beantragten Vormerkung. Der zu sichernde Anspruch sei nicht genügend bestimmt. Die Regelung in § 11 Abs. 2 Erbaurechtsvertrag enthalte keine genügend genauen Maßstäbe, aus denen sich das Ob und der Umfang einer Erhöhung des Erbbauzinses ergäben. Ein nachrangiger Grundpfandgläubiger könne nicht mit genügender Sicherheit feststellen, in welchem Umfang ihm Belastungen vorgehen könnten. Diese rechtliche Würdigung trifft nicht zu.

Nach § 883 BGB kann zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Rechts eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs, auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks, zulässig. Der künftige Anspruch muß aber nach Inhalt und Gegenstand genügend bestimmbar sein. Unter diesen Voraussetzungen kann eine Vormerkung zur Sicherung der Eintragung einer Reallast des Inhalts, daß ein neu festgesetzter Erbbauzins zu entrichten sei, eingetragen werden (BGHZ 22, 220, 224 f. = DNotZ 1957, 300; BGHZ 61, 209, 211 = DNotZ 1974, 90; OLG Hamm OLGZ 1967, 450, 453 = DNotZ 1968, 126). Wann ein solcher Anspruch noch genügend bestimmbar sei, kann nur nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles beurteilt werden (BGHZ 61, 209, 211 = DNotZ 1974, 126).

In der Literatur wird gefordert, daß sowohl die Voraussetzungen für eine Anpassung des Erbbauzinses als auch deren Höhe bestimmbar sein müssen (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, Grund-

buchrecht, Rz. 1833; MünchKomm/von Oefele, Rz. 49 zu § 9 ErbbauBO; Soergel/Stürner, Rz. 10 zu § 9 ErbbauVO; Ingenstau, Rz. 69 zu § 9 ErbbauVO; von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbaurechts, Rz. 183). In der obergerichtlichen Rechtsprechung sind überwiegend Entscheidungen zu der Frage ergangen, unter welchen Umständen der Umfang der Anpassung des Erbbauzinses noch genügend bestimmbar ist (vgl. BGHZ 22, 220 ff. = DNotZ 1957, 300; OLG Hamm OLGZ 1967, 450 ff. = DNotZ 1968, 126; OLG Düsseldorf OLGZ 1969, 221 ff. = DNotZ 1969, 297; OLG Hamburg MittBayNot 1971, 85; BayObLGZ 1969, 97 ff. = DNotZ 1969, 492; OLG Düsseldorf DNotZ 1976, 539 ff. = DNotZ 1976, 539; BGHZ 61, 209 ff. = DNotZ 1974, 80; KG Rpfleger 1976, 244 f. = MittRhNotK 1976, 161; OLG Celle Nds.Rpfleger 1985, 71 f.). Mit der fehlenden Bestimmbarkeit der Anpassungszeit hat sich jedoch das Schleswig-Holsteinische OLG (SchlHA 1970, 60) auseinandergesetzt. Es hat eine genügende Bestimmbarkeit des zu sichernden Anspruchs und damit die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung verneint, wenn jederzeit bei einer Veränderung der maßgeblichen Verhältnisse eine Anpassung des Erbbauzinses verlangt werden kann. Das KG hat hingegen in seiner später ergangenen Entscheidung (a.a.O.) die Bestimmbarkeit des zu sichernden Anspruchs auch dann bejaht, wenn der ursprüngliche Erbbauzins auf Verlangen eines Vertragspartners bei einer Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse jederzeit angemessen zu ändern ist, soweit dies unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht unbillig ist. Es hat seine abweichende Auffassung mit dem Hinweis auf § 9 a Abs. 3 ErbbauVO begründet. § 9 a ErbbauVO ist durch das Gesetz zur Änderung der ErbbauVO vom 8. 1. 1974 in die Erbbauverordnung aufgenommen worden. Mit Rücksicht auf die neu entstandene Rechtslage hat das KG auch eine Vorlagepflicht nach § 79 Abs. 2 GBO wegen Abweichung von der Ansicht des Schleswig-Holsteinischen OLG verneint.

Unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Schrifttum geht der Senat im vorliegenden Fall von einer hinreichenden Bestimmbarkeit des durch die beantragte Vormerkung zu sichernden Anspruchs aus. Dabei kommt der Eintragung der Vormerkung nach Auffassung des Senats nur für den Fall eine Bedeutung zu, daß sich der Erbbauzins aufgrund der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen erhöht.

Ist in einer Anpassungsvereinbarung die Erhöhung des Erbbauzinses wie hier an eine wesentliche Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, die vertraglich durch eine wesentliche Änderung der Lebenshaltungskosten sowie der Löhne und Gehälter definiert ist, geknüpft und dient das Erbaurecht Wohnzwecken, liegt eine genügende Bestimmbarkeit der Voraussetzungen und des Umfangs des Anspruchs auf Eintragung einer Reallast des Inhalts, daß ein nach der Anpassungsvereinbarung erhöhter Erbbauzins zu zahlen ist, vor. Dies folgt aus § 9 a Abs. 3 ErbbauVO. Diese Vorschrift will die Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung zugunsten von Erbbauzinsreallasten, die nach § 9 a Abs. 1 ErbbauVO begründet werden können, sichern (vgl. BGH NJW-RR 1987, 74, 75 = DNotZ 1987, 360). Die Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse in § 9 a Abs. 1 ErbbauVO wird durch die Entwicklung der Lebenshaltungskosten und der Einkommensverhältnisse bewirkt. Dabei ist einerseits auf die Entwicklung der Lebenshaltungskosten eines Vier-Personen-Arbeitnehmerhaushalts mittleren Einkommens und andererseits auf die Entwicklung der Bruttoeinkünfte der Industriearbeiter sowie der Angestellten in Industrie und Handel abzustellen. Diese beiden Kriterien, die sich der Höhe nach aus den vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Indexzahlen ergeben, sind mit gleichem Gewicht heranzuziehen. Der aus ihrer Summe gebildete Mittelwert bestimmt die Grenze des vertraglichen Erhöhungsanspruchs (vgl. Räfle, Die neue Rechtsprechung des BGH zum Erbaurecht, WM 1982, 1038, 1045 m.w.N.). Eine Anknüpfung an die Entwicklung der Mietzinsen kommt hingegen nicht in Betracht, da das Gesetz einerseits gerade keine Anknüpfung an sachspezifische Kriterien (auch nicht an die Entwicklung der Baugrundstückspreise) vorsieht, und andererseits diese bei den Lebens-

haltungskosten bereits berücksichtigt werden (BGHZ 75, 279, 285 f. = DNotZ 1980, 312).

Aus Sinn und Zweck des § 9 a ErbbauVO, einer übermäßigen Anhebung von Erbbauzinsen entgegenzuwirken, folgt auch, daß eine Erhöhungsvereinbarung aufgrund einer Anpassungsklausel, die keine Frist für den frühesten Zeitpunkt einer Erhöhung des Erbbauzinses vorsieht, für die Zeit vor Ablauf der dreijährigen Sperrfrist nach Abschluß des Vertrages und alsdann vor Ablauf von 3 Jahren seit der letzten Erhöhung nach der zwingenden Vorschrift des § 9 a Abs. 1 S. 5 ErbbauVO keinen Anspruch auf einen erhöhten Erbbauzins begründet (vgl. BGH NJW 1983, 986, 988 = DNotZ 1983, 557). Ist jedoch ein solcher Anspruch vor Ablauf der Dreijahresfrist nicht begründet, ist auch der Anspruch auf Eintragung einer erhöhten Erbbauzinsreallast nicht gegeben. Insoweit beschränkt die gesetzliche Anpassungszeit des § 9 a Abs. 1 S. 5 ErbbauVO die vertragliche Anpassungsvereinbarung. Der Bestimmbarkeit des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruchs steht also nicht entgegen, daß die Anpassungsvereinbarung keine Regelung darüber enthält, nach Ablauf welcher Zeit eine Erhöhung des Erbbauzinses jeweils vorgenommen werden darf.

Die Bestimmbarkeit des Anspruchs auf Bestellung der nach der Anpassungsvereinbarung vom 18. 4. 1978 erhöhten Erbbauzinsreallast ist hier gegeben. Im vorliegenden Fall dient das Erbaurecht Wohnzwecken. Der Senat kann dies selbst feststellen. Die Auslegung der für den Inhalt des dinglichen Rechts maßgeblichen Eintragung und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung obliegt uneingeschränkt dem Rechtsbeschwerdegericht (BGHZ 59, 205, 208 = DNotZ 1973, 20). Der Wohnzweck ergibt sich aus der Anlage zum Vertrag vom 8. 6. 1978. In dieser Anlage ist das Wohngebäude der Bet. zu 2) eingezeichnet.

Die Anpassung des Erbbauzinses nach § 11 Abs. 2 des Erbaurechtsvertrages vom 18. 4. 1978 ist an eine wesentliche Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse geknüpft. Diese wird in dem Vertrag durch eine wesentliche Änderung der Lebenshaltungskosten, der Grundstücks- und Baupreise sowie der Löhne und Gehälter definiert. Der Senat sieht es als unschädlich an, daß die Grundstücks- und Baupreise in der Anpassungsvereinbarung als ein Bewertungsfaktor aufgeführt sind. Denn die Vertragsparteien bzw. die von ihnen benannten Schiedsgutachter oder der von der IHK A. bzw. der Landwirtschaftskammer M. bestimmte Sachverständige können die Grundstücks- und Baupreise bei den Lebenshaltungskosten, zu denen auch die Mietzinsen gehören, gebührend berücksichtigen und eine unzulässige Doppelverwertung vermeiden.

