

§§ 262, 263, 273, 307, 432, 745, 747, 754, 1179 a, 1191 BGB

Grenzen der Beschränkung des Anspruchs auf Rückgewähr der Grundschuld

BGH, Urt. v. 18.07.2014 – V ZR 178/13

Fall (geringfügig ergänzt)

Der Beklagte war im Jahr 1997 Gesellschafter einer GmbH sowie einer GbR. Zweck der GbR war die Errichtung einer Arbeitshalle, die an die GmbH vermietet werden sollte. Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks waren der Beklagte und sein Mitgesellschafter. 1997 nahm der Beklagte bei der Klägerin, einer Bank, ein Darlehen auf, das er der GbR zur Verfügung stellte.

Zur Sicherung der Darlehensforderung bestellte der Beklagte gemeinsam mit seinem Mitgesellschafter eine Buchgrundschuld über 645.000 DM an dem Grundstück. Diese sicherte noch drei weitere Darlehen der GmbH und des Mitgesellschafters. Die Sicherungsabrede von 2002 sah eine Revalutierung der Grundschuld nicht vor. Sie enthält ferner folgende wirksam einbezogene AGB:

„Erledigung des Sicherungszwecks

Soweit dem Sicherungsgeber nach Erledigung des vereinbarten Sicherungszwecks ein Rückgewähranspruch auf die oben bezeichnete Grundschuld zusteht, ist dieser auf den Anspruch auf Löschung der Grundschuld beschränkt, es sei denn, dass im Zeitpunkt der Rückgewähr das Eigentum an dem belasteten Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung gewechselt hat.“

Im Dezember 2005 schied der Beklagte aus der GbR aus. Er vereinbarte mit seinem Mitgesellschafter, dass dieser alleine für die Darlehensschuld einstehen solle. Seit 2008 ist der (frühere) Mitgesellschafter auch Alleineigentümer des Grundstücks. Im Juli 2008 kündigte die Klägerin wirksam das Darlehen. Im Zuge einer von dem Mitgesellschafter vorgenommenen Umschuldung der drei weiteren gesicherten Darlehen (nicht aber des in Rede stehenden Darlehens) trat die Klägerin die Grundschuld an eine andere Bank ab. Inzwischen sind die drei weiteren Darlehen vollständig getilgt.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Rückzahlung des verbleibenden Darlehensbetrags nebst Zinsen, insgesamt 50.000 €. Der Beklagte macht ein Zurückbehaltungsrecht geltend, das er auf seinen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld stützt. Die Klägerin beruft sich hinsichtlich dieses Anspruchs auf Unmöglichkeit. Wie ist insofern die Rechtslage?

Entscheidung

Die Klägerin könnte gegen den Beklagten aus **§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB** einen Anspruch auf **Zahlung von 50.000 €** haben.

Nach Valutierung des Darlehens ist der Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB durch die wirksame Kündigung (§§ 489, 490 BGB) in voller Höhe **entstanden**. Soweit die Klägerin bereits Rückzahlungen erhalten hat, ist der Anspruch durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB **erloschen**, sodass er derzeit i.H. der verbleibenden 50.000 € besteht.

Der Anspruch ist aber nicht **durchsetzbar**, soweit und solange dem Beklagten eine Einrede zusteht. Der Beklagte könnte aufgrund eines Gegenanspruchs

Leitsatz

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Sicherungsnehmers enthaltene Klausel, die den auf Rückgewähr der Grundschuld gerichteten Anspruch des Sicherungsgebers auf die Löschung des Grundpfandrechts beschränkt, hält der richterlichen Inhaltskontrolle jedenfalls dann nicht stand, wenn sie auch Fallgestaltungen erfasst, in denen der Sicherungsgeber im Zeitpunkt der Rückgewähr nicht mehr Grundstückseigentümer ist (Fortführung des Urt. des BGH v. 09.02.1989 – IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375 ff.).

Parteien der Sicherungsabrede sind der Sicherungsgeber und der Sicherungsnehmer. In der Regel ist der Sicherungsgeber auch Eigentümer des Grundstücks (er muss aber nicht auch Schuldner der Forderung sein). Sicherungsnehmer und (designierter) Inhaber der Grundschuld ist in der Regel der Gläubiger der Forderung.

Es können sich aber Abweichungen ergeben (vgl. AS-Skript Sachenrecht 2 [2014], Rn. 143 ff., insbes. 144). Auch Teilidentität und spätere Veränderungen sind möglich.

