

**Examensklausurenkurs Zivilrecht****Klausur vom 26.11.2010**

A bestellt zu Gunsten des B am 05.09.2008 eine Buchgrundschuld zur Sicherung einer am selben Tage begründeten Darlehensforderung in Höhe von 10.000,- €, ohne dass der Sicherungszweck im Grundbuch eingetragen wird. A und B vereinbaren, dass die Forderung spätestens bis zum 07.02.2009 getilgt werden muss. Am 17.01.2009 tritt B zunächst seinen als „Darlehensforderung in Höhe von 10.000,- € gegen A“ bezeichneten Anspruch an C ab, von dem er 9.500,- € in bar erhält. A wird über diese Abtretung nicht informiert.

Am 15.06.2009 will C die Forderung in vollem Umfang geltend machen. A weigert sich, die Forderung zu begleichen. Er verweist darauf, dass er – was zutrifft – schon am 12.01.2009 mit einer fälligen Forderung gegen B in Höhe von 2.700,- € aufgerechnet habe, und rechnet überdies nunmehr, am 15.06.2009, mit einer weiteren fälligen Forderung gegen B in Höhe von 2.300,- € auf. Zuletzt beruft sich A auf den mit B abgeschlossenen Sicherungsvertrag. Insoweit ist A nur dazu bereit, die restlichen 5.000,- € zu zahlen, wenn ihm im Gegenzug die Grundschuld rückübertragen wird.

Bereits am 19.02.2009 war das Fahrzeug des B zum wiederholten Male mitten im Feierabendverkehr liegengeblieben. Daraufhin beschloss B, endlich ein neues Auto zu kaufen. Da ihm hierfür das nötige Geld fehlte, trat er am 16.03.2009 seine Sicherungsgrundschuld formgerecht an die D-Bank (D) gegen Zahlung von 9.000,- € ohne Hinweis auf die am 12.01.2009 erklärte Aufrechnung und die sonstige Vorgeschichte ab.

Als D im August 2009 aus der Grundschuld vorgehen will, macht A geltend, dass es sich hierbei um eine Sicherungsgrundschuld handelt, bei der die zugrunde liegende Forderung auf Grund der beiden Aufrechnungserklärungen bereits

in einer Gesamthöhe von 5.000,- € erloschen sei. Die Grundschuld sei deshalb in dieser Höhe zurückzugewähren. Zudem habe er sich mit B – was zutrifft - anlässlich einer Verhandlung in anderer Angelegenheit im Februar 2009 geeinigt, dass die Grundschuld bis Ende desselben Jahres gestundet werde. D macht zutreffend geltend, die Stundung sei weder im Grundbuch eingetragen noch ihr bekannt gewesen.

**Prüfen Sie gutachterlich alle evtl. Ansprüche des C und der D gegen A einschließlich evtl. Gegenrechte des A!**

Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, notfalls hilfsgutachterlich, einzugehen.

## Lösungsskizze

### **A. Anspruch des C gegen A auf Zahlung von 10.000,- € aus §§ 488 I , 398ff. BGB**

C könnte einen Anspruch gegen A auf Zahlung von 10.000,- € aus §§ 488 I, 398ff. BGB

#### **I. Entstehen einer Darlehensforderung gegen A in Höhe von 10.000,- €**

Hier ist ein Anspruch des B auf Rückzahlung des Darlehensbetrages mit Abschluss des Darlehensvertrags zwischen A und B am 05.09.2008 entstanden.

#### **II. Abtretung der Darlehensforderung von B an C**

Die Forderung könnte B an den C gem. § 398ff. BGB abgetreten haben.

##### **1. Abtretungsvertrag**

B und C haben den hierzu erforderlichen Abtretungsvertrag über eine „Darlehensforderung in Höhe von 10.000,- €“ am 17.01.2009 geschlossen.

##### **2. Bestehen der Forderung**

Die Abtretung der Forderung setzt weiter voraus, dass die abgetretene Forderung zum Zeitpunkt der Abtretung weiterhin bestanden hat.

##### **a. Ursprünglich**

Ursprünglich bestand die Forderung in der Höhe von 10.000,- €.

