

4. Gegenrechte hinsichtlich des Duldungsanspruchs gem. § 1147 BGB¹²⁸

596

a) Pfandrechtsbezogene Gegenrechte

aa) Gegenüber ursprünglichem Grundschuldgläubiger

(1) Einwendungen

(a) rechtshindernde (z. B. Besteller geschäftsunfähig gem. §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB)

(b) rechtsvernichtende (z. B. Aufhebung der Grundschuld gem. §§ 1192 I, 875, 1183 BGB)

(2) Einreden (z. B. fehlende Briefvorlage gem. §§ 1192 I, 1160 I BGB)

bb) Gegenüber Dritterwerber

(1) Grundsatz: Gegenrechte bleiben erhalten

(2) Einschränkung: gutgläubiger Erwerb gem. § 892 BGB

b) Forderungsbezogene Gegenrechte

aa) Ausgangslage: keine unmittelbaren Einwendungen oder Einreden gegen die Grundschuld (z. B. bzgl. Nichtvaluierung oder Rückzahlung des Darlehens)

bb) Aber: forderungsbezogene Gegenrechte sind zugleich sicherungsvertragliche Gegenrechte

c) Sicherungsvertragliche Gegenrechte

aa) Gegenüber ursprünglichem Grundschuldgläubiger

(1) Einrede gem. § 821 BGB: Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags

(2) Einreden aus dem Sicherungsvertrag

(a) unmittelbare Einreden (z. B. Stundung der Grundschuld)

(b) forderungsbezogene Einreden (z. B. Nichtvaluierung oder Rückzahlung des Darlehens)¹²⁹bb) Gegenüber Dritterwerber¹³⁰

(1) Grundsatz: Fortbestehen der Einreden gem. § 1157 S. 1 BGB

(2) Einschränkung: gutgläubiger einredefreier Erwerb gem. § 1157 S. 2 BGB

Fall 17: „Die riskanten Geschäfte des Jurastudenten Joop“**Sachverhalt**

Jurastudent *Joop* (J) ist schon seit längerem vom Polo-Sport fasziniert. Für den Erwerb eigener Polo-Pferde fehlten ihm bislang allerdings die notwendigen Mittel. Im Herbst 2007 wandte er sich daher an den Münchener Privatfinanzier *Mooshammer* (M), der ihm einen jederzeit abrufbaren Kredit in Höhe von € 150.000,- zusagte. Zur Sicherheit des Darlehens bestellte J zu Gunsten von M eine Briefgrundschuld über € 150.000,- an seiner Schwabinger Eigentumswohnung. Da M sich einige Zeit später in gleicher Höhe bei dem Bankhaus B refinanzieren musste, trat er am 1. 2. 2008 die Grundschuld formgerecht an B ab. B war bei dem Erwerb bekannt, dass es sich um eine Grundschuld zur Sicherung eines Darlehens handelte. Nähere Einzelheiten kannte B allerdings nicht.

¹²⁸ Vgl. auch oben Rn. 562 ff.

¹²⁹ Vgl. *Schapp/Schur*, Sachenrecht, Rn. 492; nach a. A. ergibt sich die Einrede aus § 821 BGB, vgl. *Coester-Waltjen*, Jura 1991, 186 ff. (188) m. w. N.

¹³⁰ Einzelheiten unten Rn. 604 ff.

Von dem zugesagten Darlehen hatte J einen Betrag von € 100.000,- tatsächlich in Anspruch genommen. Bereits am 31. 12. 2007 bezahlte er davon € 50.000,- an M zurück, unter Hinweis der Zahlung auf die Grundschuld. Am 7. 2. 2008 erfolgte eine weitere Zahlung an M in Höhe von € 20.000,-, ohne dass J etwas von der Abtretung der Grundschuld wusste. Nachdem M am 14. 2. 2008 in Insolvenz fiel, und J über die gesamte Sachlage aufgeklärt wurde, überwies dieser am 17. 2. 2008 die restlichen € 30.000,- unmittelbar an B.

Bestehen noch Ansprüche des B gegen J?