Der Bestimmbarkeit des zu sichernden Rechts steht auch nicht entgegen, daß die Vertragsparteien sich grundsätzlich frei über eine Erhöhung des Erbbauzinses einigen können. Dem Interesse der nachrangigen Grundpfandgläubiger ist dadurch Genüge getan, daß die einzutragende Vormerkung nur eine Anpassung des Erbbauzinses nach § 11 Abs. 2 des Vertrages vom 18. 4. 1978 unter Berücksichtigung des § 9 a Abs. 1 S. 5 ErbbauVO sichert. Entspricht der von den Vertragsparteien neu vereinbarte Erbbauzins nicht diesen Bestimmungen, ist die entsprechende Erbbauzinsreallast nicht durch die eingetragene Vormerkung gesichert (Ingenstau, 7. Aufl., § 9 ErbbauVO, Rd.-Nr. 69).

Schließlich ist die vorliegende Anpassungsvereinbarung auch nicht wegen fehlender Genehmigung der Bundesbank nach § 3 WährG unwirksam. Entgegen der Auffassung des AG bedarf es zur Wirksamkeit der Anpassungsvereinbarung nicht der Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf die genannte Bestimmung. Eine solche wäre nur erforderlich, wenn die Anpassungsvereinbarung der Genehmigung der Bundesbank unterläge. Das ist hier jedoch nicht der Fall.

§ 3 WährG unterwirft nur Gleitklauseln dem Genehmigungserfordernis, die die Höhe der Geldschuld an einen außerhalb des Schuldverhältnisses liegenden Maßstab binden und bei einer Änderung der Bezugsgröße eine automatische Anpassung vorsehen. § 3 WährG ist als Einschränkung der Vertrags-

freiheit restriktiv auszulegen. Deshalb sind Leistungsvorbehaltsklauseln genehmigungsfrei. Ein Leistungsvorbehalt liegt vor, wenn die Höhe der Geldschuld bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen durch die Parteien oder einen Dritten neu festgesetzt werden soll. Im Gegensatz zu einer genehmigungsbedürftigen Gleitklausel ist hier für die Parteien oder den Dritten ein (begrenzter) Ermessensspielraum gegeben (vgl. Palandt/Heinrichs, 54. Aufl., Rz. 18, 22, 26 zu § 245 BGB m.w.N.; Räfle, Die neue Rechtsprechung des BGH zum Erbbaurecht, WM 1982, 1038, 1042). Im vorliegenden Fall ist es den Parteien bzw. den Schiedsgutachtern/dem Sachverständigen ein Ermessensspielraum bei der Bewertung der Änderung der Lebenshaltungskosten und der Einkommensverhältnisse durch das Merkmal der Wesentlichkeit der Veränderung dieser Verhältnisse sowie des Einflusses des einzelnen Verhältnisses auf das Gesamtergebnis gegeben. Die Parteien können auch eine dem Umfange nach unter der Höchstgrenze des § 9 a ErbbauVO bleibende Anpassung vereinbaren. Eine automatische Anpassung an einen bestimmten Index ist gerade nicht vereinbart. Somit bedarf die vorliegende Klausel keiner Genehmigung durch die Bundesbank.

Andere Eintragungshindernisse sind nicht ersichtlich. Mithin sind die Entscheidung des LG und, auf die Erstbeschwerde, auch die Entscheidung des AG aufzuheben, und es ist das AG zur Eintragung der beantragten Vormerkung anzuweisen.

7. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 31. 5. 1995 – 9 U 235/94 – mitgeteilt von Richter am OLG Helmut Schmidt, Düsseldorf)

BGB §§ 1090; 874

Die allgemeine Bezeichnung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit im Grundbuch als „Nutzungsbeschränkung“ genügt jedenfalls dann nicht dem das Sachenrecht und das Grundbuchsystem beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz, wenn sich aus der Eintragungsbewilligung keine aus sich heraus hinreichend klare und bestimmte Beschränkung der Nutzung ergibt.

Zum Sachverhalt:

Der Kl. verkaufte dem Bkl. mit notariellem Kaufvertrag vom 8. 11. 1991 das Grundstück M in R. Der Kaufpreis in Höhe von 540.000,- DM war bis zum 15. 1. 1992 auf Notaranderkonto zu zahlen und bei Zahlungsverzug mit 15 % zu verzinsen.

Das Grundstück war in Abt. II Nr. 1 belastet mit einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (Nutzungsbeschränkung) für den Verein Waldsiedlung in D.

In der Eintragungsbewilligung zur beschränkt persönlichen Dienstbarkeit vom 2. 4. 1954 heißt es u. a.:

„Der jeweilige Eigentümer des Grundstücks . . . ist verpflichtet, das belastete Grundstück nur nach Maßgabe der Satzung und der satzungsgemäß gefaßten Beschlüsse des Vereins Waldsiedlung zu nutzen.“

Die Parteien bemühten sich um einen Rangrücktritt bezüglich der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit. Sie vereinbarten deshalb am 5. 8. 1992, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zunächst nicht durchzuführen und Verzugschaden nicht weiter durchzusetzen.

Der Bkl. leistete Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 72.284,21 DM.

Da der Bkl. keine weiteren Zahlungen leistete, trat der Kl. vom Vertrag zurück. Er macht Verzugszinsen und Rechtsverfolgungskosten in Höhe von zuletzt 64.876,51 DM geltend.

Der Bkl. verlangt widerklagend Rückzahlung der Abschlagszahlung und Schadensersatz.

Das LG hat die Klage abgewiesen und den Kl. auf die Widerklage antragsgemäß verurteilt.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat in der Sache überwiegend Erfolg.

Die Klage ist bis auf einen Teilbetrag der Verzugszinsen, einen Teil der geltend gemachten Rechtsanwaltskosten und einen Teil der Rechtshängigkeitszinsen begründet. Die Widerklage ist unbegründet.

I. 1. Der Kl. kann von dem Bkl. Zahlung von 58.964,33 DM verlangen. Der Anspruch des Kl. ist gem. §§ 286, 288 Abs. 1 S. 2 BGB gerechtfertigt.

a) Der Bkl. befand sich mit der Zahlung des am 15. 1. 1992 fälligen Kaufpreises in Verzug. Unstreitig hat er seine Zahlungspflicht während der vom Kl. angegebenen Zeiträume nicht erfüllt. Die kalendermäßig auf den 15. 1. 1992 bestimmte Fälligkeit des Kaufpreisanspruches war nicht infolge Stundung verschoben. Die Vereinbarung der Parteien vom 5. 8. 1992 enthält entgegen der Ansicht des Bkl. keine Stundung. Vereinbart war, daß der Kl. die bereits begonnene Zwangsvollstreckung zunächst aussetze, damit der Bkl. die Gelegenheit habe, die Finanzierung des Kaufpreises sicherzustellen. Ein solches Versprechen des Gläubigers, die Forderung zeitweilig nicht zu vollstrecken, enthält grundsätzlich keine Stundung des Anspruches (BGH NJW 1968, 700). Auch im vorliegenden Fall ergeben sich weder aus dem Inhalt der Vereinbarung noch aus sonstigen Umständen, insbesondere der Interessenlage tatsächliche Anhaltspunkte dafür, daß sich der Kl. durch Stundung in der Verfolgung des ihm nach seiner Ansicht zustehenden Anspruches habe binden und dem Bkl. eine materiellrechtliche Einrede gegen seinen Zahlungsanspruch habe gewähren wollen. Eine Mahnung war gem. § 284 Abs. 2 S. 1 BGB entbehrlich.

b) Der Verzug des Bkl. ist nicht gem. § 320 BGB ausgeschlossen. Zwar würde bereits das bloße objektive Bestehen dieses Leistungsverweigerungsrechtes den Eintritt des Schuldnerverzuges hindern (BGHZ 84, 42, 44; Palandt/Heinrichs, 53. Aufl., § 284 BGB, Anm. 12 und § 320, Anm. 12). Einer Geldtendmachung dieser Einrede bedarf es – anders als im Falle des Zurückbehaltungsrechtes des § 273 BGB – nicht. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 BGB steht dem Bkl. jedoch nicht zu.

aa) Der Bkl. hat die auf dem Kaufgrundstück lastende beschränkt persönliche Dienstbarkeit vereinbarungsgemäß übernommen. Die Übernahme kann zwar nicht aus § 6 Nr. 3 des Kaufvertrages hergeleitet werden. Diese Bestimmung regelt ersichtlich nur den Gefahrübergang und in diesem Zusammenhang die Frage der Verteilung der auf dem Grundstück ruhenden Lasten. Damit sind diejenigen auf ihm liegenden Verpflichtungen zu Leistungen gemeint, die aus dem Grundstück zu entrichten sind (§ 103 BGB). Grunddienstbarkeiten gehören nicht dazu (Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 103 BGB, Anm. 1; RGZ 66, 316, 318).

Eine konkludente Übernahme der Dienstbarkeit folgt jedoch aus §§ 2 Nr. 2, 6 Nrn. 2 und 7 des Kaufvertrages. In § 2 Nr. 2 ist die in Abt. II Nr. 1 eingetragene beschränkt persönliche Dienstbarkeit ausdrücklich genannt. Damit verbunden ist in § 6 Nr. 2 S. 2 des Kaufvertrages die Erklärung des Kl., weitere Beschränkungen seien ihm nicht bekannt. Angesichts dieser Hinweise auf die Belastung des Kaufgrundstückes in Abt. II Nr. 1 zwingt die Vereinbarung in § 7 des Kaufvertrages, wonach das Grundstück frei von Eintragungen in Abt. III übertragen wird, zu dem Schluß, daß der Kl. eine Übertragung frei von Rechten in Abt. II gerade nicht schuldet, mithin die ausdrücklich erwähnte Dienstbarkeit vom Bkl. übernommen wurde.

bb) Der Übernahme der Dienstbarkeit durch den Bkl. steht nicht entgegen, daß die Parteien sich über den Inhalt der eingetragenen Belastung unzutreffende Vorstellungen gemacht haben.

