

Ergebnispapier Mieterdienstbarkeiten

Vorbemerkung	1
1. Grundsätzliches zur MD	2
2. Nebeneinander von Mietvertrag und MD	2
3. Rangverhältnis zwischen Grundschuld und MD	3
a) Nachrang der MD zur Grundschuld	3
b) Vorrang der MD vor der Grundschuld	3
4. Berücksichtigung der MD im Rahmen der Wertermittlung	6
a) Immobilienart.....	7
b) Vermietungsstruktur	7
c) Weitere Aspekte	7
5. Fazit	8
Anhang 1: Modell „Deutsche Hypo“ (Stand 20.05.2009)	9
Anhang 2: DNotI-Report 7/2006	12

Vorbemerkung

Mieter gewerblich genutzter Immobilien stecken oft große Summen in die Entwicklung der gemieteten Flächen. Ihr langfristiges Nutzungsrecht und damit ihre Investition wollen sie vor einer Insolvenz des Vermieters oder der Zwangsversteigerung schützen. Dafür eignet sich eine im Grundbuch eingetragene Mieterdienstbarkeit. Die Interessen der drei Beteiligten (Eigentümer, Mieter und finanzierende Bank) sind dabei jedoch nicht deckungsgleich.

Die nachstehenden Ausführungen sollen dabei helfen, in dieser Dreiecksbeziehung einen gerechten Ausgleich der unterschiedlichen Interessen zu erreichen.

Der Ausschuss für Rechtsfragen des vdp hat in seiner 156. Sitzung am 28.05.2009 das Ergebnispapier Mieterdienstbarkeiten verabschiedet. Bis heute hat es seine Gültigkeit behalten und wurde zuletzt am 18.11.2025 aktualisiert.

1. Grundsätzliches zur MD

Mit dem Begriff „Mieterdienstbarkeit“ (MD) ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemeint, die zur dinglichen Absicherung des Mietvertrages zu Gunsten des Mieters bestellt wird. Sinn und Zweck der MD ist es, dem Mieter, der sich für die langfristige Nutzung einer Immobilie entscheidet, das Nutzungsverhältnis für den Fall der Insolvenz des Vermieters oder der Zwangsversteigerung zu sichern. Die MD schließt die Kündigung des schuldrechtlichen Mietvertrages durch den Ersteher in der ZV zwar nicht aus, die Kündigung wirkt jedoch nicht gegen die dingliche MD. Diese bleibt bestehen und gewährt dem Mieter ein Besitzrecht. Die dingliche Absicherung des Nutzungsrechts ist vom Ersterher als faktische Beeinträchtigung seines Sonderkündigungsrechts hinsichtlich des Mietvertrages hinzunehmen. Die entsprechende Beeinträchtigung eines zwangsversteigerten Grundstücks durch die MD liegt quasi in der Natur der Sache einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

Der vertragstreue Mieter ist gegenüber dem die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger besonders schutzbedürftig, denn er hat die Zwangsverwertung in der Regel nicht zu vertreten und kann sich hiervor ohne die dingliche Sicherung des Nutzungsrechts nicht schützen. Dem Ersterher steht dafür die volle Miete bzw. das volle Nutzungsentgelt zu, d.h. die Weiternutzung des Mietgegenstands durch den Mieter ist kein materieller Nachteil.

2. Nebeneinander von Mietvertrag und MD

Der Arbeitskreis ist der Ansicht, dass die im Vermerk aus dem Jahr 2002 auf ältere Rechtsprechung gestützte Auffassung, dass ein Nebeneinander von Mietvertrag und MD nicht möglich sein könnte, mit der im ungünstigsten Fall anzunehmenden Folge, dass der Mietvertrag unwirksam sein könnte, mittlerweile überholt ist. Es ist seit geraumer Zeit höchst-richterlich anerkannt, dass ein Nebeneinander von Dienstbarkeit und schuldrechtlichem Nutzungsvertrag möglich und zulässig ist. Dies gilt gerade in den regelmäßig vorliegenden Fällen, dass die MD dem Zweck der Sicherung des schuldrechtlichen Nutzungsvertrages (d.h. des Mietvertrages) dient. Der BGH hat lediglich entschieden, dass „im Zweifel“ neben der MD kein Nutzungsvertrag gewollt sei (vgl. Palandt-Bassenge, BGB-Kommentar, 66. Aufl. 2007, Vorb. v. § 1018 Rn. 2 unter Verweis auf BGH LM § 1018 Nr. 10, 22). Wird aber explizit ein Mietvertrag geschlossen, besteht für die Anwendung einer solchen Zweifelsregelung kein Raum. Im Ergebnis sind Mietverträge daher auch bei MD wirksam, die Abtretung der Mietansprüche zugunsten der Bank greift durch. Die Befürchtung, ein Mietvertrag könne zusätzlich zu einer MD nicht geschlossen werden mit der Folge, dass die Abtretung der Mietansprüche wegen Unwirksamkeit des Mietvertrages ins Leere gehen, besteht daher nicht mehr. Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines bedingten und befristeten Anspruchs auf Eintragung einer MD ist daher nicht notwendig.

