

Hypothekarische Zwischenfinanzierung im Drei-Banken-Verhältnis

Hypothekenrecht

Darlehensrecht

Zessionsrecht

Bereicherungsrecht

Hinweis: Unsere Übungsklausuren sind realitätsnahe Simulationen, inspiriert von echten Examensklausuren. Sie sind keine wortgetreuen Kopien der Originale, geben aber ein verlässliches Bild davon, was im Examen abgefragt wird und welcher Lösungsstil als gut bewertet wird.

Sachverhalt

Beteiligte

- M (Montgomery): Bauherr und Eigentümer eines Plateau-Grundstücks nahe Saarburg, ehemaliger Avantgarde-Jazz-Musiker
- A (Albatros Real Estate Bank): primärer Darlehensgeber, 3 Mio. EUR, erstrangige Briefhypothek
- B (Bridgeover Finance Bank): Zwischenfinanzierer, 1,5 Mio. EUR
- C (Cayman Financial Solutions Bank): Inhaberin einer zweitrangigen Hypothek (nur 2. Abwandlung)

Geschehen

M plant nahe Saarburg auf seinem Plateau-Grundstück den Bau eines Schlösschens. Unmittelbar daran grenzt der Hang eines bereits zuvor von ihm erworbenen Weinbergs (nur Riesling, beste Lage); die dortigen historischen Weinhütten nutzt M seit längerem kommerziell für Besucher und beabsichtigt eine entsprechende Verwertung des Schlösschens.

Zur Finanzierung beantragt M bei A ein hypothekengesichertes Darlehen über 3 Mio. EUR. A ist hierzu bereit, möchte den Betrag aus Eigenkapital- und Risikoerwägungen jedoch erst auszahlen, wenn der Bau hinreichend fortgeschritten ist und die Hypothek durch werthaltige

Vermögenswerte unterlegt wird. Im Einvernehmen aller drei Beteiligten – M, A und B – wird folgende Zwischenfinanzierung vereinbart:

M bestellt zugunsten A auf dem zunächst noch unbebauten Grundstück eine Briefhypothek erster Rangstelle, lässt diese ins Grundbuch eintragen und händigt A den Hypothekenbrief aus. Die Darlehensvaluta hält A absprachegemäß zurück und wird sie erst nach Fertigstellung des Grundbaus auszahlen. Die Lücke schließt B mit einem Darlehen über 1,5 Mio. EUR, das sie sofort an M auszahlt. Zur Sicherung dieses Darlehens tritt M schriftlich „sein aus den Verträgen mit A entstandenes Grundpfandrecht und die Ansprüche bezüglich hierüber ausgestellter Urkunden“ an B ab.

Ausgangsfall

Der Grundbau wird wie geplant fertiggestellt. A zahlt das Darlehen vertragsgemäß an M aus. Wenig später gerät M in finanzielle Schwierigkeiten und kann seinen Verpflichtungen weder gegenüber A noch gegenüber B nachkommen. Beide Banken erwägen daher – Fälligkeit unterstellt –, „aus ihrem Grundpfandrecht“ gegen M vorzugehen.

1. Abwandlung

Anders als im Ausgangsfall lässt sich B nicht nur die vorläufige Eigentümergrundsschuld nebst Urkundenansprüchen, sondern darüber hinaus auch sämtliche Ansprüche des M aus dem Darlehensvertrag mit A abtreten. Hiervon werden M und B beim zuständigen leitenden Mitarbeiter der A vorstellig; das Darlehen solle künftig direkt an B fließen. Trotz dieser Kenntnis zahlt A nach Fertigstellung des Grundbaus den Darlehensbetrag dennoch an M aus. M wird zahlungsunfähig; auch A gerät zwischenzeitlich in die Insolvenz. A und B möchten gleichwohl gegen M vorgehen.

2. Abwandlung

Beim von M beauftragten Bauunternehmer treten technische und finanzielle Komplikationen auf, sodass der Grundbau nie fertiggestellt wird. A zahlt das Darlehen daher endgültig nicht aus. Die Cayman Financial Solutions Bank (C), die bereits vor der Zwischenfinanzierung als Inhaberin einer zweitrangigen Hypothek im Grundbuch eingetragen war, fragt nun, welche Ansprüche ihr gegen M und gegen A zustehen.

Aufgabe

Begutachten Sie die Rechtslage in allen drei Konstellationen.

