

Der gesetzliche Aufhebungsanspruch nach § 1179a BGB

Von Stud. iur. **Marco Rehmet**, Freiburg

Das Liegenschaftsrecht gehört unter den Studierenden zu den eher unliebsamen, aber zugleich höchst anspruchsvollen Themen. Daher scheint es geradezu prädestiniert, um in einer Examensklausur abgeprüft zu werden. Dass dies kein Unkenruf ist, manifestiert sich etwa in den jüngsten Examenskampagnen Baden-Württembergs: Sowohl in dem Herbsttermin 2018 als auch in dem darauffolgenden Frühjahrstermin 2019 wurde sachenrechtlich schwerpunktmäßig die Hypothek und die Grundschuld behandelt. Die §§ 1113 ff. BGB sollten freilich in der Prüfungssituation nicht zum ersten Mal gelesen werden. Diese Gefahr droht allerdings bei dem – ein Schattendasein fristenden – Aufhebungsanspruch aus § 1179a BGB. Doch selbst die Lektüre jener Vorschrift lässt den Leser mit mehr Fragezeichen zurück als sie Antworten geben sollte. Aller Unzugänglichkeit zuwider muss berücksichtigt werden, dass die Vorschrift in einer Klausur – insbesondere als „Rahmen“ – von herausragender Bedeutung sein kann; dies nicht zuletzt wegen der leicht zu übersehenden Vormerkungsfiktion (§ 1179a Abs. 1 S. 3 BGB) und der Anwendbarkeit auf die Grundschuld (§ 1192 Abs. 1 BGB).

Mit dem hier vorgelegten Aufsatz soll dazu beigetragen werden, § 1179a BGB zugänglicher und verständlicher zu machen, um jene Vorschrift letztlich souverän zu handhaben. Dazu werden in einem ersten Schritt der Telos, die Anspruchsvoraussetzungen und die damit im Zusammenhang stehenden Schwierigkeiten erläutert (hierzu I.). In einem zweiten Schritt werden einige mögliche klausurrelevante Problemfälle behandelt (hierzu II.).

I. Einführung und Allgemeines

Nach § 1179a Abs. 1 S. 1 BGB kann der Gläubiger einer Hypothek von dem Eigentümer verlangen, dass dieser eine vorrangige oder gleichrangige Hypothek löschen lässt, wenn sie im Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek des Gläubigers mit dem Eigentum in einer Person vereinigt ist oder eine solche Vereinigung später eintritt. Ist das Eigentum nach der Eintragung der nach § 1179a Abs. 1 S. 1 BGB begünstigten Hypothek durch Sondernachfolge auf einen anderen übergegangen, so ist jeder Eigentümer wegen der zur Zeit seines Eigentums bestehenden Vereinigungen zur Löschung verpflichtet (vgl. § 1179a Abs. 1 S. 2 BGB).

„Der subjektivdingliche Lösungsanspruch des § 1179a BGB gehört als Ausfluss einer Ranganwartschaft zum Inhalt [...]“¹ der begünstigten Hypothek. Dieser Natur entspricht es, dass der Aufhebungsanspruch nicht isoliert an den Zessionar abgetreten werden kann, sondern – sobald er einmal entstanden ist – mit Übertragung des Grundpfandrechts mitläuft.² Als gesetzlicher Inhalt entsteht er ebenfalls beim gutgläubigen

Grundpfandrechtserwerb, sobald die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.³

Abzugrenzen ist § 1179a BGB von § 1179 BGB: Bei Letzterem handelt es sich um einen rechtsgeschäftlichen Lösungsanspruch, der durch eine Lösungs Vormerkung gesichert werden kann.⁴ Der Kreis der möglichen Anspruchsberechtigten ist beschränkt, namentlich auf den Inhaber einer Dienstbarkeit, eines Nießbrauchs, einer Reallast oder eines Vorkaufsrechts sowie auf den Inhaber von Ansprüchen auf Einräumung solcher Rechte oder auf Grundstücksübereignung (vgl. § 1179 Nrn. 1, 2 BGB). § 1179a BGB gilt daher neben der Rentenschuld (§ 1199 BGB) insbesondere für die Hypothek (§§ 1113 ff. BGB) sowie für die Grundschuld (§ 1192 Abs. 1 BGB)⁵, d.h. für die Grundpfandrechte.

Der Übersichtlichkeit halber wird im Folgenden überwiegend letztere Terminologie gewählt und zwischen dem begünstigten, also dem nach-/gleichrangigen, und dem betroffenen, also dem vor-/gleichrangigen Grundpfandrecht differenziert.

1. Telos

Zur Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich, §§ 873 Abs. 1, 1115 BGB (§ 1192 Abs. 1 BGB). Sie werden in die dritte Abteilung des Grundbuchs eingetragen (vgl. § 11 Abs. 1 GBV). Das Rangverhältnis unter mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, bestimmt sich, wenn die Rechte in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen (§ 879 Abs. 1 S. 1 BGB). Das Rangverhältnis ist von essenzieller Bedeutung für die Geltendmachung von Grundpfandrechten. Die Geltendmachung erfolgt über den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. § 1147 BGB.⁶

Hierzu der folgende *Fall 1*:

Fall 1: Grundstückseigentümer G nimmt bei der Bank B ein Darlehen i.H.v. 150.000 € auf. Zur Absicherung des Rückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB wird am Grundstück des G (Wert: 300.000 €) eine Hypothek i.H.v. 150.000 € zu Gunsten der B bestellt. Einige Zeit später gerät G in Liquiditätsgpässe und erhält von seinem Nachbarn N ein Darlehen i.H.v. 50.000 €. Auch hierfür bestellt G dem N zur Sicherheit eine Hypothek i.H.v. 50.000 € an seinem Grundstück.