3. Rangverhältnis zwischen Grundschuld und MD

a) Nachrang der MD zur Grundschuld

aa) Geringstes Gebot

Ist die MD nachrangig zur Grundschuld und wird die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld heraus betrieben, fällt die MD nicht in das geringste Gebot und würde bei Erteilung des Zuschlags erlöschen (§ 52 Abs. 1 S. 2 ZVG), so dass eine Kapitalisierung in Betracht kommt. Dies ist für die Bank allerdings wegen des Vorrangs der Grundschuld nicht von Interesse, da eine Zuteilung auf das kapitalisierte Recht erst nach Zuteilung auf die Grundschuld möglich wäre. Nur wenn noch etwas vom Versteigerungserlös übrig bliebe, könnte der dem Anspruch des Dienstbarkeitsberechtigten entsprechende Erlösanteil ausgereicht werden.

bb) „Liegenbelassungserklärung“

Im Hinblick auf das Risiko des Rechtewegfalls sind Mieter, zu deren Gunsten eine MD bestellt wurde, in der Praxis regelmäßig mit einem Nachrang zur Grundschuld nur dann einverstanden, wenn die Bank im Gegenzug eine sog. „Liegenbelassungserklärung“ abgibt. Hierbei handelt es sich um eine schuldrechtliche Vereinbarung, in der sich die Bank verpflichtet, im Falle einer Zwangsversteigerung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abweichende Versteigerungsbedingungen zu beantragen, wonach die nachrangige MD bestehen bleiben soll und ebenfalls in das geringste Gebot fällt (§ 59 Abs. 3 ZVG). Praktisch kann eine solche Vereinbarung zur Folge haben, dass der Kreis der potenziellen Ersteher eingeschränkt wird, weil Interessenten, die das Objekt ohne Mieter ersteigern wollen bzw. eine Kündigung beabsichtigen, von einer Ersteigerung Abstand nehmen werden. In aller Regel steht dem aber der Vorteil gegenüber, das Objekt mit einem bestehenden (Anker-) Mieter versteigern zu können, worauf viele Ersteher, soweit sie nicht selbst das Objekt nutzen wollen, mehr Wert legen werden.

Im Ergebnis ist die Frage, ob und unter welchen Bedingungen eine Liegenbelassungserklärung abgegeben werden kann, eine Frage des Einzelfalls. Allgemein wird dies immer dann möglich sein, wenn sichergestellt ist, dass (1.) die Verpflichtungen nur gelten, wenn und solange der Mietvertrag besteht und beanstandungsfrei abgewickelt wird, sowie (2.) wenn das Recht mit einem Höchstbetrag i.S.v. § 882 BGB bewertet wird. In der Praxis der Pfandbriefbanken wird in diesem Zusammenhang regelmäßig ein Wert von maximal 25.000,— € in Ansatz gebracht. Dies wird von Mieterseite erfahrungsgemäß als marktüblich akzeptiert. Der Ansatz einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Zwangsversteigerung mit bis zu der 25-fachen Jahresleistung (§ 121 Abs. 1 ZVG, § 92 Abs. 2 ZVG) ist daher nicht erforderlich und auch nicht sachgerecht.

b) Vorrang der MD vor der Grundschuld

Eine vorrangig vor dem Grundpfandrecht eingetragene MD kann – wenn diese nicht mit bestimmten Regelungen versehen wird – zu deckungs- bzw. beleihungswertrechtlichen Problemen führen.

aa) Höchstbetrag

Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich, dass für die MD u. a. ein Höchstbetrag als Wertersatz gem. § 882 BGB bestimmt wird. Zwar kommt eine Kapitalisierung der im Vorrang zur Grundschuld eingetragenen MD gem. § 121 ZVG dann nicht in Betracht, wenn die Zwangsvollstreckung aus der nachrangigen Grundschuld heraus betrieben wird, da die MD in diesem Fall in das geringste Gebot fiel und bei Erteilung des Zuschlags bestehen bliebe. Allerdings kann eine Vollstreckung aus anderen, zur MD vorrangigen – z. B. öffentlichen – Rechten nicht ausgeschlossen werden. Wenngleich offen ist, ob ein solches Szenario, auch im Hinblick auf das Ablösungsrecht des nachrangigen Grundpfandrechtsgläubigers, bei der Bewertung zu berücksichtigen ist, könnte die Bank aus beleihungswertrechtlichen Gründen möglicherweise gezwungen sein, die vorrangige MD entsprechend der von ihr erfassten Fläche zu bewerten und einen Betrag bis zur 25-fachen Jahresmiete als Vorlast zu berücksichtigen. Dadurch würde sich der Beleihungsauslauf erheblich verschlechtern. Auch wenn es sich bei der 25-fachen Jahresmiete lediglich um eine gesetzliche Höchstgrenze handelt, deren Anwendung auf entgeltliche Mieterdienstbarkeiten Bedenken begegnet, vermeidet ein Höchstbetrag die anderenfalls erforderliche Einzelfallbewertung. Denn wenn die MD mit einer festen Bewertungsgröße versehen wird, kann diese bewertungsrechtlich in jedem Fall zugrunde gelegt werden (vgl. Ziff. 3 Entwurf Deutsche Hypo, so genannte „Deutsche Hypo-Lösung“, Anhang 1). Hinzu kommt, dass der Höchstbetrag in der Vollstreckungspraxis auch bei der Vollstreckung aus nachrangigen Rechten regelmäßig bei der Festsetzung des geringsten Gebots berücksichtigt wird.

bb) Auflösende Bedingungen

Weil jedoch die Bewertungserklärung auch ohne Zustimmung der im Nachrang stehenden Grundpfandrechtsgläubiger von dem Besteller bzw. jeweiligen Eigentümer und dem Dienstbarkeitsberechtigten aufgehoben werden könnte, reicht die Festbewertung der MD gem. § 882 BGB allein nicht aus. Zwar lässt sich einem Aufsatz des Deutschen Notarinstituts nachvollziehbar entnehmen, dass negative Abweichungen vom festgelegten Höchstbetrag nach oben nicht ohne die Zustimmung der nachrangigen Gläubiger möglich sein sollen (DNotI-Report 7/2006, April 2006, Anhang 2). Allerdings herrscht darüber keine gesicherte Erkenntnis. Es muss daher dinglich sichergestellt sein, dass der Inhalt der MD, insbesondere die Bewertung mit einem Höchstbetrag, nicht ohne Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger geändert werden kann. Eine rein schuldrechtlich vereinbarte Verpflichtungserklärung des vorrangig Berechtigten, den Höchstbetrag nur mit Zustimmung der Bank zu ändern, böte der Bank keinen vollständigen Schutz. Sie würde keine dingliche Wirkung entfalten und könnte die Verfahrensregeln des ZVG nicht beeinflussen. Sie ist als ein auf ein Unterlassen gerichteter Anspruch auch nicht vormerkungsfähig. Der dingliche Schutz kann über eine auflösende Bedingung erreicht werden, die eine Änderung oder Aufhebung des Inhalts der MD, insbesondere des Höchstbetrages, entsprechend sanktioniert, und die als Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen wird (vgl. Ziff. 4 lit. e Entwurf Deutsche Hypo).