Lösung (Gutachten)

Ausgangsfall

A. Anspruch der A gegen M auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach § 1147 BGB

Obersatz

A könnte gegen M einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück wegen einer Forderung in Höhe von 3 Mio. EUR nach § 1147 BGB haben. Trotz des Wortlauts des § 1113 I BGB („eine bestimmte Geldsumme ... aus dem Grundstück zu zahlen“) ist der hypothekarische Anspruch nach ganz herrschender Ansicht auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück durch den Hypothekenschuldner gerichtet (BGHZ 7, 123 [126] = NJW 1952, 1175; RGZ 93, 234 [236]; Palandt/Herrler, BGB, 76. Aufl. 2017, BGB Überbl v § 1113 Rn. 1; aA Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2015, BGB Einl zu §§ 1113 ff. Rn. 37 ff.).

Voraussetzungen

- Hypothekeninhaberschaft der A
- Fälligkeit der Hypothek

Subsumtion

I. Hypothekeninhaberschaft der A

1. Anfängliche Bestellung der Hypothek

a) Einigung, Eintragung, Briefübergabe und Berechtigung, §§ 873, 1113, 1115 I, 1116 I, 1117 I BGB

A und M haben sich gem. §§ 873 I, 1113 BGB auf die Hypothekenbestellung geeinigt; mangels Widerruf ist der Fortbestand dieser Einigung im Eintragungszeitpunkt zu unterstellen (vgl. § 873 II BGB; RGZ 135, 366 [367]). Die Eintragung in das Grundbuch erfolgte nach §§ 873 I, 1115 I BGB. Den Hypothekenbrief hat M an A nach §§ 1116 I, 1117 I BGB übergeben; als Eigentümer war er auch zu dessen Belastung berechtigt.

b) Zu sichernde Forderung (Akzessorietät), § 1113 BGB

Wegen der akzessorischen Natur der Hypothek setzt § 1113 I BGB („zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“) das Bestehen einer zu sichernden Forderung voraus. In Betracht kommt allein der Darlehensrückzahlungsanspruch der A gegen M aus § 488 I 2 BGB.

aa) Kein Verbraucherdarlehensvertrag, § 491 I, III BGB

Voraussetzungen

- Vertragsschluss als Verbraucher (§ 13 BGB)
- Kein Existenzgründerprivileg (§ 513 BGB)

Subsumtion

Der Darlehensvertrag diene der Finanzierung des Schlosses, dessen Nutzung ausschließlich gewerblicher Art geplant war. M handelte daher nicht als Verbraucher iSd § 13 BGB. Da er die umstehenden Bauten zudem schon länger gleichartig nutzt, ist er auch kein durch §§ 491 ff. BGB ebenfalls geschützter Existenzgründer gem. § 513 BGB.

Ergebnis

Die §§ 491 ff. BGB greifen vorliegend nicht.

bb) Hypothek für eine künftige Forderung, § 1113 II BGB

Problematisch ist, dass das Darlehen einstweilen nicht ausgezahlt, sondern erst bei hinreichendem Baufortschritt valuiert werden sollte. Der Rückzahlungsanspruch aus § 488 I 2 BGB entsteht nach ganz überwiegender Ansicht erst mit Auszahlung der Valuta (Staudinger/Freitag, 2015, BGB § 488 Rn. 166 mwN; BGHZ 60, 226 [228] = NJW 1973, 846); im Bestellszeitpunkt war er also künftig.

§ 1113 II BGB lässt eine Hypothek aber gerade auch für künftige oder bedingte Forderungen zu, sofern diese hinreichend bestimmt sind. Der hier in Rede stehende Rückzahlungsanspruch hängt allein von der Auszahlung des Darlehens ab und findet im Darlehensvertrag bereits seinen Rechtsboden vorbereitet (vgl. BGHZ 134, 182 [184] = NJW 1997, 861). Die Bestellung war damit zulässig.

c) Vorläufige Eigentümergrundschild, § 1163 I 1, § 1177 I 1 BGB

Definition

Eine vorläufige Eigentümergrundschild iSd § 1163 I 1, § 1177 I 1 BGB liegt vor, wenn die Hypothek bestellt, die zu sichernde Forderung jedoch noch nicht entstanden ist; das Grundpfandrecht steht dann einstweilen dem Eigentümer als Eigentümergrundschild zu.