Vorliegend ist zu unterscheiden:

- Alleiniger **Schuldner** ist die ganze Zeit der Beklagte.
- **Eigentümer** des Grundstücks waren zunächst gemeinschaftlich der Beklagte und sein Mitgesellschafter, seit 2008 der Mitgesellschafter alleine.
- **Sicherungsgeber** sind hingegen der Beklagte und sein Mitgesellschafter, und zwar auch nach 2008 (Begründung s.u.).
- **Gläubigerin und Sicherungsnehmerin** war die ganze Zeit die Klägerin.
- **Inhaberin der Grundschuld** war hingegen zunächst die Klägerin und nach der Abtretung die andere Bank.

Die **Abgrenzung von § 273 BGB und § 320 BGB** ist danach vorzunehmen, ob „schon“ ein Synallagma oder „noch“ nur ein einheitliches Lebensverhältnis vorliegt. Die Normen haben aber die gleiche Rechtsfolge, sodass es auf die Abgrenzung oft nicht ankommt.

Sie wird relevant, wenn der Gläubiger die Zurückbehaltung durch Sicherheitsleistung (§§ 232 ff. BGB) abwenden will, denn das ist nur bei § 273 BGB möglich (vgl. §§ 273 Abs. 3, 320 Abs. 1 S. 3 BGB).

Der **übliche Inhalt einer Sicherungsvereinbarung** nebst den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen muss im Examen bekannt sein (siehe näher AS-Skript Sachenrecht 2 [2014], Rn. 145 ff.).

Auf den **Bedingungseintritt** sowie auf den **Inhalt** des Anspruchs (angesichts der §§ 262, 263 BGB) wird unten eingegangen.

Siehe ausführlich zur Abgrenzung von **Schuldübernahme, Schuldbeitritt, Erfüllungübernahme und Vertragsübernahme** AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2014), Rn. 429 ff.

Der BGH weist in Rn. 8 des Urteils noch darauf hin, dass der Beklagte nur **bei tatsächlicher Tilgung der Darlehensforderung durch den Mitgesellschafter** aus der Haftung entlassen worden wäre. Wäre es aber bereits zu dieser Tilgung gekommen, so würde die Klägerin den Beklagten ohnehin nicht mehr in Anspruch nehmen.

eine **dilatorische (zeitweilige) Einrede in Form eines Zurückbehaltungsrechts** haben.

Ein möglicher Gegenanspruch ergibt sich zwar nicht aus dem Darlehensvertrag, auf welchen die Klägerin ihren Anspruch stützt, sodass ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB mangels synallagmatischer Verknüpfung der Ansprüche ausscheidet. Der Darlehensvertrag und die Sicherungsabrede beruhen aber auf einem **einheitlichen Lebensverhältnis** und stehen daher in **Konnexität**, sodass sich ein Zurückbehaltungsrecht aus **§ 273 BGB** ergeben kann.

A. Der Beklagte muss gegen die Klägerin **aus dem Sicherungsvertrag einen Anspruch auf Rückgewähr der Grundsuld** haben.

I. Der Beklagte muss den Anspruch zunächst **ursprünglich erlangt** haben.

„[7] ... Im Ausgangspunkt stand dem Beklagten **aufgrund der Sicherungsvereinbarung** zunächst ein durch den Wegfall des Sicherungszwecks **aufschiebend bedingter Rückgewähranspruch** gegen die Klägerin zu, und zwar gemäß § 747 Satz 2, § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB gemeinschaftlich mit seinem früheren Mitgesellschafter (...). **Dass der Beklagte nicht mehr Miteigentümer des Grundstücks ist, ist unerheblich**, weil sich aus der Sicherungsvereinbarung ergibt, wer als Sicherungsgeber anzusehen ist (...); in der maßgeblichen Sicherungsvereinbarung von 2002 werden der Beklagte und sein Mitgesellschafter ausdrücklich als Sicherungsgeber bezeichnet.“

Der Beklagte hat den Rückgewähranspruch ursprünglich erlangt.

II. Der Beklagte könnte aber den Rückgewähranspruch **durch seine Vereinbarung** mit dem Mitgesellschafter, dass dieser alleine für das Darlehen einstehen solle, **verloren** haben. Würde der Beklagte durch diese Vereinbarung **aus seiner persönlichen Haftung gegenüber der Klägerin entlassen**, so bräuchte er den Rückgewähranspruch nicht mehr und es wäre zu überlegen, ob er den Anspruch konkludent an seinen Mitgesellschafter – der ihn weiterhin benötigt – abgetreten hat.