**b. Erlöschen durch Aufrechnung am 12.01.2009**

Die Forderung könnte hier durch Aufrechnung nach §§ 387ff. BGB in Höhe von 2.700,- € erloschen sein. Dem A stand eine fällige und gleichartige Gegenforderung gegen den B, wie von § 387 BGB vorausgesetzt, in Höhe von 2.700,- € zu. Da die Darlehensforderung spätestens am 07.02.2009 getilgt werden musste, war diese auch erfüllbar. A hat dem B gegenüber auch am 12.01.2009 gem. § 388 BGB die Aufrechnung erklärt. Gründe, die eine Aufrechnung ausschließen sind hier nicht ersichtlich. Die Forderung ist damit durch Aufrechnung in Höhe von 2.700,- € erloschen, § 389 BGB. Ein gutgläubiger Forderungserwerb ist nicht möglich. Die Darlehensforderung konnte nur bis zu einem Betrag von 7.300,- € abgetreten werden.

**3. Hinreichende Bestimmtheit**

Fraglich ist hier, ob nicht angesichts der durch die Aufrechnung verminderten Forderung, hier von einer mangelnden Bestimmtheit des Abtretungsvertrags auszugehen ist, da sich dieser schließlich auf eine Forderung von 10.000,- € bezieht. Eine fehlerhafte Bezeichnung einzelner Forderungsmerkmale kann jedoch nur dann der Bestimmtheit entgegenstehen, wenn auch durch Auslegung der Abtretungsgegenstand nicht mehr bestimmt werden kann. Hier war wohl nur eine Darlehensforderung zwischen B und A vorhanden, die als Abtretungsgegenstand in Betracht kommt, deren ursprüngliche Höhe 10.000,- € betrug. Auch kann davon ausgegangen werden, dass der Parteiwille darauf gerichtet war, jedenfalls eine etwaige Restforderung zu übertragen. Hier ist daher anzunehmen, dass die Parteien die Abtretung der Restforderung von 7.300,- € aus dem

Darlehensvertrag vom 05.09.2008 übertragen wollten. Der Abtretungsvertrag war damit trotz der Falschbezeichnung infolge der vorherigen Abtretung hinreichend bestimmt.

#### **4. Ausschluss der Abtretung nach § 399 2. Fall BGB**

Fraglich ist, ob die Abtretung hier nicht nach § 399 2. Fall BGB ausgeschlossen war. Eine entsprechende Vereinbarung könnte hier in dem Sicherungsvertrag zu sehen sein. Die Sicherungsabrede entfaltet jedoch nach hM regelmäßig keine dingliche Ausschlusswirkung, sondern untersagt dem Gläubiger nur schuldrechtlich eine getrennte Abtretung (BGH NJW-RR 91, 305; Palandt-Bassenge § 1191 Rn.22; Staudinger-Wolfsteiner vor § 1191 Rn. 285; aA wohl MüKo-Eickmann § 1191 Rn. 98). Ein Abtretungsverbot nach § 399 2. Fall BGB liegt damit nicht vor.

#### **5. Zwischenergebnis:**

Die gesicherte Darlehensforderung ist wirksam in Höhe von 7.300,- € auf C übergegangen.

### **III. Einwendungen und Einreden gegen die Forderung gem. §§ 404ff. BGB**

Fraglich ist, ob sich A gegenüber dem C auf Einreden und Einwendungen berufen kann, die ihm gegenüber dem Altgläubiger B zustehen. Dies bestimmt sich nach §§ 404 ff. BGB.

#### **1. Aufrechnung mit einer Forderung gegen B in Höhe von 2.300,- € am 15.06.2009**

Fraglich ist, ob A mit einer Gegenforderung gegen B auch noch nach Abtretung gegenüber dem Neugläubiger C aufrechnen kann.

Eine Aufrechnung gegenüber dem Neugläubiger ist unter den Voraussetzungen des § 406 BGB möglich.

**a. zur Aufrechnung geeignete Forderung ggü. B**

Dann müsste zunächst A gegenüber dem Altgläubiger B eine aufrechnungsg geeignete Gegenforderung haben. Die Gegenforderung des A ist gleichartig und fällig.

**b. Voraussetzungen des § 406**

(1) A dürfte beim Erwerb der Forderung keine Kenntnis von der Abtretung gehabt haben. A hat Kenntnis von der Abtretung erst am 15.06.2009 erlangt. Da hatte er die Forderung schon längst inne.

