

gangener, vorsätzlicher, rechtswidriger und schuldhafter Mord (§§ 212, 211, 25 II StGB).

III. Fazit

Der Verlegenheitslösung des 5. Senats im Fall Engel in Gestalt der Einstellung des Verfahrens nach § 206 a StPO hätte es nach alledem nicht bedurft⁹². Der Hinweis darauf, dass angesichts des hohen Alters des Angeklagten und begrenzter Möglichkeiten zur Verfahrensförderung und -beschleunigung die Feststellung eines nichtverjährten Mordes ausgeschlossen sei⁹³, lässt den Verdacht aufkommen, dass man auf mehr oder weniger elegante Weise ein politisch brisantes und unangenehmes Verfahren

zum endgültigen Abschluss bringen wollte. Die vorstehenden Ausführungen sollen verdeutlichen, dass eine Verurteilung Engels durchaus nahegelegen hätte. Dass dieser sich erst mit über neunzig Jahren Lebensalter vor der deutschen Gerichtsbarkeit verantworten musste, ist allerdings ein bedenkliches Symptom für die deutsche (und italienische) Justiz der Nachkriegszeit. Hätte diese in den vergangenen Jahrzehnten effektiver gearbeitet, müsste man heute nicht Greisen den Prozess machen⁹⁴.

⁹² Krit. Auch BERTRAM, NJW 2004, 2278 (2280 f.).

⁹³ BGH NJW 2004, 2316 (2319).

⁹⁴ Zum Phänomen »Greise vor Gericht« vgl. v. MÜNCH, JZ 2004, 184 ff.

Übungsklausur ZR

Fortgeschrittenenklausur – Bürgerliches Recht: Zahlung an den ehemaligen Hypothekar¹

Von Prof. Dr. Klaus Peter Berger, LL.M. und Wiss. Mit. Lars Christian Göhmann, Köln

Die Klausur lässt sich in zwei Teile unterschiedlichen Schwierigkeitsgrades gliedern. Dabei stellt der erste geradezu einen Klassiker des Hypothekenrechts dar. Es geht um die Durchbrechung der Akzessorietät über § 1156 S. 1 BGB sowie um den gutgläubigen einreddefreien Erwerb. Erheblich schwieriger ist dagegen der zweite Teil, in dem es um die Rückzahlungsansprüche des Hypothekenschuldners geht, der nach einer Abtretung an den ehemaligen Hypothekar leistet.

SACHVERHALT:

E ist Eigentümer eines Hauses samt Grundstück in Porz-Eil. Zur Finanzierung eines Dachausbaues nimmt er bei seinem Bekannten B Mitte 2002 ein Darlehen in Höhe von 10.000 € auf, das Ende 2003 fällig sein soll. Zur Sicherung desselben einigen sich E und B auf die Bestellung einer Hypothek am Grundstück des E. Nachdem diese ordnungsgemäß im Grundbuch eingetragen ist, übergibt E dem B den vom Grundbuchamt erteilten Brief.

Als E im März 2003 in Zahlungsschwierigkeiten gerät, vereinbart er mit B, dass dieser bis Mitte 2004 weder die Darlehensforderung noch die Hypothek solle geltend machen dürfen. Diese Abrede wird allerdings weder im Grundbuch, noch auf dem Brief vermerkt. Da B jedoch seinerseits liquide Mittel benötigt, kommt er einige Zeit später mit Z schriftlich überein, dieser solle gegen Zahlung von 9.000 € »die Hypothek abgetreten bekommen«. Daraufhin händigt B dem Z zwar den Hypothekenbrief aus, versäumt es aber, E von diesem Vorgang in Kenntnis zu setzen.

Dem E werden seine Schulden bei seinem Bekannten in der Folgezeit jedoch zunehmend unangenehm. Er entschließt sich daher im Oktober 2003 zum Verkauf seines Zweitwagens. Anschließend begibt er sich zu B und zahlt an diesen unter Hinweis auf den Darlehensvertrag von Mitte 2002 eine Summe von 10.000 €. B, der sich in diesem Moment zwar an das Darlehen an E, nicht jedoch an das Geschäft mit Z erinnert, nimmt das Geld dankend entgegen.

Ende 2003 wendet sich Z an E und verlangt Zahlung von 10.000 €, hilfsweise Duldung der Zwangsvollstreckung. E weigert sich mit Hinweis darauf, dass er, in der Annahme, B sei noch sein Gläubiger, bereits an diesen geleistet habe. Im Übrigen könne Z von ihm, E, vor Mitte 2004 ohnehin nichts verlangen, da er mit B insoweit vereinbart habe, dieser dürfe seine Ansprü-

che vorher nicht geltend machen. Insgesamt ist E der Ansicht, Z solle sich an B halten. Z erklärt aber, mit B unter keinen Umständen mehr etwas zu tun haben zu wollen.

Kann Z von E Rückzahlung der Darlehenssumme oder hilfsweise Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen? Für den Fall, dass er Ansprüchen des Z ausgesetzt sein sollte, verlangt E von B Rückzahlung der 10.000 €. Zu Recht?

LÖSUNG:

A. Ansprüche des Z gegen E

1. Anspruch auf Zahlung in Höhe von 10.000 € aus §§ 488 Abs. 1 S. 2, 398 S. 2²

1. Anspruchsentstehung

E hat den Darlehensvertrag nicht mit Z, sondern mit B abgeschlossen. Z könnte den Anspruch auf Rückzahlung der Darlehenssumme (§ 488 Abs. 1 S. 2) jedoch durch Abtretung (§ 398) von B erworben haben.

a) *Abtretungsvertrag.* Die Abtretung setzt einen Vertrag zwischen Zedent und Zessionar voraus, der die Übertragung der Forderung zum Inhalt hat. B und Z haben allerdings lediglich vereinbart, dass letzterer die Hypothek erhalten solle, von der Darlehensforderung selbst war nicht die Rede. Gem. § 1153 Abs. 2 kann die Hypothek jedoch nicht ohne die Forderung übertragen werden. Als akzessorisches Sicherungsmittel folgt sie vielmehr der Forderung im Falle ihrer Abtretung kraft Gesetzes (§ 1153 Abs. 1)³. Da juristischen Laien dieser Mechanismus aber regelmäßig unbekannt ist, ist eine Abtretungserklä-

¹ Der Fall wurde in der Vorgerücktenübung an der Universität zu Köln als abschließende Aufsichtsarbeit gestellt. Die Bearbeiter erzielten im Durchschnitt trotz konkreter Vorbereitung in der Vorlesung nur 6,1 Punkte.

² Sämtliche §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuches.