³ Vgl. insoweit mit missverständlicher Terminologie *Rambold*, Rpfleger 1995, 284 (285).

⁴ *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, 30. Aufl. 2015, § 27 Rn. 56.

⁵ Vgl. BGH NZI 2012, 756 (757); *Rohe* (Fn. 1), § 1179a Rn. 3. Daneben sind auch Zwangshypothek (§§ 866 ff. ZPO) sowie Sicherungshypothek (§§ 128, 130 ZVG) begünstigt, vgl. *Konzen*, in: *Soergel*, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 1179a Rn. 3.

⁶ Zu den Anspruchsvoraussetzungen vgl. *Wolf/Wellenhofer* (Fn. 4), § 26 Rn. 15 ff.

¹ BGH NJW-RR 2004, 1458; BGHZ 80, 119 (122). Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit vgl. BGHZ 99, 363 (370 f.); Siehe auch *Rohe*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2019, § 1179a Rn. 7.

² *Kohlhasser*, JA 1979, 176 (178).

Wenn G bei Fälligkeit der Rückzahlungsansprüche⁷ zahlungsunfähig ist und sein Grundstück infolgedessen zwangsversteigert wird, kann sich Folgendes ereignen: Wird bei der Versteigerung etwa nur ein Erlös von 190.000 € erzielt, sind die Hypotheken entsprechend ihrer Rangstelle zu bedenken (vgl. § 11 Abs. 1 ZVG). B kann mit ihrer erstrangigen Hypothek vollumfänglich befriedigt werden. Die nachrangige Hypothek des N fällt dagegen i.H.v. 10.000 € aus.

Bereits dieser *Fall I* zeigt das Interesse, das Gläubiger an der Rangordnung ihres Grundpfandrechts haben. Diesem Interesse wird dadurch Rechnung getragen, dass die Rangordnung nicht starr ist, sondern formal das sog. Prinzip der gleitenden Rangordnung⁸ herrscht: Das rangschlechtere Grundpfandrecht rückt nach, wenn ein bessergestelltes Grundpfandrecht wegfällt. Dies gilt es freilich zu relativieren. Denn wenn in *Fall I* G stattdessen die Forderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB der Bank B bei Fälligkeit beglichen hätte, wäre sie gem. § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek (§ 1163 Abs. 1 S. 2 BGB). Vereint sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne dass dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld (§ 1177 Abs. 1 S. 1 BGB). Die einstige Hypothek wird nunmehr zur Eigentümergrundschuld mit dem bisherigen Rang.⁹ G könnte infolgedessen von B Mitwirkung an der Berichtigung des Grundbuchs verlangen (§ 894 BGB – Grund: Ausweislich des Grundbuchs wäre B noch Hypothekarin, in Wirklichkeit steht G aber eine Eigentümergrundschuld zu) sowie gegebenenfalls Rückgabe des Hypothekenbriefes aus § 1144 BGB. Dies hat aber zugleich zur Konsequenz, dass der Eigentümer auch über die Eigentümergrundschuld verfügen kann. So könnte beispielsweise die attraktive erstrangige Grundschuld auf einen neuen Forderungsgläubiger übertragen werden. Ein solches Vorgehen würde allerdings das eingangs erwähnte Ranginteresse des nach-/gleichrangigen Gläubigers eines Grundpfandrechts konterkarieren. Früherer Praxis entsprach es daher regelmäßig, einen Lösungsanspruch zu vereinbaren, der im Grundbuch durch eine Vormerkung abgesichert und geltend gemacht wurde, wenn eine Vereinigung von Eigentum und der vor-/gleichrangigen Hypothek eintrat. Um die Übersichtlichkeit des Grundbuchs zu wahren,¹⁰ wurde diese Praxis letztlich in Form des § 1179a BGB Gesetz.¹¹

N stünde in der oben beschriebenen Abwandlung von *Fall I* mithin nicht hilflos; § 1179a Abs. 1 BGB trüge seinem Aufrückinteresse Rechnung.

⁷ Aufgrund der Akzessorietät ist die Hypothek in der Regel fällig, wenn die Forderung fällig ist.

⁸ Vgl. *Westermann/Staudinger*, BGB – Sachenrecht, 13. Aufl. 2017, § 15 I 2 Rn. 442 ff.

⁹ *Berger*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 1177 Rn. 2.

¹⁰ *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 30 4. a.

¹¹ Vgl. zum Ganzen *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 46 IV Rn. 34 ff. Siehe auch *Fu*, Abstrakte Sicherheiten in China und Deutschland, 2016, S. 131 ff.

2. Voraussetzungen

Wie oben bereits festgestellt, gehört der Aufhebungsanspruch zum gesetzlichen Inhalt des begünstigten Grundpfandrechts und entsteht kraft Gesetzes.¹² Welche Anspruchsvoraussetzungen erforderlich sind, wird nachstehend beleuchtet.

a) Anspruchsberechtigung

Anspruchsberechtigt ist der Inhaber des begünstigten Grundpfandrechts.

