

Prof. Dr. jur. Günter Reiner
Helmut-Schmidt Universität
- Universität der Bundeswehr Hamburg -
<http://www.gunterreiner.de>

Examensklausur Zivilrecht

Übungsklausur Zivilrecht

„Vollstreckung aus einer Grundschuld“

Erstveröffentlichung in:
Juristische Arbeitsblätter (JA) 2004, Heft 8-9, S. 617-623

Thematik: Zivilprozess- und Immobiliarpfandrecht, Vertragsrecht

Schwierigkeitsgrad: Examensklausur

Bearbeitungszeit: fünf Stunden

Hilfsmittel: Schönfelder

Sachverhalt

Die Bauträgerin „Massivbau GmbH“ (M) ist Eigentümerin eines Grundstücks in Konstanz, das sie auf eigene Rechnung mit einem Mehrfamilienhaus bebauen möchte. Die Sparkasse Konstanz (S) finanziert dieses Vorhaben mit einem verzinslichen Baukredit i.H. von € 2 Mio., der in gleicher Höhe einschließlich der Zinsen (6 %) durch eine Sicherungsbriefgrundschuld besichert wird. Über die Grundschuld wird am 20.9.2002 in Konstanz eine notarielle Urkunde ausgestellt, in der M sich selbst sowie den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Auf eine Eintragung dieser Unterwerfung in das Grundbuch wird verzichtet. Ferner sollen nach der Grundschuldbestellungsurkunde alle Zahlungen an die S als Zahlungen auf die persönliche Forderung gelten. Entsprechend einer gleichlautenden Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag gibt S am 27.9.2002 gegenüber M eine Erklärung ab, in der es heißt:

„Freistellungserklärung

§ 1. Die Fa. M errichtet in Konstanz [Adresse] auf dem Grundstück [Grundbuchangaben] ein Mehrfamilienhaus mit 12 Eigentumswohnungen [...] An diesem Grundstück kommt zugunsten der S eine Grundschuld in Höhe von € 2 Mio. nebst Zinsen zur Eintragung, die zur Sicherung eines Baukredites dient, den wir der Fa. M zur Errichtung des o.g. Bauvorhabens gewähren. Die Eigentumswohnungen sollen an verschiedene Käufer veräußert werden [...].

§ 2. *Wir verpflichten uns, diejenigen gekauften Wohnungs- und Teileigentumsrechte aus der Globalgrundschuldbelastung freizustellen, für die der gesamte Kaufpreis auf das bei uns geführte Baukreditkonto der M mit der Nr. 1234567 gezahlt ist.*

§ 3. *Falls das Bauvorhaben nicht vertragsgemäß vollendet werden sollte, werden wir das jeweilige Kaufobjekt freigeben, sobald der Käufer alle bis dahin fälligen Kaufpreistraten auf o.g. Konto vertragsgemäß gezahlt hat*”.

Am 20.10.2002 teilt M das Eigentum am Grundstück durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt in mehrere Eigentumswohnungen auf. Die Grundschuld wird in die Wohnungsgrundbücher übertragen. Nach und nach veräußert M die Wohnungen an verschiedene Interessenten zu einem Gesamterwerbspreisvolumen von € Mio. 4.

Noch vor Baubeginn, nämlich am 8.1.2003 erwirbt der Stuttgarter K für € 300.000 eine dieser Eigentumswohnungen per notariellem „Kaufvertrag”. Danach sollen vom Erwerbspreis bei Vertragsschluss und bei Rohbauabnahme jeweils € 60.000 und bei Endabnahme die restlichen € 180.000 fällig sein. Sämtliche Kaufpreiszahlungen sind nach dem Erwerbsvertrag auf das Konto Nr. 1234567 der M bei der S zu leisten. Ferner heißt es in dem für alle Wohnungserwerber einheitlichen Erwerbsvertrag: *„Dem Käufer ist bekannt, dass das Wohnungsgrundbuch mit einer Gesamtgrundschuld in Höhe von € 2 Mio. zugunsten der S belastet ist. S hat unter dem 27.9.2002 eine Freistellungserklärung abgegeben, die als Anlage diesem Vertrag beigelegt ist*”.

Inzwischen ist K als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen und hat die Wohnung als Ferienwohnsitz bezogen. Bezahlt hat er auf das genannte Baukreditkonto bisher insgesamt € 270.000. Die Zahlung des Restes von € 30.000 verweigert er, weil er nach Inbesitznahme der Wohnung verschiedene Punkte entdeckt hat, wo der Innenausbau von der vereinbarten Beschaffenheit negativ abweicht. Für deren Beseitigung sind Kosten in Höhe von zusammen € 9.000 zu veranschlagen.