Weder der Kl. noch der Bkl. wußten, welchen Inhalt die eingetragene Nutzungsbeschränkung hatte. Die Prozeßbevollmächtigten des Kl. selbst sind ursprünglich davon ausgegangen, es

handele sich um ein Wegerecht. Dem Schreiben ist weiter zu entnehmen, daß offenbar beide Parteien bei Vertragsschluß dies angenommen haben. Die Ungewißheit beider Parteien über den Inhalt der Nutzungsbeschränkung ergibt sich auch aus dem Schreiben der Prozeßbevollmächtigten der Kl. vom 14. 4. 1992 an den Verein Waldsiedlung, in dem um Darlegung des Umfanges der Nutzungsbeschränkung bzw. Vorlage der Eintragungsbewilligung gebeten wird. Unstreitig ist es erst dem Zeugen B später gelungen, diese Eintragungsbewilligung zu beschaffen. Der Bekl. konnte daher nicht damit rechnen, daß der Verein Waldsiedlung in Ausübung der als Nutzungsbeschränkung bezeichneten beschränkt persönlichen Dienstbarkeit Bauungsbeschränkungen würde durchsetzen wollen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch fällt eine Baubeschränkung nicht unter den Begriff Nutzungsbeschränkung, weil es sich um eine wesentlich verschiedene Eigentumsbelastung handelt (BGH NJW 1965, 2398, 2399 = DNotZ 1966, 486). Vielmehr konnte die Bezeichnung als Nutzungsbeschränkung allenfalls die Annahme rechtfertigen, die beschränkt persönliche Dienstbarkeit bedeute eine Gebäudebenutzungsbeschränkung (BGH a.a.O.).

cc) Auf die (falsche) Vorstellung des Bekl. und seinen damit verbundenen Irrtum über Umfang und Inhalt der von ihm übernommenen Dienstbarkeit kommt es jedoch deshalb nicht an, weil die Dienstbarkeit unwirksam ist, der Begünstigte somit keine Rechte aus ihr herleiten kann und ihre vertragliche Übernahme durch den Bekl. dazu führt, daß er selbst für eine Berichtigung des Grundbuches zu sorgen hatte.

Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit ist nicht wirksam. Sie hätte nicht im Grundbuch eingetragen werden dürfen. Ihr Inhalt wird dem das Sachenrecht und das gesamte Grundbuchsystem beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz nicht gerecht. Der Zweck des Grundbuchs, sichere Rechtsverhältnisse an Grundstücken zu schaffen und zu erhalten, verlangt klare und eindeutige Erklärungen der Beteiligten und dementsprechende Eintragungen (BayObLG NJW 1982, 1054, 1055). Grundsätzlich ist daher der Inhalt einer Grundstücksbelastung selbst durch Angabe von Art und Rechtsnatur im Grundbuch kenntlich zu machen. Es ist anerkannt, daß bei Rechten, die im Gesetz erschöpfend geregelt sind (z. B. bei einem Nießbrauch, Erbbaurecht, Vorkaufsrecht), die allgemeine Bezeichnung des Rechtes genügt. In anderen Fällen muß jedoch der wesentliche Inhalt des Rechtes wenigstens schlagwortartig gekennzeichnet sein. Da Dienstbarkeiten einen verschiedenartigen Inhalt haben können, genügt es nicht, daß im Grundbuch das Recht lediglich als Grunddienstbarkeit oder beschränkt persönliche Dienstbarkeit eingetragen und im übrigen auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird (BGH NJW 1961, 2157, 2158 m.w.N. = DNotZ 1963, 42; MünchKommWacke, § 874 BGB, Anm. 3 m.N.). Daher muß bei einer Nutzungsbeschränkung des Grundstückes in der Eintragung das Recht selbst z. B. als Verbot der Errichtung bestimmter Betriebe oder ähnliches gekennzeichnet werden (vgl. BGH a.a.O.). Bereits daran fehlt es im vorliegenden Fall. Denn durch die allgemeine Bezeichnung „Nutzungsbeschränkung“ wird der Inhalt dieses Rechtes nicht hinreichend klar gekennzeichnet. Es bleibt offen, in welcher Hinsicht die Nutzung des Grundstückes beschränkt werden soll. Erst recht deckt dieser Begriff nicht die vom begünstigten Verein geltend gemachte Baubeschränkung ab (BGH NJW 1965, 2398, 2399 = DNotZ 1966, 486).

Aber auch die Eintragungsbewilligung vom 2. 4. 1954, auf die gem. § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts des eingetragenen Rechtes Bezug genommen werden konnte, ist keine ausreichende Eintragungsgrundlage. Auch für eine wirksame Eintragungsbewilligung sind Klarheit und Bestimmtheit wesentliche Voraussetzungen. Wo die Eintragungsbewilligung nicht zuverlässig über den Inhalt des dinglichen Rechts Aufschluß gibt und Zweifel darüber offen bleiben, kann sie weder Eintragungsgrundlage sein, noch nach § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts einer Grundstücksbelastung dienen. Dingliche Rechte sind solange nicht hinreichend bestimmt, wie der Inhalt der Eintragungsbewilligung nicht aus sich selbst heraus klar und eindeutig ist und für einen Dritten Zweifel über den

sachlichen Inhalt des dinglichen Rechtes nicht aufkommen läßt (vgl. BayObLGZ 1967, 48 ff., 52, 53 = DNotZ 1967, 759).

Die hier zugrunde liegende Eintragungsbewilligung ist nicht hinreichend bestimmt. Sie legt dem jeweiligen Grundstückseigentümer die Pflicht auf, das Grundstück nur nach Maßgabe der Satzung und der satzungsgemäß gefaßten Beschlüsse des Vereins zu nutzen, ohne näher zu beschreiben, was darunter zu verstehen sein soll. Insoweit ist die Eintragungsbewilligung in gleicher Weise unbestimmt, wie die Grundbucheintragung selbst. Dabei kann hier offen bleiben, inwieweit zur näheren Bestimmung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit außer auf die Eintragungsbewilligung auf die dort in Bezug genommenen (nicht zu den Grundakten genommenen) Unterlagen verwiesen werden kann. Denn diese Unterlagen sind weder ausreichend bezeichnet (welche Satzung, welche satzungsgemäßen Beschlüsse?), noch wäre beispielsweise die Satzung vom 17. 4. 1958 hinreichend klar, wenn sie in § 2 als Vereinszweck die Wahrung und Förderung aller gemeinsamen Interessen der Mitglieder in ihrer Eigenschaft als Siedler insbesondere die Pflege des Landschaftsbildes und die Wahrung des Landschaftsschutzes, die Sorge für eine landschaftsgerechte Bauweise der Häuser festlegt.

Die Beseitigung der entgegen der Annahme der Parteien nicht wirksamen Belastung des Grundstückes mit der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ist infolge ihrer Übernahme Sache des Bekl. Grundsätzlich ist allerdings nach § 435 BGB der Verkäufer verpflichtet, die Eintragung eines zu Unrecht eingetragenen Rechtes auf seine Kosten löschen zu lassen. Eine Besonderheit gilt aber, wenn die Parteien bei Abschluß des Kaufvertrages das eingetragene Recht irrtümlich als existierend ansahen und der Käufer die vermeintliche Belastung vertraglich übernommen hat. Stellt sich in einem solchen Fall nachträglich heraus, daß die vom Käufer übernommene Belastung nicht besteht, so ist es Sache des Käufers, sich um die Löschung zu bemühen und die Löschungskosten zu bezahlen (vgl. Soergel/Huber, 12. Aufl., § 439 BGB, Rd.-Nr. 29, § 435 BGB, Rd.-Nr. 3).

c) Der Bekl. hat auch schuldhaft seine Zahlungspflicht nicht erfüllt. Dabei obliegt es ihm, den Nachweis zu führen, daß ihn an der Verzögerung der Leistung kein Verschulden trifft (§ 285 BGB). Daß er sich in einem unverschuldeten Rechtsirrtum befunden hat, kann nicht festgestellt werden.

Es ist zwar grundsätzlich anerkannt, daß der Schuldner für unverschuldeten Rechtsirrtum nicht einzustehen hat (BGH NJW 1951, 398; NJW 1972, 1045). An die ihm insoweit obliegenden Sorgfaltspflichten und damit an den Entlastungsbeweis sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen. Bloße Zweifel an der Rechtslage entschuldigen nicht; der Schuldner ist vielmehr verpflichtet, Erkundigungen einzuholen und die Rechtslage gewissenhaft zu prüfen (Soergel/Wiedemann, 12. Aufl., § 285 BGB, Anm. 11 f.). Grundsätzlich trägt der pflichtwidrig Handelnde das Risiko seines Irrtums. Kann er sich weder auf höchstrichterliche Rechtsprechung noch eine herrschende Meinung berufen, so handelt der Schuldner grundsätzlich auf die Gefahr hin, daß sein Rechtsstandpunkt von den Gerichten nicht geteilt wird (Soergel/Wiedemann, a.a.O., m.N.). Demzufolge trägt der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage in der Regel selbst und kann es nicht dem Gläubiger zuschieben (BGH NJW 1983, 2320, 2321). So entschuldigt nicht einmal das Vertrauen auf eine Rechtsauffassung, die in den Gründen eines zwischen den Parteien ergangenen rechtskräftigen oberlandesgerichtlichen Urteils zum Ausdruck gekommen ist, wenn mit einer abweichenden Beurteilung anderer Gerichte oder des BGH gerechnet werden mußte (BGH, a.a.O.).