Problematisch ist die Anspruchsberechtigung in den Fällen, in denen die Forderung, für welche die begünstigte Hypothek bestellt ist, noch nicht zur Entstehung gelangt ist, etwa mangels Valutierung.¹³ Dann steht die Hypothek nach § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB dem Eigentümer zu. Entsprechend § 1177 Abs. 1 S. 1 BGB besteht eine vorläufige Eigentümergrundschuld.¹⁴ Sie ist auflösend bedingt durch das Entstehen der Forderung.¹⁵ Mit Bedingungseintritt entsteht automatisch eine Fremdhypothek.¹⁶ Daraus folgt, dass auch frühestens mit eben jenem Bedingungseintritt die Anspruchsberechtigung vorliegen kann. Für Unklarheit sorgt in diesem Zusammenhang indes § 1179a Abs. 3 BGB.

Hiernach besteht der Lösungsanspruch für den eingetragenen Gläubiger (oder seinen Rechtsnachfolger), wenn in Hinblick auf die begünstigte Hypothek die Voraussetzungen des § 1163 BGB vorliegen, ohne dass das Recht (hier: die vorläufige Eigentümergrundschuld) für den Eigentümer (oder seinen Rechtsnachfolger) im Grundbuch eingetragen ist. Gemeint ist damit der Fall der Inkongruenz des materiell Berechtigten und des Buchberechtigten, weil die eingetragene Hypothek tatsächlich eine Eigentümergrundschuld ist.¹⁷ Aus dem Wortlaut von § 1179a Abs. 3 BGB müsste man eigentlich schlussfolgern, dass die Anspruchsberechtigung bereits vorliegt, obwohl die Fremdhypothek noch gar nicht entstanden ist; mit anderen Worten würde der Aufhebungsanspruch einem Nichtberechtigten zustehen.¹⁸ Von der ganz h.M. wird dieses Ergebnis durch eine teleologische Reduktion des § 1179a Abs. 3 BGB vermieden: Der Aufhebungsanspruch wird erst mit Bedingungseintritt erworben, gleichwohl wird die Wirkung des Löschungsschutzes im Sinne von § 1179a Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Eintragung der begünstigten Hypothek zurückdatiert.¹⁹ Dies ist letztlich nur die Kon-

¹² *Rohe* (Fn. 1), § 1179a Rn. 6.

¹³ Vgl. zum Hypothekenerwerb vor Valutierung *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 460 f.

¹⁴ *Berger* (Fn. 9), § 1163 Rn. 1.

¹⁵ BGHZ 60, 226 (228 f.).

¹⁶ BGHZ 60, 226 (228 f.).

¹⁷ *Kollhosser*, JA 1979, 176 (180).

¹⁸ *Wolfsteiner*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2015, § 1179a Rn. 51.

¹⁹ Vgl. etwa *Herrler*, in: *Palandt*, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 1179a Rn. 2; *Wenzel*, in: *Erman*, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 1179a Rn. 3; *Berger* (Fn. 9), § 1179a Rn. 6; *Kollhosser*, JA 1979, 176 (180); *Krause*, in: *Ring/Grziwotz/Keukenschrijver*, Nomos-Kommentar zum

sequenz daraus, dass der Aufhebungsanspruch unselbstständiger Bestandteil des begünstigten Grundpfandrechts ist; damit kann der Aufhebungsanspruch konsequenterweise auch nur demjenigen zustehen, der materiell berechtigt ist, mithin nicht dem Buchberechtigten.

Hätte in *Fall I N* das Darlehen i.H.v. 50.000 € noch nicht ausgezahlt, wäre der Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB noch nicht entstanden. Nach § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB stünde G eine Eigentümergrundsuld entsprechend § 1177 Abs. 1 S. 1 BGB zu. Wenn G in dieser Schwebezeit die Forderung der Bank B beglichen hätte, wäre nach §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB eine erstrangige Eigentümergrundsuld entstanden. Würde N das Darlehen anschließend auszahlen und somit seine Anspruchsberechtigung aus § 1179a Abs. 1 BGB erlangen, bestünde das Problem, dass zwar eine Vereinigung im Sinne von § 1179a Abs. 1 BGB vorliegt (hier: die erstrangige Eigentümergrundsuld), aber N zum Zeitpunkt jener Vereinigung noch nicht Hypothekar, also auch noch nicht anspruchsberechtigt war. In diese Lücke stößt die von der h.M. präferierte Auslegungskorrektur: Die Wirkung des Löschungsschutzes aus § 1179a Abs. 1 BGB wirkt nach § 1179a Abs. 3 BGB auf den Zeitpunkt zurück, in dem die Hypothek des N eingetragen wurde.

Abschließend sind im Rahmen der Anspruchsberechtigung Rangänderungen zu beachten. Das Rangverhältnis kann nachträglich geändert werden (§ 880 Abs. 1 BGB). Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten und die Eintragung der Änderung in das Grundbuch erforderlich (§ 880 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB). Soll eine Hypothek, eine Grundsuld oder eine Rentenschuld zurücktreten, so ist außerdem die Zustimmung des Eigentümers erforderlich (§ 880 Abs. 2 S. 2 BGB). In diesen Fällen sind auf die Löschung der dem ehemals vor-/gleich-rangigen Grundpfandrecht infolge der Rangänderung nunmehr vorgehenden oder gleichstehenden Grundpfandrecht § 1179a Abs. 1–3 BGB mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass an die Stelle des Zeitpunkts der Eintragung des zurückgetretenen (Grundpfand-)Rechts der Zeitpunkt der Eintragung der Rangänderungen tritt (vgl. § 1179a Abs. 4 BGB). Der Aufhebungsanspruch wird infolgedessen von solchen Vereinigungen ausgelöst, die im Zeitpunkt der Eintragung der Rangänderung bestehen oder später eintreten.²⁰

b) Anspruchsgegner

Anspruchsgegner ist im Fall von § 1179a Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB der Eigentümer zur Zeit der Eintragung des begünstigten Grundpfandrechts. Tritt die Vereinigung später ein (§ 1179a Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB, d.h. nach Eintragung des

begünstigten Grundpfandrechts), ist Anspruchsgegner der Eigentümer zum Zeitpunkt des Eintritts jener Vereinigung.