Die persönliche Haftung des Beklagten wäre aber nur bei einer **Schuldübernahme** des Mitgesellschafters gemäß §§ 414 ff. BGB entfallen, während sie bei einer bloßen **Erfüllungsübernahme** des Mitgesellschafters i.S.d. § 329 BGB weiterhin bestünde.

„[8] ... [Der Beklagte ist] *auch nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft Sicherungsgeber geblieben. (...) [Auch] wenn der Mitgesellschafter (...) im Innenverhältnis die Darlehensschuld übernommen (...) [hat], ist im Außenverhältnis zu der Klägerin eine Schuldübernahme nicht erfolgt* [, denn es fehlt an der gemäß § 415 Abs. 1 S. 1 BGB **erforderlichen Genehmigung** der Klägerin.] (...) [Der] *Beklagte [ist] infolgedessen nicht aus der persönlichen Haftung entlassen worden. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass er den Rückgewähranspruch schon aufgrund der im Innenverhältnis erfolgten Schuldübernahme stillschweigend an seinen Mitgesellschafter abgetreten hat. (...)*“

Der Beklagte hat den Anspruch nicht durch die Vereinbarung verloren.

III. Der Rückgewähranspruch könnte gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen **subjektiver Unmöglichkeit** untergegangen sein. Die Klägerin ist seit Abtretung der Grundsuld an eine andere Bank nicht mehr Inhaberin der Grundsuld, sodass sie die Grundsuld nicht sofort und ohne weitere Bemühungen an den Beklagten zurückgewähren kann.

„[9] ... *Hat der Schuldner eines Primäranspruchs den Leistungsgegenstand übertragen, ist ihm die Leistung nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht schon deshalb unmöglich, weil er über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann*

und auf ihn auch keinen Anspruch hat, sondern nur dann, **wenn er die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf den Leistungsgegenstand einwirken kann**. Darlegungs- und beweispflichtig für sein Unvermögen ist in diesem Fall der Schuldner, hier also die Klägerin; **die fehlende Verfügungsmacht indiziert die Unmöglichkeit nicht** (...). Dies gilt auch im Falle der Übertragung einer Grundsuld (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2010 – XI ZR 200/09, (...) Rn. 36 [= RÜ 2010, 428] (...)).“

Der Anspruch ist nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB untergegangen.

IV. Der Rückgewähranspruch könnte wegen der **wirksam einbezogene AGB** untergegangen sein. Laut dieser ist bei Erledigung des Sicherungszwecks – d.h. insbesondere der von der Klägerin geforderten Rückzahlung des Darlehens – Anspruchsinhalt eben keine Rückgewähr, sondern nur eine ersatzlose Löschung der Grundsuld. Die Klausel könnte aber gemäß §§ 307 ff. BGB **inhaltlich unwirksam** sein.

1. Die **Inhaltskontrolle** ist gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB grundsätzlich nur **eröffnet**, soweit die AGB von bestehenden gesetzlichen Regelungen abweicht oder diese ergänzt.

„[11] ... Die Klausel **weicht von der gesetzlichen Regelung ab**, nach der der Sicherungsgeber im Rahmen eines **Wahlschuldverhältnisses (§§ 262 ff. BGB)** zwischen drei Arten der Rückgewähr entscheiden kann. Er kann wählen, ob sein Anspruch entweder (erstens) durch Löschung der Grundsuld (§§ 875, 1183, 1192 Abs. 1 BGB) erfüllt werden soll, (zweitens) durch Abgabe einer Verzichtserklärung, die eine Eigentümergrundsuld entstehen lässt (§ 1168 Abs. 1, § 1192 Abs. 1 BGB), oder (drittens) durch Abtretung an sich oder einen Dritten (§§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB (...)).“

Die Inhaltskontrolle ist somit eröffnet.