Auf dem Baukreditkonto sind an Zahlungen der Wohnungseigentümer insgesamt bereits deutlich mehr als 3 Mio. eingegangen. Seit letzter Woche betreibt S gegen K in Höhe des Kaufpreisrestes die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld aufgrund der mit einer Vollstreckungsklausel versehenen Urkunde.

K ersucht Sie um Rat, weil er möchte, dass die Zwangsvollstreckung sofort eingestellt wird. Bitte erstatten Sie ein Gutachten (ggf. inklusive Hilfsgutachten) zu den hierzu geeigneten Rechtsbehelfen und ihren Erfolgsaussichten. Auf die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) braucht nicht eingegangen zu werden.

Lösung

Die Zwangsvollstreckung der S aus der Grundschuld in die Eigentumswohnung des K wird nach §§ 794 I Nr. 5, 795, 775 Nr.1, 2 ZPO eingestellt, wenn K die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorlegt, aus der sich ergibt, dass die Vollstreckungsklausel aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird. K

muss also versuchen, eine entsprechende Entscheidung zu erwirken. Dafür kommen die *Vollstreckungserinnerung* (§§ 794 I Nr. 5, 795, 732 ZPO) und die *Vollstreckungsabwehrklage* (§§ 794 I Nr. 5, 795, 767 ZPO), Letztere ergänzt um einen Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 769 ZPO, in Betracht.

Teil 1: Vollstreckungserinnerung

Zulässigkeit	Die Vollstreckungserinnerung gegen vollstreckbare Urkunden (§§ 794 I Nr. 5, 795, 732 ZPO) ist <i>statthaft</i> bei Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen. Die Vollstreckungsklausel wird bei vollstreckbaren Urkunden durch den Notar erteilt, der die Urkunde verwahrt (§ 797 II ZPO). Sachlich und örtlich <i>zuständig</i> für die Vollstreckungserinnerung ist in diesen Fällen das AG des Amtssitzes des Notars (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, 62. A. 2004, § 797 ZPO, Rn. 10, m.w.N.). Das ist im vorliegenden Fall das AG Konstanz.
Begründetheit	Die Erinnerung ist nach § 800 I 2 ZPO <i>begründet</i> , weil die in der Urkunde erklärte Unterwerfung des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks unter die Zwangsvollstreckung der Eintragung in das Grundbuch bedurft hätte, um gegen K als Rechtsnachfolger der M zu wirken. Der Notar hätte die Vollstreckungsklausel deshalb nicht erteilen dürfen.

Teil 2: Vollstreckungsabwehrklage

A. Zulässigkeit der Vollstreckungsabwehrklage

I. Statthaftigkeit

Die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) ist nicht nur gegen Urteile (§ 704 ZPO), sondern auch gegen sonstige Vollstreckungstitel einschließlich vollstreckbarer Urkunden *statthaft* (§§ 794 I Nr. 5, 795 ZPO). Die Klage setzt voraus, dass K materielle Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend macht.

Geltendmachen von Einwendungen	Für die Zulässigkeit der Klage genügt die konkrete Behauptung solcher Einwendungen. K kann hier geltend machen, dass der dingliche Anspruch aus der Grundschuld nicht mehr besteht. Geeignete Einwendungen i.S. des § 767 ZPO sind aber nicht nur solche, die den titulierten Anspruch vernichten, sondern auch solche, die seine Durchsetzbarkeit materiellrechtlich zeitweise oder dauernd (in letzterem Falle: §§ 1192 I, 1169 BGB) hemmen (Einreden). Eine schuldrechtliche Freigabepflicht der S gegenüber K würde eine Einrede in diesem Sinne begründen. Die Vollstreckungsabwehrklage ist daher auch insoweit statthaft, als K eine entsprechende Freigabepflicht behauptet.
Verhältnis zur Vollstreckungserinnerung	Fraglich ist aber, ob die Vollstreckungsabwehrklage die Wirksamkeit des zu vollstreckenden Titels voraussetzt. Vorliegend fehlt es nämlich an der Eintragung der Unterwerfung des jeweiligen Grundstückseigen-

tümers in das Grundbuch (§ 800 I 2 ZPO, s.o. Teil 1). Früher ging der BGH jahrzehntelang davon aus, eine Vollstreckungsgegenklage sei per se unzulässig, wenn der mit ihr angegriffene Titel unwirksam sei, da dann die Klauselerinnerung (§ 732 ZPO) zur Verfügung stehe (hierzu *J. Lange*, FS Egon Müller (2003), S. 147, 148 f.). Seit seiner Entscheidung von 14.5.1992 (BGHZ 118, 229) erkennt der BGH an, dass beide Rechtsbehelfe wegen unterschiedlicher Rechtsschutzziele grundsätzlich parallel nebeneinander anwendbar sind. Demnach scheidet die Vollstreckungsabwehrklage hier nicht daran, dass die Vollstreckungserinnerung ebenfalls statthaft ist.