Beim Eigentümerwechsel ist zu differenzieren: Veräußert der Grundstückseigentümer nach Eintragung des begünstigten Grundpfandrechts und Vereinigung nur das Grundstück und verbleibt ihm infolgedessen eine Fremdgrundsuld, so ist er alleiniger Anspruchsgegner (§ 1179a Abs. 1 S. 2 BGB). Überträgt der Grundstückseigentümer dagegen neben dem Eigentum auch die Eigentümergrundsuld, so ist jedenfalls der neue Eigentümer Anspruchsgegner (§ 1179a Abs. 1 S. 2 BGB).²¹ Herrschend wird unter Berufung auf den Wortlaut („bestehenden Vereinigungen“) angenommen, dass auch der alte Eigentümer tauglicher Anspruchsgegner ist.²²

c) Vereinigung des betroffenen Grundpfandrechts mit dem Eigentum

Erforderlich ist abschließend, dass das betroffene Grundpfandrecht im Zeitpunkt der Eintragung des begünstigten Grundpfandrechts mit dem Eigentum in einer Person vereinigt ist oder eine solche Vereinigung später eintritt, § 1179a Abs. 1 S. 1 BGB. Denkbare Fälle der angesprochenen Vereinigung können beispielsweise die Folgenden sein: §§ 889 (i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB), 1143 Abs. 1, 1168 Abs. 1 (i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB), 1170 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 2 BGB sowie die Übertragung der Grundsuld auf den Eigentümer oder gegebenenfalls die Zahlung²³ auf die Grundsuld.

Im Umkehrschluss aus § 1179a Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB ergibt sich, dass die Vereinigung endgültig sein muss. Das bedeutet für die Fälle des § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB, dass die Löschung erst verlangt werden kann, wenn sich ergibt, dass die zu sichernde Forderung nicht mehr entstehen wird (§ 1179a Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB). Wenn § 1179a Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB davon spricht, der Lösungsanspruch bestehe von diesem Zeitpunkt ab jedoch auch wegen der vorher bestehenden Vereinigungen, so ist damit gemeint, dass der Lösungsanspruch das betroffene Grundpfandrecht auch dann erfasst, wenn darüber verfügt wurde, bevor das Schicksal der Forderung feststand („Rückwirkung“²⁴).²⁵

Bei der Briefhypothek/Briefgrundsuld (§ 1116 Abs. 1 BGB [i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB]) steht bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer die Hypothek/Grundsuld zu (§ 1163 Abs. 2 BGB). Für diese Form der Vereinigung sieht § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB vor, dass ein Anspruch nach § 1179a Abs. 1 BGB nicht begründet wird.

²¹ Siehe *Lieder* (Fn. 19), § 1179a Rn. 21.

²² Vgl. *Herrler* (Fn. 19), § 1179a Rn. 3; *Berger* (Fn. 9), § 1179a Rn. 8; *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 47; *Lieder* (Fn. 19), § 1179a Rn. 20 a.E.; *Rohe* (Fn. 1), § 1179a Rn. 9.

²³ Vgl. zu den Rechtsfolgen bei Zahlung im Rahmen der Sicherungsgrundsuld *Medicus/Petersen* (Fn. 13), Rn. 499 ff. sowie i.Ü. zur Zahlung auf die Grundsuld *Wolf/Wellenhofer* (Fn. 4), § 28 Rn. 12 ff.

²⁴ *Reischl*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, juris-Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2009, § 1179a Rn. 49.

²⁵ So *Berger* (Fn. 9), § 1179a Rn. 3; *Stöber*, Rpfleger 1977, 425 (428).

BGB, 4. Aufl. 2016, § 1179a Rn. 4; *Hansen*, Der gesetzliche Lösungsanspruch gegenüber Grundpfandrediten, 1981, S. 87 ff.; *Konzen* (Fn. 5), § 1179a Rn. 8 a.E.; *Stöber*, Rpfleger 1977, 425 (427); *Rohe* (Fn. 1), § 1179a Rn. 5; *Lieder*, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1179a Rn. 17; BayObLG NJW-RR 1992, 306; a.A. *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 52.

²⁰ *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 36; *Herrler* (Fn. 19), § 1179a Rn. 9; *Stöber*, Rpfleger 1977, 425 (428).

Das ist nur konsequent, andernfalls würde schließlich ein normaler Entstehungstatbestand durch den Aufhebungsanspruch vereitelt.²⁶

Strittig ist in diesem Zusammenhang das Verhältnis von § 1179a Abs. 2 S. 1 BGB zu § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB.

Fall 2: G bestellt der Bank B eine erstrangige Briefhypothek an seinem Grundstück. B hat das Darlehen noch nicht ausgezahlt (§ 1163 Abs. 1 S. 1 BGB); der Hypothekenbrief wurde der B noch nicht erteilt (§ 1163 Abs. 2 BGB). Anschließend wird zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs eines bei Nachbar N durch G aufgenommenen Darlehens i.H.v. 50.000 € eine Hypothek ordnungsgemäß am Grundstück des G bestellt. Es stellt sich heraus, dass der Darlehensvertrag zwischen G und B nichtig ist; infolgedessen unterbleibt die Auszahlung des Darlehens endgültig. N verlangt nun von G die Aufhebung der erstrangigen Eigentümergrundschuld.