2. Die Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf die Löschung der Grundsuld könnte **gegen die wesentlichen Grundgedanken** der §§ 262 ff. BGB und des Rückgewähranspruchs selbst verstoßen und die sich aus ihnen ergebenden **wesentlichen Rechte und Pflichten vertragsgefährdend einschränken**, § 307 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 BGB.

a) „[14] ... In der Literatur ist die Frage umstritten.“

aa) „[15] ... **Teilweise** wird eine Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf die Löschung der Grundsuld **für wirksam gehalten**. In der langjährigen Praxis sei die ‚Löschungsbestimmung‘ der Grundsuld in den Vordergrund gerückt, weil der Rückgewähranspruch regelmäßig nicht der Rangwahrung diene, sondern die Stellung nachrangiger Gläubiger verbessern solle; eine solche **Rangverstärkung** werde durch die Löschung erzielt. Verwiesen wird auch auf das **Leitbild des gesetzlichen Lösungsanspruchs** gemäß § 1179a BGB (Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rn. 756 ff.; (...)). Komme es zu einem nachträglichen Eigentumswechsel, trete der Erwerber regelmäßig in den Sicherungsvertrag ein, so dass die Identität von Sicherungsgeber und Eigentümer gewahrt bleibe (...).“

bb) „[16] ... Nach **anderer Auffassung** sind derartige Klauseln **unwirksam, sofern sie Geltung auch für den Fall beanspruchen, dass im Zeitpunkt der Rückgewähr Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer verschieden sind** (Erman/F. Wenzel, BGB, 13. Aufl., § 1191 Rn. 63 ff.; (...)).“

cc) „[17] ... **Weitergehend halten andere** – gestützt auf § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB oder auf § 305c Abs. 1 BGB – die formularmäßige Verkürzung des Rückgewähranspruchs **stets für unwirksam**, weil dem Sicherungsgeber die **Möglichkeit** genommen werde, das Grundpfandrecht **wiederholt als Kreditsicherungsmittel**

Der Schuldner muss für **§ 275 Abs. 1 BGB** darlegen, dass der Dritte den Gegenstand nicht – auch nicht gegen eine Gegenleistung – wieder hergeben wird. Ist die geforderte Gegenleistung unverhältnismäßig hoch, kann **§ 275 Abs. 2 BGB** eingreifen (Palandt/Grüneberg, 73. Aufl. 2014, § 275 Rn. 25).

Siehe zur weiteren Prüfung bei Bejahung der Unmöglichkeit die Schlussbemerkung.

§ 307 Abs. 3 BGB wird in Klausuren oft vergessen, obwohl er eine wichtige Regelung enthält. Laut ihm ist z.B. die Festlegung von Art, Umfang und Güte der Hauptleistungspflichten (sog. Leistungsbeschreibung) nicht der Inhaltskontrolle unterworfen (vgl. Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 44).

Der BGH hat bereits entschieden, dass eine entsprechende Klausel unwirksam ist, wenn sie auch Fälle erfasst, in denen das Eigentum zuvor durch **Zuschlag in der Zwangsversteigerung** übergegangen ist (BGH, Ur. v. 09.02.1989 – IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375, 380). Diese Fälle spart die vorliegende Klausel aber ausdrücklich aus.

Ob die **vorliegende Klausel** wirksam ist, konnte der BGH in seinem Ur. v. 04.02.2011 (V ZR 132/10, Rn. 15) noch offenlassen.

Anders als der BGH sollten Sie **ausdrücklich unter die verschiedenen Ansichten subsumieren**, um klarzustellen, ob Sie im zu beurteilenden Fall zu verschiedenen Ergebnissen kommen. Denn nur dann bedarf es einer Streitentscheidung.

Ob eine entsprechende Klausel, die nur bei **Personenidentität von Eigentümer und Sicherungsgeber** gilt, wirksam ist, musste der BGH nicht entscheiden.

zu nutzen [sog. Revalutierung] (MünchKomm-BGB/Eickmann, 6. Aufl., § 1191 Rn. 131; ...). Ausnahmen sollen nur für Bauträgerverträge gelten (...).“