Lösung

I. Anspruch B gegen J aus dem Darlehensvertrag gem. §§ 488 I 2, 398 BGB

597 Ein Anspruch B gegen J aus abgetretenem Recht gem. §§ 488 I 2, 398 BGB scheidet schon deshalb aus, weil eine Darlehensforderung an B nicht abgetreten wurde, sondern lediglich die Grundschuld. Da § 1153 II BGB wegen des nichtakzessorischen Charakters auf die Grundschuld keine Anwendung findet, kann auch nicht unterstellt werden, dass die Parteien mit der Abtretung einer Grundschuld stillschweigend die Forderung mitübertragen wollen.

598 II. Anspruch B gegen J aus der Sicherungsgrundschuld gem. §§ 1192 I, 1147 BGB

B könnte von J gem. § 1147 BGB die Duldung der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück verlangen. Dies setzt voraus, dass B Inhaber der Grundschuld geworden ist und J keine Einwendungen gegen eine Inanspruchnahme zustehen.¹³¹

1. B könnte von M die Grundschuld erworben haben, und zwar in Form des sog. Zweiterwerbs.

a) M und B haben sich nach §§ 413, 398 BGB wirksam über die Übertragung der Grundschuld geeinigt.

b) Dies geschah auch nach §§ 1192 I, 1154 BGB formgerecht (Schriftform und Briefübergabe).

599 c) Fraglich ist jedoch, ob ein **Abtretungsausschluss** vereinbart wurde. Ein Ausschluss wurde nicht explizit zwischen den Vertragsparteien vereinbart. Die Sicherungsabrede enthält jedoch das konkludente Verbot, die Grundschuld vor Fälligkeit der gesicherten Forderung isoliert abzutreten.¹³² Ein solches Abtretungsverbot wirkt freilich grundsätzlich nur im Rahmen des Sicherungsvertrages, also auf schuldrechtlicher Ebene,¹³³ weil die Verfügungsbefugnis nach § 137 BGB nicht mit dinglicher Wirkung beschränkt werden kann.¹³⁴ Nach anderer Ansicht kann auch die Grundschuld selbst gem. §§ 413, 399 Alt. 2 BGB vinkuliert werden,¹³⁵ doch muss das pactum de non cedendo aus dem Grundbuch hervorgehen, also nach §§ 873, 877 BGB eingetragen sein. Da hier eine solche Eintragung nicht vorliegt, ist auch nach dieser Meinung kein Abtretungsausschluss anzunehmen.

d) Fraglich ist ferner, ob M die Grundschuld überhaupt an B übertragen konnte, d. h. ob er **verfügungsberechtigt** war. Hierfür ist Voraussetzung, dass M selbst die Grundschuld wirksam erworben hat (= Ersterwerb) und dass er sie nicht vor der Abtretung wieder verloren hat.

600 aa) M könnte von J die Grundschuld i. H. v. € 150.000,- erworben haben.

(1) M und J hatten sich über die Bestellung einer Grundschuld i. H. v. € 150.000,- geeinigt, §§ 873, 1191 BGB.

¹³¹ Sind diese Voraussetzungen gegeben, kommt ein Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung selbstverständlich nur dann in Betracht, wenn J den Gläubiger B nicht freiwillig vorher durch eine Geldzahlung befriedigt, vgl. § 1142 BGB.

¹³² BGH NJW-RR 1987, 139 ff. (141); Schwab/Prütting, Sachenrecht, Rn. 771 m.w.N.

¹³³ Hieraus können Schadensersatzansprüche gem. §§ 280 I, 241 II BGB entstehen.

¹³⁴ Rimmelspacher, Kreditsicherungsrecht, Rn. 732; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 502; Cordes, Jura 1990, 594 ff. (596) mit weiterem Übungsfall.

¹³⁵ Vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 45 Rn. 59; Wolf, Sachenrecht, Rn. 949.

(2) Nach §§ 1192 I, 873, 1115 I Hs. 1 BGB wurde diese auch i. H. v. € 150.000,- eingetragen; zudem wurde der Grundschuldbrief gem. §§ 1192 I, 1117 BGB übergeben.