Gemessen hieran wäre ein Irrtum des Bekl. über seine Zahlungspflicht nicht unentschuldigbar. Angesichts der von ihm selbst geltend gemachten Unklarheit über den Inhalt der von ihm übernommenen beschränkt persönlichen Dienstbarkeit hätte er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht ungeprüft von der Wirksamkeit der Dienstbarkeit ausgehen dürfen. (. . .)

8. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Löschung einer außerhalb des Grundbuchs privatschriftlich abgetretenen Eigentümergrundschuld

(OLG Köln, Beschluß vom 19. 7. 1995 – 2 Wx 36/94 – mitgeteilt von Notar Wolfram Kasper, Bergeheim und Richter am OLG Torsten Schmidt-Eichhorn, Köln)

BGB §§ 891; 1155
GBO §§ 19; 39

Der im Grundbuch eingetragene Berechtigte gilt auch gegenüber dem GBA als Rechtsinhaber, sofern diese Vermutung nicht mit Sicherheit widerlegt ist (Bestätigung von OLG Köln MittRhNotK 1983, 52).

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

1. Durch notariellen Vertrag vom 1. 10. 1992 verkauften die Bet. zu 1) und 2) das vorstehend bezeichnete, ihnen damals als Eigentümern zu je 1/2-Anteil gehörende Grundstück an die Bet. zu 3) und 4). Zugunsten der Bet. zu 1) und 2) waren und sind im Grundbuch in Abt. III unter den lfd. Nrn. 25 und 26 zwei Grundschulden in Höhe von jeweils 13.000,- DM eingetragen, nämlich das Grundpfandrecht III/25 zugunsten der Bet. zu 2) an ihrem, das Grundpfandrecht Nr. III/26 zugunsten des Bet. zu 1) an seinem 1/2-Anteil. Im Vertrag vom 1. 10. 1992 heißt es, nach den Angaben der Verkäufer seien die Grundpfandrechte Abt. III Nrn. 25 und 26 an das FA abgetreten.

Unter dem 5. 5. 1993 hat der Notar u. a. beantragt, die Löschung der Grundpfandrechte Abt. III Nrn. 25 und 26 einzutragen. Diesen Antrag hat das GBA beanstandet und den Ast. durch Zwischenverfügung des Rechtspflegers vom 20. 8. 1993 die Vorlage einer Rückabtretungserklärung des FA in grundbuchmäßiger Form aufgegeben.

Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Bet. hat das LG Köln durch Beschluß vom 17. 1. 1994 (MittRhNotK 1995, 27) die Zwischenverfügung vom 20. 8. 1993 aufgehoben.

Das GBA hat den Ast. nunmehr aufgegeben, eine privatschriftliche Rückabtretungserklärung des FA betreffend die Grundpfandrechte III/25 und III/26 vorzulegen. Nach erfolgloser Erinnerung und Beschwerde legten die Ast. weitere Beschwerde ein.

Aus den Gründen:

Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Beschwerde der Bet. gegen den Beschluß des LG ist begründet: Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 78 GBO, 550 ZPO). Denn die Vorinstanzen haben zu Unrecht als Voraussetzung für die Löschung der in Abt. III unter lfd. Nrn. 25 u. 26 eingetragenen Grundpfandrechte verlangt, daß eine (Rück-)Abtretungserklärung des FA vorgelegt wird.

Bei der Prüfung des Löschantrages hat das GBA – abgesehen von der Feststellung der weiteren Lösungsvoraussetzungen der §§ 27, 41, 42 GBO – auch festzustellen, ob die Bewilligung des Betroffenen und seine Voreintragung vorliegen, §§ 19, 39 GBO. Dabei hat das GBA neben den vorgelegten Antragsunterlagen und dem Inhalt der Grundakten auch die ihm sonst bekannt gewordenen Umstände zu berücksichtigen, jedoch nur insoweit, als die Vorschriften der §§ 29 ff. GBO oder der §§ 891, 1155, 1192 BGB nicht entgegen stehen (vgl. Senat MittRhNotK 1983, 52, 53). Soweit nämlich eine gesetzliche Vermutung dafür spricht, daß der Verfügende der Berechtigte ist, hat das GBA diese Vermutung – hier die des § 891 BGB – zu beachten und seiner Entscheidung zugrunde zu legen (vgl. Senat a.a.O.; OLG Frankfurt Rpfleger 1991, 361; Demharter, 21. Aufl. 1995, Anh. zu § 13 GBO, Rd.-Nr. 10; Schmitz, JuS 1995, 333, 335). Dies gilt solange, als die Vermutung nicht widerlegt ist. Dafür genügt es nicht, daß die Rechtsvermutung lediglich erschüttert ist. Zur Widerlegung einer Rechtsvermutung ist vielmehr erforderlich, daß ihr Gegenteil feststeht, daß also das GBA Tatsachen kennt, die ihm die sichere Überzeugung vermitteln, daß die gesetzliche Vermutung der Wahrheit widerspricht (vgl. BGH NJW 1980, 1047, 1048 = DNotZ 1980, 354; Senat a.a.O.; OLG Frankfurt a.a.O.; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 1985, § 891 BGB, Rd.-Nr. 9; Demharter, a.a.O.; Schmitz, a.a.O.).

Diese Grundsätze haben die Vorinstanzen nicht hinreichend beachtet. Daß im notariellen Vertrag vom 1. 10. 1992 von einer Abtretung der Grundpfandrechte III/25 und III/26 an das FA gesprochen wird, ist entgegen der Auffassung des LG nur geeignet, die Vermutung der Rechtsinhaberschaft der Bet. zu 1) und 2) zu erschüttern, nicht aber diese Vermutung zu widerlegen.

Nach § 891 Abs. 1 BGB wird dann, wenn für jemanden im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, vermutet, daß ihm dieses Recht zusteht. Für den Gläubiger eines Briefgrundpfandrechts streitet diese Vermutung allerdings nur, wenn er den Brief besitzt (vgl. Demharter, a.a.O., Anh. zu § 13 GBO m.w.N.). Dies ist hier nach den vom LG getroffenen Feststellungen jedoch der Fall: Die Bet. zu 1) und 2), für die die Grundpfandrechte III/25 und III/26 im Grundbuch eingetragen sind, sind Besitzer der entsprechenden Grundschuldbriefe. Daß der Notar diese Briefe von ihnen erhalten hat, steht, wie das LG rechtsfehlerfrei dargelegt hat, aufgrund seiner diesbezüglichen Erklärung zweifelsfrei fest.

Widerlegt ist die Vermutung der Rechtsinhaberschaft des Eingetragenen nach § 891 Abs. 1 BGB dann, wenn feststeht, daß er die Grundschuld durch öffentlich beglaubigte Erklärung unter Übergabe des Briefs an einen Dritten abgetreten hat. Von diesem Zeitpunkt an wird nach §§ 891 Abs. 1, 1155, 1192 Abs. 1 BGB die Rechtsinhaberschaft des Erwerbers vermutet. Diese Vermutung geht derjenigen nach § 891 Abs. 1 BGB zugunsten des Eingetragenen vor. Die Voraussetzungen der §§ 1155, 1192 Abs. 1 BGB sind hier aber nicht erfüllt: Daß eine Abtretung durch öffentlich beglaubigte Erklärung erfolgt ist, hat das LG nicht festgestellt.

Die von ihm festgestellte Erklärung der Bet. zu 1) und 2) im Vertrag vom 1. 10. 1992, die Grundschulden III/25 und III/26 seien – bei anderer Gelegenheit – an das FA abgetreten worden, vermag die Vermutung der Rechtsinhaberschaft der Bet. zu 1) und 2) nicht zu widerlegen. Durch die Erklärung im Vertrag vom 1. 10. 1992 wurde keine Vermutung der Rechtsinhaberschaft des FA begründet, die derjenigen aus § 891 Abs. 1 BGB vorgehen könnte. Aus der Erklärung, die Grundschulden seien an das FA abgetreten worden, folgt auch – selbst wenn man diese Erklärung als zutreffend ansieht – nicht, daß das Grundbuch (auch jetzt noch) unrichtig ist, daß die dort eingetragene Tatsache der Rechtsinhaberschaft der Bet. zu 1) und 2) also derzeit nicht richtig ist.

Denn die Vermutung aus § 891 Abs. 1 BGB ist nicht nur eine Erwerbsvermutung. Es wird zwar auch vermutet, daß der Eingetragene das Recht mittels der Eintragung erworben hat (vgl. MünchKommWacke, 2. Aufl. 1986, § 891 BGB, Rd.-Nr. 15). Vermutet wird indes auch und gerade, daß das Recht dem im Grundbuch als Rechtsinhaber Eingetragenen (jetzt) zusteht. Diese Vermutung wird durch die bloße Tatsache einer Abtretung an einen Dritten, der keine Legitimationswirkung zugunsten des Dritten zukommt, noch nicht widerlegt, weil sie die Möglichkeit eines Rückerwerbs des Eingetragenen nicht ausschließt. Solange aber diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, steht nicht fest, daß die Eintragung jetzt, im Zeitpunkt der vom GBA zu treffenden Entscheidung, nicht (wieder) richtig ist, und ist somit die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB nicht widerlegt. Dabei handelt es sich im Streitfall bei der Möglichkeit eines Rückerwerbs der Bet. zu 1) und 2) entgegen der Auffassung des LG auch nicht nur um eine abstrakte Möglichkeit, die für die praktische Rechtsanwendung vernachlässigt werden könnte. Vielmehr ist diese Möglichkeit hier konkret gegeben und liegt angesichts des Umstandes, daß die Bet. zu 1) und 2) – wieder – im Besitz der Grundschuldbriefe sind, sogar nahe.