Subsumtion

Die Anordnung des § 1163 I 1 BGB erfasst nicht nur Fälle endgültiger Nichtentstehung der Forderung, sondern auch den Schwebezustand bei künftigen oder aufschiebend bedingten Forderungen. Das Grundpfandrecht steht in dieser Konstellation zunächst nicht dem Gläubiger als Fremdhypothek, sondern dem Eigentümer als auf die Darlehensauszahlung auflösend bedingte vorläufige Eigentümergrundschild zu (zum Ganzen

Staudinger/Wolfsteiner, 2015, BGB § 1163 Rn. 31; Planck/Strecker, BGB, 5. Aufl. 1933, BGB § 1163 sub 3 a [S. 1217 f.]; MüKoBGB/Lieder, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1163 Rn. 9 f., 14; Preuß JURA 2002, 548 [549 f.]; aus der Rspr.: BGHZ 60, 226 [228] = NJW 1973, 846; BGHZ 53, 60 [62] = NJW 1970, 322; RGZ 153, 167 [169 f.]; aA Wilhelm, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 1447 ff.: Fremdhypothek für künftige Forderung).

Ergebnis

Bis zur Auszahlung des Darlehens stand das Grundpfandrecht nach § 1163 I 1, § 1177 I 1 BGB M selbst als vorläufige Eigentümergrundschild zu.

2. Auszahlung des Darlehens durch A

Mit der Auszahlung der Valuta entstand der Rückzahlungsanspruch der A aus § 488 I 2 BGB. Ab diesem Zeitpunkt lagen sämtliche Voraussetzungen einer Fremdhypothek zugunsten der A vor. Streng genommen wird auch die Briefübergabe nach §§ 1116 I, 1117 I BGB erst mit Auszahlung perfekt: Bis dahin war M als Eigentümer des Hypothekenbriefs (§ 952 II BGB) und damit als mittelbarer Eigenbesitzer (§§ 868, 872 BGB) trotz Aushändigung an A nicht gänzlich aus dem Briefbesitz ausgeschieden.

Mit Eintritt der auflösenden Bedingung – der Darlehensauszahlung – verwandelte sich das ursprünglich als auflösend bedingte vorläufige Eigentümergrundschild (§ 1163 I 1, § 1177 I 1 BGB) entstandene Grundpfandrecht – unabhängig davon, wem es zwischenzeitlich zustand – in eine Fremdhypothek zugunsten der A.

II. Fälligkeit der Hypothek

Die Hypothek ist nach dem Sachverhalt fällig.

Ergebnis

A hat gegen M aus § 1147 BGB einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen einer Forderung in Höhe von 3 Mio. EUR.

B. Anspruch der B gegen M auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach §§ 1192 I, 1147 BGB

Obersatz

B könnte gegen M einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach §§ 1192 I, 1147 BGB haben.

Voraussetzungen

- Grundpfandrecht (Grundschild) zugunsten der B
- Fälligkeit

Subsumtion

I. Grundpfandrecht zugunsten der B

1. Abtretung der dem M zustehenden vorläufigen Eigentümergrundschild, §§ 413, 398, 1192 I, 1154 I 1, § 1117 I 2, § 931 BGB

Definition

Die Übertragung einer Briefgrundschild als abstrakten Rechts erfolgt durch Abtretung der Grundschild selbst gem. §§ 413, 398, 1192 I, 1154 I 1 BGB (vgl. Staudinger/Wolfsteiner, 2015, BGB § 1154 Rn. 81 f., 6; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. 2015, § 15 Rn. 96; aA Maurer JuS 2004, 1045 [1046 ff.]: Unanwendbarkeit der §§ 413, 398 BGB, dingliche Einigung nach § 873 I Var. 3 BGB).

Voraussetzungen

- Abtretungsvertrag, §§ 413, 398 S. 1 BGB
- Schriftform, §§ 1192 I, 1154 I 1 Hs. 1, § 126 BGB
- Briefübergabe, §§ 1192 I, 1154 I 1, § 1117 I BGB
- Berechtigung des Zedenten

Subsumtion

a) Abtretungsvertrag, §§ 413, 398 S. 1 BGB

M und B haben einen Abtretungsvertrag nach §§ 413, 398 S. 1 BGB geschlossen.

b) Schriftform, §§ 1192 I, 1154 I 1 Hs. 1, § 126 BGB

Die Schriftform der Abtretungserklärung wurde gewahrt.

c) Briefübergabe, §§ 1192 I, 1154 I 1, § 1117 I BGB

Da der Brief bereits zuvor an A ausgehändigt worden war, konnte unmittelbarer Briefbesitz an B nicht verschafft werden. Allerdings stand das Grundpfandrecht bis zur Valutierung gem. § 1163 I 1, § 1177 I 1 BGB M als vorläufige Eigentümergrundschuld zu, sodass M nach § 952 II BGB Eigentümer des Hypothekenbriefs blieb. § 1117 I 2 BGB stellt mit dem Verweis auf § 929 S. 2, § 930 und § 931 BGB die Übergabesurrogate der Mobilienübergabe zur Verfügung.