Alternativ kommt in Betracht – so genannte Treuhandlösung –, dass dem Grundpfandrechtsgläubiger eine unbedingte Löschungsbewilligung vorliegt, über die im Rahmen eines Treuhandauftrages bei Vorliegen der vereinbarten Erlöschensgründe verfügt werden kann. Diese Erlöschensgründe entsprechen den auflösenden Bedingungen der Deutsche Hypo-Lösung und sind im Einzelnen:

- Kündigung des MV, ausgenommen Kündigung gemäß § 57a ZVG oder § 111 InsO
- Beendigung des MV aufgrund Zeitablaufs oder einvernehmlicher Aufhebung
- Nichterfüllung der Miet-/Entgeltzahlungsverpflichtungen entsprechend § 543 Abs. 2 S. 1 BGB
- Inhaltsänderung der MD, Änderung oder Aufhebung des HB sowie Vorrangeinräumung zugunsten eines anderen dinglichen Rechts
- Insolvenz des Mieters oder Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse

cc) Ausnahme Kündigung nach § 550 BGB?

In diesem Zusammenhang wird immer wieder diskutiert, ob neben den Kündigungsgründen § 57a ZVG und § 111 InsO auch § 550 BGB als zusätzliche Ausnahme aufgenommen werden sollte, die ein Erlöschen der Mieterdienstbarkeit verhindert. Für diese Erweiterung der Ausnahmetatbestände sieht der Ausschuss für Rechtsfragen des vdp keine Veranlassung.

Das Thema *Kündigung wegen Formmangel* ist insbesondere aufgrund der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2017 zur Unwirksamkeit von sog. Schriftformheilungsklauseln aufgekommen. Zwar wurde zum Jahreswechsel 2024/2025 das Schriftformerfordernis für Gewerbemietverträge abgeschafft. Das Thema ist dadurch jedoch nicht beseitigt. Die durch § 550 BGB angelegte Gefahr, dass ein Mietverhältnis wegen eines Formverstößes vorzeitig beendet wird, ist weiterhin gegeben, wenn auch in abgeschwächter Form. Nach § 578 Abs. 1 BGB ist § 550 mit der Maßgabe anzuwenden, dass ein Mietvertrag, der für längere Zeit als ein Jahr nicht in Textform geschlossen wird, für unbestimmte Zeit gilt. Es ist derzeit davon auszugehen, dass die Rechtsprechung des BGH zur Schriftform, insbesondere Heilungsklauseln, entsprechend auf die Textform zu übertragen ist.

Gegen eine Ergänzung der Ausnahmetatbestände um den Kündigungsgrund des § 550 BGB, die das Erlöschen der Mieterdienstbarkeit verhindert, sprechen mehrere Aspekte:

- Beide Parteien können das Risiko einer Kündigung wegen Formmangel jederzeit ausschließen, indem die relevanten vertraglichen Regelungen in der erforderlichen Form dokumentiert werden.
- Anders als bei § 57a ZVG und § 111 InsO kommt der Kündigungsgrund des § 550 BGB zumindest auch aus dem Verantwortungsbereich des Mieters. Einen Formmangel hätten regelmäßig beide Vertragsparteien gleichermaßen zu vertreten.
- Eine vermierterseitige Kündigung wegen Formmangels dürfte regelmäßig auch wirtschaftliche Gründe haben.
- Die weitere Einschränkung der Rechtsfolgen einer Kündigung könnte sich zudem negativ auf die Bewertung auswirken.

dd) Entgeltlichkeit der MD

Die MD ist entgeltlich auszugestalten. Mit der Entgeltregelung wird sichergestellt, dass im Falle der Kündigung des Mietverhältnisses durch einen Erwerber in der Zwangsversteigerung oder Insolvenz der Dienstbarkeitsberechtigte die Mieträume nicht unentgeltlich nutzen kann (vgl. Ziff. 2 Entwurf Deutsche Hypo). Im Übrigen kann durch die Ausgestaltung der Entgeltregelung verhindert werden, dass im Falle einer Veräußerung des Beleihungsobjekts zwar der Mietvertrag und damit auch der Anspruch auf Zahlung von Miete gem. § 566 BGB von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergeht, der Nutzungsentgeltanspruch bezogen auf die MD aber beim Voreigentümer verbleibt. Der Übergang auf den Erwerber ist ausdrücklich auf Miet- oder Pachtverhältnisse beschränkt und auf dingliche Nutzungsrechte und schuldrechtliche Begleitverhältnisse weder direkt noch entsprechend anwendbar.

Nach den Erfahrungen der AK-Mitglieder haben Grundbuchämter diese Regelung in den Bestellsurkunden akzeptiert. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass die Entgeltregelung damit von den Grundbuchämtern als dinglicher Inhalt akzeptiert worden ist. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie als jedenfalls schuldrechtlich vereinbart zu werten ist (vgl. Ziff. 7 Entwurf Deutsche Hypo zum Zwecke der Klarstellung, sowie unten dd).

ee) Schuldrechtliche Verpflichtungen gegenüber dem Grundpfandrechtsgläubiger

Es empfiehlt sich die Aufnahme einer Regelung, nach der sich die Parteien schuldrechtlich auch gegenüber den Grundpfandrechtsgläubigern entsprechend dem dinglichen Inhalt verpflichten (vgl. Ziff. 6 lit. a Entwurf Deutsche Hypo). Auf diese Weise haben die Grundpfandrechtsgläubiger in den genannten Fällen auch einen unmittelbaren schuldrechtlichen Unterlassungsanspruch gegen den Verpflichteten und den Berechtigten.