Der abweichenden, auf die Begründung einer Entscheidung des BayObLG (MittBayNot 1991, 256 ff. = DNotZ 1993, 335) gestützten Auffassung des LG, daß schon die bloße Erklärung des eingetragenen Rechtsinhabers, er habe das Grundpfandrecht abgetreten, zur Widerlegung der Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB ausreiche, vermag der Senat daher nicht zu folgen. Mit Recht hält Amann (MittBayNot 1991, 258 f.) der Entscheidung des BayObLG entgegen, daß auf der Grundlage der von ihr vertretenen Rechtsauffassung die Vermutung der §§ 891,

1155, 1192 BGB ggfs. für niemanden mehr streiten könnte. Zudem ist – wie die weitere Beschwerde zutreffend rügt – der vom LG vertretene Rechtsstandpunkt inkonsequent: Wenn hier die zugunsten der Bet. zu 1) und 2) sprechende Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB durch die Angabe betreffend eine Abtretung an das FA widerlegt wäre, könnte eine bloß privatschriftliche (Rück-)Abtretungserklärung des FA zum Nachweis des Rückerwerbs ihrer Berechtigung nicht ausreichen, weil mangels Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 891 Abs. 1, 1155, 1192 Abs. 1 BGB keine Vermutung für die (zwischenzeitliche) Rechtsinhaberschaft des FA begründet wurde und daher nicht festgestellt werden könnte, daß das FA im Zeitpunkt der Abgabe einer Rückabtretungserklärung überhaupt (noch) berechtigter Grundschuldgläubiger war oder ist (vgl. auch Bestelmeyer, RPFleger 1993, 279, 280).

Das GBA ist deshalb anzuweisen, von den Bedenken seiner Zwischenverfügung vom 18. 3. 1994 Abstand zu nehmen. Dies schließt nicht aus, daß das GBA den Inhalt des ihm bekannten Vertrages vom 1. 10. 1992 zum Anlaß nimmt, dem FA im Lösungsverfahren rechtliches Gehör zu gewähren, um es dem FA so zu ermöglichen, ggfs. seine Interessen zu wahren (vgl. Amann, MittBayNot 1991, 258, 259).

§ 79 Abs. 2 GBO steht der vorliegenden Entscheidung des Senats nicht entgegen. Die Voraussetzungen für eine Vorlage der weiteren Beschwerde an den BGH sind nicht erfüllt. Von tragenden Gründen der Entscheidung eines der in § 79 Abs. 2 GBO bezeichneten Gerichte weicht der Senat mit dem vorliegenden Beschluß nicht ab. Insbesondere bieten die im angefochtenen Beschluß des LG zitierten Entscheidungen keinen Anlaß zu einer Vorlage an den BGH:

Der Entscheidung des KG vom 19. 1. 1939 (KG JW 1939, 562) liegt ein mit dem Streitfall nicht vergleichbarer Sachverhalt zugrunde: In jenem Fall war eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung abgegeben worden, die nach § 1155 BGB die Vermutung der Rechtsinhaberschaft des Erwerbers begründen und daher die Vermutung der Inhaberschaft des Eingetragenen widerlegen konnte.

Bei den Ausführungen im Beschluß des BayObLG vom 3. 7. 1991 (MittBayNot 1991, 256 f. = DNotZ 1993, 335) dazu, daß entgegen der Entscheidung des Senats vom 12. 1. 1983 (MittRhNotK 1983, 52 f.) durch eine privatschriftliche Abtretung des Grundpfandrechts die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB nicht nur erschüttert, sondern widerlegt sei, handelt es sich – wie Amann (a.a.O.) zutreffend dargelegt hat – nicht um einen tragenden Grund des Beschlusses vom 3. 7. 1991. Voraussetzung der Vorlage nach § 79 Abs. 2 GBO ist indes eine Divergenz bei der Auslegung von Rechtssätzen, die die Grundlage der Entscheidung betrifft; den Subsumtionsschluß nicht tragende Bemerkungen in den Gründen einer Entscheidung rechtfertigen die Vorlage nicht (vgl. Demharter, a.a.O., § 79 GBO, Rd.-Nr. 11; vgl. auch – zu der § 79 Abs. 2 GBO entsprechenden Vorschrift des § 28 Abs. 2 FGG – Keidel/Kuntze, 13. Aufl. 1992, § 28 FGG, Rd.-Nr. 14; je m.w.N.). Bei den Ausführungen im Beschluß vom 3. 7. 1991, mit denen das BayObLG der Begründung der Entscheidung des Senats vom 12. 1. 1983 entgegengetreten ist, handelt es sich ersichtlich auch nach der Beurteilung des BayObLG selbst nicht um einen tragenden Grund seiner Entscheidung (vgl. Amann, a.a.O.): Das Gericht hat selbst keinen Anlaß zur Vorlage an den BGH gesehen.

9. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Hypothekenzinsen nach Teillöschung als Nebenleistung eintragungsfähig (OLG Düsseldorf, Beschluß vom 14. 8. 1995 – 3 Wx 206/95 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Johannes Schütz, Hünxe)

BGB §§ 1113; 1115; 780

1. Die Fortzahlung von Zinsen auch für den bereits getilgten Teil der Hauptforderung einer Hypothek kann als Rentenverpflichtung vereinbart werden.

2. Diese kann als Nebenleistung für den aufschiebend bedingten Fall einer Teillöschung der Hypothek im Grundbuch eingetragen werden.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 3) hat den seinerzeit in Erbengemeinschaft eingetragenen Eigentümern eines Grundstücks ein Darlehen gewährt. Diese haben durch notariell beurkundete Erklärung vom 22. 2. 1994 zur Sicherung der Erfüllung ihrer Verpflichtungen der Bet. zu 3) die Zahlung eines Betrages von 823.911,30 DM selbständig (§ 780 BGB) versprochen und dabei erklärt:

„Diese Forderung ist vom heutigen Tage an mit 16,5 v.H. jährlich vom Ursprungskapital zu verzinsen. Das gilt auch nach Teillöschung.“

Sie haben sich zugleich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen und den Grundbesitz unterworfen und bewilligt und beantragt, eine Buchhypothek in Höhe von 652.183,20 DM „zu den Bedingungen des § 2“ (Schuldversprechen) im Grundbuch einzutragen.

Der Rechtspfleger beim GBA hat die Zinsvereinbarung als unzulässig beanstandet, weil Zinsen als unselbständige Nebenforderung dem jeweiligen Bestand der Hauptforderung folgten, Anhaltspunkte für die Vereinbarung sonstiger Nebenleistungen nicht ersichtlich seien und im übrigen wegen der Zinshöhe Bedenken im Hinblick auf § 138 BGB bestünden.

Der Erinnerung des Notars hat der Amtsrichter nicht abgeholfen. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat der Notar weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel hat Erfolg. Die Zwischenverfügung des Rechtspflegers beim GBA und die sie im wesentlichen bestätigende Entscheidung des LG beruhen auf einer Verletzung des Gesetzes i.S.v. § 78 GBO.

Die Eintragung der Hypothek im Grundbuch für eine Forderung aus Schuldversprechen nebst 16,5 % Jahreszinsen seit dem 22. 2. 1994 „– auch nach Teillöschung vom Ursprungskapital –“ ist nicht unzulässig.

1. Die im Zusammenhang mit dem abstrakten Schuldversprechen getroffene Vereinbarung, daß neben der Hauptforderung noch 16,5 % Zinsen vom Ursprungskapital – auch nach einer Teillöschung der Hypothek im Grundbuch (etwa aufgrund teilweiser Tilgung oder teilweisem Erlaß der Hauptforderung) – geschuldet sein sollen, ist nicht unzulässig und damit materiell rechtswirksam.

a) Daß das abstrakte Schuldversprechen seinem gesamten Umfang nach wie auch die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung wegen dieser Forderung nicht sittenwidrig sind, hat schon das LG mit Recht klargestellt. Der Inhalt des Darlehensvertrages, zu dessen Sicherung das Schuldversprechen dient, ist unbekannt. Darauf kann demzufolge bei der Bewilligung nicht abgestellt werden. Im übrigen ist ein abstraktes Schuldversprechen ein zulässiges und übliches Sicherungsmittel für Grundpfandgläubiger. Die Möglichkeit eines Mißbrauchs läßt sich denkgesetzlich nie ausschließen. Sie wäre nicht im Schuldversprechen begründet, sondern in dessen abredewidriger Verwendung durch den Gläubiger über den Rahmen des gesicherten Darlehens hinaus. Hiermit kann die Sittenwidrigkeit der eingegangenen Verpflichtung selbst jedoch nicht begründet werden (vgl. BGH DNotZ 1980, 307 ff.).

b) Allerdings sind AG und LG im Grundsatz mit Recht davon ausgegangen, daß privatrechtliche Zinsverpflichtungen vom – ungeschriebenen – Akzessorietätsprinzip bestimmt und „ihrem Wesen nach von einer Hauptverbindlichkeit abhängig“ sind, also „ohne Hauptschuld eine Zinsenschuld nicht entstehen und nach der Aufhebung der Hauptschuld . . . auch kein Zinsanspruch mehr“ entstehen kann (Motive nach Mugdan II 9). Auch wenn es danach i.S.d. BGB begrifflich ausgeschlossen sein mag, eine Zinsschuld für eine nicht bestehende Hauptverpflichtung zu begründen oder Aufhebung und Erlaß der Hauptschuld bei Fortgeltung der Zinsverpflichtung zu vereinbaren, wäre es ein Mißverständnis anzunehmen, daß trotz schuldrechtlicher Vertragsfreiheit eine Vereinbarung dieses Inhalts ohne Wirkung bleibt.