³ Die Regelung des § 1153 Abs. 1 besagt, dass die Hypothek der Forderung folgt, nicht umgekehrt, wie von den Bearbeitern vielfach angenommen wurde. Der Mitlauf der Hypothek mit der Forderung ist auch in § 401 Abs. 1 geregelt, dort jedoch auf Zession und cessio legis beschränkt und nur mit dispositiver Natur ausgestattet; vgl. MünchKomm/EICKMANN, BGB, 4. Aufl., 2004, § 1153 Rdn. 1; SOERGEL/KONZEN, BGB, 12. Aufl., 1989, § 1153 Rdn. 1.

zung, deren Wortlaut sich nur auf die Hypothek bezieht, gem. §§ 133, 157 in der Regel als Übertragung der Forderung und, damit notwendig verbunden, der Hypothek auszulegen⁴. Der Wirksamkeit des Abtretungsvertrages steht ein Abtretungsverbot (§ 399) nicht entgegen.

b) *Wahrung des Formerfordernisses*. Gem. § 1154 Abs. 1 ist die Abtretung einer hypothekarisch gesicherten Forderung jedoch an bestimmte Formalia gebunden. Ob diese Formerfordernisse vorliegend einschlägig sind, hängt also davon ab, ob zur Sicherung der Darlehensforderung wirksam eine Hypothek bestellt wurde⁵. Dies setzt gem. §§ 873 Abs. 1, 1113 Abs. 1 eine Einigung, gem. §§ 873 Abs. 1, 1115 Abs. 1 die Eintragung, gem. §§ 1116 Abs. 1, 1117 Abs. 1 S. 1 bei der Briefhypothek die Übergabe des vom Grundbuchamt (§ 56 Abs. 1 S. 1 GBO) erteilten Briefes sowie gem. § 1113 Abs. 1 das Bestehen der zu sichernden Geldforderung voraus. Hier haben sich *E* und *B* auf die Bestellung einer Briefhypothek geeinigt, der Grundbucheintrag sowie die Briefübergabe sind ordnungsgemäß erfolgt und mit Abschluss des Darlehensvertrages (§ 488) ist zudem die Geldforderung des *B* auf Rückzahlung gegen *E* als betagte entstanden⁶. Die Forderung ist damit durch eine Hypothek gesichert. Daraus ergibt sich, dass die Abtretungserklärung hinsichtlich der Darlehensforderung zum einen der Schriftform bedarf und zum anderen der Hypothekenbrief übergeben werden muss (§ 1154 Abs. 1 S. 1). Hier wurde sowohl die Schriftform eingehalten als auch der Brief übergeben. Die Abtretung erfolgte mithin formgerecht. *Z* ist damit gem. § 398 S. 2 als Gläubiger an die Stelle des *B* getreten.

2. Erlöschen des Anspruchs

Die abgetretene Forderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 könnte jedoch gem. §§ 407 Abs. 1, 362 Abs. 1 erloschen sein⁷. Gem. § 407 Abs. 1 muss sich der Zessionar so behandeln lassen, als hätte er die Leistung selbst erhalten, wenn der Schuldner in Unkenntnis der Abtretung an den Zedenten leistet. Hier hat *E* 10.000 € an den ehemaligen Gläubiger *B* gezahlt, ohne von der Abtretung an *Z* zu wissen. Hierbei handelt es sich um eine Zahlung auf die Darlehensforderung. Zwar ist auch rechtlich möglich, dass der Schuldner, der zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, nur auf die dingliche Schuld leistet⁸. Fehlen allerdings besondere Umstände, die hierauf hindeuten, so gilt umgekehrt, dass eine Leistung des Eigentümers/Schuldners im Zweifel nur die persönliche Schuld tilgen soll, da diese rechtlich das Kernstück der Hypothek darstellt⁹. Hier hat *E* an *B* »unter Hinweis auf den Darlehensvertrag« gezahlt. Er wollte daher nicht etwa ausschließlich auf die Hypothek, sondern im Gegenteil auf die persönliche Schuld leisten.

Dass hier ein *pactum de non petendo* oder eine Stundung vereinbart war, steht der Erfüllungswirkung der Zahlung nicht entgegen. Eine solche Abrede hat allenfalls auf die Fälligkeit der Forderung, nicht aber auf deren Erfüllbarkeit Einfluss (vgl. § 271 Abs. 2) und bleibt daher im Hinblick auf das Erlöschen der Forderung gem. § 362 Abs. 1 ohne Auswirkung.

Dem Schuldner steht allerdings hinsichtlich der Wirkung des § 407 nach h. M. ein Wahlrecht zu¹⁰. Hier verweigert *E* eine weitere Zahlung auf die Darlehensforderung ausdrücklich unter Hinweis auf die bereits an *B* geleistete. Dies ist als Berufung des *E* auf den Schutz von § 407 Abs. 1 aufzufassen. Diese Entscheidung des *E* ist in jedem Falle bindend¹¹. Eine Anfechtung kommt nicht in Betracht, da allenfalls ein unbeachtlicher Motivirrtum vorliegt.

Z muss daher die Leistung des *E* an *B* gem. § 407 Abs. 1 gegen sich gelten lassen.

Etwas anderes ergibt sich für den Rückzahlungsanspruch auch nicht aus § 1156 S. 1, da dieser die Wirkung der §§ 406 bis 408 nur in Ansehung der Hypothek, nicht aber in Bezug auf die Forderung einschränkt. Der dem *Z* abgetretene Anspruch ist daher gem. §§ 407 Abs. 1, 362 Abs. 1 erloschen.

Z kann von *E* nicht Zahlung von 10.000 € aus §§ 488 Abs. 1 S. 2, 398 S. 2 verlangen.

II. Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung zur Befriedigung der Darlehensforderung aus § 1147

Obwohl *Z* demnach aus der persönlichen Forderung nicht mehr gegen *E* vorgehen kann, könnte noch dessen Grundstück für die Befriedigung des Darlehensrückzahlungsanspruches haften. Dass § 1147 dabei lediglich einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gewährt, entspricht der h. M.¹². Nach der Gegenansicht besteht die Hypothek in dem Recht des Gläubigers, aus dem Grundstück die Zahlung einer Geldsumme zur Befriedigung der gesicherten Forderung zu verlangen¹³. Dieser Streit muss hier jedoch, schon wegen des eindeutigen Begehrens des *Z*, nicht ausgebreitet werden.

1. Parteien des Anspruches

Schuldner des Anspruches aus § 1147 ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks, also *E*, berechtigt zur Geltendmachung ist der Gläubiger der Hypothek¹⁴. Ursprünglich wurde die Hypothek am Grundstück des *E* zugunsten des *B* bestellt. Hierbei wurden alle Wirksamkeitserfordernisse eingehalten (s. A. I. 1.). *Z* könnte die Hypothek jedoch von *B* erworben haben. Als akzessorisches Sicherungsmittel wird nie die Hypothek selbst, sondern immer die Forderung übertragen, was den automatischen Übergang auch ersterer zur Folge hat (§ 1153 Abs. 1). Wie oben

4 PALANDT/BASSENGE, BGB, 63. Aufl., 2004, § 1153 Rdn. 2; SOERGEL/KONZEN (Fn. 3), § 1153 Rdn. 1; STAUDINGER/WOLFSTEINER, BGB, Neubearbeitung 2002, § 1153 Rdn. 12.

5 Dies wurde von vielen Bearbeitern verkannt und stattdessen § 1154 Abs. 1 unmittelbar geprüft. Grundsätzlich ist eine Forderungsabtretung jedoch formlos möglich, so dass eine Ausnahme der Begründung bedarf.