4. Berücksichtigung der MD im Rahmen der Wertermittlung

Der Bewertung der MD kommt entscheidende Bedeutung zu. Hat die MD Vorrang vor der Grundsuld, sind im Wertgutachten Aussagen zu ihrer Berücksichtigung im Rahmen der Wertermittlung zu treffen. So wurde im Rahmen einer Deckungsstockprüfung die Feststellung getroffen,

„dass die MD Vorrang vor den Grundsulden hat und daher im Fall der Zwangsverwertung der Grundsulden bestehen bleibt. Nur bei Beendigung des Mietvertrages besteht ein schuldrechtlicher Lösungsanspruch. Im Falle der berechtigten Nichtzahlung der Miete durch den Mieter kann diese MD in der Zwangsverwertung unter Umständen zu erheblichen Wertminderungen führen, da dem Nutzungsrecht des Mieters keine Mieterträge gegenüberstehen. Die MD wurde im Wertgutachten nicht als Vorlast und als Wertminderung berücksichtigt. Es wird für notwendig erachtet, die Dienstbarkeit sachgerecht zu bewerten und bei der Wertermittlung zu berücksichtigen.“

Grundsätzlich wird der Beleihungswert durch den Gutachter belastungsfrei ermittelt. Die Bewertung der MD im Hinblick auf die Deckungsproblematik obliegt in erster Linie der Kreditabteilung im Zusammenspiel mit der Rechtsabteilung und ggf. mit dem Gutachter. Hierfür bewertungsrelevante Faktoren sind neben der Rangstelle und ggf. rechtlichen Fragestellungen vor allem die Immobilienart (Drittverwendungsfähigkeit, Vermietbarkeit, Verkäuflichkeit), die auch bei der gutachterlichen Beleihungswertermittlung eine wesentliche Rolle spielt sowie die darüber hinaus den Marktwert bestimmende Vermietungsstruktur. Zur Vermeidung von Überbewertungen schlechter Objekte und Unterbewertungen guter Objekte sollte jeder Einzelfall gutachterlich geprüft und angemessen gewürdigt werden. Hierbei ist auf die Vorlast

unter Berücksichtigung des Höchstbetrages (§ 882 BGB) abzustellen wie auch auf eine mögliche Wertminderung aufgrund der oben zitierten Mieterproblematik. Hier könnte also auch unter Berücksichtigung der Lage des Objektes sowie der Vermietungsstruktur, der Bonität des Mieters und der Ausgestaltung des Mietvertrages eine entsprechende Wertminderung vorgenommen werden.

Im Einzelnen:

a) Immobilienart

Bei der Prüfung des Werteinflusses einer MD ist zudem zwischen typischen Eigennutzer oder Mietimmobilien zu unterscheiden. Bei Immobilien, die typischerweise durch Eigennutzer erworben werden (buy-and-hold-Objekte), wirkt sich eine eingetragene MD (z. B. im Innenverhältnis zwischen Objekt- und Betriebsgesellschaft) zumeist deutlich gravierender auf eine spätere Vermarktbarkeit im Zwangsverwertungsfall aus, als bei Objekten, die üblicherweise vermietet und am freien Markt von Investoren gehandelt werden. Ist die Kündigung des Mietverhältnisses durch die MD verwehrt, scheiden bei typischen Eigennutzerobjekten, wie z. B. Fabrikgebäuden, andere Eigennutzer als Kaufinteressenten aus. Im Gegensatz dazu führt eine MD bei typischen buy-and-sell-Objekten (Renditeimmobilien) nicht zu Einschränkungen der Verkäuflichkeit und damit auch nicht zu Minderungen des Objektwertes, solange für den cashflow-orientierten Investor aus der MD keine Einschränkungen des Mietflusses erwachsen. Das Recht auf Sonderkündigung des Mietvertrages ist für den Investor weder ausschlaggebend noch wertbestimmend, dies gilt insbesondere aus dem Blickwinkel der Marktwertermittlung.

b) Vermietungsstruktur

Die Bonität des Mieters ist ein Faktor, der bei der Marktwertermittlung berücksichtigt wird. Infolgedessen fließt die Bonität des Mieters und Dienstbarkeitsberechtigten in die Wertermittlung mit ein. Für den Gutachter stellt sich das Problem, dass er Zukunftswerte nicht schätzen kann. Ob und in welchem Umfang eine MD den Verwertungserlös mindert, entscheidet sich z.B. erst im Zeitpunkt der Versteigerung. Zu diesem Zeitpunkt wird das Grundstück und Gebäude nach seinen aktuellen Nutzungsmöglichkeiten und dem daraus erzielbaren Ertrag beurteilt. Im Zeitpunkt der Versteigerung kann die geschätzte oder tatsächliche Bonität des Mieters/Dienstbarkeitsberechtigten gestiegen oder gefallen sein. Eine schlechtere Bonität mindert aber den Wert der Immobilie. An der Bonität des Nutzers entscheidet sich dann, ob eine Verwertung z. B. zum Acht-, Neun- oder Elffachen des Jahresmietertrags möglich ist. Kann dem aktuellen Nutzer wegen des dinglichen Rechts nicht gekündigt werden und hat dieser eine schlechtere Bonität als ein interessierter Konkurrent, ergibt sich ein geringerer Erlös.

c) Weitere Aspekte

Für die Beurteilung der Wertminderung des Objekts durch eine vorrangige MD ist auch zu berücksichtigen, ob die Aufhebungsgründe für diese MD im Grundbuch eingetragen oder lediglich schuldrechtlich vereinbart wurden (vgl. Ziff. 4 Entwurf Deutsche Hypo). Verdinglichte Aufhebungsgründe verringern das Risiko für den Nachranggläubiger.