In Betracht kommt das Übergabesurrogat der §§ 1192 I, 1154 I 1 Hs. 2, § 1117 I 2, § 931 BGB in Form der Abtretung eines dem M gegen A zustehenden Herausgabeanspruchs hinsichtlich des Hypothekenbriefs. M hat „sein aus den Verträgen mit A entstandenes Grundpfandrecht und die Ansprüche bezüglich hierüber ausgestellter Urkunden“ an B abgetreten; ein Herausgabeanspruch betreffend den Hypothekenbrief fielen angesichts § 1144 BGB unter diese Formulierung.

Streitstand

- e.A.: Vindikationsanspruch des M aus § 985 BGB ist nicht abtretbar, weil Folge, nicht Voraussetzung des Eigentums (Staudinger/Wiegand, 2017, BGB § 931 Rn. 13; MüKoBGB/Oechsler, 7. Aufl. 2017, § 931 Rn. 11, 15)
- a.A.: Zession des Vindikationsanspruchs als Übergabesurrogat möglich (BGHZ 53, 60 [63] = NJW 1970, 322; offenlassend BGHZ 60, 226 [229] = NJW 1973, 846: „Abtretung des einschlägigen Herausgabeanspruchs“)

Streitentscheid

Der dogmatische Einwand gegen § 985 BGB überzeugt; tragfähig ist hingegen der Sicherungsvertrag als causa der Hypothekenbestellung (Wilhelm SachenR, 5. Aufl. 2016, Rn. 1423, 1482; Staudinger/Wolfsteiner, 2015, BGB Vorb zu §§ 1113 ff. Rn. 36: „Hypothekenbegebungsvertrag“; bereits Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 132 II

[S. 535]). Aus diesem dürfte M ein Herausgabeanspruch zustehen für den Fall, dass das Darlehen mangels Fertigstellung endgültig nicht ausgezahlt wird. Dieser bedingte Anspruch ist hinreichend bestimmt und genügt § 931 (iVm §§ 1192 I, 1154 I 1 Hs. 2, § 1117 I 2) BGB. Daneben käme auch § 812 I 2 Var. 2 BGB (condictio ob rem) in Betracht. Verneint man derartige Ansprüche, muss jedenfalls die bloße Einigung iRv § 931 (iVm §§ 1192 I, 1154 I 1 Hs. 2, § 1117 I 2) BGB genügen (vgl. Palandt/Herrler, 76. Aufl. 2017, BGB § 931 Rn. 3; Staudinger/Wiegand, 2017, BGB § 931 Rn. 14, 16, 18; MüKoBGB/Oechsler, 7. Aufl. 2017, § 931 Rn. 11).

Ergebnis

Die Briefübergabe wurde gem. §§ 1192 I, 1154 I 1 Hs. 2, § 1117 I 2, § 931 BGB durch Abtretung des aus dem Sicherungsvertrag resultierenden künftigen Herausgabeanspruchs ersetzt.

d) Berechtigung

M war wegen der einstweiligen Nichtvalutierung gem. § 1163 I 1, § 1177 I 1 BGB Inhaber der an B abgetretenen auflösend bedingten vorläufigen Eigentümergrundschuld.

2. Auszahlung des Darlehens durch A

Mit Eintritt der auflösenden Bedingung wandelte sich die zuvor B abgetretene auflösend bedingte Fremdgrundschuld automatisch in eine Fremdhypothek zugunsten der A (vgl. BGHZ 60, 226 [228 f.] = NJW 1973, 846; BGHZ 53, 60 [62 f.] = NJW 1970, 322).

Ergebnis

B steht kein Grundpfandrecht (Fremdgrundschuld) mehr zu, aus dem ein Anspruch nach §§ 1192 I, 1147 BGB hergeleitet werden könnte.

1. Abwandlung

A. Anspruch der A gegen M auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach § 1147 BGB

Obersatz

A könnte gegen M einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach § 1147 BGB haben.