II. Zuständigkeit

Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich bei der Vollstreckungsabwehrklage analog zu § 23 GVG nach dem Streitwert (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 797 ZPO, Rn. 14). Maßgebend ist der Wert des zu vollstreckenden Anspruchs (§ 3 ZPO). Demnach ist hier das LG sachlich zuständig.

Örtliche Zuständigkeit

Nach §§ 767 I, 802 ZPO liegt die örtliche Zuständigkeit bei der Vollstreckungsabwehrklage gegen *Urteile* ausschließlich „bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges“. Bei Vollstreckungstiteln anderer Art (§ 794 ZPO) passt diese Vorschrift allerdings nicht. Die §§ 797 V, 802, 13 ZPO bestimmen daher in Abweichung von der Verweisungsnorm des § 795 ZPO den Wohnsitz des Schuldners (§ 7 I BGB, hier: Stuttgart) als besonderen ausschließlichen Gerichtsstand. Hiervon macht allerdings § 800 III ZPO bei Urkunden, die wie vorliegend gegen den *jeweiligen* Grundstückseigentümer vollstreckbar sind, eine Ausnahme: Örtlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk sich das Grundstück befindet. Das ist hier das LG Konstanz.

III. Rechtsschutzbedürfnis

Rechtsschutzbedürfnis besteht bei der Vollstreckungsabwehrklage, sobald ein Vollstreckungstitel vorliegt und die Zwangsvollstreckung ernstlich droht, aber noch nicht beendet ist. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

B. Begründetheit der Vollstreckungsabwehrklage

Die Klage ist begründet, wenn der materielle Anspruch, der im Titel niedergelegt ist (Anspruch aus der Grundschild), nach materiellem Recht vom Gläubiger nicht mehr, nicht mehr vollständig oder nur noch eingeschränkt durchgesetzt werden darf. Gründe hierfür könnte es auf der dinglichen (I.) oder auf der schuldrechtlichen (II.) Ebene geben.

I. Dingliche Haftung

Das Wohnungseigentum des K könnte im Umfang des von ihm noch geschuldeten Erwerbspreisrestes von € 30.000 dinglich forthaften.

1. Entstehen der Grundschild

Die Sicherungsbriefgrundschuld ist zunächst auf dem ungeteilten Grundstück der M wirksam entstanden. Der Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte für Fehler bei der Grundschuldbestellung. Dadurch, dass M sein Grundstück in mehrere Wohnungseigentumsrechte aufteilte (§ 8 WEG), wurde die am Grundstück bestehende Grundschuld der S zur Gesamtgrundschuld („Globalgrundschuldbelastung“, § 2 der Freistellungserklärung) gem. §§ 1192 I, 1132 I BGB. Diese belastete jedes Wohnungseigentum (§ 1 II WEG) in voller Höhe (vgl. BGH NJW 1976, 2340, unter II., vor a.; BGH NJW 1961, 1352; BGHZ 40, 115, 120).

2. Wegfall der Grundschuld

a. Veräußerung der Wohnung

Der Abschluss der Wohnungseigentumserwerbsverträge und die anschließenden Übertragungen der Eigentumswohnungen hatten keinen Einfluss auf die dingliche Gesamthaftung der Wohnungseigentümer.

b. Geleistete Zahlungen

S könnte ihre Grundschuld aber durch die von K und den übrigen Erwerbern der Eigentumswohnungen geleisteten Zahlungen verloren haben.

Wirkung von Zahlungen des Eigentümers auf Grundschuld

Soweit *K selbst* Zahlungen *auf die Grundschuld* geleistet hat (€ 270.000) und zu diesem Zeitpunkt bereits Eigentümer der Eigentumswohnung war (der Sachverhalt lässt dies offen), ist die Gesamtgrundschuld an seinem Wohnungseigentum auf ihn übergegangen und an den übrigen Wohnungseigentumsrechten erloschen (§§ 1192 I, 1173 I 1, 1176 BGB). Der verbleibende Rest (€ 30.000) der Grundschuld auf dem Wohnungseigentum des K könnte durch die Zahlungen der *übrigen* Wohnungseigentümer erloschen sein. § 1173 BGB ist auf die Grundschuld anwendbar (BGH WM 1970, 1516; Palandt-*Bassenge*, 63. A. 2004, § 1173 BGB, Rn. 11). Ausgleichsansprüche des zahlenden Wohnungserwerbers gegen mithaftende andere Erwerber im Innenverhältnis (§§ 1192 I, 1173 II BGB) kommen hier nicht in Betracht.

