

### Fall 34: "Doppelt abgetreten II"

G hat dem S einen Kredit gewährt. Als S in finanzielle Schwierigkeiten gerät, verlangt G Sicherheiten. Daraufhin bestellt S dem G an seinem Grundstück eine Briefgrundschuld, ohne daß der Sicherungscharakter im Grundbuch eingetragen wird. Einige Zeit später - noch vor Fälligkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs - möchte G Forderung und Grundschuld zu Geld machen. Zunächst tritt er seine Forderung an D ab, ohne die Grundschuld zu erwähnen. Mehrere Wochen danach überträgt G die Grundschuld in schriftlicher Form an den gutgläubigen E und übergibt diesem den Grundschuldbrief. Welche Ansprüche haben D und E gegen S nach Fälligkeit des Darlehens?

### Vorbemerkungen zu Fall 34:

#### 1. Vorschriften über die Hypothek, die gem. § 1192 I BGB auf die Grundschuld entsprechend anwendbar sind:

Wichtige anwendbare Vorschriften:

§§ 1116, 1117 BGB: Bestellung der Grundschuld als Brief- oder Buchgrundschuld

§§ 1120 ff. BGB: Erstreckung der Grundschuld auf bestimmte bewegliche Sachen

§ 1143 BGB: Übergang der *Grundschuld* auf den Eigentümer bei Zahlung auf die Grundschuld

§ 1147 BGB: Anspruch des Grundschuldgläubigers gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung

§ 1154 BGB: Übertragung der *Grundschuld* durch formgerechte "Abtretung"

§ 1157 BGB: Fortbestehen der Einreden des Eigentümers gegen den neuen Grundschuldgläubiger

Nicht anwendbar sind Vorschriften, die auf der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung beruhen, z.B.

§ 1137 BGB: Keine Geltendmachung der Einreden gegen die Forderung gegenüber der Grundschuld

§ 1138 BGB: Mangels Akzessorietät der Grundschuld ist die Fiktion des öffentlichen Glaubens für die Forderung nicht erforderlich.

§ 1153 BGB: Keine Akzessorietät der Grundschuld

§ 1163 BGB: Kein (unmittelbarer) Einfluß der Existenz der Forderung auf die Grundschuld

#### 2. Sicherungsabrede i.R. einer Sicherungsgrundschuld

Rechtl. Einordnung: schuldrechtl. Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, einen bestehenden oder künftigen Anspruch durch eine Grundschuld zu sichern.

Kein Teil der dingl. Einigung gem. § 873 BGB, sondern Teil der zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarung und *causa* für das dingl. Bestellungsgeschäft.

Einordnung str.: teilweise gegenseitiger Vertrag, teilweise unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag.

Keine Begründung einer Akzessorietät der Grundschuld durch die Sicherungsabrede (str.).

#### Regelmäßiger Inhalt der Sicherungsabrede:

Verpflichtung des Sicherungsgebers, dem Sicherungsnehmer zur Sicherung einer bestimmten Forderung eine Grundschuld zu bestellen.

Verpflichtung des Sicherungsnehmers bei Wegfall des Sicherungszwecks zur Rückübertragung, zum Verzicht oder zur Aufhebung der Grundschuld (BGH NJW-RR 1991, 305 unter II.)

Verpflichtung des Sicherungsnehmers, die Zweckbindung der Grundschuld zu erhalten (aber regelmäßig kein Abtretungsverbot hinsichtlich der gesicherten Forderung i.S.d. § 399 BGB, vgl. BGH NJW-RR 1991, 305 unter II 2 a).

#### Hinweise zu Fall 34:

##### I. Anspruch des D gegen S aus § 607 i.V.m. § 398 BGB

Mangels eigener Ansprüche gegen S können D nur Ansprüche aus übergegangenem Recht zustehen.

Wirksame Abtretung des Darlehensrückzahlungsanspruchs des G gegen S an D gem. § 398 BGB?

1. Einigung zwischen G und D über die Abtretung des Darlehensanspruchs

Hier: keine Bedenken.

2. Wirksamkeit der Einigung

a) Bestehen der abgetretenen Forderung

Hier: Darlehensrückzahlungsanspruch des G gegen S gem. § 607 BGB

b) Ausschluß der Abtretung gem. § 399, 2. Alt. BGB?

Zur Vermeidung eines Auseinanderfallens von Forderung und Sicherungsgrundschuld können Gläubiger und Schuldner zulässigerweise ein Abtretungsverbot gem. § 399, 2. Alt. BGB vereinbaren (Palandt/Bassenge, § 1191 Rn. 24).

Hier: Kein ausdrücklich vereinbartes Abtretungsverbot.

Aus der Sicherungsabrede läßt sich regelmäßig auch kein stillschweigend vereinbartes Abtretungsverbot herleiten, vgl. BGH NJW-RR 1991, 305 unter II 2 a; a.A. Münchener Kommentar/Eickmann, 2. Aufl., § 1191 Rn. 56; Westermann, Immobiliarsachenrecht, 6. Aufl., § 134 I [jedenfalls bei Zession vor Forderungsfälligkeit]).

=> Kein Ausschluß der Abtretbarkeit gem. § 399, 2. Alt. BGB

c) Formgebundenheit der Abtretung?

aa) Grds. unterliegen Abtretungen gem. § 398 BGB keiner besonderen Form.

bb) Ausnahme: Abtretung einer Forderung, die durch eine Grundschuld gesichert wird, unter den Voraussetzungen des § 1154 BGB?