Voraussetzungen

- Hypothekeneinhaberschaft der A
- Fälligkeit

Subsumtion

I. Hypothekeneinhaberschaft der A

1. Anfängliche Bestellung der Hypothek

Hinsichtlich der anfänglichen Bestellung gelten die Ausführungen zum Ausgangsfall: Bis zur Auszahlung der Valuta stand die Hypothek nach § 1163 I 1, § 1177 I 1 BGB M als vorläufige Eigentümergrundschild zu.

2. Auszahlung des Darlehens durch A

Im Ausgangsfall hatte die Auszahlung an M zum Entstehen eines Rückzahlungsanspruchs der A aus § 488 I 2 BGB und damit zur Verwandlung in eine Fremdhypothek geführt. Hier ist anders als zuvor nicht nur die vorläufige Eigentümergrundschild nebst Herausgabeanspruch, sondern auch der Darlehensauszahlungsanspruch des M gegen A aus § 488 I 1 BGB an B abgetreten worden.

a) Keine Valutierung der Hypothek mit einem Darlehensrückzahlungsanspruch aus § 488 I 2 BGB

aa) Grundsätzliche Wirkung der Zahlung an den Zedenten

Mit der Abtretung des Auszahlungsanspruchs trat B als Zessionarin gem. § 398 S. 2 BGB an die Stelle des Zedenten M. Eine Leistung an M konnte das Schuldverhältnis grundsätzlich nicht erlöschen lassen, weil § 362 I BGB eine Leistung an den Gläubiger – hier B – verlangt.

bb) Kenntnis von der Abtretung nach § 407 I aE BGB

Definition

§ 407 I Fall 1 BGB ist Schuldnerschutzvorschrift: Der Zessionar muss eine Leistung des Schuldners an den Altgläubiger gegen sich gelten lassen, sofern dieser bei Leistung keine Kenntnis von der Abtretung hatte.

Subsumtion

Dem zuständigen leitenden Mitarbeiter der A wurde von M und B angezeigt, das Darlehen solle künftig direkt an B fließen. Die Kenntnis dieses Mitarbeiters – der Sachverhalt spricht ausdrücklich vom „zuständigen leitenden Mitarbeiter“ – ist der A analog § 166 I BGB als Wissensvertreter zuzurechnen (zur Mitarbeiterkenntnis im Rahmen des § 407 I BGB s. BGHZ 135, 39 [42 ff.] = NJW 1997, 1775; RGZ 135, 247).

Ergebnis

A hatte im Auszahlungszeitpunkt Kenntnis von der Zession. Die Auszahlung an M führte gem. § 398 S. 2, § 407 I aE BGB nicht zum Erlöschen des nunmehr B zustehenden Auszahlungsanspruchs durch Erfüllung nach § 362 I BGB; der Auszahlungsanspruch besteht in der Person der B fort.

cc) Auswirkungen auf das Grundpfandrecht

Mangels wirksamer Auszahlung der Valuta ist auch der durch die Hypothek zu sichernde Rückzahlungsanspruch der A aus § 488 I 2 BGB nicht entstanden. Die Hypothek wurde nicht mit einem solchen Anspruch valutiert.

b) Valutierung der Hypothek mit einem Kondiktionsanspruch aus § 812 I 1 Var. 1 BGB?

aa) Voraussetzungen des § 812 I 1 Var. 1 BGB

Voraussetzungen

- Etwas erlangt
- Durch Leistung der A
- Ohne Rechtsgrund

Subsumtion

Als erlangtes Etwas kommt – im praktisch relevanten Überweisungsfall – ein Anspruch gegen die kontoführende Bank auf Gutschrift aus § 675 t I 1 BGB bzw. allgemein aus §§ 675 c I, 667 Var. 2 BGB sowie ein Auszahlungsanspruch aus erfolgter Gutschrift als abstraktem Schuldversprechen gem. §§ 780, 781 BGB in Betracht (Staudinger/Omlor, 2012, BGB § 675 t Rn. 3-7; abw. Köndgen JuS 2011, 481 [487]: § 675 t BGB normiere den Anspruch auf Gutschrift und denjenigen aus der Gutschrift). Die Vermögensmehrung beruhte auf einer

bewussten und zweckgerichteten Leistung der A, die die Zahlung an M angewiesen hat. Da M nach der Zession gem. § 398 S. 2 BGB nicht mehr Inhaber des Auszahlungsanspruchs aus § 488 I 1 BGB war, entbehrte die gleichwohl an ihn geleistete Auszahlung eines Rechtsgrundes.

Ergebnis

A steht gegen M ein Anspruch aus § 812 I 1 Var. 1 BGB zu.

bb) Kondiktionsausschluss gem. § 814 Var. 1 BGB?