Weil nicht der buchstäbliche Wortlaut einer Erklärung entscheidet, sondern auf den wahren Willen der Beteiligten abzustellen ist (§ 133 BGB), ist die vereinbarte Fortzahlung von Zinsen auch für den bereits getilgten Teil einer Hauptforderung (hier: „vom Ursprungskapital . . . auch nach Teillöschung“) als Umwandlung der früheren Zinsforderung in eine Rentenverpflichtung zu bewerten (so unter anderem RGZ 53, 294 ff., 297; Mülb. AcP 192, 449 ff., 460; vgl. auch KGJ 46, Nr. 51, S. 237). Die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung, durch die – soweit die Fortzahlung von Zinsen im engeren Sinne nach Tilgung eines Teils der Hauptforderung ausgeschlossen ist – bis zur vollständigen Tilgung des Kapitals ein Anspruch auf eine periodische Jahresleistung nach einem Prozentsatz des Ursprungskapitals begründet wird, ist nicht zu bezweifeln (vgl. auch Meyer-Stolte, Rpfleger 1985, 287).

2. Daß die als „Zins“-Anspruch vom Ursprungskapital auf diese Weise rechtswirksam begründete Zahlungsverpflichtung neben der Hypothekenkapitalforderung einer Eintragung in das Grundbuch – unmittelbar oder durch teilweise Bezugnahme auf die Bewilligung – nicht zugänglich sein sollte, ist nur schwer vorstellbar und aus Rechtsgründen auch nicht abzuleiten:

a) Nach § 1113 i.V.m. § 1115 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, daß außer der Kapitalforderung auch Zinsen und andere Nebenleistungen, deren Geldbetrag im Grundbuch eingetragen werden muß, aus dem Grundstück zu entrichten sind. Unter einer Nebenleistung wird allgemein eine Geldleistung verstanden, die nach dem Willen der Beteiligten nicht Hauptleistung sein soll und zu der Hypothek, bei der sie eingetragen werden soll, in einem Abhängigkeitsverhältnis steht. Dies folgt nicht nur aus dem Wortsinn des Begriffs Nebenleistung, sondern auch daraus, daß die Zinsforderung, auf die diese Merkmale eindeutig zutreffen, von § 1115 Abs. 1 BGB als eine besondere typische Nebenleistung beispielhaft hervorgehoben ist.

Entspricht eine zusätzlich zum Kapital aus dem Grundstück zu erbringende Geldleistung diesen begrifflichen Erfordernissen und ist ihre Höhe – ähnlich wie bei der Zinsleistung – aufgrund der Angabe eines auf das Kapital bezogenen Prozentsatzes sowie des Zeitraums, während dessen sie zu entrichten ist, bestimmbar, so ist sie – nicht anders als die Zinsleistung auch – stets als Nebenleistung eintragungsfähig.

§ 1115 BGB schreibt nur vor, wie Nebenleistungen einzutragen sind, wobei die Frage, ob ein bestimmter Betrag als Nebenleistung oder Hauptforderung eingetragen wird, nur ganz untergeordnete Bedeutung hat (KG JW 1937, 2973 f.).

Andererseits kommt es, weil der Zweck des § 1115 nur dahin geht, den Umfang der Gesamtbelastung des Grundstücks ersichtlich zu machen, aber auch nicht entscheidend darauf an, ob es sich um Zinsen oder um andere Nebenleistungen handelt; denn ein rechtlicher Unterschied zwischen beiden Arten von Nebenleistungen besteht nicht (u. a. BGHZ 47, 41 ff., 44 = DNotZ 1967, 753; Henkel, JW 1938, 50).

b) Auf diesem Hintergrund erweisen sich die mit der Zwischenverfügung des GBA geäußerten und vom LG geteilten Bedenken gegen die Eintragungsfähigkeit einer „Verzinsung von 16,5 % jährlich vom Ursprungskapital . . . , auch nach Teillöschung“ im Ergebnis nicht als durchgreifend.

aa) Sind Zinsen und Nebenleistungen in einem Prozentsatz der Hauptforderung ausgedrückt, können sie bei der Eintragung der Hypothek im Grundbuch in einem Gesamthöchstbetrag zusammengefaßt angegeben werden (u. a. RG JW 1938, 50). Daß damit eine Haftung des Grundstücks nicht für Zinsen im engeren Sinne, sondern auch – teilweise – für eine andere Nebenleistung begründet wird, muß nicht gesondert verlaublich sein. Weil ein rechtlicher Unterschied zwischen beiden Arten von Nebenleistungen nicht besteht (Henkel, JW 1938, 50), kommt es darauf an, ob und inwieweit es sich um Zinsen im engeren Sinne oder um Nebenleistungen handelt, nicht entscheidend an (so auch BGHZ 47, 41 ff., 44 = DNotZ 1967, 753). Auch Strafzinsen sind beispielsweise keine eigentlichen Zin-

sen, sondern eine – zudem bedingte – Nebenleistung (RGZ 136, 74 ff., 77); gleichwohl müssen sie nicht ausdrücklich durch die Bezeichnung „Nebenleistung“ von „Zinsen“ abgegrenzt werden.

Daß der auch nach Teillöschung am Ursprungskapital orientierte „Zins“-satz Neben- und nicht Hauptleistung sein soll, wird schon durch die Bezeichnung „Zins“ verdeutlicht, versteht sich aber auch deshalb von selbst, weil die Bindung an den Bestand der Hauptforderung – „Nach Teillöschung“ – nicht gänzlich aufgehoben ist.

Auch die Art der Nebenforderung (kontinuierlich, deshalb „Zins“) und ihr Rechtsgrund (abstraktes Schuldversprechen) sind in der Eintragungsbewilligung ausreichend verlaublich. Einer weiteren Charakterisierung der Nebenforderung bedarf es nicht; sie ist bei Forderungen aus einem abstrakten Schuldversprechen, das die Verpflichtung gerade vom Grundgeschäft (Darlehen) lösen und verselbständigen soll, vielfach auch nicht einmal möglich.

bb) Allerdings wäre bei dem in der notariellen Urkunde enthaltenen Fassungsantrag für die Grundbucheintragung „nebst 16,5 % Jahreszinsen seit dem 22. 2. 1994“ nicht ersichtlich, daß diese nach der Eintragungsbewilligung auch im Falle einer Teillöschung vom Ursprungskapital berechnet werden sollen.

Solange die Hypothek mit dem Ursprungskapital im Grundbuch eingetragen ist, ist eine Klarstellung der Bezugsgröße für die Zinsen indessen entbehrlich. Denn die Höhe der dinglichen Haftung des Grundstücks für Zinsen und Nebenleistungen wird bei der Hypothek stets durch den auf das eingetragene Nominalkapital bezogenen Prozentsatz bestimmt (BGHZ 47, 41 ff., 44, 45 = DNotZ 1967, 753; KG Rpfleger 1966, 303 ff., 305).

Wird jedoch ein Teilbetrag der Hypothek gelöscht, geht der ursprüngliche Kapitalbetrag nicht mehr aus dem Grundbuchvermerk hervor. Weil andererseits der Zinsbegriff von der Forderungsakzessorietät bestimmt ist, könnten für diesen Fall Zweifel über den Umfang der Grundstückshaftung entstehen, wenn nur noch aus der Bewilligung, nicht dagegen aus dem Grundbucheintrag selbst die – auf den Fall einer Teillöschung aufschiebend bedingte – fortbestehende Haftung für eine Nebenleistung in Höhe des genannten „Zinssatzes“ vom Ursprungskapital zu entnehmen wäre.

cc) Es spricht deshalb im vorliegenden Fall einiges dafür, die für den aufschiebend bedingten Fall einer Teillöschung vereinbarte Nebenleistung vom Ursprungskapital schon jetzt im Grundbuch zu verlaublichen und dies nicht einem erst bei Bedingungseintritt einzutragenden Klarstellungsvermerk (vgl. u. a. BGHZ 47, 41 ff., 45 = DNotZ 1967, 753; KG HRR 1935, Nr. 790 und Rpfleger 1966, 303, 305; OLG Düsseldorf Rpfleger 1985, 394; OLG Hamm Rpfleger 1985, 286 f.) vorzubehalten.

Daß der in der notariellen Urkunde enthaltene Eintragungsantrag einen solchen Zusatz nicht enthält, hindert das GBA nach heute einhelliger Meinung nicht, nach eigenem Ermessen selbst zu bestimmen, was in das Grundbuch selbst aufgenommen werden muß und was durch Bezugnahme auf die Bewilligung nur mittelbar einbezogen werden kann (u. a. BGHZ 47, 41 ff., 46 m.w.N. = DNotZ 1967, 753). Weil jedenfalls die Eintragungsbewilligung alle hierfür notwendigen Angaben enthält, kann und muß die Zulässigkeit der begehrten Eintragung jedenfalls nicht von einer entsprechenden Änderung des Eintragungsvorschlags abhängig gemacht werden.

10. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Bezeichnung des von der Eintragung betroffenen Grundstücks

(BayObLG, Beschluß vom 24. 8. 1995 – 2Z BR 83/95 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

GBO §§ 18; 28

1. Eine Zwischenverfügung ohne Fristsetzung ist unzulässig.

2. Eine Bewilligung der Löschung einer Grundschuld, die das belastete Grundstück bezeichnet mit dem Zusatz: „überhaupt allerorts“, enthält keine den grundbuchrechtlichen Vorschriften entsprechende Bezeichnung der weiteren betroffenen Grundstücke (Bestätigung von BayObLGZ 1961, 103 = DNotZ 1961, 591).

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 1) und 2) sind Eheleute. Sie sind im Grundbuch als Miteigentümer einer Wohnung sowie eines Garagengrundstücks und als Mitberechtigter eines Miteigentumsanteils an einem diesem und anderen Grundstücken dienenden Wegegrundstück eingetragen. Grundstück und Miteigentumsanteil sind auf demselben Grundbuchblatt gebucht. Die Eigentumswohnung ist im Wohnungsgrundbuch eingetragen. Die Eigentumswohnung und der übrige Grundbesitz sind im Grundbuch jeweils mit zwei Grundschulden zugunsten der Bet. zu 4) belastet. Die Mithaft des Grundstücks samt Miteigentumsanteil ist unter Angabe der Grundbuchstelle im Wohnungsgrundbuch vermerkt, die Mithaft der Eigentumswohnung im Grundstücksgrundbuch.

Durch notarielle Urkunde vom 30. 11. 1994 ließen die Bet. zu 1) und 2) ihren Grundbesitz der Bet. zu 3), ihrer Tochter, auf. Nach der Urkunde soll der Grundbesitz lastenfrei übergehen. Die Bet. zu 4) bewilligte die Löschung der beiden Grundschulden; in der Löschungsbewilligung ist als Grundbuchstelle das Grundstücksgrundbuch mit dem Zusatz „überhaupt allerorts“ angegeben.

Auf den Antrag, die Auffassung und die Löschung der Grundschulden einzutragen, hat das GBA zunächst durch Schreiben vom 13. 3. 1995 die Vorlage einer Löschungsbewilligung auch hinsichtlich der im Wohnungsgrundbuch eingetragenen Grundschulden verlangt. Nachdem der Urkundsnotar dies ablehnen hatte, hat das GBA das Verlangen zum Inhalt einer Zwischenverfügung vom 2. 5. 1995 gemacht. Die Beschwerde der Bet. hiergegen hat das LG durch Beschluß vom 18. 7. 1995 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Schreiben des GBA vom 13. 3. 1995 erfüllt nicht die an eine Zwischenverfügung gem. § 18 Abs. 1 GBO zu stellenden Anforderungen, weil eine Fristsetzung fehlt. Das Schreiben stellt sich damit als eine unzulässige Zwischenverfügung dar (Demharter, 21. Aufl., § 18 GBO, Rd.-Nr. 1 m. Rechtsprechungsnachweisen). Das GBA hat aber sodann am 2. 5. 1995 eine ordnungsmäßige Zwischenverfügung erlassen, die Gegenstand der Beschwerdeverfahren geworden ist.

Der Senat legt die Zwischenverfügung dahin aus, daß nicht eine neue Löschungsbewilligung hinsichtlich der im Wohnungsgrundbuch eingetragenen Grundschulden verlangt wird, was nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein könnte (vgl. Demharter, § 18 GBO, Rd.-Nr. 12 m. Rechtsprechungsnachweisen), sondern die Ergänzung der vorgelegten Löschungsbewilligung dadurch, daß die weiteren Grundbuchstellen, an denen die Rechte gelöscht werden sollen, gem. § 28 GBO bezeichnet werden.

2. Das LG hat ausgeführt: Die Löschungsbewilligung erfülle die Anforderungen des § 28 S. 1 GBO nicht, weil sie lediglich die Grundbuchstelle des Grundstücksgrundbuchs, nicht aber auch die des Wohnungsgrundbuchs ausdrücklich angebe. Der Zusatz, daß die Löschung „überhaupt allerorts“ bewilligt werde, reiche nicht aus.

3. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Gem. § 28 S. 1 GBO ist in der Eintragungsbewilligung das Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen. Durch die Bestimmung soll der Bedeutung des Grundbuchs für den Grundstücksverkehr Rechnung getragen und sichergestellt werden, daß Eintragungen bei dem richtigen Grundstück vorgenommen werden. Die Vorschrift verlangt daher eine eindeutige und zweifelsfreie Bezeichnung des von einer Eintragung betroffenen Grundstücks (allg. M.; vgl. z. B. Demharter, § 28 GBO, Rd.-Nr. 1 m. Rechtsprechungsnachweisen). Andererseits darf § 28 S. 1 GBO nicht formalistisch überspannt werden. Die Eintra-

gungsbewilligung ist auch im Hinblick auf § 28 GBO auslegungsfähig (BGHZ 90, 323, 327; BayObLGZ 1974, 112, 115 = DNotZ 1974, 441; Demharter, § 28 GBO, Rd.-Nr. 14).

b) Nach diesen Grundsätzen muß, wenn ein Grundpfandrecht als Gesamtrecht an mehreren Grundstücken lastet und überall gelöscht werden soll, jedes betroffene Grundstück nach Maßgabe des § 28 GBO in der Löschungsbewilligung bezeichnet werden. Ob dies ohne jede Ausnahme gilt, kann offenbleiben. Jedenfalls genügt es nicht, wenn wie hier nur eine Grundbuchstelle angegeben wird und die Löschungsbewilligung im übrigen nur den Zusatz enthält, daß die beiden Rechte „überhaupt allerorts“ gelöscht werden sollen, nicht aber auch einen Hinweis darauf, daß es sich um Gesamtrechte handelt und die Rechte an allen in den Mithaftvermerken genannten Stellen gelöscht werden sollen. Dies hat der Senat mit ausführlicher Begründung am 10. 3. 1961 (BayObLGZ 1961, 103 = DNotZ 1961, 591) so entschieden. Daran hält er fest. Der Zusatz in der Löschungsbewilligung enthält keine ausreichend bestimmte Bezeichnung der anderen in Betracht kommenden Grundstücke, die mit dem Gesamtrecht noch belastet sind. Die für die Auslegung maßgebende nächstliegende Bedeutung des Zusatzes „allerorts“ (vgl. Demharter, § 19 GBO, Rd.-Nr. 28 m.w.N.), ist insbesondere nicht, daß das Recht außer an der ausdrücklich angegebenen Grundbuchstelle gelöscht werden soll (a.M. Meikel/Lichtenberger, 7. Aufl., § 28 GBO, Rd.-Nr. 49; Hieber, DNotZ 1961, 576). Vielmehr soll das Recht ohne eine solche Einschränkung an jeder betroffenen Stelle gelöscht werden. Auch wenn dabei in der Regel keine weiteren als die in den Mithaftvermerken genannten Grundbuchstellen in Betracht kommen werden, kann doch nicht davon ausgegangen werden, daß ausschließlich diese Stellen in Betracht kommen. Der Senat hat seinerzeit darauf hingewiesen, daß Mithaftvermerke versehentlich unterblieben sein können. Der Hinweis von Teubner (DNotZ 1976, 748, 750), es könne nichts gelöscht werden, was nicht eingetragen ist, liegt neben der Sache. Es soll nämlich nicht der Mithaftvermerk gelöscht werden, sondern das Grundpfandrecht, das an dem Grundstück eingetragen ist, das in dem versehentlich unterbliebenen Mithaftvermerk hätte genannt werden müssen.

c) Der Rechtsprechung des Senats haben sich das OLG Neustadt (Rpfler 1962, 345) und das OLG Köln (Rpfler 1976, 402 = DNotZ 1976, 746) angeschlossen, ebenso ein Teil des Schrifttums (Demharter, § 28 GBO, Rd.-Nr. 8, 14; KEHE/Ertl, 4. Aufl., § 28 GBO, Rd.-Nr. 11; Haegele, Rpfler 1962, 21 und 347; Bauer, Rpfler 1963, 43). Für übertrieben formalistisch halten die Auffassung außer Meikel/Lichtenberger, a.a.O.; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rd.-Nr. 133 und 2752; Hieber, DNotZ 1961, 576 und Teubner, DNotZ 1976, 748. Mit den Einwendungen dieser Autoren, insbesondere denen Hiebers, haben sich das OLG Neustadt und das OLG Köln sowie Haegele in seinen Anmerkungen zu den Entscheidungen der beiden OLG auseinandergesetzt und diese zu Recht als nicht stichhaltig angesehen. Von ausschlaggebender Bedeutung ist für den Senat, worauf auch Haegele in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Neustadt (Rpfler 1962, 347) hinweist, daß es dem die Löschung bewilligenden Grundpfandrechtsgläubiger ohne weiteres zuzumuten ist, die betroffenen Grundstücke in der von § 28 GBO vorgeschriebenen Form zu bezeichnen. Im vorliegenden Fall hätte statt des unbestimmten Zusatzes „allerorts“ nur die im Überlassungsvertrag enthaltene zweite Grundbuchstelle angegeben werden müssen. Damit wird nichts verlangt, was unzumutbar oder mit übertriebenem Aufwand verbunden wäre. Inwiefern damit die Praxis „überfordert“ wäre (vgl. Teubner, a.a.O., 750), ist nicht erkennbar. Es sind keine Gründe ersichtlich, die es rechtfertigen könnten, eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Bezeichnung der betroffenen Grundstücke zu verweigern.