6 Wann genau der Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers entsteht, ist umstritten. Nach HABBERSACK, in: HADDING/HOPT/SCHIMANSKY (Hrsg.), Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte – Wissenszurechnung bei Kreditinstituten, S. 3, 7; MünchKomm/H. P. WESTERMANN, BGB, 3. Aufl., 1997, Vor § 607 Rdn. 9 entsteht der Anspruch als betagter Anspruch bereits mit Vertragsschluss. Nach PALANDT/PUTZO (Fn. 4), § 488 Rdn. 12; BAMBERGER/ROTH/ROHE, BGB, 2003, § 488 Rdn. 34 handelt es sich um einen künftigen Anspruch, dessen Entstehung neben einem wirksamen Darlehensvertrag die Valutierung voraussetzt. Für einen künftigen Anspruch auch SOERGEL/HÄUSER (Fn. 3), § 607 Rdn. 151; ähnlich (gesetzlicher Abwicklungsanspruch) MÜLBERT, WM 2002, 469; DERS., ACP 192 (1992), 447, 465. Geht man von einem künftigen Anspruch aus, ist § 1113 Abs. 2 zu erwähnen. Rechtliche Probleme ergeben sich hieraus jedoch nicht, da der Eigentümer *E* das Entstehen des Rückzahlungsanspruches nicht mehr einseitig verhindern kann; vgl. zu diesem Erfordernis MünchKomm/EICKMANN (Fn. 3), § 1113 Rdn. 50.

7 Viele Bearbeiter prüften § 362 Abs. 1 als *rechtshemmende Einrede*. Dies ist schon angesichts des Wortlauts der Norm grob falsch.

8 Vgl. BGH NJW 1996, 1207; STAUDINGER/GURSKY (Fn. 4), § 893 Rdn. 16; PALANDT/HEINRICHS (Fn. 4), § 1113 Rdn. 24.

9 BGHZ 7, 123, 126; PALANDT/HEINRICHS (Fn. 4), § 1113 Rdn. 24; nach STAUDINGER/GURSKY (Fn. 4), § 893 Rdn. 4 erfolgen Zahlungen des Eigentümers/Schuldners grundsätzlich auf die funktionale Einheit aus Forderung und Hypothek.

10 BGHZ 102, 68, 72; BGH NJW 2001, 231, 232; PALANDT/HEINRICHS (Fn. 4), § 407 Rdn. 5; MünchKomm/ROTH, BGB, 4. Aufl., 2001, § 407 Rdn. 10; ERMAN/H. P. WESTERMANN, BGB, 10. Aufl., 2000, § 407 Rdn. 2; aA STAUDINGER/BUSCHE, BGB, 13. Bearbeitung, 1999, § 407 Rdn. 8; zweifelnd BAMBERGER/ROTH/ROHE (Fn. 6), § 407 Rdn. 19.

11 Vgl. MünchKomm/ROTH (Fn. 10), § 407 Rdn. 11; ERMAN/H. P. WESTERMANN (Fn. 10), § 407 Rdn. 2; BAMBERGER/ROTH/ROHE (Fn. 6), § 407 Rdn. 19.

12 RGZ 93, 234, 236; BGHZ 7, 123, 126; PALANDT/BASSENGE (Fn. 4), § 1147 Rdn. 1; ERMAN/WENZEL (Fn. 10), Vor § 1113 Rdn. 4; SOERGEL/KONZEN (Fn. 3), § 1147 Rdn. 1; WESTERMANN, Sachenrecht, 7. Aufl., 1998, § 96 II. 2; BAMBERGER/ROTH/ROHE (Fn. 6), § 1147 Rdn. 1.

13 So etwa STAUDINGER/WOLFSTEINER (Fn. 4), Einl. zu § 1113 Rdn. 24; MünchKomm/EICKMANN (Fn. 4), § 1147 Rdn. 5.

14 Vgl. MünchKomm/EICKMANN (Fn. 4), § 1147 Rdn. 16 f.; STAUDINGER/WOLFSTEINER (Fn. 4), § 1147 Rdn. 8, 12.

bereits ausgeführt, ist die Erklärung von B und Z, die Hypothek abtreten zu wollen, als Forderungsabtretung auszulegen. Die Schriftform wurde dabei gewahrt und die Briefübergabe ist erfolgt (§ 1154 Abs. 1 S. 1). Die Hypothek ist damit ipso iure auf Z übergegangen.

2. Rückfall der Hypothek gem. § 1163 Abs. 1 S. 2

a) *Verwandlung in Eigentümergrundschuld.* Durch die Zahlung von 10.000 € durch E an B könnte sich die Hypothek jedoch gem. § 1163 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 1177 Abs. 1 S. 1 in eine Eigentümergrundschuld verwandelt haben. Grundsätzlich hat ein Erlöschen der Forderung, das durch den Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, bewirkt wird, zur Folge, dass die Hypothek gem. § 1163 Abs. 1 S. 2 an diesen zurückfällt. Dabei verwandelt sie sich gem. § 1177 Abs. 1 S. 1 in eine Eigentümergrundschuld¹⁵. Diesem Mechanismus könnte hier aber § 1156 S. 1 entgegenstehen. Diese Regelung erklärt die §§ 406–408 für das Verhältnis zwischen Eigentümer und neuem Gläubiger für Rechtsvorgänge, die sich nach der Abtretung ereignen, in Ansehung der Hypothek für unanwendbar. Hier ist die Darlehensforderung nach deren Erwerb durch Z, obwohl an einen Nichtberechtigten geleistet wurde, aufgrund von § 407 erloschen. Da diese Regelung wegen § 1156 S. 1 jedoch nicht für die Hypothek gilt, besteht diese forderungsentkleidet fort¹⁶. Dass die Forderung gem. § 362 Abs. 1 erloschen ist, ist daher für den Anspruch des Z aus § 1147 unschädlich.

b) *Gutgläubensschutz zugunsten E.* Auch § 893 hilft E, der von der Abtretung nichts wusste, insoweit nicht weiter. Da der Gutgläubensschutz des § 892, auf den § 893 verweist, nur bei Leistungen auf dingliche Rechte in Betracht kommt¹⁷, hätte E gerade auf die Hypothek leisten müssen. Seine Zahlung erfolgte jedoch »unter Hinweis auf den Darlehensvertrag« und galt damit der persönlichen Schuld. Selbst aber wenn man zu seinen Gunsten von einer Zahlung auf die funktionale Einheit aus Forderung und Hypothek ausginge¹⁸, käme § 893 E nicht zugute. Die Regelung des § 893 findet nämlich nach allgemeiner Meinung bei Kapitalrückzahlungen auf Briefhypotheken allenfalls dann Anwendung, wenn der Buchberechtigte zugleich den Brief besitzt¹⁹. Über diesen verfügte B im Zeitpunkt der Zahlung aber nicht mehr.

c) *Zwischenergebnis.* Z ist daher trotz der Zahlung des E an B Gläubiger der Hypothek.