Streitstand

- Strenge Sicht: A habe in evidenter Kenntnis ihrer Nichtschuld an M gezahlt; eine Kondiktion sei daher insgesamt nach § 814 Var. 1 BGB ausgeschlossen.
- Differenzierende Auffassung: Nach dem Leistungsbegriff erfasst der Ausschluss allein die zeitlich befristete Nutzungsüberlassung der Valuta, nicht die endgültige Verschaffung; eine spätere Rückforderung des Kapitals nach Ablauf der Überlassungszeit bleibt also möglich (vgl. den Grundsatzbeschluss des Großen Zivilsenats RGZ 161, 52 [56 f., Zitat: 56] zu § 817 S. 2 beim Wucherdarlehen; ferner Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 6 V 2 a [S. 216]; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl. 1994, § 68 III 3 c [S. 163 f.]; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 699; Staudinger/St. Lorenz, 2007, BGB § 817 Rn. 12; Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, BGB § 817 Rn. 15, 21; MüKoBGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 817 Rn. 48: „rechtskonstruktive[r] Kunstgriff“; Martinek/Omlor, Grundlagenfälle zum BGB für Fortgeschrittene, 3. Aufl. 2017, S. 43 [47] zu § 814 BGB)

Streitentscheid

Die differenzierende Auffassung ist vorzugswürdig. Die Leistung des Darlehensgebers besteht bei der Hingabe allein in der vorübergehenden, zeitlich begrenzten Nutzungsüberlassung der Valuta, nicht in deren endgültiger Verschaffung. Der ausgezahlte Darlehensbetrag ist von vornherein nicht zum dauerhaften Verbleib im Vermögen des Darlehensnehmers bestimmt; ihm soll vielmehr nur die vorübergehende Nutzung zugewendet werden, wofür ihn im Gegenzug die Zinszahlungspflicht aus § 488 I 2 Fall 1 BGB trifft. Nur diese Nutzungsüberlassung kann gem. § 814 Var. 1 BGB nicht zurückgefordert werden; der Ausschluss erfasst mithin lediglich eine vorzeitige Rückforderung des Kapitals,

nicht aber eine künftige Kondiktion der Valuta nach Ablauf der vereinbarten Überlassungszeit. Der Anspruch aus *condictio indebiti* besteht.

cc) Hypothekarische Sicherung des Kondiktionsanspruchs

Streitstand

- e.A.: Der Kondiktionsanspruch sei kraft dinglicher Bestellung anstelle des Rückzahlungsanspruchs von der Hypothek umfasst, weil er diesen ersetze und beide insoweit identisch seien (Wilhelm SachenR, 5. Aufl. 2016, Rn. 1588; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 37 Rn. 48)
- a.A.: Maßgeblich sei ein in der Parteivereinbarung klar zum Ausdruck kommender Wille (Büdenbender JuS 1996, 665 [667]; MüKoBGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1113 Rn. 84)
- m.M.: Eine derartige Surrogation sei mit dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz und § 1180 I 2 Hs. 2 BGB unvereinbar; die Norm verlange für die Forderungsauswechslung eine Grundbucheintragung (Staudinger/Wolfsteiner, 2015, BGB § 1113 Rn. 25, 22; Planck/Strecker, 5. Aufl. 1933, BGB § 1113 sub 5 I [S. 981], § 1163 sub 3 b [S. 1218])

Streitentscheid

Die Diskussion ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Bei der Valutaauszahlung auf Grundlage eines nichtigen oder nach §§ 104, 105 I BGB nicht zustande gekommenen Darlehensvertrages käme allein der Anspruch aus § 812 I 1 Var. 1 BGB als hypothekarisch gesichert in Betracht. Hier dagegen besteht auch nach Auszahlung der Valuta an M der Auszahlungsanspruch der B gegen A gem. § 488 I 1, § 398 S. 2, § 407 I aE BGB fort. Daraus folgt, dass der künftige – mit Auszahlung an B (worauf B Anspruch hat) entstehende – Rückzahlungsanspruch der A gegen M aus § 488 I 2 BGB nach wie vor als die ursprünglich hypothekarisch gesicherte Forderung anzusehen ist. Es bestehen also zwei Ansprüche der A gegen M – ein gegenwärtiger aus § 812 I 1 Var. 1 BGB und ein künftiger aus § 488 I 2 BGB. Die Hypothek sichert nach § 1113 II BGB nach wie vor den künftigen Anspruch; für eine ersatzweise Sicherung des Kondiktionsanspruchs ist daher schlicht kein Platz.

c) Zwischenergebnis

Die Hypothek der A ist durch Auszahlung an M weder mit einem Rückzahlungsanspruch aus § 488 I 2 BGB noch mit einem Anspruch aus § 812 I 1 Var. 1 BGB valuiert worden.