Nach der erstgenannten Ansicht ist die vorliegende AGB wirksam. Sowohl nach der drittgenannten als auch – da die Klausel auch bei Personenverschiedenheit zwischen Sicherungsgeber und Eigentümer greifen soll – nach der zweitgenannte Ansicht ist die vorliegende AGB hingegen unwirksam

b) „[18] ... Mit den beiden zuletzt genannten Auffassungen sieht der Senat eine derartige Klausel **jedenfalls dann** gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB als **unwirksam an, wenn sie auch Fallgestaltungen erfasst, in denen der Sicherungsgeber – wie hier – nach einem Eigentumswechsel nicht mehr zugleich Grundstückseigentümer ist.**“

aa) „[19] ... Der Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgewähr nach Erledigung des Sicherungszwecks gehört bei einer nicht akzessorischen Sicherheit **unabdingbar zu dem Sicherungsvertrag**; um einen solchen handelte es sich nämlich nicht, wenn der Sicherungsnehmer die Sicherheit behalten dürfte. Weil der Anspruch ein **Wesensmerkmal der Sicherungsabrede** ist, darf er nicht völlig ausgeschlossen oder in einer Weise beschränkt werden, die einem Ausschluss gleichkommt (...). Zu Letzterem führt die Beschränkung auf einen Lösungsanspruch **jedenfalls dann**, wenn bei einem Eigentumswechsel der neue Eigentümer nicht in den Sicherungsvertrag eintritt und der frühere Eigentümer aus diesem Grund Sicherungsgeber bleibt. Dann kommt die Löschung – ebenso wie nach dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung – nicht dem Sicherungsgeber, sondern dem neuen Eigentümer zugute; **eine effektive Rückgewähr an den Sicherungsgeber kann nur durch Abtretung der Grundschuld erfolgen.**“

bb) „[20] ... Demgegenüber geht der Hinweis auf eine ‚Löschungsbestimmung‘ der Grundschuld, die sich unter anderem aus § 1179a BGB ergeben soll, und auf die Interessen der nachrangigen Grundpfandgläubiger schon im Ansatz fehl. **Der Lösungsanspruch gemäß § 1179a BGB enthält kein gesetzliches Leitbild für die Rückgewähr von Grundschulden.** Diese Norm **regelt nämlich gerade nicht die Rückgewähr, sondern nur deren Folgen**, wenn sie (nach Ausübung des Wahlrechts) durch Verzicht (§ 1192 Abs. 1, § 1168 Abs. 1 BGB) oder durch Übertragung an den Eigentümer zum Entstehen einer Eigentümergrundschuld geführt hat. Die Bestimmung bezweckt im Übrigen keineswegs die Besserstellung nachrangiger Gläubiger, sondern soll der **Entlastung der Grundbuchämter** dienen (...). Nichts anderes folgt aus den **Interessen der nachrangigen Gläubiger** als solchen. Diese haben bei der AGBKontrolle ohnehin **außer Betracht zu bleiben**, weil die nachrangigen Gläubiger – sofern es solche gibt – an dem maßgeblichen Vertragsverhältnis nicht beteiligt sind. Zudem begünstigt der Rückgewähranspruch nachrangige Gläubiger nicht; diese können von dem Grundstückseigentümer kein Verhalten verlangen, das den Rückübertragungsanspruch entstehen lässt (...). Insbesondere steht es dem Eigentümer frei, die Grundschuld nach Tilgung der ursprünglichen Forderung zu revalutieren, indem ihr neue Forderungen unterlegt werden (...).“

Die Klausel verstößt somit gegen § 307 Abs. 2 BGB.

3. „[21] Der Verstoß der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen das gesetzliche Leitbild führt im Zweifel zu deren Unwirksamkeit. Anderes gilt, wenn die Leitbildabweichung **sachlich gerechtfertigt** ist und der gesetzliche Schutzzweck **auf andere Weise sichergestellt** wird (...).“

a) „[22] ... Die Reduzierung auf den Lösungsanspruch macht zwar eine nähere **Prüfung der Person des Sicherungsgebers entbehrlich** und vereinfacht auf diese Weise die Vertragsabwicklung. Mögliche Regressansprüche wegen eines Irrtums über die Person des Sicherungsgebers können von vornherein ausgeschlos-

sen werden. Diese Interessen des Sicherungsnehmers können den (faktischen) Ausschluss der Rückgewähr aber nicht rechtfertigen. Sie wiegen nämlich schon deshalb nicht schwer, weil der Sicherungsgeber **ohne Mitwirkung des Sicherungsnehmers nicht ausgewechselt werden kann**. Es liegt daher in der Hand des Sicherungsnehmers, Irrtümer durch eine sorgfältige Sachbearbeitung auszuschließen ...“