(3) J war auch Verfügungsberechtigt, da er die Grundschuld an seiner Eigentumswohnung bestellte (vgl. § 6 WEG).

(4) M hat also die Grundschuld i. H. v. € 150.000,- erworben.¹³⁶

bb) Zu prüfen ist ferner, ob M die Verfügungsberechtigung hinsichtlich der Grundschuld vor der Abtretung wieder verloren hat. Dies könnte durch die Zahlung des J am 31.12. geschehen sein. Diese Zahlung von € 50.000,- erfolgte auf die Grundschuld. Es herrscht Einigkeit darüber, dass durch die Zahlung auf die Grundschuld eine Eigentümergrundschuld entsteht. Nur die Begründungen hierfür divergieren: In Erwägung gezogen wird sowohl eine Analogie zu §§ 1142, 1143 BGB als auch zu § 1163 I 2 BGB sowie zu §§ 1168, 1170, 1171 BGB.¹³⁷ Im Ergebnis ist jedenfalls festzuhalten, dass durch Zahlung von € 50.000,- eine Eigentümergrundschuld kraft Gesetzes in dieser Höhe entstanden ist, ohne dass M die Rückübertragung schuldrechtlich zu veranlassen hatte. 601

cc) Die Umwandlung der Grundschuld durch die Zahlung des J war jedoch aus dem Grundbuch nicht ersichtlich. Es kommt deshalb ein gutgläubiger (Zweit-)Erwerb der Grundschuld in Bezug auf die Differenz von € 50.000,- gem. §§ 1192 I, 1154, 1155, 892 BGB in Betracht. 602

(1) Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb i. S. d. § 892 BGB liegt vor.

(2) Weiter müsste das Grundbuch bzw. der Grundschuldbrief unrichtig gewesen sein. Zu Gunsten von M war im Grundbuch bzw. im Grundschuldbrief eine Grundschuld in Höhe von € 150.000,- eingetragen. In Höhe von € 50.000,- ist durch Zahlung auf die Grundschuld eine Eigentümergrundschuld entstanden. Das Grundbuch bzw. der Grundschuldbrief war deshalb insofern unrichtig.

(3) Ein Widerspruch zu Gunsten von J war weder im Grundbuch noch im Grundschuldbrief (vgl. § 1140 S. 2 BGB) eingetragen. B wusste auch nichts von der Rückzahlung des J an M i. H. v. € 50.000,- und war somit gutgläubig.

d) Zwischenergebnis: B hat die Grundschuld trotz der Zahlung des J an M vollumfänglich, also i. H. v. € 150.000,-, erworben.

2. Der Anspruch aus der Grundschuld könnte wieder erloschen sein. Voraussetzung für das Erlöschen eines Anspruchs aus §§ 1192 I, 1147 BGB ist die Zahlung auf das dingliche Recht an den richtigen Gläubiger (hilfsweise das Eingreifen von Gutglaubensnormen). 603

a) Am 7.2. zahlte J an M, und zwar in Unkenntnis der Abtretung. Zu klären ist, ob hierdurch der Anspruch i. H. v. € 20.000,- erlöschen konnte.

aa) Nach §§ 1142, 1143 BGB bzw. § 1163 I 2 BGB analog konnte die Grundschuld nicht erlöschen, da J nicht an den Grundschuldinhaber zahlte.

bb) Nach § 407 I BGB konnte die Grundschuld ebenfalls nicht erlöschen, weil diese Vorschrift wegen §§ 1192 I, 1156 S. 1 BGB nicht gilt.

cc) Fraglich ist zuletzt, ob der Anspruch aus der Grundschuld nach §§ 1155, 893 BGB erloschen ist. Danach wird derjenige geschützt, der eine Leistung an den im Grundbuch Eingetragenen oder den durch Hypothekenbrief Legitimierten erbringt. Hier war vermutlich B, an den M die Grundschuld abgetreten hatte, schon im Grundbuch eingetragen, so dass ein Gutglaubensschutz gem. § 893 BGB