5. Fazit

Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich, dass für die MD ein Höchstbetrag als Wertersatz gemäß § 882 BGB bestimmt wird. Bei einer vollständigen dinglichen Regelung der Aufhebungsgründe (s.o. 3b/bb und 4c, Deutsche Hypo-Lösung), die auch den Mietvertrag betreffen, sowie bei der Treuhandlösung i.V.m. den entsprechenden Erlöschensgründen, erscheint neben der Berücksichtigung des Höchstbetrages (§ 882 BGB) eine darüber hinausgehende Wertminderung nicht erforderlich.

Sind die Aufhebungsgründe nicht vollständig verdinglicht, bzw. sind bei der Treuhandlösung die Erlöschensgründe nicht vollständig vereinbart worden, sind folgende Gesichtspunkte bei der Wertermittlung zu berücksichtigen:

- Immobilienart,
- Vermietungsstruktur,
- Inhalt des Mietvertrages, insbes. zu Fragen der Beendigung der Mieterdienstbarkeit.

Je weiter man sich von dem Modell (Deutsche Hypo- oder Treuhandlösung) entfernt, desto stärker ist eine Wertminderung zu berücksichtigen.

Anhänge:

- Modell „Deutsche Hypo“ (Stand 20.05.2009)
- Aufsatz DNotI-Report, 7/2006

Anhang 1: Modell „Deutsche Hypo“ (Stand 20.05.2009)

Folgende Regelungen sind als formgerechter Nachtrag zum vorgelegten Mietvertrag zwischen Vermieter und Mieter zu vereinbaren:

§ des Mietvertrages „Mietsicherungsdienstbarkeit“ wird wie folgt vollständig neu gefasst:

Der Vermieter verpflichtet sich, zur Sicherung des durch diesen Mietvertrag begründeten Nutzungsrechts des Mieters zu Gunsten des Mieters und zu Lasten des in § näher bezeichneten Mietgrundstücks eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit folgenden Inhalts an rangbereiter Stelle und vorrangig vor den Rechten in Abteilung III des Grundbuchs eintragen zu lassen:

1. Der Vermieter räumt zu Lasten des Grundbesitzes Flur Flurstück zu Gunsten des Mieters (nachfolgend auch „Berechtigter“ genannt) eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit ein, nach dessen Inhalt der Berechtigte das Recht hat,
 - das/den in dem als Anlage beigefügten Lageplan rot umrandete/-n Gebäude/ Gebäudeteil (Grundriss) als Verbrauchermarkt für den Verkauf von Food- und Non-Food-Waren aller Art alleine (Alleinnutzungsrecht)sowie
 - die auf dem beigefügten Lageplan eingezeichneten Parkplätze einschließlich Zu- und Abfahrten zusammen mit anderen Mietern und sonstigen Nutzungsberechtigten (Mitbenutzungsrecht)– nachfolgend auch „Dienstbarkeitsgegenstand“ genannt –
zu benutzen.

Die Ausübung der Dienstbarkeit durch Dritte wird gestattet.

2. Für diese Nutzung hat der Berechtigte dem/den jeweiligen Eigentümer/-n des Dienstbarkeitsgegenstands (§ 328 Abs. 1 BGB), im Falle einer Zwangsverwaltung dem jeweiligen Zwangsverwalter (§ 328 Abs. 1 BGB), ein Entgelt entsprechend den Zahlungsregelungen des für den Dienstbarkeitsgegenstand zwischen dem/den jeweiligen Eigentümer/-n und dem Berechtigten oder deren Rechtsnachfolgern bestehenden zuletzt gültigen Mietvertrages in der zuletzt gezahlten bzw. zur Zahlung fälligen Höhe (einschließlich der Regelungen zur Wertsicherungsklausel, zur gesetzlichen Umsatzsteuer, zur Zahlung von Mietnebenkosten, zur Fälligkeit etc.) zu leisten; dies gilt auch im Fall der Kündigung des Mietvertrages gemäß § 57a ZVG oder § 111 InsO.
3. Der Höchstbetrag des Wertersatzes für die beschränkt persönliche Dienstbarkeit beträgt gemäß § 882 BGB EUR 25.000,00. Die Dienstbarkeit ist im Grundbuch nicht ohne Eintragung dieses Höchstbetrages einzutragen.
4. Diese beschränkte persönliche Dienstbarkeit erlischt, wenn hinsichtlich des Dienstbarkeitsgegenstands eine der folgenden auflösenden Bedingungen eingetreten ist:

- a) das zwischen den/dem jeweiligen Eigentümer/-n und dem Berechtigten oder deren Rechtsnachfolgern bestehende Mietverhältnis ist infolge Kündigung beendet; ausgenommen ist nur eine Kündigung nach § 57a ZVG oder § 111 InsO;
- b) der Berechtigte oder seine Rechtsnachfolger erfüllt die laufenden Mietzahlungsverpflichtungen aus dem Mietverhältnis oder die Entgeltzahlungsverpflichtung gemäß Ziffer 2 gegenüber dem/den jeweiligen Eigentümer/-n oder einem Zwangsverwalter entsprechend § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nicht;
- c) das Mietverhältnis ist infolge Zeitablaufs oder einvernehmlicher Aufhebung beendet;
- d) über den Berechtigten oder seinen Rechtsnachfolger wurde das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt;
- e) der/die jeweilige/-n Eigentümer und der Berechtigte oder deren Rechtsnachfolger vereinbaren, ohne vorherige schriftliche Zustimmung der jeweiligen Grundpfandrechtsgläubiger, die in Abt. III des Dienstbarkeitsgegenstandes eingetragen sind oder werden, oder deren Rechtsnachfolgern
 - den gemäß Ziffer 3 vereinbarten Höchstbetrag des Wertersatzes der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 882 BGB in Höhe von EUR 25.000,00 zu ändern oder aufzuheben oder
 - den Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu ändern oder
 - einem anderen Grundpfandrechtsgläubiger den Vorrang vor der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit einzuräumen.