Nach einer teilweise vertretenen Ansicht sei § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB *lex specialis* zu § 1179a Abs. 2 S. 1 BGB.²⁷ Dieser Auffassung nach könnte N von G die Aufhebung der erstrangigen Eigentümergrundschuld wegen § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB nicht verlangen.

Ein anderes Ergebnis erzielt die überwiegende Lehre dadurch, dass sie annimmt, § 1179a Abs. 2 S. 1 BGB gehe § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB vor, wenn schon vor Briefübergabe feststehe, dass die Forderung nicht mehr entstehen wird.²⁸ Hiernach könnte N von G die Aufhebung der Eigentümergrundschuld verlangen; § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB stünde nicht entgegen.

Zuzugeben ist, dass sich von der Warte des Wortlauts und der Systematik aus § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB recht eindeutig gegen den Aufhebungsanspruch auszusprechen scheint. Allerdings muss der Telos fruchtbar gemacht werden. *Lieder*²⁹ befürwortet diesbezüglich eine teleologische Reduktion des § 1179a Abs. 2 S. 2: Der Gesetzgeber habe mit der Regelung die frühere Rechtsprechung zur Löschungs Vormerkung übernehmen wollen. Dort sei anerkannt gewesen, dass der Löschungsanspruch auch in den Fällen von § 1163 Abs. 2 BGB besteht, sofern die Vereinigung endgültig ist. § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB könne daher nur die vorläufige Eigentümergrundschuld im Auge haben.

Diese Meinungsverschiedenheiten dürfen nicht überbewertet werden, denn praktische Bedeutung hat § 1179a Abs. 2

S. 2 BGB wohl kaum³⁰: Eine Briefhypothek wird in der Regel nach § 1117 Abs. 2 BGB bestellt, wonach die Übergabe des Briefes durch die Vereinbarung ersetzt werden kann, dass der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen, sog. Aushändigungsabrede. Der Gläubiger erwirbt die Hypothek dann schon mit der Eintragung;³¹ den Hypothekenbrief erwirbt er nach § 952 Abs. 2 BGB mit Herstellung.³²

d) Rechtsfolge: Inhalt des Aufhebungsanspruchs

Ausweislich seines Wortlauts zielt der Anspruch auf „Löschung“ des betroffenen Grundpfandrechts ab. Dies ist insofern ungenau, als es vielmehr um die Aufhebung des betroffenen Grundpfandrechts, d.h. um die rechtsgeschäftliche Beseitigung geht.³³ Diese richtet sich nach § 875 BGB.³⁴ Zur Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (hier: das betroffene Grundpfandrecht) ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, die Erklärung des Berechtigten, dass er das Recht aufgibt, und die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich (§ 875 Abs. 1 S. 1 BGB). Im Rahmen von § 875 Abs. 1 S. 1 BGB gilt es zwingend, zweierlei auseinanderzuhalten: einerseits die Löschungsbewilligung und andererseits die Aufgaberklärung (sog. Doppeltatbestand³⁵). Beide fallen zwar häufig zusammen³⁶, gleichwohl sind sie für den wichtigsten Fall – namentlich die Vormerkungsfiktion – strikt zu trennen (vgl. II. 1.).

Die Aufgaberklärung ist eine formlose, einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung.³⁷ Zur Abgabe der Erklärung sind der wahre Berechtigte (Grundpfandrechtsgläubiger) und der Verfügungsberechtigte legitimiert. Die Löschung eines Rechts (hier: das betroffene Grundpfandrecht) erfolgt durch Eintragung eines Löschungsvermerks im Grundbuch, § 46 Abs. 1 GBO.³⁸ Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, § 19 GBO. Dies ist die Löschungsbewilligung, die gem. § 39 GBO nur der Voreingetragene erteilen kann.

II. Problemfälle

1. Vormerkungsfiktion

Der gesetzliche Aufhebungsanspruch ist gem. § 1179a Abs. 1 S. 3 BGB mit einer Vormerkungswirkung ausgestattet. Ist der Aufhebungsanspruch entstanden, kann er durch Verfügungen über das betroffene Grundpfandrecht nicht mehr beeinträchtigt werden.

²⁶ Siehe hierzu *Konzen* (Fn. 5), § 1179a Rn. 15.

²⁷ *Kollhosser*, JA 1979, 176 (180); *Stöber*, Rpfleger 1977, 425 (429); *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 43.

²⁸ *Berger* (Fn. 9), § 1179a Rn. 3; *Herrler* (Fn. 19), § 1179a Rn. 6 für eine entsprechende Anwendung von § 1179a Abs. 2 S. 1 BGB; *Lieder* (Fn. 19), § 1179a Rn. 24; *Wenzel* (Fn. 19), § 1179a Rn. 7; *Konzen* (Fn. 5), § 1179a Rn. 15 a.E.; *Reischl* (Fn. 24), § 1179a Rn. 28.

²⁹ Vgl. *Lieder* (Fn. 19), § 1179a Rn. 24 mit Verweis auf OLG Hamburg OLGZ 1966, 288. Ebenso *Konzen* (Fn. 5), § 1179a Rn. 15 a.E.