aa. Umfang der Zahlungen

Insgesamt haben die Wohnungserwerber bereits über € Mio. 3 bezahlt. Damit sind die Kaufpreisforderungen der M gegen sämtliche Wohnungskäufer i.H. von € 4 Mio zwar noch nicht ganz erloschen. Darauf kommt es aber gar nicht an. Maßgebend für das Erlöschen der Grundschuld ist nicht die Höhe der Kaufpreisansprüche, sondern die Höhe des abgelösten Grundschuldanspruchs. Dieser betrug € 2 Mio. nebst Zinsen. Falls die Wohnungserwerber also mindestens in dieser Höhe *auf die Grundschuld* bezahlt haben, ist die Grundschuld vollständig abgelöst.

bb. Zahlung auf die Grundschuld ?

Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ist anhand der im Sachverhalt berichteten Umstände (insbesondere Wohnungsvertrag und Freistellungserklärung) allgemein für sämtliche Wohnungserwerber zu ermitteln.

aaa. Vorbedingungen

Gleichzeitige Leistung an M und S ?

Zahlungen „auf die Grundschild“ setzen eine Leistung mit Wirkung gegenüber dem Grundschildgläubiger voraus. Nach dem Sachverhalt zahlten die Wohnungserwerber auf ein „Baukreditkonto“ der M bei der S. Damit ist das Buchgeld zwar „physisch“ bei S eingegangen; der Betrag wurde aber einem Konto der M gutgeschrieben. Es fragt sich daher, ob man insoweit von der Zahlung einer Geldsumme (§§ 1192 I, 1113 I BGB) *an S* (als Grundschildgläubigerin) ausgehen kann.

Nach der Lebenserfahrung wollten die Erwerber zunächst einmal auf ihre eigene persönliche Erwerbspreisschuld gegenüber M zahlen. In Höhe der Zahlungen kamen die *Entgeltforderungen* der M zum Erlöschen (§ 362 I BGB). S war insoweit bloße Zahlstelle des M (vgl. BGHZ 53, 142; BGHZ 72, 319; BGH NJW 1985, 2700).

Zahlungen auf die persönliche Schuld schließen indessen nicht aus, dass die Erwerber gleichzeitig auch auf den *Grundschildanspruch* der S leisten (BGH NJW 1976, 2340, 2341, unter II.a.; bestätigt durch BGH NJW 1983, 2502, 2504, unter II.2.b.bb.). Durch eine Leistung können mehrere Schuldverhältnisse gleichzeitig nach § 362 I BGB erlöschen (Bsp.: Ausbezahlen eines Schecks).

Ermächtigung der M zum Empfang der Leistung für S ?

In Bezug auf die Grundschild könnten sich die Zahlungen auf das Konto der M als wirksame Leistungen an einen Dritten i.S. des § 362 II BGB darstellen. Das setzt voraus, dass M durch S zum Empfang der auf die Grundschild geleisteten Zahlungen ermächtigt war (§ 185 I BGB). Der Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte für eine ausdrückliche Ermächtigung der M im Kreditvertrag zwischen S und M bzw. in der Sicherungsabrede. Die Umstände sprechen vorliegend aber zumindest für eine konkludente Ermächtigung. Wirtschaftlich betrachtet haben Zahlungen auf das Baukreditkonto für S den gleichen Wert wie Zahlungen unmittelbar an sie selbst:

Kontoguthaben sind nichts anderes als Forderungen. Mit den Zahlungen auf das Baukreditkonto wurden somit Forderungen der M gegen S begründet, welche S dazu benutzen konnte, um ihre eigenen Darlehensforderungen bei Fälligkeit durch Aufrechnung zu befriedigen (§ 387 BGB, § 11 Abs. 2 AGB-Sparkassen). Zwar war das Darlehen möglicherweise noch nicht fällig. Die Gefahr, dass M ihr Kontoguthaben bis zur Fälligkeit wieder abzieht, bestand aber nicht. Vorliegend handelt es sich nach dem Sachverhalt nämlich um ein *Baukreditkonto*. Die Besonderheit von Baukreditkonten gegenüber Girokonten besteht darin, dass deren Guthaben nicht jederzeit abgerufen werden können. Vielmehr erfüllen Baukreditkonten einen Sicherungszweck. Die Zweckabrede besagt, dass die dem Baukreditkonto zufließenden Kaufpreiszahlungen zunächst der Rückzahlung des Baukredits dienen sol-

len. Das Baukreditkonto bleibt für den Kontoinhaber regelmäßig bis zur Erfüllung dieses Zwecks gesperrt, ist also gleichzeitig *Sperrkonto*.