b) „[23] ... Entgegen der Auffassung der Klägerin lässt sich die Wirksamkeit der Klausel auch nicht mit der Überlegung begründen, dass diese **nur in seltenen Fällen** einer effektiven Rückgewähr entgegensteht, die bei der im Rahmen der AGB-Kontrolle **gebotenen generalisierenden Betrachtung** außer Betracht bleiben könnten (...). Richtig ist zwar, dass Eigentümer und Sicherungsgeber personidentisch bleiben, sofern der neue Eigentümer bei einer Veräußerung des Grundstücks in den Sicherungsvertrag eintritt und hierdurch Sicherungsgeber wird (...). Dies mag in der Regel der Fall sein; zwingend ist ein solcher Ablauf aber keineswegs, weil der Eintritt in den Sicherungsvertrag die **Mitwirkung des Sicherungsnehmers** voraussetzt. Gerade dann, wenn – wie hier – zwei (oder mehrere) Personen Grundstückseigentümer, Kreditnehmer und Sicherungsgeber sind und im späteren Verlauf einer von ihnen unter Übernahme der Schuld im Innenverhältnis Alleineigentümer wird, kann die Klausel **den weichenden Eigentümer gravierend benachteiligen**, nämlich dann, wenn er im Außenverhältnis nicht aus der Haftung entlassen wird. Bei einer auf die Löschung beschränkten Rückgewähr liefe er Gefahr, im Außenverhältnis die Kreditverbindlichkeit zurückführen zu müssen, ohne im Gegenzug die dingliche Sicherung zurückzuerhalten, die für die Durchsetzung seines Regressanspruchs im Innenverhältnis von wesentlicher Bedeutung sein kann (...).“

Der Verstoß gegen das gesetzliche Leitbild ist somit nicht sachlich gerechtfertigt. Nach alledem hat der Beklagte einen nicht untergegangenen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld gegen die Klägerin.

B. § 273 BGB erfordert ferner **Gegenseitigkeit** der Ansprüche.

„[25] ... Dem Zurückbehaltungsrecht steht nicht entgegen, dass der Beklagte gemeinsam mit seinem früheren Mitgesellschafter Sicherungsgeber ist und der ihnen zustehende **Rückgewähranspruch nur gemeinschaftlich** geltend gemacht werden kann, während **allein der Beklagte Schuldner des** inzwischen rechtskräftig zuerkannten **Zahlungsanspruchs** ist. Voraussetzung für ein Zurückbehaltungsrecht ist zwar die Gegenseitigkeit der Ansprüche; es reicht jedoch aus, wenn die Gegenforderung dem Zurückhaltenden (hier dem Beklagten) **gemeinschaftlich mit anderen zusteht** (...).“

Die Ansprüche sind gegenseitig.

C. Zweifelhaft ist, ob der Beklagte dem **Inhalt** nach einen Rückgewähranspruch hat. Bisher hat der Beklagte, nicht aber sein Mitgesellschafter gemäß §§ 262, 263 BGB die Rückgewähr gewählt, obwohl beide Sicherungsgeber sind und ihnen das Wahlrecht daher gemeinschaftlich zusteht.

„[26] Unerheblich ist auch, dass die Sicherungsgeber im Grundsatz zunächst das Wahlrecht gemeinschaftlich ausüben müssen. Da der Beklagte nicht mehr Grundstückseigentümer ist, kommen weder Löschung noch Verzicht als Wahlmöglichkeit in Betracht. Vielmehr ist **allein die Rückübertragung** an beide Sicherungsgeber gemeinschaftlich **interessengerecht** und entspricht **billigem Ermessen im Sinne von § 745 Abs. 2 BGB**; der Beklagte kann von seinem früheren Mitgesellschafter eine gemeinsame Forderungseinziehung verlangen (§ 754 Satz 2 BGB), mit der sein Anteil zum Tragen kommt (...).“

Der Beklagte kann dem Kläger auch dem Inhalt nach einen Rückgewähranspruch entgehen lassen.

Eine **Gleichartigkeit** der Ansprüche ist für die Zurückbehaltungsrechte hingegen nicht erforderlich. Liegt sie vor, so kommt eine **Aufrechnung** in Betracht, vgl. § 387 BGB.

Der BGH antizipiert die **Wahl der Rückübertragung** durch den Mitgesellschafter mangels zulässiger Alternative. Der Inhalt des Anspruchs kann in einem Gutachten auch weiter oben angesprochen werden, etwa bei der Entstehung des Anspruchs.