¹³⁶ Beachte: Hier wurde entgegen des vereinbarten Kreditrahmens von € 150.000,- lediglich ein Betrag von € 100.000,- valutiert. Man könnte deshalb erwägen, in Bezug auf die nicht valutierte Summe von € 50.000,- eine Parallele zur Hypothek zu ziehen, da nach § 1163 I 1 BGB eine Hypothek dem Eigentümer zusteht, sofern die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt. Dieser Ansatz ist indes verfehlt, da die Grundschuld im Gegensatz zur Hypothek nicht akzesessorisch ist, d. h. sie steht dem Gläubiger ungeachtet des Bestands der gesicherten Forderung zu. § 1163 I 1 BGB ist daher gem. § 1192 I BGB auf die Grundschuld nicht anwendbar (vgl. nur Baur/Stürner, Sachenrecht, § 45 II 2 b). Bei Nichtvaluierung besteht also lediglich ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag. Zur damit verbundenen Einrede der Nichtvaluierung s. unten Rn. 604 ff.

¹³⁷ Vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 44 Rn. 24 m. w. N.

ausscheidet. Selbst wenn aber M noch eingetragen ist, scheidet § 893 BGB ebenfalls aus, da der Buchberechtigte M nicht mehr im Besitz des Grundschuldbriefes ist, sondern B (§ 1154 I 1 BGB).¹³⁸

Durch die Zahlung am 7.2. konnte der Anspruch aus der Grundschuld somit **nicht erlöschen**, weil sie nicht an den Grundschuldinhaber B erfolgte und auch keine Gutgläubensnorm zugunsten des J eingreift.

- b) Durch die Zahlung von € 30.000,- am 17.2. ist die Grundschuld jedoch möglicherweise in dieser Höhe erloschen. Hier zahlte J an den tatsächlichen Grundschuldinhaber B. Der Anspruch aus der Grundschuld konnte also analog §§ 1142, 1143 BGB bzw. § 1163 I 2 BGB erlöschen. Es wurde eine Eigentümergrundschuld in Höhe von € 30.000,- begründet, so dass sich der Anspruch des B auf einen Betrag von € 120.000,- reduzierte.