Hinzu kommt, dass sich Kreditinstitute in ihren AGB regelmäßig ein Pfandrecht an den Kundenkonten ausbedingen (§ 21 I 3 AGB-Sparkassen). Daraus ergibt sich bei Pfandreife (§ 1228 BGB) ein Befriedigungsrecht der S nach § 1282 BGB.

Schließlich spricht auch § 2 der Freistellungserklärung dafür, dass S die Zahlung auf das Baukreditkonto nicht als belanglose Formalität, sondern als gleichwertig mit einer Zahlung an sich selbst betrachtete..

Maßgeblicher Wille zur Leistung auf Grundschuld

Ob die Erwerber bei Zahlung tatsächlich gleichzeitig auf die Grundschuld zahlten, hängt von der Leistungszweckbestimmung der Grundschuldschuldner ab. Die Möglichkeit, dass die Erwerber bereits *vor* Eigentumsübergang und damit auf die Grundschuld eines Dritten zahlten, schließt die dingliche Erfüllungswirkung dieser Zahlungen nicht aus (§ 267 I 1 BGB). In jedem Falle kommt es auf den Willen der jeweiligen Eigentümer bei Zahlung an (st. Rspr., z.B. BGH NJW 1976, 2340, unter II.a. m.w.N.). Der Sachverhalt äußert sich nicht dazu, ob und inwieweit die Zahlungen vor oder nach Eigentumsübergang auf die Erwerber geleistet wurden. Demnach sind im vorliegenden Gutachten beide Fälle zu berücksichtigen.

bbb. Zahlungen durch Eigentümer

Tilgungswille der Erwerber

Soweit die Erwerber als Eigentümer, also *nach* Übergang des jeweiligen Wohnungseigentums zahlten, kommt es für die Frage, ob sie dabei auch auf die Grundschuld leisteten, auf den von *ihnen* bei der Zahlung erklärten Willen an (BGH NJW 1976, 2340, unter II.a.). Der Sachverhalt sagt nichts über etwaige ausdrückliche Erklärungen der Erwerber bei Zahlung. Daher ist entscheidend, ob sich aus den *näheren Umständen*, insbesondere der Interessenlage der Beteiligten, eine stillschweigende Willenserklärung darüber ergibt.

Grundschuldbestellungsurkunde

Anhaltspunkt könnte hier die Anrechnungsabrede zwischen S und der damaligen Eigentümerin M in der Grundschuldbestellungsurkunde vom September 2002 sein. Danach sollen alle Zahlungen an die S als Zahlungen (gemeint ist: nur) „auf die persönliche Forderung“ und nicht etwa auf die Grundschuld gelten, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wird. Allerdings entfaltet die Urkunde insoweit keine automatische Drittwirkung. Eine Anrechnungsabrede dieser Art lässt sich nicht im Grundbuch eintragen (Soergel-Konzen, 13. A. 2001, § 1191 BGB, Rn. 41, m.w.N.). Darüber hinaus ist denkbar, dass S im Verhältnis zu den Erwerbern etwas anderes vereinbart hat.

Freistellungserklärung

Hinweise für den Tilgungswillen der zahlenden Wohnungseigentümer könnten sich möglicherweise aus der Freistellungserklärung *der S* ergeben. Diese sagt zwar unmittelbar nichts über den Willen der *Eigentümer* aus. Der Darlehensvertrag zwischen S und M sowie die Erwerbsverträge zwischen M und den einzelnen Erwerbern verweisen - vermittelt durch die Freistellungserklärung - aber wechselseitig aufeinander und sind so angelegt, dass sie sich gegenseitig nicht beeinträchti-

gen. Die Erwerber waren somit aus ihren Erwerbsverträgen zumindest in ihrem Verhältnis zu M dazu *verpflichtet*, den Willen der S zu respektieren, soweit er sich aus der ihnen bekannten Freistellungserklärung erschließen ließ. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist ferner davon auszugehen, dass sich die Erwerber bei ihren Zahlungen an diese Verpflichtung auch tatsächlich hielten.

Für die Frage, ob die Zahlungen des K und der übrigen Erwerber der Ablösung des jeweils entsprechenden Teils der Grundschuld dienten, kommt es demnach auf die *Auslegung der Freistellungserklärung* an (BGH NJW 1976, 2340, unter II.a.). Bei Kreditinstituten (wie der S) als Grundschuldgläubigern spricht die allgemeine Erfahrung von vornherein *gegen* deren Willen zur Zahlung auf die Grundschuld (z.B. BGH WM 1968, 371). Der Wortlaut des § 2 der Freistellungserklärung bestätigt diese Einschätzung, denn er geht offensichtlich davon aus, dass sich die Grundschuldansprüche der S mit den Kaufpreiszahlungen nicht automatisch verringern. Demnach lassen sich aus der Freistellungserklärung der S keine Anhaltspunkte *für*, sondern nur Anhaltspunkte *gegen* den Willen der Erwerber entnehmen, mit ihren Zahlungen auf das Konto der M bei S gleichzeitig auf die Grundschuld der S leisten zu wollen.