Die auflösenden Bedingungen sind als Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in das Grundbuch einzutragen.

5. Der Berechtigte nimmt die Einräumung der entsprechenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an.
6. Schuldrechtliche Vereinbarungen
 - a) Der Vermieter/Erwerber und der Berechtigte verpflichten sich gegenüber den jeweiligen Grundpfandrechtsgläubigern, die in Abt. III des Dienstbarkeitsgegenstandes eingetragen sind oder werden, und deren Rechtsnachfolgern (§ 328 Abs. 1 BGB),
 - den Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht zu ändern,
 - den Höchstbetrag gemäß § 882 BGB in Höhe von EUR 25.000,00 für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht zu ändern oder aufzuheben,
 - keinem anderen Grundpfandrechtsgläubiger den Vorrang vor der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit einzuräumen und
 - die Regelungen zum Mietzins und der Mietlaufzeit nicht ohne Zustimmung der jeweiligen Grundpfandrechtsgläubiger, die in Abt. III des Dienstbarkeitsgegenstandes eingetragen sind oder werden, und deren Rechtsnachfolgern (§ 328 Abs. 1 BGB), zu verändern.

- b) Wird das Mietverhältnis infolge Kündigung gemäß § 57a ZVG oder § 111 InsO beendet, und besteht die Dienstbarkeit fort, gelten sämtliche Regelungen des Mietvertrages in der zuletzt gültigen Fassung für die Nutzung des Dienstbarkeitsgegenstands entsprechend. Der Berechtigte verpflichtet sich gegenüber dem/den jeweiligen Eigentümer/-n des Dienstbarkeitsgegenstands (§ 328 Abs. 1 BGB), die Dienstbarkeit löschen zu lassen, wenn nach den Regeln des Mietvertrages oder, soweit der Mietvertrag hierzu schweigt, in Anwendung der gesetzlichen mietrechtlichen Vorschriften (§§ 535 BGB ff.) das Mietverhältnis beendet gewesen wäre.
 - c) Die Parteien verpflichten sich, alle Rechte und Pflichten aus dieser Vereinbarung (einschließlich dieser Übertragungsverpflichtung) auf eventuelle Rechtsnachfolger in vollem Umfang zu übertragen. Diese Verpflichtung besteht auch gegenüber den jeweiligen Grundpfandrechtsgläubigern und hinsichtlich der ihnen gegenüber bestehenden Pflichten (§ 328 Abs. 1 BGB).
7. Soweit im Rahmen dieser Dienstbarkeitsvereinbarung vereinbarte Regelungen nicht dinglicher Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein können, gilt der jeweilige Inhalt als zwischen den Parteien schuldrechtlich vereinbart.

Anhang 2: DNotI-Report 7/2006

Nachträgliche Änderung des Höchstbetrages des Wertersatzes einer Dienstbarkeit (BGB §§ 882, 876, 877, 881, 1018, 1090; ZVG §§ 92, 115)

I. Sachverhalt

Ein Grundstück soll an erster Rangstelle mit einer Mieterdienstbarkeit (Nutzungsrecht) und an zweiter Rangstelle mit einer Finanzierungsgrundschuld belastet werden. Für die Dienstbarkeit soll nach § 882 BGB der Höchstbetrag des Wertersatzes für den Fall festgelegt werden, dass die Dienstbarkeit in der Zwangsversteigerung erlischt.

II. Fragen

1. Kann der eingetragene Höchstbetrag des Wertersatzes nach § 882 BGB nachträglich ohne Zustimmung der nachrangigen Grundpfandrechtsgläubigerin erhöht werden?
2. Welche Rechtsfolge hätte es, wenn die Eintragung erfolgte, obwohl die Grundpfandrechtsgläubigerin nicht zugestimmt hat?

III. Zur Rechtslage

1 Zustimmung bei erstmaliger nachträglicher Bestimmung eines Höchstbetrages

a) Höchstbetrag vereinfacht und begrenzt Verteilung bei der Zwangsversteigerung

Nach § 882 BGB kann der Höchstbetrag des Wertersatzes für eine in der Zwangsversteigerung erlöschende Grundstücksbelastung vereinbart werden. § 882 BGB gilt lediglich für Grundstücksbelastungen, die bei einer Zwangsversteigerung nach §§ 52, 91 ZVG erlöschen und deren Wert dann nach § 92 ZVG aus dem Erlös zu ersetzen ist. Die Festlegung eines Höchstbetrages ist demnach bei Dienstbarkeiten zulässig (ebenso wie bei einem Nießbrauch, einer Reallast, bei einem dinglichen Vorkaufsrecht, das für alle oder für mehrere Vorkaufsfälle bestellt ist, bei einer Vormerkung auf eines dieser Rechte oder bei einer Auflassungsvormerkung).

§ 882 BGB enthebt den Berechtigten der Notwendigkeit, den Kapitalwert im Zwangsversteigerungsverfahren nach §§ 45 Abs. 1, 37 Nr. 4 ZVG anzumelden und sichert zugleich seine Aufnahme in den Teilungsplan nach § 114 ZVG. Umgekehrt kann dem Grundstückseigentümer daran gelegen sein, den Ersatzanspruch von vornherein seiner Höhe nach zu begrenzen. Denn dann können gleich- und nachrangige Gläubiger ihre Chancen einer Befriedigung in der Zwangsversteigerung besser abschätzen (MünchKomm-BGB/Wacke, 4. Aufl. 2004, § 882 Rn. 1; Staudinger/Kutter, BGB, 2000, § 882 Rn. 1).