Ergebnis

A ist nicht Inhaberin einer Hypothek am Grundstück des M; ein Anspruch aus § 1147 BGB scheidet aus.

B. Anspruch der B gegen M auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach §§ 1192 I, 1147 BGB

Obersatz

B könnte gegen M einen Anspruch nach §§ 1192 I, 1147 BGB haben.

Voraussetzungen

- Grundpfandrecht (Grundschild) zugunsten der B
- Fälligkeit

Subsumtion

Anders als im Ausgangsfall ist die auflösende Bedingung – die Valutierung der Hypothek – mit Auszahlung an M nicht eingetreten. Die vorläufige, auflösend bedingte Grundschild, die B von M gem. §§ 413, 398, 1192 I, 1154 I 1, § 1117 I 2, § 931 BGB abgetreten erhalten hatte, hat sich folglich nicht in eine Fremdhypothek zugunsten der A gewandelt. B steht damit eine Fremdgrundschild zu, die zudem fällig ist. Wegen der Insolvenz von M und A wird A die Hypothek auch künftig nicht durch (erneute) Valutaauszahlung an B zur Entstehung bringen, sodass das Grundpfandrecht endgültig bei B verbleibt.

Ergebnis

B hat gegen M einen Anspruch aus §§ 1192 I, 1147 BGB.

2. Abwandlung

A. Lösungsanspruch der C gegen M aus § 1179 a I 1, 3, II 1 BGB

Obersatz

In Betracht kommt ein Anspruch der C gegen M auf „Löschung“ des Grundpfandrechts aus § 1179 a I 1, 3, II 1 BGB. Mit „Löschung“ bezeichnet das Gesetz zwar zunächst den grundbuchrechtlichen Vorgang nach § 46 GBO; gerichtet ist der Anspruch jedoch auf die Aufhebung des Grundpfandrechts gem. §§ 875 I, 1192 I, 1183 BGB, wobei die Löschung im

Grundbuch lediglich den Vollzug bildet (RegE, BT-Drs. 8/89, 10; Jerschke DNotZ 1977, 708 [712]).

Voraussetzungen

- Hypothekeninhaberschaft der C
- Vor- oder gleichrangige Hypothek als Lösungsgegenstand
- Vereinigungsfall (§ 1179 a I 1 BGB)
- Endgültige Nichtentstehung der Forderung (§ 1179 a II 1 BGB)
- Aufhebungsberechtigung des M

Subsumtion

I. Hypothekeninhaberschaft der Anspruchstellerin C

C ist Inhaberin einer zweitrangigen Hypothek am Grundstück des M.

II. Vor- oder gleichrangige Hypothek als Lösungsgegenstand

Die ursprünglich für A bestellte und damit erstrangige Hypothek, deren Löschung C begehrt, ist gegenüber der zweitrangigen Hypothek der C vorrangig.

III. Vereinigungsfall

Wegen des Zurückbehalts der Valuta wurde M mit der Hypothekenbestellung gem. § 1163 I 1, § 1177 I 1 BGB Inhaber einer vorläufigen Eigentümergrundsuld; die Hypothek war damit von Beginn an mit dem Eigentum – in der Person des M – vereinigt. Da C zu diesem Zeitpunkt bereits als Inhaberin der zweitrangigen Hypothek im Grundbuch eingetragen war, liegt ein nachträglicher Vereinigungsfall gem. § 1179 a I 1 Alt. 2 BGB vor.

Da der Grundbau wegen der Komplikationen beim Bauunternehmer endgültig nicht fertiggestellt wird, steht zugleich fest, dass auch die Auszahlung des Darlehens durch A endgültig unterbleibt; die zu sichernde Forderung – der von der Auszahlung abhängige Rückzahlungsanspruch aus § 488 I 2 BGB – wird damit nicht mehr entstehen, wie es § 1179 a II 1 Hs. 1 BGB verlangt.

IV. Fehlende Grundschuldinhaberschaft des M

Problematisch ist, dass M nach Abtretung der Grundschuld an B gem. §§ 413, 398 S. 2 BGB nicht mehr deren Inhaber und gem. § 875 I 1 BGB damit grundsätzlich nicht mehr

aufhebungsberechtigt ist. Hierdurch könnte die Erfüllung des Lösungsanspruchs subjektiv unmöglich geworden und der Anspruch nach § 275 I BGB untergegangen sein.