ccc. Zahlungen durch Nichteigentümer

Tilgungswille der M Soweit die Erwerber bereits *vor* Eigentumsübergang zahlten, ist für die Frage der dinglichen Tilgungswirkung nicht deren Wille, sondern der Wille der (Alt-) Eigentümerin M maßgebend (BGH NJW 1976, 2340, unter II.a.; BGH WM 1968, 371). Der Wille der M aber war durch die Zweckvereinbarung in der Grundschuldbestellungsurkunde eindeutig dahingehend festgelegt, dass *nicht* auf die Grundschuld bezahlt werden sollte. Die in Zusammenhang mit § 366 I BGB diskutierte Rechtsfrage, ob der Leistende nachträglich im Augenblick der Zahlung von einem vertraglich vereinbarten Tilgungswillen einseitig durch eine anders lautende Tilgungsbestimmung abweichen kann (hierzu Staudinger-Wolfsteiner, Neubearbeitung 2002, vor §§ 1191 ff. BGB, Rn. 68; *ders.*, a.a.O. § 1192 BGB, Rn. 18), kann hier offen bleiben. Der Sachverhalt bietet nämlich keine Anhaltspunkte für einen von der vertraglichen Zweckvereinbarung abweichenden Tilgungswillen der M bei Zahlungen durch die Erwerber.

Ablösungsrecht der Erwerber Ferner setzt die Ablösung einer Grundschuld durch einen Dritten (Nichteigentümer, Nicht-Grundschuld-Schuldner) ein Ablösungsrecht dieses Dritten voraus. Die Voraussetzungen des dinglichen Ablösungsrechts nach §§ 1192 I, 1150, 268 BGB sind schon deshalb nicht erfüllt, weil den Zahlungen der Erwerber nach dem Sachverhalt kein entsprechendes Zahlungsverlangen der S vorausgegangen war. Allerdings kann sich ein Ablösungsrecht Dritter auch aus einer Vereinbarung zwischen allen Beteiligten (Eigentümer/Grundschuld-Schuldner, Gläubiger und Drittem) ergeben (BGH NJW 1983, 2502, 2504, unter II.2.b.aa.; BGH NJW 1969, 2237). Für das Bestehen einer solchen Vereinbarung gibt der Sachverhalt nichts her.

Demnach besteht die Grundschuld auf dem Wohnungseigentum des K noch fort, egal ob die bisherigen Zahlungen des K und der übrigen Erwerber vor oder nach Eigentumsübergang geleistet wurden. Der materiellrechtliche (dingliche) Anspruch besteht also noch, so dass sich von daher keine Einwendungen iS des § 767 ZPO ergeben.

II. Schuldrechtliche Freigabepflicht

Einwendungen i.S. des § 767 ZPO könnten sich aber aus einer schuldrechtlichen Pflicht der S gegenüber K zur Freigabe (Freistellung) des Grundstücks von der Grundschuld ergeben (s.o. Teil 2, A.I.).

1. Bestehen einer schuldrechtlichen Freigabepflicht

Als rechtlicher Anknüpfungspunkt einer Freistellungspflicht kommt die (jedenfalls primär) an M adressierte Freistellungserklärung der S vom 27.9.2002 in Betracht. Rechtssystematisch lässt sich daraus eine Berechtigung des K auf zweierlei Arten konstruieren: durch einen direkten Vertrag zwischen S und K oder im Wege eines zwischen S und M abgeschlossenen Vertrags zugunsten des K als Drittem. Der Meinungsstand zu dieser Frage in Zusammenhang mit Freistellungserklärungen von Kreditinstituten bei Bauträgerverträgen ist uneinheitlich.