³⁰ So *Kollhosser*, JA 1979, 176 (180).

³¹ BGH NJW-RR 2007, 165 (166 f.).

³² Siehe zum Ganzen *Berger* (Fn. 9), § 1117 Rn. 4 f.

³³ Bereits *Stöber*, Rpfleger 1977, 425 (425); *Berger* (Fn. 9), § 875 Rn. 1 und § 1179a Rn. 3.

³⁴ Siehe auch *Wieling* (Fn. 10), § 30 4. c.; *Westermann/Staudinger* (Fn. 8), § 23 Rn. 643; *Wenzel* (Fn. 19), § 1179a Rn. 10; *Konzen* (Fn. 5), § 1179a Rn. 18.

³⁵ *Berger* (Fn. 9), § 875 Rn. 2.

³⁶ *Berger* (Fn. 9), § 875 Rn. 2.

³⁷ BGHZ 60, 46 (50).

³⁸ Die Eintragung wird nicht entfernt, sondern gem. § 17 Abs. 2 S. 1, 2 GBV rot unterstrichen.

tigt werden (vgl. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB). Anzumerken ist, dass der Aufhebungsanspruch keinen Anspruch auf Herbeiführung des Vereinigungsfalls vermittelt.³⁹ Dies ist besonders relevant für die Fremdgrundschuld, bei der mangels Akzessorietät der § 1163 Abs. 1 BGB keine Anwendung findet (vgl. § 1192 Abs. 1 BGB), eine automatische Vereinigung mithin ausbleibt. Der Grundstückseigentümer ist somit nicht daran gehindert, die Fremdgrundschuld neu zu valutieren oder den Rückgewähranspruch abzutreten.⁴⁰ Auch bei der Hypothek kann die Vereinigung durch Auswechslung der Forderung (§ 1180 BGB) verhindert werden.⁴¹

Fall 3: Wie *Fall 1*, aber G gerät nicht in Liquiditätseingpässe, sondern kann bei Fälligkeit des hypothekarisch gesicherten Rückzahlungsanspruchs der Bank B diesen vollständig erfüllen. Unter Mitwirkung von B wird das Grundbuch entsprechend berichtigt; eine Umschreibung auf G findet statt. Nach all den Strapazen findet G, dass er sich eine Belohnung verdient hat. Zu diesem Zweck will er sich einen neuen Sportwagen anschaffen (Wert: 200.000 €). Da er wieder knapp bei Kasse ist, nimmt er bei dem Kreditinstitut K ein Darlehen i.H.v. 200.000 € auf. G überträgt K die Grundschuld; K wird im Grundbuch eingetragen. Angesichts der nahenden Fälligkeit des hypothekarisch gesicherten Rückzahlungsanspruches des Nachbarn N (siehe oben) fürchtet dieser um den Verbleib seiner 50.000 €. N fragt sich, was er unternehmen kann.

Eingangs wurde bereits festgestellt, das N keine vorteilhafte Stellung hat, wenn es zur Zwangsversteigerung des Grundstücks des G kommt. Seinem Begehren entspräche es daher, wenn er in der Rangordnung aufsteigen würde. Abhilfe könnte § 1179a Abs. 1 BGB schaffen. Hierfür müssten die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. N ist als nachrangiger Hypothekar anspruchsberechtigt. Richtiger Anspruchsgegner ist G als Grundstückseigentümer. Indem G den Rückzahlungsanspruch der B erfüllte, entstand eine Eigentümergrundschuld, §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 362 Abs. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Grundbuch wurde entsprechend berichtigt. Damit lag eine spätere Vereinigung im Sinne von § 1179a Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB vor. Rechtsfolge ist die Aufhebung im Sinne von § 875 Abs. 1 BGB. G müsste zunächst bezüglich der Aufhebungserklärung berechtigt sein. Berechtigt ist der Grundpfandrechtsgläubiger. Hier hat G die Eigentümergrundschuld auf K übertragen, §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 3, 873 BGB. Damit war er nicht mehr Grundpfandrechtsgläubiger, mithin nicht berechtigt; die Abgabe der Aufhebungserklärung ist G nicht möglich (§ 275 Abs. 1 Var. 1 BGB).

Allerdings könnte die Abtretung gegenüber N, also relativ, unwirksam sein. Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird (hier: nach Eintragung des begünstigten

Grundpfandrechts), ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 883 Abs. 2 S. 1 BGB). Dogmatisch handelt es sich bei der Abtretung um ein Verfügungsgeschäft zwischen dem Zedenten und dem Zessionar.⁴² Durch die Abtretung von G an K wird der Aufhebungsanspruch aus § 1179a Abs. 1 BGB insofern vereitelt, als G seine Berechtigung zur Abgabe der Aufhebungserklärung verliert. Damit ist die Abtretung der Grundschuld relativ unwirksam. Im Verhältnis zu N ist G Grundpfandrechtsgläubiger. Folglich kann G die Aufhebungserklärung abgeben.

Anders verhält es sich jedoch mit der Löschungsbewilligung. Nach § 39 GBO müsste G als Berechtigter eingetragen sein. Vorliegend ist K als Gläubiger der Grundschuld im Grundbuch eingetragen. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB vermag hierüber nicht hinweg zu helfen. Gleichwohl kann sich N über § 888 Abs. 1 BGB möglicherweise an K halten. Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechts (hier: Abtretung der Grundschuld an K) oder eines Rechts an einem solchen Recht gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist (hier: relative Unwirksamkeit der Abtretung, § 1179a Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB, vgl. oben), kann dieser (hier: N) von dem Erwerber (hier: K) die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs (hier: § 1179a Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB) erforderlich ist (§ 888 Abs. 1 BGB). Damit kann N von K die Löschungsbewilligung aus § 19 GBO nach § 888 Abs. 1 BGB verlangen.