3. Durchsetzbarkeit des Anspruches

a) *Pactum de non petendo.* Z wendet sich Ende 2003 an E und verlangt Duldung der Zwangsvollstreckung. Der dingliche Anspruch aus § 1147 kann, außer in den Fällen des § 1133, grundsätzlich allerdings erst zusammen mit der Schuld geltend gemacht werden²⁰. Dabei fallen Fälligkeit von Forderung und Hypothek in der Regel zusammen²¹. Hier sollte die Rückzahlung des Darlehens Ende 2003 fällig sein. Allerdings hat E mit B noch vor der Abtretung vereinbart, dass dieser vor Mitte 2004 weder Forderung noch Hypothek solle geltend machen dürfen. Diese Abrede stellt ein so genanntes *pactum de non petendo* dar. Dem Schuldner wird dadurch eine Einrede gegen die Geltendmachung der Forderung gewährt, während diese zunächst fällig bleibt²².

Die Einrede betrifft nach ihrem Wortlaut sowohl den dinglichen Anspruch aus § 1147, als auch den schuldrechtlichen aus § 488 Abs. 1 S. 2²³. Dabei kann E die Einrede gegen den Anspruch aus § 1147 gem. § 1157 S. 1 auch dem neuen Hypothekar Z entgegenhalten. Die Erhebung der Einrede gegen die Darlehensforderung auch gegen die Hypothek ermöglicht § 1137 Abs. 1 S. 1. Dies gilt auch gegenüber dem Zessionar Z, weil diesem das *pactum de non petendo* gegen die persönliche Schuld über § 404 entgegengesetzt werden kann²⁴.

Fraglich ist jedoch, ob die Einrede gegen die persönliche For-

derung der Hypothek trotz der Tatsache entgegengehalten werden kann, dass die persönliche Forderung zwischenzeitlich qua Erfüllung erloschen ist. Zu berücksichtigen ist insoweit aber, dass in Ansehung der Hypothek hinsichtlich der Forderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 hier § 1156 eingegriffen hat. Dies hat zur Folge, dass in Bezug auf den hypothekarischen Anspruch die persönliche Forderung als fortbestehend fingiert wird²⁵. Diese Fiktion beschränkt sich aber nicht nur auf den Anspruch, sondern umfasst auch die gegen diesen bestehenden Einreden. Ansonsten würde der Hypothekar durch § 1156 mehr als erforderlich bevorteilt. Diese Regelung dient der Verkehrsfähigkeit der Hypothek als dinglichem Recht, indem sich der neue Gläubiger bestimmte Rechtsgeschäfte zwischen Zedent und Schuldner in Bezug auf die Hypothek nicht entgegenhalten lassen muss²⁶. Über dieses Ziel würde aber hinausgeschossen, wenn nur das Recht, vom Schuldner etwas verlangen zu dürfen, nicht aber etwaige einschränkende Abreden, wie hier in Bezug auf die Geltendmachung, als fortbestehend fingiert würden. Folge der Anwendung des § 1156 ist daher, dass trotz des Erlöschens der Forderung *in Ansehung der Hypothek* der Akzessorietätsgrundsatz weiter Geltung beansprucht. Aus diesem ergibt sich aber unter anderem, dass der Inhalt der Hypothek durch die Forderung, einschließlich der gegen diese bestehenden Einreden, bestimmt wird²⁷. Das Erlöschen der Forderung gem. § 362 Abs. 1 verhindert daher nicht, dass E die gegen diese bestehende Einrede über § 1137 gegen die Hypothek geltend machen kann.

Wie dies bei Einreden erforderlich ist, hat sich E gegenüber Z auf die Abrede mit B berufen. Hinsichtlich des Anspruches aus § 1147 könnte E daher wegen der Einrede gegen die Hypothek gem. § 1157 S. 1 sowie wegen der Einrede gegen die persönliche Forderung gem. § 1137 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 404 bis Mitte 2004 ein

15 Vgl. STAUDINGER/WOLFSTEINER (Fn. 4), § 1163 Rdn. 38; PALANDT/BASSENGE (Fn. 4), § 1163 Rdn. 15.

16 PALANDT/BASSENGE (Fn. 4), § 1156 Rdn. 1; PLANCK/STRECKER, BGB, 1. und 2. Aufl., 1902, § 1156 Rdn. 2; aA JAUERNIG/JAUERNIG, BGB, 10. Aufl., 2003, § 1156 Rdn. 1, der wegen des Fehlens einer Forderung von einer Fremdgrundschuld ausgeht.

17 BGH NJW 1996, 1207; ERMAN/HAGEN/LORENZ (Fn. 10), § 893 Rdn. 2; BAMBERGER/ROTH/KÖSSINGER (Fn. 6), § 893 Rdn. 2; aA MünchKomm/WACKE (Fn. 3), § 893 Rdn. 4 a, der irgendeine Leistung genügen lässt.

18 Hiervon geht STAUDINGER/GURSKY (Fn. 4), § 893 Rdn. 4 grundsätzlich aus. Ebenso UNRAU, Gutgläubensschutz bei der Ablösung von Grundpfandrechten, Diss. Kiel 1993, S. 10 ff. Nach BGHZ 7, 123, 126 erfolgt eine Leistung des Eigentümers, der zugleich persönlicher Schuld ist, jedoch im Zweifel nur auf die persönliche Schuld.

19 RGZ 56, 414, 415 f.; BGH NJW 1996, 1207; MünchKomm/WACKE (Fn. 3), § 893 Rdn. 2; STAUDINGER/GURSKY (Fn. 4), § 893 Rdn. 9; ERMAN/HAGEN/LORENZ (Fn. 10), § 893 Rdn. 1; PLANCK/STRECKER (Fn. 16), § 893 Nr. 1. a).

20 STAUDINGER/WOLFSTEINER (Fn. 3), § 1147 Rdn. 16; MünchKomm/EICKMANN (Fn. 3), § 1147 Rdn. 13.

21 WESTERMANN (Fn. 12), § 100 I. 1.; für den Fall, dass die Fälligkeit von einer Kündigung abhängt, ist die Sonderregelung des § 1141 zu beachten.

22 PALANDT/HEINRICH (Fn. 4), § 271 Rdn. 13; MünchKomm/KRÜGER (Fn. 10), § 271 Rdn. 18; STAUDINGER/BITTNER, BGB, Neubearbeitung 2001, § 271 Rdn. 10; BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, 17. Aufl., § 38 Rdn. 67; ohne weiteres vertretbar ist auch eine Auslegung der Abrede als Stundung. Dadurch wird die Fälligkeit der Forderung bei Bestehenbleiben der Erfüllbarkeit hinausgeschoben. Auch eine Stundung ist über § 1137 Abs. 1 S. 1 als Einrede geltend zu machen, STAUDINGER/WOLFSTEINER (Fn. 4), § 1137 Rdn. 4; MünchKomm/EICKMANN (Fn. 3), § 1137 Rdn. 16.

23 Dies wurde von vielen Bearbeitern übersehen, obwohl der Sachverhalt insoweit eindeutig ist.

24 § 404 erfasst entgegen seinem missverständlichen Wortlaut auch alle Einreden, PALANDT/HEINRICH (Fn. 4), § 404 Rdn. 3; BAMBERGER/ROTH/ROHE (Fn. 6), § 404 Rdn. 5.