3. Dem Anspruch aus § 1147 BGB könnten ferner Einreden entgegenstehen.

- 604 a) Gegen den Duldungsanspruch des B kann sich J möglicherweise gem. § 1157 S. 1 BGB darauf berufen, dass die zu sichernde Forderung teilweise nicht valutiert worden ist (Einrede der Nichtvaluierung). Die Grundschuld wurde i. H. v. € 150.000,- bestellt, der Kredit aber nur i. H. v. € 100.000,- in Anspruch genommen.
- aa) Der Kredit wurde i. H. v. € 50.000,- nicht in Anspruch genommen, so dass in dieser Höhe eine Einrede besteht. Hierbei handelt es sich auch nicht lediglich um eine Einrede gegen die Forderung, sondern zugleich um eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag. Einreden aus dem Sicherungsvertrag können – trotz des Grundsatzes der Nichtakzessorietät der Grundschuld – dem Anspruch aus der Grundschuld entgegengehalten werden, weil sich der vertraglich vereinbarte Sicherungszweck erledigt hat.¹³⁹
- 605 bb) Fraglich ist jedoch, ob die zwischen J und M bestehende Einrede auch dem Anspruch des B gegen J entgegengehalten werden kann. Dies bestimmt sich nach §§ 1192 I, 1157 S. 1 BGB.
- 606 (1) Nach ganz überwiegender Meinung¹⁴⁰ sind alle Einreden aus der Sicherungsabrede zugleich Einreden gegen die Grundschuld i. S. v. § 1157 BGB.¹⁴¹ Der neue Gläubiger erlangt danach nur die Rechte, die sein Vorgänger gehabt hat. Die Hauptargumente für diese Ansicht sind der Wortlaut des Gesetzes („bestehenden Rechtsverhältnisses“ in § 1157 BGB) sowie die Entstehungsgeschichte der Norm. Zudem bleibt die Verkehrsfähigkeit der Sicherungsgrundschuld bei einer Abtretung gewährleistet, da dem Grundschuldgläubiger nur Einreden entgegengehalten werden können, die zur Zeit der Abtretung bereits entstanden sind und auch dies nur, wenn die konkrete Einrede dem Zessionar bei Abtretung bekannt war.
- 607 (2) Eine vereinzelt gebliebene Mindermeinung möchte hingegen den Erwerber einer Grundschuld stärker begünstigen. Diese Meinung lässt Einreden aus der Sicherungsabrede niemals als Einreden gegen die Grundschuld i. S. v. § 1157 BGB gelten.¹⁴² Danach meint § 1157 BGB also nur solche Einwendungen, die das Grundpfandrecht selbst in seinem dinglichen Rechtsbestand unmittelbar beeinträchtigen. Dies zeige insbesondere der Vergleich mit sonstigen Sicherungsrechten, wo ebenfalls Einreden aus dem Kausalgeschäft nur dem unmittelbaren Vertragspartner entgegengehalten werden können.
- (3) Zwischenergebnis: Nach der ganz h. M. kann J gem. §§ 1192 I, 1157 S. 1 BGB die ihm gegenüber M zustehende Einrede auch gegenüber B grundsätzlich geltend machen.
- 608 cc) Nach § 1157 S. 2 i. V. m. §§ 892, 894 bis 899, 1140 BGB ist jedoch ein gutgläubiger einrededefreier Erwerb möglich. Diese Verweisung bedeutet, dass das Grundbuch infolge der Nichteintragung der Einrede als richtig gilt und bei Fehlen eines Widerspruchs ein Zessionar die Grundschuld einrededefrei erwirbt, wenn er das Bestehen der Einrede nicht positiv kennt.

¹³⁸ RGZ 150, 348 (356); Staudinger/Gursky, BGB, § 893 Rn. 9 m. w. N.

¹³⁹ Vgl. Huber, FS Serick, 1992, S. 195 ff. (198); Rimmelspacher, Kreditsicherungsrecht, Rn. 736.

¹⁴⁰ Vgl. Palandt/Bassenge, BGB, § 1191, Rn. 23; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 45 Rn. 34 ff.; Westermann, Sachenrecht, Rn. 527 m. w. N.

¹⁴¹ Nach BGHZ 155, 63 ff. = NJW 2003, 2673 f. gilt dies jedoch nur bei einem Wechsel in der Person des Grundschuldgläubigers, nicht bei einem Wechsel des Eigentümers.

¹⁴² OLG Köln OLGZ 1969, 419 ff. (422 ff.).