(2) Die Aufrechnung wäre weiter dann ausgeschlossen, wenn die Gegenforderung nach Kenntniserlangung und später als Hauptforderung fällig. Die Gegenforderung war jedoch bei Kenntniserlangung am 15.06.2009 bereits fällig. Auch isnoweit ist die Aufrechnung gegenüber C nicht ausgeschlossen.

**c. Erfüllbarkeit der Hauptforderung**

Die Hauptforderung war hier auch erfüllbar.

**d. Aufrechnungserklärung**

A hat auch die Aufrechnung nach § 388 BGB ordnungsgemäß erklärt.

**e. Kein Ausschluss der Aufrechnung**

Weitere Ausschlussgründe sind hier nicht ersichtlich.

**Zwischenergebnis:**

A konnte hier wirksam gem. § 406 BGB gegenüber C mit einer Forderung gegen B aufrechnen. Die Forderung des C ist daher in einer Höhe von weiteren 2.300,- € erloschen, § 389 BGB. C steht damit nur noch Restforderung von 5.000,- € zu.

**2. Zurückbehaltungsrecht gem. §§ 273, 404 BGB**

A könnte gem. § 404 BGB ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB, das ihm gegenüber B zusteht, auch dem C gegenüber geltend machen. Hier kommt ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB wegen eines Anspruchs auf Rückübertragung der Grundschuld aus dem Sicherungsvertrag in Betracht.

**a. Anspruch des A gegen B**

Aus dem Sicherungsvertrag ist B gegenüber A zur Rückübertragung der Grundschuld bei Wegfall des Sicherungszwecks (also insb. nach Befriedigung der gesicherten Forderung) verpflichtet. Die Rückgewähr erfolgt dabei nach Wahl des Eigentümers durch Rückübertragung (§§ 873, 1192 I, 1154 BGB), Aufhebung (§§ 875, 1183, 1192 I BGB) oder Verzicht (§§ 1168f. 1192 I BGB).

Der Sicherungsvertrag muss insoweit keine ausdrückliche Rückgewährklausel enthalten, sondern der Rückgewähranspruch ergibt sich bereits aus der treuhänderischen Natur der Sicherungsgrundschuld.

Problematisch könnte hier jedoch sein, dass der Rückübertragungsanspruch aufschiebend bedingt durch den Wegfall des Sicherungszwecks ist, er also vollwirksam erst dann entsteht (BGH NJW-RR 96, 234 [235]). Für das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB

reicht es aber aus, wenn der Gegenanspruch zum Zeitpunkt der Erbringung der geschuldeten Leistung entsteht und fällig wird (BGHZ 116, 247f.; Jauernig-Stadler § 273 Rn. 8). Da der Rückübertragungsanspruch mit der Erfüllung der gesicherten Forderung entsteht, reicht dies für § 273 BGB aus.

Ein Gegenanspruch im Sinne des § 273 BGB besteht hier daher.

### **b. Fälligkeit**

Der Gegenanspruch muss auch fällig sein, wobei es wiederum ausreicht, dass die Fälligkeit bei Erbringung der geschuldeten Leistung besteht. Dies ist hier der Fall

### **c. Konnexität**

Der Gegenanspruch muss auch auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen. Dies ist der Fall, wenn innerlich zusammenhängendes, einheitliches Lebensverhältnis vorliegt. Ein solches liegt zwischen der gesicherten Forderung und der Sicherungsgrundschuld stets vor.

### **d. Keine Vorleistungspflicht**

A war hier auch nicht vorleistungspflichtig.

### **Zwischenergebnis:**

A steht ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zu.

### **e. bereits zum Zeitpunkt der Abtretung begründet, § 404 BGB**

Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrecht über § 404 BGB setzt voraus, dass dieses bereits zum Zeitpunkt der Abtretung begründet war. Das Zurückbehaltungsrecht folgt aus dem Sicherungsvertrag. Dieser bestand schon zum Zeitpunkt der Abtretung. Das



Zurückbehaltungsrecht kann daher auch C gem. §§ 273, 404 BGB entgegengehalten werden.

**Ergebnis zu A:**

C hat keinen derzeit durchsetzbaren Anspruch gegen A.

**B. Anspruch der D gegen A auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus §§ 1147, 1192 I BGB**

D könnte einen Anspruch gegen A auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus §§ 1147, 1192 I BGB haben.