Anwendbarkeit des § 1154 BGB auf die Grundschuld, indes in dem Sinne, daß die Übertragung der Grundschuld unter den Voraussetzungen des § 1154 BGB erfolgt - die Abtretung der gesicherten Forderung erfolgt formfrei (vgl. Palandt/Bassenge, § 1191 Rn. 19, 24)

=> Abtretung der (durch eine Grundschuld gesicherten) Forderung erfolgt formfrei.

=> Wirksame Abtretung des Darlehensrückzahlungsanspruchs des G gegen S an D

3. Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 607 i.v.m. § 398 BGB?

Grds. kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einreden, die ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustanden, entgegenhalten, § 404 BGB.

Hier: Verpflichtung des Sicherungsnehmers aufgrund der Sicherungsabrede bei Wegfall des Sicherungszwecks zur Rückübertragung, zum Verzicht oder zur Aufhebung der Grundschuld (BGH NJW-RR 1991, 305 unter II.)

=> Pflicht des Schuldners zur Tilgung der gesicherten Forderung nur Zug um Zug gegen "Rückgewähr" der Grundschuld (BGH NJW 1991, 1821).

D.H.: Wegen des Sicherungszwecks der Sicherungsgrundschuld steht dem persönlichen Schuldner die Einrede zu, daß die Forderung nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundschuld erfüllt zu werden braucht (BGH NJW 1991, 1821; Palandt/Bassenge, § 1191 Rn. 19; Jauernig, 8. Aufl., § 1191 Rn. 24).

=> Gem. § 404 BGB kann der Schuldner diese Einrede auch dem neuen Gläubiger entgegenhalten.

Hier: Zessionar D ist nur Inhaber der Forderung, nicht hingegen der Grundschuld.

=> Keine Durchsetzbarkeit des Anspruchs des D gegen S aus §§ 607, 398 BGB, solange D nicht imstande ist, die Grundschuld an den Sicherungsgeber (E) zurückzuübertragen.

## **II. Anspruch des E gegen S auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 1192, 1147 BGB**

Voraussetzung: E müßte Inhaber einer Grundschuld an dem Grundstück des S sein.

Mangels Bestellung einer Grundschuld durch S zugunsten des E kann E eine Grundschuld am Grundstück des S nur von G erworben haben.

Voraussetzungen:

1. Übertragung der Grundschuld gem. §§ 873, 1192, 1154 BGB

(Mangels Akzessorietät keine Übertragung der Grundschuld mit der Abtretung der gesicherten Forderung gem. § 1153 BGB oder gem. § 401 BGB).

Übertragung der Grundschuld erfolgt entsprechend § 1154 BGB durch *Einigung, schriftliche Übertragungserklärung und ggf. durch Übergabe des Hypothekenbriefes.*

Hier: (+)

2. Wirksamkeit der Übertragung

Bedenken: Verbot der (isolierten) Abtretung der Grundschuld aufgrund der Sicherungsabrede?

a) Hier: Keine ausdrückliche Vereinbarung eines Übertragungsverbotes hinsichtlich der Grundschuld.

b) Stillschweigende Vereinbarung eines Übertragungsverbotes?

aa) Ansatz: Sicherungsabrede enthält die grds. Verpflichtung des Sicherungsnehmers, die Zweckbindung der Grundschuld zu erhalten.

Zum Teil wird hieraus nicht nur ein Verbot der isolierten Abtretung hinsichtlich der Forderung (s.o.), sondern auch hinsichtlich der Grundschuld gefolgert (Münchener Kommentar/Eickmann, 2. Aufl., § 1191 Rn. 56; Westermann, Immobiliarsachenrecht, 6. Aufl., § 134 I; a.A. Jauernig, 8. Aufl., § 1191 Rn. 22).

bb) Wegen der Gutgläubensvorschrift des § 892 BGB muß sich ein solches Abtretungsverbot aber aus dem Grundbuch ergeben, damit es gegenüber dem Erwerber der Grundschuld wirkt (Münchener Kommentar/Eickmann, 2. Aufl., § 1191 Rn. 56; Westermann, Immobiliarsachenrecht, 6. Aufl., § 134 I).

Hier: Keine Erkennbarkeit eines Abtretungsverbotes aus dem Grundbuch (vgl. Sachverhalt).

=> Wirksamkeit der Übertragung der Grundschuld durch G an E

3. Keine Einreden gegen die Durchsetzbarkeit

a) Gem. § 1192 i.V.m. § 1157 BGB kann der Eigentümer dem Erwerber der Grundschuld grds. die Einreden entgegensetzen, die ihm gegen die Grundschuld auch dem bisherigen Grundschuldinhaber zustanden (h.M.; vgl. Westermann, Immobiliarsachenrecht, 6. Aufl., § 132 III 2 m.w.N.; nach dem Standpunkt erfaßt § 1157 BGB aber nur Einreden, die zur Zeit der Übertragung der Grundschuld bereits bestanden [BGHZ 85, 388]).

Hier: Gegenüber dem Grundschuldgläubiger steht dem Eigentümer aufgrund der Sicherungsabrede die Einrede zu, nur gegen Befreiung von der Forderung auf die Grundschuld leisten zu müssen (Jauernig, 8. Aufl., § 1191 Rn. 24).

b) Unabhängig vom Bestehen dieser Einrede im Zeitpunkt der Grundschuldübertragung hat E indes die Grundschuld gem. §§ 1192, 1157 S. 2, 892 BGB gutgläubig einredefrei erworben.

Die Einrede ergab sich nicht aus dem Grundbuch und E war insoweit gutgläubig.

=> Gutgläubiger einredefreier Erwerb der Grundschuld durch E

=> Anspruch des E gegen S auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 1192, 1147 BGB