Rechtscharakter der Freistellungspflicht

Das *Schrifttum* versteht eine Freistellungsverpflichtung überwiegend als Vertrag unmittelbar zwischen Kreditinstitut und Käufer. In der Freistellungserklärung der Bank soll ein vom Bauträger als Bote weitergeleitetes *Angebot* liegen, das der Käufer stillschweigend annimmt (z.B. *Locher/Koebler*, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 4. A. 1985, Rn. 497). Hauptargument für diese Konstruktion ist das Schutzbedürfnis des Erwerbers, der vor Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis des Instituts zum Bauträger verschont werden soll. Demgegenüber geht die *Rechtsprechung* (BGH NJW 1976, 2340, unter II.b.; offen gelassen in BGH LM Nr. 2 zu § 1175 BGB) von der Drittwirkung der Freistellungserklärung des Instituts gegenüber dem Bauträger zugunsten der Erwerber i.S. eines berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter aus (§ 328 BGB), wenn der Grundschuldgläubiger gegenüber dem Eigentümer (und Veräußerer) eine ausdrückliche Verpflichtung eingeht, das Grundstück bzw. bestimmte Wohnungseigentumseinheiten freizustellen. Von Bedeutung ist der Meinungsstreit für die Frage eines etwaigen Einwendungsdurchgriffs (§ 334 BGB). Hierauf kommt es vorliegend aber nicht an, so dass eine weitere Stellungnahme nicht erforderlich ist. Jedenfalls kann K von S Freistellung verlangen, sofern die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen nach der Freistellungserklärung erfüllt sind.

2. Voraussetzungen der Freigabe

Ob vorliegend die Voraussetzungen einer Freigabe erfüllt sind, ist durch Auslegung der Freistellungserklärung zu ermitteln.

a. Bezahlung des gesamten Erwerbspreises (§ 2)

Auslegung der Frei-

Nach § 2 der Freistellungserklärung hat S diejenigen gekauften Woh-

stellungserklärung nungseigentumsrechte und Teileigentumsrechte freizustellen, für die der gesamte Kaufpreis (auf das Baukreditkonto) gezahlt wurde. Diese Voraussetzung ist in Bezug auf K nicht erfüllt, denn € 30.000 des Wohnungserwerbspreises sind noch offen.

b. Bezahlung des fälligen Teils (§ 3)

Da K nur einen Teil des Erwerbspreises, und zwar mit Befreiungswirkung (oben I.2.b.bb.(1)), bezahlt hat, kommt allein eine Freistellung nach § 3 der Erklärung in Betracht. Danach greift die Freistellungsverpflichtung der S trotz unvollständiger Kaufpreiszahlung, wenn „das Bauvorhaben nicht vertragsgemäß vollendet“ und der noch ausstehende Teil der Vergütung noch nicht „fällig“ war.

aa. Bauvorhaben nicht vertragsgemäß vollendet

Rechtscharakter des Bauträgervertrags Ob „das Bauvorhaben nicht vertragsgemäß vollendet“ wurde, hängt vom Inhalt der Erwerbsverträge sowie von den Regeln des zwingenden und - soweit nicht im Vertrag derogiert - dispositiven Gesetzesrechts ab, das auf diese Verträge anwendbar ist. Fraglich könnte sein, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht anwendbar ist. Der Umstand, dass die Parteien ihren Vertrag „Kaufvertrag“ genannt haben, präjudiziert nicht von vornherein die (alleinige) Anwendung von Kaufrecht. Maßgebend ist das, was die Parteien wirklich gemeint haben, die Bezeichnung des Vertrags stellt allenfalls ein Indiz für den Parteiwillen dar (*falsa demonstratio non nocet*). Vorliegend handelt es sich um einen sog. Bauträgervertrag. Dies ist ein (typen-)gemischter Vertrag eigener Art, der neben kaufvertraglichen u.a. auch werkvertragliche Elemente enthält (Palandt-*Sprau*, § 675 BGB, Rn. 14). Auf die werkvertraglichen Elemente (Bauausführung) ist grundsätzlich Werkvertragsrecht und auf die kaufvertraglichen Elemente - einschließlich der Rechte des Käufers wegen Mängeln des Grundstücks - Kaufrecht anwendbar (Palandt-*Sprau*, vor § 633 BGB, Rn. 3; *Thode*, NZBau 2002, 298 ff.; zum alten Schuldrecht BGH NJW 1973, 1235). § 651 BGB ist bei Immobilien nicht einschlägig.

aaa. Sachmängel

Mängel der Bauausführung Nach dem Sachverhalt hat K im Bereich der Bauausführung verschiedene Abweichungen der tatsächlichen Beschaffenheit von der vereinbarten Beschaffenheit entdeckt (§ 633 I, II 1 BGB). Damit ist das Bauvorhaben nicht vertragsgemäß vollendet.

bbb. Rechtsmängel

Belastung mit Grundschuld Ferner könnte man daran denken, die Belastung des Wohnungseigentums mit der Grundschuld ebenfalls als Vertragsverletzung zu betrachten (§§ 433 I 2, 435 S. 1 BGB). Wie oben (vor aaa.) ausgeführt, richten sich Mängel des Grundstücks beim Bauträgervertrag nach Kaufrecht. Die Belastung der Eigentumswohnung des K mit einer (Gesamt-)