25 PALANDT/BASSENGE (Fn. 4), § 1156 Rdn. 1.

26 SOERGEL/KONZEN (Fn. 3), § 1156 Rdn. 1; MünchKomm/EICKMANN (Fn. 3), § 1156 Rdn. 1.

27 WESTERMANN (Fn. 12), § 92 II. 4. a).

Leistungsverweigerungsrecht gegen den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung geltend machen.

b) *Widersprüchliches Verhalten des E.* Einem Berufen des E auf die Abrede mit B könnte aber der Einwand widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) entgegenstehen. Dies könnte sich daraus ergeben, dass E trotz des vereinbarten Leistungsverweigerungsrechts bereits an B gezahlt hat und sich gegenüber Z nun doch auf die Einrede berufen will. Die Rechtsordnung lässt jedoch widersprüchliches Verhalten grundsätzlich zu²⁸. Ein solches wird nur dann als missbräuchlich sanktioniert, wenn entweder für die andere Partei bereits ein Vertrauensstatbestand geschaffen wurde²⁹ oder andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen³⁰. Das Bestehen schutzwürdigen Vertrauens seitens des unwissenden Z scheidet vorliegend offensichtlich aus. Treuwidrigkeit aus anderen besonderen Gründen kommt nur dann in Betracht, wenn das vermeintlich widersprüchliche zu dem früheren Verhalten in unlösbarem Widerspruch steht³¹. Hier hat E vor der vereinbarten Zeit gezahlt, weil ihm der Fortbestand seiner Verbindlichkeit unangenehm war. Dabei ging er davon aus, infolgedessen auch aus der Hypothek nicht mehr in Anspruch genommen werden zu können. Aufgrund der Regelung des § 1156 trat dieser Erfolg jedoch nicht ein. Nun wird E entgegen seiner – aus der Laiensphäre berechtigten – Erwartung ein weiteres Mal in Anspruch genommen. Dass er sich gegenüber diesem für ihn überraschenden Anspruch jetzt auf die Einrede beruft, erscheint in diesem Zusammenhang nicht widersprüchlich. Das Erheben der Einrede der Nichtfälligkeit ist ihm daher nicht gem. § 242 verwehrt. Da E, auch für einen redlichen Dritten ersichtlich, nur zahlte, um sowohl aus der persönlichen Forderung als auch aus der Hypothek nicht mehr in Anspruch genommen werden zu können, kann sein Verhalten auch nicht gem. §§ 133, 157 als Verzicht auf die Einrede ausgelegt werden.

c) *Gutgläubiger Wegerwerb der Einrede.* Z könnte die Hypothek jedoch von B gutgläubig einrededefrei erworben haben. In diesem Fall müsste er sich die einschränkende Abrede vom März 2003 nicht entgegenhalten lassen. Für die Einrede hinsichtlich der (erloschenen) Forderung aus § 488 sind insoweit die §§ 1138 Alt. 2, 892 Abs. 1 S. 1 einschlägig, während für die Einrede gegen die Hypothek die §§ 1157 S. 2, 892 Abs. 1 S. 1 gelten. Sachlich ergeben sich jedoch hieraus keine unterschiedlichen Anforderungen an den gutgläubigen Wegerwerb. Dieser setzt voraus, dass das Bestehen der Einrede weder aus dem Grundbuch noch aus dem Hypothekenbrief (§ 1140 S. 1 bzw. §§ 1140 S. 1 i. V. m. 1157 S. 2) hervorgeht und dem Erwerber die Einrede nicht bekannt ist (§ 892 Abs. 1 S. 1 aE). Ferner muss der neue Hypothekengläubiger aufgrund Verkehrsgeschäfts erworben haben³². Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Abtretung um ein Verkehrsgeschäft, da auf Erwerberseite bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Person steht, die mit dem Veräußerer nicht identisch ist³³. Die beschränkende Abrede ging weder aus dem Grundbuch noch aus dem Hypothekenbrief hervor. Hinsichtlich der Gutgläubigkeit des Z enthält der Sachverhalt zwar keine ausdrücklichen Angaben, entsprechend der negativen Gesetzesfassung wird der gute Glaube des Erwerbers jedoch vermutet³⁴. Für eine Widerlegung dieser Vermutung ist nichts ersichtlich. Damit sind alle Voraussetzungen eines gutgläubigen einrededefreien Erwerbs gegeben. Z hat die Einrede gegen die Hypothek gem. §§ 1157 S. 2, 892 Abs. 1 S. 1 sowie die Einrede gegen die persönliche Forderung gem. §§ 1137 Abs. 1 S. 1, 892 Abs. 1 S. 1 wegerworben. Das von E mit B vereinbarte *pactum de non petendo* steht der Geltendmachung der Hypothek durch Z damit nicht entgegen.

d) *Gesetzliche Einreden.* Gegen die Geltendmachung der Hypothek stehen dem E weiterhin gesetzliche Einreden zu, die Z jedoch, da er über den Hypothekenbrief verfügt, ohne weiteres abwehren kann. So kann E seine Leistung sowohl von der Vorlage (§ 1160 Abs. 1) als auch gem. §§ 1144, 273 Abs. 1 von der Aus-

händigung des Hypothekenbriefes abhängig machen³⁵. Da E die entsprechenden Einreden aber noch nicht erhoben hat, ist hierauf nicht näher einzugehen.

4. Ergebnis

Z kann daher von E aus § 1147 Duldung der Zwangsvollstreckung zur Befriedigung der Darlehensforderung verlangen.

B. Ansprüche des E gegen B

1. Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 10.000 € aus § 280 Abs. 1, 3, § 283

1. Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis

Wie sich aus § 280 Abs. 1 S. 1 und 2 ergibt, setzt die Schadensersatzhaftung, unabhängig von den weiteren Voraussetzungen nach § 280 Abs. 2 und 3, voraus, dass der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis schuldhaft verletzt hat.

a) *Schuldverhältnis.* Dies setzt zunächst das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen E und B voraus. Als solches besteht zum einen der Darlehensvertrag gem. § 488. Daneben haben E und B eine Sicherungsabrede abgeschlossen, als sie sich auf die Sicherung der Darlehensrückzahlungspflicht durch Hypothekenbestellung einigten. Als dingliches, abstraktes Recht trägt die Hypothek den Rechtsgrund ihrer Bestellung nicht in sich, sondern beruht ihrerseits auf einer schuldrechtlichen *causa*³⁶. Ohne die Sicherungsabrede als Vertrag *sui generis* (§§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1) wäre die Bestellung der Hypothek nicht kondiktionsfest³⁷. Zwischen E und B bestehen daher zwei vertragliche Schuldverhältnisse.

b) *Pflichtverletzung.* B müsste eine Pflicht aus einem dieser Schuldverhältnisse verletzt haben. Die Pflichtverletzung i. S. d. § 280 Abs. 1 S. 1 wird definiert als ein Verhalten, das objektiv nicht dem Pflichtenkanon des Schuldverhältnisses entspricht³⁸.