**I. Entstehen einer Grundschild**

Dann müsste eine Grundschild entstanden sein. Hier wurde eine Buchgrundschild für B zur Sicherung der Darlehensforderung gem. §§ 1191, 1192 I, 1116 II, § 873 BGB wirksam bestellt. Der Sicherungszweck ist gar nicht eintragungsfähig, die Nichteintragung demnach nicht relevant. Eine Grundschild ist daher entstanden.

**II. Übertragung der Buchgrundschild von B auf die D**

Die Grundschild müsste wirksam von B auf D übertragen worden sein. Die Übertragung einer Buchgrundschild erfolgt durch formlose Abtretung der Grundschild selbst (nicht einer gesicherten Forderung) und Eintragung im Grundbuch; §§ 1192 I, 1154 III, 873 BGB. Hier wurde die Buchgrundschild formgerecht und damit wirksam auf die D übertragen.

**III. Einreden des A gegen die Sicherungsgrundschild**

Fraglich ist, ob bzw. welche Einreden A gegen die Sicherungsgrundschild der D gegenüber geltend machen kann.

**1. Einrede der Rückgewährpflicht**

Hier ist die gesicherte Forderung infolge der Aufrechnungen in Höhe von insg. 5.000,- € gem. § 389 BGB erloschen. Aus dem Sicherungsvertrag folgt dann ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr der Grundschild gegenüber dem (alten) Gläubiger

soweit die Forderung erloschen ist. Dieser Anspruch kann der Grundschuld einredeweise entgegengehalten werden. Fraglich ist jedoch, ob die Rückgewährpflicht hier auch dem neuen Grundschuldgläubiger D entgegengehalten werden kann.

**a. Rückgewährpflicht wegen Aufrechnung vom 12.01.2009 in Höhe von 2.700,- €**

Nach §§ 1192 Ia 1, 1157 BGB können einem Neugläubiger auch die Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem Altgläubiger zustehen oder sich hieraus ergeben, entgegengehalten werden. Die Einrede der Rückgewährpflicht stellt eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag dar. Die Aufrechnung am 12.01.2009 erfolgte noch vor Übertragung der Grundschuld. Sie stand dem Eigentümer A damit auch bereits bei Übertragung der Grundschuld zu (§§ 1192 Ia 1 1. Fall, 1157 S. 1 BGB).

Fraglich ist jedoch, ob D die Grundschuld nicht gem. §§ 1192 I, 1157 S. 2, 892ff. BGB gutgläubig einrededefrei erworben hat. Nach § 1192 Ia 1 2. HS BGB ist jedoch ein gutgläubiger einrededefreier Erwerb bezüglich der Einreden aus dem Sicherungsvertrag ausgeschlossen. Die mangelnde Kenntnis der D von der Aufrechnung steht der Einrede daher nicht entgegen.

A kann daher die Einrede der Rückgewährpflicht auch der Geltendmachung der Grundschuld durch D entgegenhalten.

**b. Rückgewährpflicht wegen Aufrechnung vom 15.06.2009 in Höhe von 2.300,- €**

A könnte hier auch die Einrede der Rückgewährpflicht bezüglich der Aufrechnung vom 15.06.2009 der Geltendmachung der Grundschuld durch D entgegenhalten. Fraglich ist, ob von §§ 1192 Ia 1 1. HS, 1157 BGB nur solche Einreden erfasst werden, deren Tatbestände bereits vor der Übertragung verwirklicht worden sind.

Nach früherer Rechtslage bestimmte sich die Geltendmachung von Einreden gegenüber Neugläubigern allein nach § 1157 BGB. Dieser setzt voraus, dass die Einrede dem Eigentümer „zusteht“. Hieraus folgt, dass der Einredetatbestand zum Zeitpunkt der Übertragung bereits verwirklicht sein muss. Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit § 404 BGB, wo die Einrede lediglich „begründet“ sein muss. Für Einwendungen aufgrund von § 406 BGB gelten die §§ 1192, 1156 BGB: Grundschuldner muss sich die nachträglich erklärte Aufrechnung nicht entgegenhalten lassen.