III. Für das weitere Verfahren wird bemerkt:

1. Im Grundstücksgrundbuch sind ein Miteigentumsanteil an dem Grundstück Flst. 5362/10 und das Grundstück Flst. 5362/142 gebucht. In dem notariellen Überlassungsvertrag ist dieser

Grundbesitz, der Gegenstand der Auflassung sein soll, als Miteigentumsanteil „an den Grundstücken“ Flst. 5362/10 und Flst. 5362/142 bezeichnet. Dadurch könnten Zweifel daran bestehen, ob das Grundstück Flst. 5362/142 insgesamt oder nur ein Miteigentumsanteil daran aufgelassen werden soll. Ersichtlich handelt es sich aber um eine Nachlässigkeit bei Abfassung der notariellen Urkunde.

2. Im Grundstücksgrundbuch waren das Grundstück zunächst unter der lfd. Nr. 1 und der Miteigentumsanteil unter der lfd. Nr. 2 vorgetragen. In der Abt. I war die damalige Eigentümerin in Spalte 2 eingetragen, und in Spalte 3 waren die Grundstücke mit den lfd. Nrn. 1 u. 2 des Bestandsverzeichnisses aufgeführt. Im Jahr 1982 wurde dann im Bestandsverzeichnis das Grundstück mit der bisherigen lfd. Nr. 1 mit neuem Beschrieb als Nr. 3 vorgetragen. Im Jahr 1983 wurden sodann die Bet. zu 1) und 2) als Miteigentümer eingetragen. Dabei wurden die die Voreigentümerin betreffenden Eintragungen in allen Spalten der Abt. I gerötet. In Spalte 2 wurden die Bet. zu 1) und 2) als Miteigentümer je zur Hälfte eingetragen; in Spalte 3 ist aber als lfd. Nr. der Grundstücke im Bestandsverzeichnis lediglich die Nr. 1 angegeben. Bei Eintragung der Bet. zu 1) und 2) im Jahr 1983 wurde das ursprünglich unter der lfd. Nr. 1 vorgetragene Grund-

stück jedoch bereits als lfd. Nr. 3 im Bestandsverzeichnis geführt. In Spalte 3 der Abt. I hätte daher die lfd. Nr. 3 der Grundstücke im Bestandsverzeichnis statt der lfd. Nr. 1 eingetragen werden müssen.

Nach dem Wortlaut ist der unter der lfd. Nr. 2 im Bestandsverzeichnis vorgetragene Miteigentumsanteil nicht auf die Bet. zu 1) und 2) übergegangen. Der Miteigentumsanteil ist derzeit im Grundbuch im Bestandsverzeichnis eingetragen, aber in Abt. I den Bet. zu 1) und 2) nicht zugeordnet, weil er in Spalte 3 bei ihnen nicht aufgeführt ist. Andererseits ist die den Miteigentumsanteil betreffende lfd. Nr. 2 des Bestandsverzeichnisses aber auch bei der Eintragung der Voreigentümerin in Spalte 3 der Abt. I gerötet. Das GBA wird diese unklare Eintragung in Ordnung zu bringen haben. Offensichtlich wurden die Eintragungen in Spalte 3 der Abt. I im Grundstücksgrundbuch und im Wohnungsgrundbuch vertauscht. Im Wohnungsgrundbuch sind die lfd. Nrn. 2 und 3 statt der lfd. Nr. 1 eingetragen. Auch insoweit liegt eine Eintragung vor, die der Richtigstellung bedarf. Der Senat kann seiner Beurteilung nur die Eintragungen im Handblatt zugrundelegen, muß aber davon ausgehen, daß dieses entsprechend der Vorschrift des § 24 Abs. 4 GBV eine wörtliche Wiedergabe des gesamten Grundbuchblatts enthält.

Mitteilungen

1. Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Bewertung von Ansprüchen nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (OFD Berlin, Rundverfügung vom 4. 5. 1995 – St 45 – S 3810 –1/94)

1. Grundsätze

Nach den gleichlautenden Ländererlassen vom 11. 3. 1991 (BStBl. I, 369) ist die Besteuerung von Ansprüchen nach dem Vermögensgesetz vom 29. 9. 1990 – VermG – (BGBl. II, 885, 1115; zuletzt bekanntgemacht am 2. 12. 1994, BGBl. I, 3610) und dabei auch deren Bewertung nach der endgültigen Sach- und Rechtslage vorzunehmen, wie sie sich nach der Beendigung des vermögensrechtlichen Verfahrens ergibt (Tz. 2.2.1); d. h., wie sie durch die einvernehmliche Regelung zwischen dem Berechtigten und dem Verfügungsberechtigten oder die unanfechtbare Entscheidung der zuständigen Behörde oder des Schiedsgerichts konkretisiert wird. Dem liegt die Überlegung zugrunde, daß sich Art und Inhalt des Anspruchs eines Berechtigten (Rückübertragung, Entschädigung) nicht schon aus § 3 VermG und dem Antrag des Berechtigten ergeben, sondern sich erst mit der endgültigen Entscheidung gem. §§ 32, 33 VermG konkretisieren lassen. Dies wirkt auf den Stichtag der Steuerentstehung zurück.

Nach Ergehen der o.g. gleichlautenden Ländererlasse hat der BFH seine Rechtsprechung im Zusammenhang mit Sachleistungsansprüchen, soweit sie im Rahmen gegenseitiger Verträge begründet wurden, dahingehend geändert, daß diese Ansprüche nicht (mehr) mit dem Wert des Gegenstands, auf den sie gerichtet sind, zu bewerten sind, sondern mit dem gemeinen Wert; das gilt auch für auf Grundstücke gerichtete vertragliche Sachleistungsansprüche (BFH-Urt. v. 10. 4. 1991, BStBl. II, 620, und v. 26. 6. 1991, BStBl. II, 749). Von diesen Grundsätzen geht auch der Erlaß der Senatsverwaltung für Finanzen Berlin vom 19. 6. 1992 aus (III C 2 – S 3811 – 4/94), bekanntgegeben mit Weiterleitung ohne Rundverfügung vom 8. 7. 1992, ErbSt-Nr. 66 – S 3800 – 1/89.

Vor diesem Hintergrund ist gefragt worden, ob die geänderte Rechtsprechung über den Bereich von Ansprüchen im Rahmen gegenseitiger Verträge hinaus auch Auswirkungen auf die erbschaftsteuerliche bzw. schenkungsteuerliche Behandlung von Ansprüchen nach dem VermG hat. Ich bitte dazu die Auffassung zu vertreten, daß die geänderte Rechtsprechung auf die Bewertung von Ansprüchen nach dem VermG keine Anwendung findet. Im Unterschied zu zivilrechtlichen Sachleistungsansprüchen, die in den vom BFH zu beurteilenden Sachverhal-

ten aus gegenseitigen Verträgen entstanden waren, handelt es sich bei Ansprüchen nach dem VermG um öffentlich-rechtliche Ansprüche, die gegen die Ämter zur Regelung offener Vermögensfragen zu richten sind. Darüber hinaus bestehen im Zusammenhang mit Ansprüchen nach dem VermG keine zweiseitigen Verpflichtungen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. Schon aus diesen Gründen verbietet es sich, die Rechtsprechungsgrundsätze, die sich ausdrücklich (nur) auf Ansprüche aus beiderseits noch nicht erfüllten Verträgen beziehen, auf Ansprüche nach dem VermG zu übertragen.

2. Bewertung in Einzelfällen

In der Praxis sind insbesondere folgende Fallkonstellationen aufgetreten, bei denen ich hinsichtlich der Bewertung und Besteuerung „nach der endgültigen Sach- und Rechtslage“ die folgende Auffassung zu vertreten bitte, wobei jeweils ein Anspruchserwerb nach dem Inkrafttreten des VermG (28. 9. 1990) unterstellt wird:

a) Beispiel (1)

A hat einen Anspruch auf Rückübertragung eines Grundstücks angemeldet (§ 3 VermG). Der Anspruch wird entweder noch zu Lebzeiten des A an B verschenkt oder aber B erwirbt den Anspruch des A als dessen Erbe im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Das zuständige Amt zur Regelung offener Vermögensfragen entscheidet später bestandskräftig auf Rückübertragung des Grundstücks – unmittelbar – an B.

Die von B zu entrichtende Erbschaftsteuer bzw. Schenkungsteuer bemißt sich hier nach dem Einheitswert des Grundstücks am maßgeblichen erbschaftsteuerlichen/schenkungssteuerlichen Stichtag, wobei die Regelungen in § 133 BewG zu berücksichtigen sind.

Eine Besteuerung nach dem Einheitswert erfolgt im übrigen auch, wenn das Grundstück aufgrund einer gütlichen Einigung zwischen dem Berechtigten und dem Verfügungsberechtigten dem Berechtigten (Erbe, Schenkungsempfänger) zurückgegeben wird; in diesem Fall wird auf Antrag von der Behörde ein der Einigung entsprechender Bescheid erlassen (§ 31 Abs. 5 VermG).

b) Beispiel (2)

Der vererbte oder verschenkte Anspruch auf Rückübertragung eines Grundstücks konkretisiert sich nach dem Erwerb des Anspruchs im Laufe des Rückübertragungsverfahrens dahin-