Insoweit ist das Verhalten des B zunächst am Maßstab der dem Darlehensvertrag entspringenden Pflichten zu messen. Dabei kann jedoch nicht bereits die Abtretung an Z als pflichtwidrig angesehen werden. Wie sich aus dem Fehlen des Erfordernisses einer Mitwirkung des Schuldners ergibt, ist eine Abtretung grundsätzlich ohne weiteres zulässig. Der Schuldner kann sich hiergegen, sogar mit dinglicher Wirkung, wehren, indem er ein Abtretungsverbot gem. § 399 Alt. 2 vereinbart. Dies ist hier jedoch nicht geschehen. Auch die Entgegennahme der Zahlung des E, ohne diesen auf die Abtretung hinzuweisen, ist bei isolierter Betrachtung der darlehensvertraglichen Pflichten nicht pflichtwidrig. Das Fehlen einer Pflicht zur Mitteilung der Abtretung

28 BGH NJW 1997, 3377, 3379; PALANDT/HEINRICHS (Fn. 4), § 242 Rdn. 55.

29 BGHZ 32, 273, 279; 94, 344, 354; CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 278, 294.

30 BGH NJW 1992, 834, NJW 97, 3377, 3380; MünchKomm/ROTH (Fn. 10), § 242 Rdn. 255.

31 BGH BB 1977, 919, 920; MünchKomm/ROTH (Fn. 10), § 242 Rdn. 287.

32 Vgl. zu diesem allgemeinen Erfordernis des gutgläubigen Erwerbs STAUDINGER/GURSKY (Fn. 4), § 892 Rdn. 90 ff.; PALANDT/BASSENGE (Fn. 4), § 892 Rdn. 5; SOERGEL/STÜRNER (Fn. 3), § 892 Rdn. 21 ff.

33 Vgl. RGZ 117, 257, 267; STAUDINGER/GURSKY (Fn. 4), § 892 Rdn. 96; ERMAN/HAGEN/LORENZ (Fn. 10), § 892 Rdn. 18.

34 Vgl. PALANDT/BASSENGE (Fn. 4), § 892 Rdn. 24.

35 Vgl. RGZ 55, 224, 227; STAUDINGER/WOLFSTEINER (Fn. 4), § 1144 Rdn. 19; SOERGEL/KONZEN (Fn. 3), § 1144 Rdn. 1.

36 PETERSEN/ROTHENFUSSER, WM 2000, 659; STAUDINGER/WOLFSTEINER (Fn. 4), Vor §§ 1113 ff. Rdn. 34; RGRK/MATERN, BGB, 12. Aufl., 1996, Vor § 1113 Rdn. 12; WESTERMANN (Fn. 12), § 92 II. 4. b.

37 WESTERMANN (Fn. 12), § 92 II. 4. b.; PALANDT/BASSENGE (Fn. 4), § 1113 Rdn. 4.

38 MünchKomm/ERNST (Fn. 10), § 280 Rdn. 12; JAUERNIG/VOLLKOMMER (Fn. 16), § 280 Rdn. 8; BAMBERGER/ROTH/GRÜNEBERG (Fn. 6), § 280 Rdn. 11.

wird durch die Regelung des § 407 ausgeglichen³⁹. Wie oben bereits geprüft, hat dementsprechend die Leistung an B gem. § 407 Abs. 1 i. V. m. § 362 Abs. 1 zum Erlöschen der Darlehensrückzahlungspflicht geführt. Eine Pflicht aus dem Darlehensvertrag hat B mithin nicht verletzt⁴⁰.

Fraglich ist aber, wie dies für die Sicherungsabrede zu beurteilen ist. Zum wesensmäßigen Inhalt einer Sicherungsabrede gehört es, dass der Gläubiger verpflichtet ist, bei Befriedigung seiner Forderung die hingegebene Sicherheit zurückzugewähren. Dies gilt nicht nur bei allen nicht-akzessorischen Sicherheiten, wie Grundschuld und Sicherungsübereignung, sondern auch bei der Hypothek⁴¹. Im Regelfall muss der Grundstückseigentümer den Rückgewähranspruch jedoch nicht gesondert geltend machen, da die Hypothek als akzessorisches Sicherungsmittel an ihn automatisch gem. § 1163 Abs. 1 S. 2 zurückfällt. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass ihm bei Versagen dieses Mechanismus, etwa wie hier aufgrund § 1156, ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Sicherungsnehmer auf Rückübertragung zusteht⁴². Hier gewährt E entgegen seiner sicherungsvertraglichen Pflicht die Hypothek trotz Erfüllung der gesicherten Forderung nicht zurück. Dies stellt eine Pflichtverletzung dar. Dabei kommt es für das Tatbestandsmerkmal »Pflichtverletzung« nicht darauf an, dass die entsprechende Pflicht möglicherweise gem. § 275 Abs. 1 erloschen ist⁴³.

c) *Vertretenmüssen*. B müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben (§ 280 Abs. 1 S. 2). Zu vertreten hat der Schuldner grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 S. 1). Fraglich ist zunächst, auf welches Verhalten insoweit abzustellen ist. Die Abtretung und in deren Folge der Übergang der Hypothek gem. § 1153 Abs. 1 auf Z haben noch nicht dazu geführt, dass die geschuldete Leistung, Rückgewähr der Hypothek im Falle der Befriedigung der gesicherten Forderung, von B nicht erbracht wurde. Die Regelung des § 1163 Abs. 1 S. 2 hätte nämlich grundsätzlich auch dann eingegriffen, wenn die persönliche Forderung erst bei Z qua Erfüllung erloschen wäre. Dass die Hypothek hier trotz Zahlung forderungsentkleidet fortbestand, beruhte vielmehr darauf, dass B das Geld entgegennahm, ohne noch Gläubiger zu sein. Erst hierdurch wurde die Akzessorietät der Hypothek wegen § 1156 S. 1 durchbrochen. Da die Zahlung durch den unwissenden Schuldner E an den Altgläubiger B nicht den Rückfall der Hypothek bewirken konnte, hätte B, der zwar nicht mehr Hypothekar, gleichwohl aber weiterhin Vertragspartner der Sicherungsabrede war, die Zahlung des gutgläubigen E nicht annehmen dürfen. In jedem Fall war aber ein Hinweis auf die Abtretung geboten. Dies hat B jedoch versäumt, weil er sich im Zeitpunkt der Zahlung durch E an die Abtretung an Z nicht mehr erinnerte. Diese Vergesslichkeit erspart B zwar den Vorwurf vorsätzlichen Handelns, nichtsdestoweniger hätte er sich bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2) jedoch an das Geschäft mit Z erinnern müssen. B handelte also fahrlässig, als er als ehemaliger Gläubiger das Geld von E entgegennahm und infolgedessen lediglich die persönliche Forderung erlosch, der Duldungsanspruch aus § 1147 aber in den Händen des Z fortbestand.