Die Grundsuld muss zurückgewährt werden, sobald der Sicherungsnehmer sie nicht mehr benötigt. Der Sicherungsnehmer benötigt sie nicht mehr, sobald der **im Sicherungsvertrag festgelegte Sicherungszweck** entfallen ist.

Der Sicherungszweck entfällt beim **endgültigen Fortfall** aller gesicherten Forderungen, z.B. bei Nichtigkeit oder Erfüllung des Darlehens, nicht aber bei bloßer Nichtvaluierung des Darlehens oder dilatorischen Einreden, vgl. AS-Skript Sachenrecht 2 (2014), Rn. 151, 169.

D. Der Rückgewähranspruch muss schließlich **fällig** sein. Grundsätzlich tritt Fälligkeit sofort ein (§ 271 Abs. 1 Var. 1 BGB), etwas anderes gilt aber bei einem gemäß § 158 Abs. 1 BGB **aufschiebend bedingten Anspruch**.

„[28] ... [Zum Eintritt der Fälligkeit] muss die aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) eingetreten sein, unter der der Rückgewähranspruch regelmäßig steht und die in dem Wegfall des Sicherungszwecks zu sehen ist. **Für die Begründung eines Zurückbehaltungsrechts reichte es aus, wenn die aufschiebende Bedingung mit der Zahlung des Beklagten einträte**; denn es genügt, dass der Gegnensanspruch mit der Erbringung der geschuldeten Leistung fällig wird (...).

[29] ... Wann die Bedingung eintritt, richtet sich nach der **Sicherungsvereinbarung**.

[30] ... Dient die Grundsuld der Sicherung einer bestimmten Darlehensforderung und **sieht die Sicherungsabrede eine Revaluierung nicht vor (enger Sicherungszweck)**, müssen die Sicherungsgeber nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundsuld zahlen (...).

[31] ... Hier sicherte die Grundsuld insgesamt vier Darlehen, nämlich das von dem Beklagten aufgenommene und drei weitere [inzwischen vollständig getilgte Darlehen] des Mitgesellschafters und der GmbH; eine Revaluierung sah der Sicherungsvertrag nicht vor. (...) Auf eine etwaige anderweitige Vereinbarung im Zuge der Umschuldung kann sich die Klägerin gegenüber dem Beklagten nicht berufen, weil dieser an der Umschuldung nicht beteiligt worden ist ...“

Der Rückgewähranspruch ist fällig. Mithin ist § 273 BGB erfüllt. Die Klägerin kann vom Beklagten aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB Zahlung von 50.000 € verlangen, gemäß §§ 273, 274 Abs. 1 BGB aber nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundsuld.

Die Entscheidung verknüpft die **Examensklassiker** Grundsuldrecht und § 273 BGB mit den eher exotischen, aber **prüfungsrelevanten Regelungen** zur Gesamtgläubigerschaft, zur (Eigentümer-)gemeinschaft und zur Wahlschuld. Die Argumentation des BGH im Rahmen des § 307 BGB zum Rückgewähr- und Lösungsanspruch geht dabei recht weit in die Tiefe. In einer Examensklausur wird man an dieser Stelle auch mit weniger Wissen eine gute Leistung abliefern können.

Läge Unmöglichkeit der Rückgewähr (oben A. III.) vor, so hätte der Beklagte keinen entsprechenden Anspruch. Es wäre aber zu prüfen, ob er einen Anspruch aus **§ 285 BGB** hat, den er über § 273 BGB entgegenhalten kann.

„[32] ... Voraussetzung hierfür ist unter anderem, dass er einen **Schaden** darlegt. Dieser kann darin zu sehen sein, dass er die Darlehensforderung ohne Aussicht auf Rückgewähr der Grundsuld begleichen muss; hätte sich der Anspruch nur auf die Rückgewähr eines (nachrangigen) Teils der Grundsuld gerichtet, ist entscheidend, ob und inwieweit dieser werthaltig gewesen wäre.“

Im Originalfall war nicht aufgeklärt, ob die übrigen drei Darlehen getilgt sind. Daher hat der BGH an das Berufungsgericht zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen. In Rn. 27–31 weist der BGH darauf hin, dass bei einer engen Zweckabrede (ohne Revaluierung) aus der Sicherungsabrede auch bei **Teilfortfall des Sicherungszwecks durch Teilzahlung** die Grundsuld teilweise zurückzugewähren ist, soweit eine nachträgliche Übersicherung vorliegt.

Dr. Jan Stefan Lüdde