Im Auge zu behalten ist auch die Frage, inwieweit die Vormerkungsfiktion wirksam gemacht werden kann, wenn über die Hypothek durch den Hypothekengläubiger verfügt wird, nachdem der Vereinigungsfall eingetreten ist (z.B. als forderungsentkleidete Hypothek nach §§ 1138, 892 BGB), der ehemalige Hypothekengläubiger also nunmehr Nichtberechtigter ist.⁴³

2. Originäre und nachträgliche Eigentümergrundschuld

Eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden (§ 1196 Abs. 1 BGB). Dadurch wird sie „[...] Platzhalter zur optimalen Kreditsicherung [...]“.⁴⁴ Für die originäre Eigentümergrundschuld enthält § 1196 Abs. 3 BGB eine Sondervorschrift hinsichtlich des Aufhebungsanspruchs aus § 1179a Abs. 1 BGB: Ein Anspruch auf Löschung der Grundschuld nach § 1179a BGB besteht nur wegen solcher Vereinigungen der Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person, die eintreten, nachdem die Grundschuld einem anderen als dem Eigentümer zugestanden hat.⁴⁵

Fall 4: Grundstückseigentümer G bestellt an seinem Grundstück ordnungsgemäß eine erstrangige Eigentümergrundschuld in Form eines Briefrechts. Anschließend

³⁹ BGHZ 108, 237 (244 f.); 160, 168 (172); *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 23.

⁴⁰ BGH NJW 2006, 2408; *Wilhelm*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 1692 sowie Rn. 1689 Fn. 2658.

⁴¹ *Wilhelm* (Fn. 40), Rn. 1692.

⁴² *Stürner* (Fn. 9), § 398 Rn. 1.

⁴³ Vgl. hierzu die Darstellung bei *Berger* (Fn. 9), § 1179a Rn. 10 f.

⁴⁴ *Rohe* (Fn. 1), § 1196 Rn. 14.

⁴⁵ Nicht erforderlich ist die Valutierung der Grundschuld, vgl. *Rohe* (Fn. 1), § 1196 Rn. 16 m.w.N.

nimmt er bei dem Kreditinstitut K ein Darlehen i.H.v. 50.000 € auf. Der Rückzahlungsanspruch wird durch eine Hypothek am Grundstück des G gesichert.

Wegen § 1196 Abs. 3 BGB kann K von G die Aufhebung der Eigentümergrundschuld hier nicht verlangen.

Fall 5: Wie *Fall 4*, allerdings wandelt G die Eigentümergrundschuld unter gleichzeitiger Abtretung an die Bank B in eine Fremdhypothek um (§ 1198 S. 1 BGB), um den Rückzahlungsanspruch aus einem Darlehen i.H.v. 70.000 € abzusichern, das er bei B aufgenommen hat. Dies geschieht nach Vornahme der Rechtsgeschäfte mit K. G tilgt bei Fälligkeit seine Schuld i.H.v. 70.000 €; infolgedessen wird unter Mitwirkung von B das Grundbuch wieder entsprechend berichtigt.

Die originäre Eigentümergrundschuld war in *Fall 5* damit einmal Fremdrecht (hier: bei B) und es folgte eine Vereinigung. K kann über § 1179a Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB von G Aufhebung der Eigentümergrundschuld verlangen; § 1196 Abs. 3 BGB steht hier nicht (mehr) entgegen.⁴⁶

Einen Sonderfall stellt der nachstehend zu behandelnde Sachverhalt dar.

*Fall 6:*⁴⁷ Grundstückseigentümer G ist als Inhaber von vier Eigentümergrundschulden (§ 1196 Abs. 1 BGB), die an seinem Grundstück bestehen, im Grundbuch eingetragen (Rangstellen Nrn. 1, 2, 4, 5). Im Juni 2018 tritt das Kreditinstitut K dem G eine Fremdgrundschuld ab, die G der K im Januar 2018 ordnungsgemäß bestellt hatte (Rangstelle Nr. 3). Eine Umschreibung auf G erfolgt unter Mitwirkung von K. Im Juli 2018 tritt G die vier Grundschulden (Rangstellen Nrn. 1, 2, 4, 5) an die Bank B ab. Ende September 2018 tritt G auch die einst als Fremdgrundschuld bestellte Grundschuld (Rangstelle Nr. 3) wieder an K ab. Unter Hinweis auf § 1179a Abs. 1 BGB (i.V.m. § 888 Abs. 1 BGB) verlangt B von K die Löschung der Grundschuld der Rangstelle Nr. 3.

Problematisch war in dem vom BGH zu beurteilenden Fall die Frage, ob § 1196 Abs. 3 BGB auf die Grundschuld Nr. 3 Anwendung findet; infolgedessen wäre § 1179a Abs. 1 BGB unanwendbar. Eine direkte Anwendung der Norm scheidet allerdings daran, dass es sich bei der Grundschuld Nr. 3 nicht

um eine originäre Eigentümergrundschuld handelt, die G im Sinne von § 1196 Abs. 1, 2 BGB bestellte. Denn die Grundschuld Nr. 3 wurde dadurch zur Eigentümergrundschuld, dass sie als einstige Fremdgrundschuld von K an den Eigentümer G abgetreten und auf G umgeschrieben wurde. Mit anderen Worten lag eine planwidrige Regelungslücke vor.