2. Weitere Voraussetzungen gem. § 280 Abs. 3

Indem E von B anstelle der Rückgewähr der Hypothek Zahlung von 10.000 € verlangt, beansprucht er Schadensersatz statt der Leistung. Gem. § 280 Abs. 3 müssten daher weitere Voraussetzungen gegeben sein. Insoweit könnte vorliegend § 283 erfüllt sein. Dann müsste B gem. § 275 Abs. 1 bis 3 von seiner sicherungsvertraglichen Rückgewährpflicht befreit worden sein. Fraglich ist, ob diese Voraussetzung eingetreten ist, nachdem gem. §§ 362 Abs. 1 i. V. m. 407 Abs. 1 zwar die persönliche Forderung erloschen ist, B die Hypothek dem E aber dennoch nicht rückübertragen kann, weil diese wirksam auf Z übergegangen ist. Es handelt sich um einen Fall, in dem der Schuldner über den

geschuldeten Gegenstand nicht disponieren kann, vergleichbar dem der anderweitigen Veräußerung der geschuldeten Sache. In einem solchen Fall wird für das Vorliegen subjektiver Unmöglichkeit i. S. v. § 275 Abs. 1 allgemein verlangt, dass von vornherein feststeht, dass dem Schuldner ein Rückerwerb der Sache nicht möglich ist⁴⁴. Hier erklärt Z, mit B unter keinen Umständen mehr etwas zu tun haben zu wollen. Damit hat B keine Möglichkeit, wieder die Verfügungsgewalt über die Hypothek zu erlangen. Ihm ist die Leistung unmöglich geworden. Dies hat gem. § 275 Abs. 1 einen Ausschluss des Anspruches auf Leistung zur Folge. Weitere besondere Voraussetzungen stellt § 283 nicht auf. E kann daher von B Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

3. Rechtsfolge

Als Rechtsfolge hat B dem E denjenigen Schaden zu ersetzen, der adäquat kausal darauf zurückzuführen ist, dass ersterer die Hypothek nicht zurückgewährt. Da eine Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1) vorliegend unmöglich ist, muss B den entstehenden Schaden in Geld ersetzen (§ 251 Abs. 1). Wenn E die Hypothek infolge seiner Zahlung zurückerhalten hätte (§ 1163 Abs. 1 S. 2), müsste er nicht die Zwangsvollstreckung in Höhe von 10.000 € seitens des Z in sein Grundstück dulden. Da davon auszugehen ist, dass das bebaute Grundstück in der Zwangsvollstreckung mindestens 10.000 € Erlöst, entsteht dem B ein Schaden in eben dieser Höhe⁴⁵; desgleichen, wenn E, was zu erwarten ist, die Zwangsvollstreckung durch Zahlung abwendet. E hat daher gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1, 3, § 283 in Höhe von 10.000 €.

4. Mitverschulden

Dem E könnte jedoch ein Mitverschulden (§ 254 Abs. 1) anzulasten sein, weil er zahlte, ohne dies von der Vorlage des Hypothekenbriefes abhängig zu machen (§ 1160 Abs. 1, 1. Halbs., § 1161). Fraglich ist aber bereits, ob die bedingungslose Zahlung tatsächlich ein Außerachtlassen derjenigen Sorgfalt darstellt, die jeder verständige Mensch im eigenen Interesse aufwendet, um sich vor Schaden zu bewahren⁴⁶. Davon unabhängig spricht gegen eine Minderung des Schadensersatzanspruches über § 254 in diesem Fall, dass es sich bei dieser Norm nach verbreiteter Auffassung um eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (»venire contra factum proprium«) handelt⁴⁷. Im Re-

39 MünchKomm/ROTH (Fn. 10), § 407 Rdn. 1; PALANDT/HEINRICHS (Fn. 4), § 407 Rdn. 1.

40 Hier kann man zu einem anderen Ergebnis gelangen, wenn man die Tatsache der hypothekarischen Sicherung des Rückzahlungsanspruches zur Begründung einer darlehensvertraglichen Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2) heranzieht und so B jedenfalls zu einer Mitteilung an E als verpflichtet ansieht. Angesichts der Tatsache, dass die Rechte und Pflichten hinsichtlich der Hypothek durch die Sicherungsabrede bestimmt werden, ist dies aber nicht zwingend.

41 PETERSEN/ROTHENFUSSER, WM 2000, 659 f.; entgegen PALANDT/BASSENGE (Fn. 4), § 1113 Rdn. 6 enthält die Sicherungsabrede auch insoweit eine ggf. stillschweigende Vereinbarung, weil der gesetzliche Rückgewährmechanismus etwa bei Durchbrechung der Akzessorietät versagt.

42 PETERSEN/ROTHENFUSSER, WM 2000, 659.

43 Vgl. MünchKomm/ERNST (Fn. 10), § 283 Rdn. 4; HUBER/FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, 3. Kap. Rdn. 121.

44 BGHZ 131, 176, 183; 141, 179, 182; MünchKomm/ERNST (Fn. 10), § 275 Rdn. 53; PALANDT/HEINRICHS (Fn. 4), § 275 Rdn. 25; LOOSCHELDERS, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2003, Rdn. 466.

45 Als weiterer Schadensposten entstehen die Kosten der Rechtsverfolgung, sollte es zur Zwangsvollstreckung kommen, für die das Grundstück gem. § 1118 ebenfalls haftet. Hiernach war jedoch nicht gefragt.

46 Vgl. zur Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes BGH NJW 2001, 149, 150; MünchKomm/OETKER (Fn. 10), § 254 Rdn. 30.

47 So BGHZ 34, 355, 363; 135, 235, 240; PALANDT/HEINRICHS (Fn. 4), § 254 Rdn. 2; HENKE, JuS 1991, 265, 269; FIKENTSCHER, Schuldrecht, 9. Aufl., 1997, Rdn. 570; BAMBERGER/ROTH/GRÜNEBERG (Fn. 6), § 254 Rdn. 1.

gelfall muss sich also das Verlangen unverminderten Schadensersatzes trotz eigener Mitverantwortung als widersprüchliches Verhalten darstellen. *E* fordert jedoch nur denjenigen Betrag als Schadensersatz, den er selbst an *B* gezahlt hat. Käme man hier zu einem anspruchsmindernden Mitverschulden des *E*, würde *B*, der seinerseits den vereinbarten Kaufpreis von *Z* erhalten hat, letztlich von seiner Nachlässigkeit profitieren⁴⁸. Insofern kann es also nicht als treuwidrig angesehen werden, wenn hier eine etwaige Mitverantwortung des *E* außer Acht gelassen würde. § 254 kommt daher nicht zur Anwendung.

II. Anspruch auf Zahlung von 10.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1

Durch die Zahlung hat *E* das Vermögen des *B* bewusst und zweckgerichtet gemehrt. Eine Leistung liegt mithin vor. Fraglich ist allerdings, ob diese rechtsgrundlos erfolgte. Als Rechtsgrund kommt hier der Darlehensvertrag in Betracht. Allerdings war der Rückzahlungsanspruch aus diesem bereits auf *Z* übergegangen. Wegen § 407, dessen Schutz *E* wie oben dargelegt (A. I. 2.) in Anspruch nimmt, ist die Zahlung an *B* jedoch so zu behandeln, als sei sie im Verhältnis zum Zessionar *Z* erfolgt⁴⁹. Entsprechend hatte sie bezüglich der persönlichen Schuld des *E* aus § 488 Abs. 1 S. 2 Tilgungswirkung und ist daher nicht ohne Rechtsgrund erfolgt⁵⁰. *E* hat keinen Anspruch gegen *B* aus Leistungskondition.