- (1) Eine **rechtsgeschäftliche Übertragung** der Grundschuld i. S. d. §§ 1192 I, 1154, 398, 413 BGB wurde vorgenommen.
- (2) Das Grundbuch bzw. der Grundschuldbrief sind **unrichtig**, da die bestehende Einrede der Nichtvalutierung nicht eingetragen ist.
- (3) Fraglich ist allerdings, **ob B gutgläubig war**. Die Problematik der Bösgläubigkeit gem. §§ 1157 S. 2, 892 BGB im Zusammenhang mit einer Sicherungsgrundschuld wird unterschiedlich beurteilt: 609
- (a) **M. M.: Kenntnis des Sicherungscharakters**
- Nach einer Mindermeinung reicht für die Annahme der Bösgläubigkeit bereits aus, dass der Erwerber den Sicherungscharakter der Grundschuld kannte.¹⁴³ Der Erwerber müsse dann **mit allfälligen Einreden zwangsläufig rechnen**. Die Folge sei zwar eine eingeschränkte Umlauffähigkeit der Sicherungsgrundschuld, doch sei dies die gesetzliche Intention. 610
- (b) **H. M.: Kenntnis konkreter Einreden**
- Nach herrschender Gegenansicht vermag die bloße Kenntnis der Sicherungsabrede eine Bösgläubigkeit noch nicht zu begründen, sondern diese liegt nur vor, wenn dem Erwerber Einreden positiv bekannt waren.¹⁴⁴ Der Erwerber einer Grundschuld **dürfe nicht schlechter gestellt werden als der Erwerber einer Hypothek**. Den Erwerber einer Hypothek sichert aber der Zwang zur gleichzeitigen Abtretung von Forderung und Hypothek (§ 1153 II i. V. m. § 1156 BGB) vor nachträglicher Zahlung an den Zedenten. Die Grundschuld wäre anderenfalls **auch weniger verkehrsfähig als die Hypothek**, bei deren Erwerb die Kenntnis des Sicherungszwecks nicht schadet (§ 1138 BGB). Der Grundstückseigentümer hat im Übrigen die Möglichkeit, sich an seinen vertragsbrüchigen Gläubiger zu wenden. Schließlich ist der Sicherungszweck der Grundschuld auch nicht eintragungsfähig, während die Unredlichkeit i. S. v. § 892 BGB sich immer nur auf im Grundbuch eintragungsfähige Umstände beziehen kann. 611
- Folgt man dieser herrschenden Ansicht, hat B gem. §§ 1192 I, 1157 S. 2, 892 BGB die Grundschuld in Bezug auf die Nichtvalutierung **gutgläubig einrededefrei erworben**.
- b) Als weitere Einrede kommt in Betracht, dass J am 7.2., also nach Abtretung der Grundschuld, noch € 20.000,- an M bezahlte. 612
- aa) Durch die Rückzahlung der € 20.000,- ist die Forderung des M in entsprechender Höhe erloschen. Ohne die Abtretung der Grundschuld an B hätte J **folglich gegenüber M die Einrede der Tilgung** erheben können.
- bb) Fraglich ist, **ob J diese Einrede auch gegenüber dem Zessionar B erheben kann**.
- (1) Nach h. M. können gegenüber dem Zessionar nur solche Einreden geltend gemacht werden, die **bei dem Erwerb bereits entstanden waren**.¹⁴⁵ Die bloße Kenntnis vom Sicherungscharakter der Grundschuld ist irrelevant, weil der Erwerber einer Grundschuld wiederum nicht schlechter gestellt werden dürfe als der Erwerber einer Hypothek. Ebenso wie hinsichtlich der Gutgläubigkeit bei Nichtvalutierung müsse auch hier die Umlauffähigkeit der Grundschuld gewahrt werden. B hat demnach die Grundschuld einrededefrei erworben, ungeachtet der späteren Forderungstilgung i. H. v. € 20.000,-. 613
- (2) Nach der Gegenansicht¹⁴⁶ kann der Eigentümer J gegen den Zessionar B die Einrede der Forderungstilgung erheben, sofern letzterer den Sicherungscharakter der Grundschuld kannte. 614

¹⁴³ Vgl. RGZ 91, 218 ff. (224 f.); *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 1772 ff.; *Eckert*, Sachenrecht, Rn. 1209 f.; *Neef*, JR 2006, 353 ff. (357 f. bzgl. Einreden, die üblicherweise auftreten).

¹⁴⁴ Vgl. BGHZ 59, 1 ff. (2 f.) = NJW 1972, 1463 f. (1464) = JuS 1972, 669 f.; *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 506; *Schanbacher*, JuS 1999, 44 ff. (47) mit weiterem Übungsfall.

¹⁴⁵ Vgl. *Huber*, FS Serick, S. 195 ff. (218, 237); *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 506; *Schwab/Prütting*, Sachenrecht, Rn. 770; *Palandt/Bassenge*, BGB, § 1191 Rn. 24 m. w. N.

¹⁴⁶ RGZ 91, 218 ff. (224 f.).

- 615 c) Nach § 1193 I 1 BGB wird das Kapital der Grundschuld erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigungsfrist beträgt nach S.2 sechs Monate. Diese Fälligkeitsregelung kann zwar gem. § 1193 II BGB abbedungen werden, doch wurde eine derartige Vereinbarung nicht getroffen.
- 616 d) Neben der Fälligkeitseinrede gem. § 1193 BGB besteht auch die Legitimationseinrede aus §§ 1192 I, 1160 BGB. J muss nur nach Briefvorlage bezahlen.