1. Vormerkungswirkung nach § 1179 a I 3, § 883 II 1 BGB

Definition

§ 1179 a I 3 BGB sichert den Lösungsanspruch in gleicher Weise, als wenn zu seiner Sicherung gleichzeitig mit der begünstigten Hypothek eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen worden wäre.

Subsumtion

Die Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschild von M an B würde den Lösungsanspruch der C ohne diese Anordnung untergehen lassen und ist daher als vormerkungswidrige Verfügung zu qualifizieren. Sie ist gem. § 1179 a I 3, § 883 II 1 BGB der C gegenüber relativ unwirksam.

Ergebnis

Im Verhältnis zu C gilt M nach wie vor als Inhaber der Grundschild und kann den Aufhebungsanspruch aus § 1179 a I 1, II 1 BGB erfüllen.

2. Mitwirkung der B erforderlich?

Da B nicht im Grundbuch eingetragen ist, scheidet eine grundbuchrechtliche Zustimmung gem. § 19 GBO aus. Eine materielle Zustimmung der B zur Verfügung des M ist ebenfalls nicht erforderlich: § 883 II 1, § 888 I BGB knüpfen lediglich an eine verfahrensrechtliche – grundbuchrechtliche – Mitwirkung des Dritterwerbers an, sofern eine solche notwendig ist; die materielle Verfügung kann und muss vom Schuldner des vorgemerkten Anspruchs allein bewirkt werden (Canaris, FS Flume I, 1978, 371 [382 mit Fn. 50, 391]; Staudinger/Gursky, 2013, BGB § 883 Rn. 204, § 888 Rn. 17 mwN; Palandt/Herrler, 76. Aufl. 2017, BGB § 888 Rn. 3 f.). Einer Mitwirkung der B bedarf es daher nicht.

Ergebnis

C hat gegen M einen Anspruch aus § 1179 a I 1, 3, II 1 BGB auf „Löschung“ der Grundschild, also auf deren Aufhebung gem. §§ 875 I, 1192 I, 1183 BGB.

B. Anspruch der C gegen A auf Zustimmung aus § 1179 a I 3, § 888 I (analog) BGB

Obersatz

Die Aufhebung des Grundpfandrechts erfordert nach § 875 I BGB die eigentliche Löschung im Grundbuch nach § 46 I GBO; diese setzt nach § 19 GBO die Zustimmung der als Hypothekarin im Grundbuch eingetragenen A voraus. C könnte gegen A aus § 1179 a I 3, § 888 I BGB einen Anspruch auf Erteilung dieser Zustimmung haben.

Voraussetzungen

- Vormerkungsgesicherter Anspruch (Löschungsanspruch aus § 1179 a I 1, II 1 BGB)
- Passivlegitimation des im Grundbuch eingetragenen Rechtsinhabers (§ 888 I BGB)

Subsumtion

Streitstand

- e.A.: Der Wortlaut des § 888 I BGB – „Erwerber“ – ist „nicht ganz exakt“; Anspruchsgegner sei derjenige, der gegenwärtig als Inhaber des vormerkungswidrig übertragenen Rechts im Grundbuch eingetragen ist und dessen Zustimmung zur Verwirklichung des vormerkungsgesicherten Anspruchs erforderlich ist (Staudinger/Gursky, 2013, BGB § 888 Rn. 12; Assmann Die Vormerkung [§ 883 BGB], 1998, 423)
- a.A.: Hält man den Wortlaut „Erwerber“ für zu starr, ist jedenfalls eine analoge Anwendung des § 888 I BGB zu befürworten; im konkreten Fall ist B Erwerberin, A jedoch eingetragen.

Streitentscheid

Beide Lösungswege führen zum gleichen Ergebnis: Anspruchsgegner ist die im Grundbuch eingetragene A.

Ergebnis

C hat gegen A einen Anspruch aus § 1179 a I 3, § 888 I (analog) BGB auf Erteilung der Zustimmung zur grundbuchrechtlichen Löschung nach §§ 46 I, 19 GBO.

Quelle: <http://www.juralernen.de/klausuren/hypothekarische-zwischenfinanzierung-im-drei-banken-verhaeltnis>
Nicht-amtliche Wiedergabe. Maßgeblich sind die jeweils einschlägigen Gesetze und die aktuelle Rechtsprechung.