Nach jetziger Rechtslage ist zweifelhaft, ob angesichts der Einführung des §§ 1192 Ia BGB hieran festgehalten werden kann. Hierfür spricht, dass § 1192 Ia 2 BGB anordnet, dass die Regelung des § 1157 S. 1 BGB unberührt bleibt. § 1192 Ia BGB könnte jedoch insoweit eine den § 1157 BGB nur modifizierende bzw. nur teilweise verdrängende Funktion zukommen. Nach dem Wortlaut des § 1192 Ia 1 BGB muss die Einrede „... zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben“. Aus der 2. Variante lässt sich schließen, dass der Entstehungszeitpunkt für die Geltendmachung der Einrede nicht von Bedeutung ist (Redeker ZIP 2009, 208 [210]; Dieckmann NZM 2008, 865 [870]). Diese Auffassung entspricht auch den Ge-

setzesmaterialien (BT-Drs. 16/9821, S. 22) und würde auch den Eigentümer besser vor einer mit dem Sicherungszweck nicht zu vereinbarenden Gefahr einer doppelten oder vorzeitigen Inanspruchnahme schützen.

Nach § 1192 Ia BGB können daher auch nach Übertragung entstandene Einreden dem Grundschuldgläubiger entgegengehalten werden.

Auch die Rückgewährpflicht bezüglich der Aufrechnung vom 15.06.2009 steht daher der Geltendmachung der Grundschuld entgegen.

### **c. Erhebung der Einrede der Rückgewährpflicht**

A hat die Einrede der Rückgewährpflicht bezüglich beider Aufrechnungen auch der D gegenüber erhoben.

## **2. Stundungseinrede**

Die Stundungsvereinbarung zwischen A und B vom Februar 2009 begründet eine Einrede des Schuldners A.

Fraglich ist, ob die Stundungseinrede nach § 1192 Ia BGB oder über § 1157 BGB entgegengehalten werden kann.

In der Stundungsabrede ist eine Änderung des Sicherungsvertrags zu sehen, so dass die Einrede gem. § 1192 Ia BGB auch der Neugläubigerin D entgegengehalten werden kann. Auf die Unkenntnis der D von der Stundungsvereinbarung kommt es daher wegen § 1192 Ia 1 2.HS BGB nicht an.

A hat die Stundungseinrede auch gegenüber D erhoben.

Damit steht auch die Stundungseinrede der Geltendmachung der Grundschuld entgegen.

*Anm.: Gut vertretbar ist auch, eine Änderung des Sicherungsvertrags durch die Stundungsabrede abzulehnen und § 1157 BGB für anwendbar zu halten. Dann müssten die Bearbeiter die Möglichkeit eines gutgläubig einredefreien Erwerbs nach § 1157 S. 2 BGB erörtern. Hier dürfte die D die Grundschuld mangels Eintragung und Kenntnis frei von der Stundungseinrede erworben haben.*

### **3. Befreiungseinrede**

4. Tilgt der Eigentümer-Schuldner, wie hier A, die Sicherungsgrundschuld, geht damit die Grundschuld über (str., ob nach §§ 1142, 1143 BGB oder § 1163 I 2 BGB oder §§ 1168, 1170 BGB) und die gesicherte Forderung erlischt nach § 362 I BGB. Auch die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung wird wie eine Tilgung behandelt (Palandt-Bassenge § 1191 Rn. 34). Im Falle einer isolierten Abtretung der Forderung, kann der Eigentümer der Geltendmachung der Grundschuld entgegenhalten, dass er hierdurch nicht von der gesicherten Forderung befreit würde. Diese Einrede folgt aus dem Sicherungsvertrag und kann daher gem. § 1192 Ia BGB auch einem neuen Grundschuldgläubiger entgegengehalten werden.

Ein gutgläubig einredefreier Erwerb ist hier nach § 1192 Ia 1 2. HS BGB ausgeschlossen.

Fraglich ist, ob A die „Befreiungseinrede“ auch gegenüber D erhoben hat. A macht hier geltend, dass es sich um eine Sicherungsgrundschuld handele und ein Teil der Forderung noch offensteht. Hierin kann die Erhebung der Einrede gesehen werden.

Auch die „Befreiungseinrede“ steht daher der Geltendmachung der Grundschuld durch D entgegen.

**Ergebnis zu B:**

D hat keinen durchsetzbaren Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen A aus §§ 1147, 1192 I BGB.