4. Ergebnis:

B hat gem. §§ 1192 I, 1147 BGB nach Maßgabe der Kündigungsfrist des § 1193 I BGB sowie nach Vorlage des Hypothekenbriefs einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld i.H.v. € 120.000,- (Lösung nach h. M.).

Fall 18: „Die abgelöste Grundschuld“¹⁴⁷

Sachverhalt

Die Eheleute M und F sind je zur Hälfte Miteigentümer eines bebauten Grundstücks. Zur Sicherung eines Kredits bewilligte M der X-Bank eine Grundschuld in Höhe von € 150.000,- nebst 16 % Zinsen an seinem Miteigentumsanteil. Auf Drängen von X übernahm auch die F die dingliche Haftung mit ihrem Miteigentumsanteil. Sie war dazu allerdings erst bereit, nachdem X ihr während der Verhandlungen über die Pfanderstreckung ausdrücklich zugesagt hatte, sie, die X, werde sich vorrangig am Anteil des Ehemannes befriedigen. Wenig später wurde auf dem Anteil des M eine zweitrangige Hypothek in Höhe von € 300.000,- eingetragen, und zwar zu Gunsten der Z-Bank. Als die Grundschuld fällig wurde und X nach erfolgloser Mahnung drohte, die Zwangsversteigerung des Grundstücks zu betreiben, löste die Z die Grundschuld durch Zahlung von € 200.000,- ab. Sie verlangt von F nunmehr Duldung der Zwangsvollstreckung in ihren Anteil. F beruft sich darauf, dass sich Z vorrangig aus dem Anteil des M befriedigen müsse.

Wie ist die Rechtslage?

Lösung

Es könnte ein Anspruch der Z gegen F auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 1192 I, 1147 BGB gegeben sein.

- 617 1. Z könnte die Grundschuld durch Zahlung an X gem. §§ 1192 I, 1150, 268 I, III BGB erworben haben (Zweiterwerb).
- 618 a) Dies setzt zunächst voraus, dass Z gem. §§ 1192 I, 1150, 268 I BGB ablösungsberechtigt war.
- aa) Ein Ablösungsrecht besteht gem. § 1150 BGB (i.V.m. § 268 I BGB) bereits dann, wenn eine Befriedigung aus dem Grundstück verlangt wird. Eine gerichtliche Geltendmachung ist nicht erforderlich; es genügt – wie hier – Fälligkeit der Grundschuld und Mahnung durch den Gläubiger.¹⁴⁸
- bb) Die Z als nachrangige Hypothekengläubigerin riskierte, durch die Zwangsvollstreckung ihr Recht einzubüßen. Nach § 44 I ZVG wäre die Hypothek nicht ins geringste Gebot gefallen und daher nach §§ 52 I 2, 91 I ZVG durch den Zuschlag erloschen.¹⁴⁹ Z hat daher als nachrangige dinglich Berechtigte gem. §§ 1192 I, 1150, 268 I BGB ein Ablösungsrecht erlangt.¹⁵⁰
- 619 b) Steht dem Dritten nach § 268 BGB ein Ablösungsrecht zu, geht das Grundpfandrecht unmittelbar kraft Gesetzes über. Bei der Hypothek ergibt sich dies aus §§ 1150, 268 III i.V.m. § 1153 I BGB:

¹⁴⁷ Sachverhalt in Anlehnung an BGH NJW 1986, 1487 f. = JuS 1986, 733 f. m. Anm. K. Schmidt.

¹⁴⁸ Vgl. MüKo/Eickmann, BGB, § 1150 Rn. 2; Palandt/Bassenge, BGB, § 1150 Rn. 2.

¹⁴⁹ Vgl. Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 42 Rn. 6.

¹⁵⁰ Vgl. MüKo/Eickmann, BGB, § 1150 Rn. 12.