Grundschild bewirkt, dass Dritte in Bezug auf die Sache „Rechte gegen den Käufer“ geltend machen können (§ 435 S. 1 BGB). Ein Rechtsmangel setzt aber zudem voraus, dass die Rechte Dritter aus der Grundschild nicht „im Kaufvertrag übernommen“ wurden (§ 435 S. 1 BGB). Genau das ist hier der Fall. Der deutliche Hinweis in den Erwerbsverträgen auf die Freistellungserklärung der S und der Umstand, dass diese Erklärung dem Vertrag sogar beigefügt wurde, lässt erkennen, dass M entgegen § 442 II BGB keinerlei Verpflichtung zur Übertragung lastenfreien Wohnungseigentums übernehmen wollte.

bb. Restkaufpreis noch nicht „fällig“

Abnahme der Bauleistung

Damit die Freistellungsverpflichtung nach § 3 der Erklärung greift, darf ferner der Restkaufpreis noch nicht fällig sein. Nach dem „Kaufvertrag“ zwischen M und K sollte der gesamte Kaufpreisrest (€ 180.000) bei „Endabnahme“ fällig sein. Die Terminologie dieser Klausel lehnt sich erkennbar an das Werkvertragsrecht (§ 641 I BGB) an. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte kann daher auf den werkvertraglichen Abnahmebegriff (§ 640 BGB) zurückgegriffen werden. Abnahme i.S. des § 640 BGB ist die körperliche Hinnahme im Rahmen der Besitzübertragung verbunden mit der Anerkennung des Werkes als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung (Palandt-*Sprau*, § 640 BGB, Rn. 3, m.w.N.). K hat die Wohnung in Besitz genommen und bezogen. Von einer ausdrücklichen Anerkennung der Vertragsgemäßheit bei Besitzübergang sagt der Sachverhalt zwar nichts. Eine Abnahme kann aber auch konkludent erfolgen. Das setzt aber Abnahmereife der Wohnung i.S. des § 640 I BGB voraus (Palandt-*Sprau*, § 640 BGB, Rn. 6), d.h. die Wohnung darf keine wesentlichen Mängel aufweisen. Ob ein Mangel unwesentlich i.S. des § 640 I 2 BGB ist und ob es dem Besteller daher zumutbar ist, das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung anzuerkennen und sich mit den Mängelrechten zu begnügen, hängt nicht nur von den Kosten der Mangelbeseitigung im Verhältnis zum Gesamtpreis, sondern auch von den sonstigen Umständen des konkreten Falles ab. Für die erforderliche Abwägung der beiderseitigen Interessen (Palandt-*Sprau*, § 640 BGB, Rn. 9) gibt der Sachverhalt vorliegend nicht genügend her.

Letztlich kann diese Frage hier aber offen bleiben, denn trotz Abnahme dürfte K entsprechend § 641 III BGB jedenfalls die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern. Eine abweichende Vereinbarung im „Kaufvertrag“ zwischen M und K wäre im Übrigen gem. § 307 I, II Nr. 1 BGB unwirksam. Der von K zurückgehaltene Kaufpreisteil von € 30.000 ist im Vergleich zu den Mangelbeseitigungskosten i.H. von € 9.000 wohl noch angemessen (vgl. § 641 III letzter HS BGB), also noch nicht fällig.

Zwischenergebnis

Demnach sind alle Voraussetzungen einer Freistellungspflicht der S gegenüber K erfüllt. Der Zwangsvollstreckung aus der Grundschild steht somit eine materiellrechtliche Einrede gegenüber. Damit ist die Vollstreckungsabwehrklage begründet.

Gesamtergebnis K kann gegen S sowohl im Wege der Vollstreckungserinnerung als auch der Vollstreckungsabwehrklage vorgehen. Beide Rechtsbehelfe sind zulässig und begründet.

Ergänzende Hinweise

1. Die Klausur behandelt die in der juristischen Ausbildung eher abgelegene, praktisch aber wichtige Materie des Kaufs baukreditfinanzierter Immobilien vom Bauträger. Schwerpunkte liegen im Zivilprozess- und Immobiliarpfandrecht sowie in der Vertragsauslegung. Die Bearbeitung erfordert darüber hinaus ein gewisses Grundverständnis für die maßgeblichen wirtschaftlichen Interessen im Dreipersonenverhältnis von Kreditgeber, Bauträger und Käufer.

2. Die Klausur war im SS 2003 Gegenstand des Examensklausurenkurses am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz. Schwierigkeiten bereiteten u.a. die Anwendung des § 1173 BGB auf die Grundschild, die Unterscheidung zwischen dinglicher Enthftung und schuldrechtlicher Freigabepflicht sowie die rechtliche Einordnung und Auslegung der Freistellungserklärung. Im prozessualen Teil wurde der Rechtsbehelf der Vollstreckungserinnerung nur ganz vereinzelt erkannt.