Zur Vorbeugung gegen Streitigkeiten über den Kapitalwert eignet sich § 882 BGB allerdings nur beschränkt, weil lediglich der Höchstbetrag festgelegt werden kann. Der Berechtigte kann dann keinen höheren Betrag in der Zwangsversteigerung verlangen. Umgekehrt kann jedoch der Höchstbetrag auf Antrag widersprechender Berechtigter nach § 115 ZVG herabgesetzt werden (Münch-Komm/Wacke, § 882 BGB Rn. 1; Palandt/Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 882 Rn. 1; Staudinger/Kutter, § 882 BGB Rn. 1). Aus diesem Grunde macht die Praxis von der Möglichkeit des § 882 BGB selten Gebrauch (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 1167; MünchKomm/Wacke, § 882 BGB Rn. 1).

b) Keine Zustimmung nachrangiger Berechtigter bei erstmaliger nachträglicher Vereinbarung eines Höchstbetrages

Aus dieser eingeschränkten Wirkweise des § 882 BGB folgt nach ganz herrschender Meinung, dass die nachträgliche Vereinbarung eines Höchstbetrages nicht der Zustimmung der gleich- oder nachrangigen Berechtigten nach §§ 876, 877 BGB bedarf (MünchKomm-BGB/Wacke, § 882 Rn. 4; Palandt/Bassenge, § 882 Rn. 2; Soergel/Stürmer, BGB, 13. Aufl. 2002, § 882 Rn. 2; Staudinger/Kutter, § 882 Rn. 5). Denn deren Rechte werden durch die erstmalige nachträgliche Bestimmung und Eintragung des Höchstbetrages nicht berührt, da es ihnen unbenommen bleibt, im Verfahren nach § 115 ZVG die Herabsetzung des Höchstbetrages auf den wirklichen Wert zu verlangen, falls dieser gemessen an § 92 Abs. 2 ZVG überhöht festgesetzt wurde.

Zwar ist die nachträgliche Festsetzung des Höchstbetrages des Wertersatzes eine Inhaltsänderung des Rechts i. S. v. § 877 BGB (MünchKomm/Wacke, § 882 BGB Rn. 4; Palandt/Bassenge, § 882 BGB Rn. 2; Staudinger/Gursky, § 877 BGB Rn. 20). Das heißt aber nur, dass eine Einigung und Eintragung der Änderung nach §§ 877, 873 BGB erforderlich ist (Schöner/Stöber, Rn. 1167). Die allgemein bei einer Erweiterung eines gleich- oder vorrangigen Rechtes erforderliche Zustimmung gleich- oder nachrangiger Gläubiger nach §§ 876, 877 BGB ist nach der gerade dargestellten h.M. eben nicht erforderlich, da die nachrangigen Gläubiger infolge der Herabsetzungsmöglichkeit nach § 115 ZVG nicht beeinträchtigt sind.

Eine etwas abweichende Literaturstimme fanden wir nur in einem Beitrag von Gaßner (Rpfleger 1988, 51, 52). Darin leitet Gaßner zunächst aus den allgemeinen Regeln der §§ 876, 877 BGB ein Zustimmungserfordernis gleich- oder nachrangiger Gläubiger zur nachträglichen Festsetzung eines Höchstbetrages ab. Dessen Wirkung beschränkt er dann darauf, dass Gläubiger, die nicht zugestimmt haben, in der Zwangsversteigerung nach § 115 ZVG die Herabsetzung eines zu hohen Wertersatzes verlangen können. Im Ergebnis entspricht dies der h.M. Der Unterschied liegt nur darin, dass die h.M. die §§ 876, 877 BGB bereits tatbestandlich einschränkt, während Gaßner nur die Rechtsfolge einschränkt.

Als Zwischenergebnis lässt sich aber festhalten, dass nach allgemeiner Ansicht die (erstmalige) nachträgliche Bestimmung eines Höchstbetrages für den Wertersatz nach § 882 BGB zu ihrer Wirksamkeit nicht der Zustimmung gleich- oder nachrangiger Grundstücksgläubiger bedarf.

Jedenfalls Gläubiger, die nicht zugestimmt haben, können im Zwangsversteigerungsverfahren die Herabsetzung eines zu hoch festgesetzten Höchstbetrages nach § 115 ZVG verlangen.

c) Zustimmung dinglich Berechtigter an dem limitierten Recht

Wird nachträglich erstmals ein Höchstbetrag bestimmt, so erfordert dies jedoch nach §§ 876, 877 BGB die Zustimmung der Inhaber von Zweigrechten (Pfandrecht, Nießbrauch) an dem limitierten Recht, für das der Höchstbetrag des Wertersatzes eingetragen werden soll, da ein eventuell zu niedriger Ansatz des Höchstbetrages einer partiellen Rechtsaufgabe gleichkommt (Bamberger/Roth/Kössinger, BGB, 2003, § 882 Rn. 7; MünchKomm/Wacke, § 882 BGB Rn. 4; Palandt/Bassenge, § 882 BGB Rn. 2).

2. Zustimmung nachrangiger Gläubiger zur nachträglichen Erhöhung eines bereits eingetragenen Höchstbetrages

a) Zustimmung nachrangiger Gläubiger erforderlich?

Zu der speziellen Frage einer nachträglichen Erhöhung eines bereits festgelegten Höchstbetrages fanden wir in der Literatur keine Aussagen. Nach der Mindermeinung von Gaßner (Rpfleger 1988, 51, 52), der immer eine Zustimmung gleich- und nachrangiger Gläubiger fordert, wäre deren Zustimmung auch hier erforderlich. (Ebenso ist nach wohl allgemeiner Meinung im umgekehrten Fall einer nachträglichen Herabsetzung des Höchstbetrages eines bereits limitierten Rechtes die Zustimmung der dinglichen Berechtigten an dem limitierten Recht erforderlich.)

Eine Zustimmung der nach- oder gleichrangigen dinglichen Berechtigten zur Erhöhung des Höchstbetrages scheint hingegen auf den ersten Blick nach der h.M. a maiore ad minus nicht erforderlich zu sein: Denn wenn ihre Zustimmung nach h.M. bei der erstmaligen Bestimmung eines Höchstbetrages nicht erforderlich ist, weil sie ggf. im Zwangsversteigerungsverfahren die Herabsetzung nach § 115 ZVG verlangen können, warum sollte dann der Fall der nachträglichen Erhöhung eines bereits eingetragenen Höchstbetrages anders zu behandeln sein? Denn sind die nachrangigen Gläubiger nicht auch hier durch die Herabsetzungsmöglichkeit des § 115 ZVG geschützt?