III. Anspruch auf Zahlung von 10.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2

E könnte gegen *B* einen Anspruch auf Zahlung aus *condictio ob rem* haben. Die Zahlung des *E* an *B* stellt eine Leistung dar⁵¹. Problematisch ist aber, ob *E* mit dieser Leistung einen Erfolg i. S. d. *condictio ob rem* bezweckt hat, der ausgeblieben ist. Als einen solchen unerreichten Zweck könnte man seine fehlgeschlagene Erwartung ansehen, infolge der Zahlung die Hypothek als Eigentümergrundschuld zurückzuerwerben. Dies wird in der Tat teilweise erwogen⁵². Insofern sind allerdings erhebliche Zweifel angezeigt. Der »nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg« darf nämlich – entgegen dem missverständlichen Wortlaut des Gesetzes – nicht voll rechtsgeschäftlich ausgebildet, das heißt insbesondere nicht Inhalt eines Anspruches des Leistenden gegen den Kondiktionsgegner sein⁵³. Ansonsten würden bei Ausbleiben des Erfolges die schuldrechtlichen Regeln über die Nichterfüllung umgangen⁵⁴. Wie oben dargelegt, ist aber der der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Sicherungsabrede eine vertragliche Pflicht zu entnehmen, die Sicherheit nach Befriedigung der persönlichen Forderung zurückzugewähren⁵⁵. Der Rückerwerb der Hypothek, der hier als unerreichter Erfolg der Zahlung in Betracht kommt, ist Inhalt eines Anspruches des *E* gegen *B* und scheidet daher als bezweckter Erfolg i. S. d. *condictio ob rem* aus.

E hat gegen *B* daher keinen Anspruch auf Rückzahlung aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2.

IV. Anspruch aus § 813 Abs. 1 S. 1 auf Zahlung von 10.000 €

Gem. § 813 Abs. 1 S. 1 kann der Schuldner das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete zurückfordern, wenn dem Anspruch eine dauernde (peremptorische) Einrede entgegenstand. Im Rahmen des Hypothekenrechts wird die Zulässigkeit einer Kondition aus § 813 Abs. 1 S. 1 durch den Grund-

stückseigentümer in den Fällen befürwortet, in denen infolge der Regelung des § 1138 die Inhaberschaft von Forderung und Hypothek in verschiedene Hände gerät und nach der Zahlung auf die Forderung gegen den Eigentümer aus der Hypothek vorgegangen wird⁵⁶. Da dem Eigentümer in diesen Fällen gegen die persönliche Forderung die Einrede aus §§ 1160 Abs. 1, 1161 sowie die Einrede aus der Sicherungsabrede, nur Zug-um-Zug gegen Rückgewähr der Hypothek leisten zu müssen, zugestanden habe, soll er kondizieren dürfen. Bei diesen Einreden handelt es sich zwar an sich nur um dilatorische, weil sich aber sowohl die Hypothek als auch der Brief beim neuen Hypothekar befänden, seien diese als dauerhaft i. S. d. § 813 anzusehen. Unabhängig davon, ob diesem Ansatz zu folgen ist, betrifft er aber nur solche Konstellationen, in denen der vermeintliche Zedent, etwa aufgrund Geschäftsunfähigkeit bei der Abtretung, materiell weiterhin Gläubiger der persönlichen Forderung ist, während die Hypothek im Wege des gutgläubigen Erwerbs auf einen Dritten übergegangen ist⁵⁷. Nur dann können im Verhältnis Zedent-Eigentümer/persönlicher Schuldner weiterhin Einreden bestehen.

Im vorliegenden Fall hatte *B* die Forderung jedoch wirksam auf *Z* übertragen. Im Verhältnis *B* – *E* bestand damit bei der Zahlung kein Anspruch des *B* mehr, hinsichtlich dessen etwaige dilatorische Einreden des *E* als faktisch peremptorisch behandelt werden könnten. Im Übrigen ist der Begriff der dauernden Einrede i. S. d. § 813 Abs. 1 S. 1 nach ganz herrschender Meinung wörtlich auszulegen⁵⁸, so dass eine Kondition auch aus diesem Grund ausscheidet. Ein Anspruch auf Rückzahlung des *E* gegen *B* aus § 813 Abs. 1 S. 1 besteht daher nicht.

C. Gesamtergebnis

Z kann von *E* Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 1147, nicht aber Zahlung aus § 488 Abs. 1 S. 2 verlangen. *E* hat gegen *B* einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 10.000 € aus § 280 Abs. 1, 3, § 283.

48 Das schadensrechtliche Bereicherungsverbot kann hier nicht fruchtbar gemacht werden, da es nur dazu dient, eine Bereicherung des Geschädigten zu verhindern, vgl. BGH NJW 2003, 2085; MünchKomm/OETKER (Fn. 10), § 249 Rdn. 20.

49 Vgl. MünchKomm/ROTH (Fn. 10), § 407 Rdn. 12; STAUDINGER/BUSCHE (Fn. 10), § 407 Rdn. 7.

50 Dies verkannte ein Großteil der Bearbeiter und bejahte ohne weiteres eine Leistungskondition.

51 Der Leistungsbegriff der *condictio ob rem* entspricht dem der *condictio indebiti*, BAMBERGER/ROTH/WENDEHORST (Fn. 6), § 812 Rdn. 40.

52 So STAUDINGER/WOLFSTEINER (Fn. 4), § 1156 Rdn. 13.

53 BGH NJW 1992, 2690; MünchKomm/LIEB, BGB, 4. Aufl., 2004, § 812 Rdn. 200; PALANDT/SPRAU (Fn. 4), § 812 Rdn. 86; BAMBERGER/ROTH/WENDEHORST (Fn. 6), § 812 Rdn. 41; LARENZ/CANARIS, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., 1994, § 68 I. 3. a), S. 150 f.

54 Vgl. BGHZ 44, 321, 323; MünchKomm/LIEB (Fn. 53), § 812 Rdn. 200.

55 Vgl. PETERSEN/ROTHENFUSSER, WM 2000, 659.

56 Vgl. PETERSEN/ROTHENFUSSER, WM 2000, 660; JAHR/KROPP, JuS 1963, 361 Anm. 33.

57 Dies ist der Schulfall, in dem es um den klassischen Streit zwischen »Trennungs-« und »Einheitstheorie« geht, vgl. GURSKY, 20 Probleme aus dem BGB, Sachenrecht ohne Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 5. Aufl., 1999, 13. Problem.

58 RGZ 68, 302, 304; 139, 17, 21; BGH NJW 1982, 1587, 1588; MünchKomm/LIEB (Fn. 53), § 813 Rdn. 6; PALANDT/SPRAU (Fn. 4), § 813 Rdn. 2; STAUDINGER/LORENZ, BGB, 13. Bearbeitung, 1999, § 813 Rdn. 6; BAMBERGER/ROTH/WENDEHORST (Fn. 6), § 813 Rdn. 4.