Die Herabsetzungsmöglichkeit nach § 115 ZVG besteht aber nur, soweit die Erhöhung über den tatsächlichen Wert des Rechtes (genauer über den nach § 92 ZVG vom Gericht für die Verteilung festzusetzenden Wert) hinausgeht. Lag der vereinbarte Höchstbetrag aber zunächst unter dem objektiven Wert der Dienstbarkeit (oder des sonstigen Rechtes) und wird der Höchstbetrag nun auf den tatsächlichen Wert heraufgesetzt, so greift die Herabsetzungsmöglichkeit des § 115 ZVG nicht.

Liegt der Höchstbetrag nach § 882 BGB unter dem tatsächlichen Wert des Rechtes, so beschränkt der Höchstbetrag den Wertersatz des Berechtigten nach oben. Daher können nachrangige Berechtigte am Grundstück aus dem im Grundbuch ersichtlichen Höchstbetrag einigermaßen verlässliche Rückschlüsse auf ihre Befriedigungsaussichten im Zwangsversteigerungsverfahren ziehen (MünchKomm/Wacke, § 882 BGB Rn. 1; Staudinger/Kutter, § 882 BGB Rn. 5). Daher würden gleich- oder nachrangige dingliche Berechtigte beeinträchtigt, wenn ein unter dem tatsächlichen Wert liegender Höchstbetrag für den Wertersatz nach § 882 BGB nachträglich ohne ihre Zustimmung erhöht werden könnte. Nachdem das Grundbuchamt die Höhe des tatsächlichen Wertes nicht feststellen kann, ist immer die Zustimmung der gleich- und nachrangigen Berechtigten erforderlich.

Insoweit gelten also doch die allgemeinen Regeln der §§ 876, 877 BGB, da § 115 ZVG hier den gleich- oder nachrangigen Gläubigern keinen ausreichenden Schutz bietet. Deren Zustimmung ist daher für die nachträgliche Erhöhung erforderlich.

b) Form der Zustimmung

Materiell ist zur Rangwahrung des erweiterten Höchstbetrages die Zustimmung gleich- oder nachrangiger dinglicher Berechtigter erforderlich, hier der Grundpfandrechtsgläubigerin. Damit ist auch grundbuchverfahrensrechtlich deren Bewilligung für die Eintragung erforderlich – ebenso wie allgemein die Bewilligung gleich- oder nachrangig dinglich am Grundstück Berechtigter zur Erweiterung des Umfangs eines vor- oder gleichrangigen Rechts erforderlich ist (KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, § 19 GBO Rn. 56). Die Bewilligung bedarf der Form des § 29 GBO, also mindestens der Unterschriftsbeglaubigung.

3. Rechtsfolgen fehlender Zustimmung

Fehlt die Zustimmung zu einer zustimmungsbedürftigen Rechtsänderung, so ist für die Rechtsfolgen hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit und des Ranges der Änderung danach zu differenzieren, ob die Inhaltsänderung einen Rang hat oder nicht. Hat sie keinen Rang, so ist die Änderung ohne die Zustimmung des Dritten unwirksam (RGZ 108, 176, 183; MünchKomm/Wacke, § 877 BGB Rn. 9; Staudinger/Gursky, § 877 BGB Rn. 72).

Hat die Änderung hingegen einen Rang, so macht das Fehlen einer erforderlichen Zustimmung die Rechtsänderung regelmäßig nicht unwirksam, sondern beeinflusst nur ihr Rangverhältnis: Der zustimmungsbedürftige Teil ist nachrangig, das Grundbuch kann in Höhe des Überhangbetrages unrichtig werden und ist ggf. zu berichtigen (RGZ 132, 106, 110; MünchKomm/Wacke, § 877 BGB Rn. 9; Staudinger/Gursky, § 877 BGB Rn. 72). Da die Höchstwertbestimmung den Inhalt des Rechtes selbst betrifft, dürfte sie auch an dessen Rang teilhaben, so dass sie wohl wirksam, aber gegenüber den Inhabern eingetragener Rechte nur mit deren Zustimmung Vorrang hätte (im Ergebnis ähnlich Gaßner, Rpfleger 1988, 51, 52 f.).

4. Ergebnis

§ 882 BGB begrenzt den Höchstbetrag, den der Inhaber des limitierten Rechtes bei einem Ausfall in der Zwangsversteigerung verlangen kann, auch wenn der wahre Wert höher liegt. § 115 ZVG bietet nachrangigen Gläubigern demgegenüber nur die Möglichkeit einer Begrenzung auf den wahren Wert.

Daher ist zwar zur erstmaligen nachträglichen Bestimmung eines Höchstbetrages keine Zustimmung gleich- oder nachrangiger dinglich am Grundstück Berechtigter erforderlich – abweichend von der allgemeinen Regel der §§ 876, 877 BGB, da den gleich- und nachrangigen Gläubigern die Herabsetzungsmöglichkeit nach § 115 ZVG offen steht und sich daher ihre Rechtsposition nicht verschlechtert (sondern allenfalls verbessert, falls der festgesetzte Höchstbetrag unter dem wahren Wert liegt).

Ist hingegen bereits ein Höchstbetrag festgesetzt, so würde dessen nachträgliche Erhöhung die Rechte gleich- oder nachrangiger Gläubiger beeinträchtigen, soweit der zunächst festgesetzte Höchstbetrag unterhalb des tatsächlichen Wertes lag. Daher ist ihre Zustimmung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 876, 877 BGB erforderlich. Ohne Zustimmung hat die nachträgliche Erhöhung den Inhabern bereits eingetragener Rechte gegenüber nur Nachrang.