Für eine Analogie bedarf es darüber hinaus einer vergleichbaren Interessenlage. Ausgehend vom Telos des § 1196 Abs. 3 BGB – namentlich der Nutzung der originären Eigentümergrundschuld zwecks Kreditsicherung – stellte der BGH⁴⁸ zunächst fest, dass dieser Grundgedanke es rechtfertige, die Vorschrift auf nachträgliche Eigentümergrundschulden dann entsprechend anzuwenden, wenn die Grundschuld im Grundbuch vor Eintragung eines nachrangigen Grundpfandrechts auf den Eigentümer umgeschrieben worden ist.⁴⁹ Es sei kein Grund ersichtlich, die Eigentümergrundschuld in diesem Fall anders zu behandeln. Die eine entsprechende Anwendung von § 1196 Abs. 3 BGB rechtfertigende Konstellation sei aus dem Grundbuch ersichtlich, sodass auch dem Publizitätsprinzip entsprochen würde. Zudem wäre es widersinnig, den Grundstückseigentümer darauf zu verweisen, die nachträgliche Eigentümergrundschuld aufzuheben und anschließend eine originäre im gleichen Rang nach § 1196 Abs. 1, 2 BGB zu bestellen.

Keine andere Interessenlage sei die in *Fall 6*, dass alle bestehenden Grundpfandrechte sich nachträglich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben und sie später wiederum abgetreten werden.⁵⁰ Der Grundstückseigentümer kann an seinem Grundstück auch mehrere Eigentümergrundschulden im Sinne von § 1196 Abs. 1 BGB bestellen. Dementsprechend kann er auch eine nachrangige Eigentümergrundschuld abtreten, ohne befürchten zu müssen, dass der Zessionar einer abgetretenen vorrangigen Grundschuld einem Aufhebungsanspruch des neuen nachrangigen Grundschuldgläubigers ausgesetzt sein wird. Daher gäbe es keinen Grund, die nachträgliche Vereinigung aller Grundschulden mit dem Eigentum hinsichtlich der Anwendung des § 1196 Abs. 3 BGB anders zu behandeln. Auch hier sei es nach Auffassung des BGH widersinnig, wenn der Grundstückseigentümer zur Vermeidung eines Aufhebungsanspruchs sämtliche Eigentümergrundschulden aufheben müsste, nur um sie anschließend wieder zu bestellen.

Im *Fall 6* besteht der von B geltend gemachte Anspruch daher nicht gegenüber K; § 1196 Abs. 3 BGB findet analoge Anwendung. Die Grundschuld Nr. 3 ist infolgedessen als originäre Eigentümergrundschuld zu behandeln.

3. Ausschluss gem. § 1179a Abs. 5 BGB

Abschließend ist noch zu klären, inwieweit der Aufhebungsanspruch ausgeschlossen werden kann. Der Ausschluss ist nach § 1179a Abs. 5 S. 1 BGB möglich, unter Umständen

⁴⁶ Vgl. zur Problematik bei der Abtretung der Eigentümerbriefgrundschuld nach Vereinigung *Baur/Stürner* (Fn. 11), § 46 IV Rn. 41 sowie *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 81. Für einen möglichen Kreditgeber ist nämlich nicht ersichtlich, ob die Eigentümerbriefgrundschuld mit einem Aufhebungsanspruch behaftet ist oder nicht. Vorzugswürdig ist die Lösung über das Schuldrecht von *Lieder* (Fn. 19), § 1196 Rn. 25: „Der Eigentümer, der ein dem Lösungsanspruch unterliegendes Recht zediert, hat gegenüber dem Zessionar nicht ordnungsgemäß erfüllt und ist dafür schadensersatzpflichtig.“

⁴⁷ Angelehnt an BGHZ 136, 246 ff.; in vereinfachter Form.

⁴⁸ BGHZ 136, 246 ff.

⁴⁹ Zustimmend *Wilhelm* (Fn. 40), Rn. 1691; *Herrler* (Fn. 19), § 1196 Rn. 8; *Rohe* (Fn. 1), § 1196 Rn. 15; *Lieder* (Fn. 19), § 1196 Rn. 25 a.E.

⁵⁰ Ebenso *Rohe* (Fn. 1), § 1196 Rn. 15 und *Lieder* (Fn. 19), § 1196 Rn. 25 a.E.

beschränkt auf bestimmte Fälle der Vereinigung. Der Ausschluss kann bei Bestellung des begünstigten Grundpfandrechts oder nachträglich erfolgen.⁵¹ Umgekehrt kann der Ausschluss auch wieder nach § 1179a Abs. 5 S. 3 BGB aufgehoben werden. Sowohl beim nachträglichen Ausschluss als auch bei der Aufhebung des Ausschlusses handelt es sich um Inhaltsänderungen nach § 877 BGB.⁵² Die Vorschriften der §§ 873, 874, 876 BGB finden daher Anwendung: Für den nachträglichen Ausschluss respektive die Aufhebung ist folglich die Einigung zwischen dem Grundpfandrechtsgläubiger und dem Grundstückseigentümer sowie die Eintragung erforderlich, vgl. § 877 i.V.m. §§ 873 Abs. 1, 1179a Abs. 5 S. 2 BGB. Der nachträgliche Ausschluss erfasst auch eine bereits eingetretene Vereinigung;⁵³ wird dagegen der Ausschluss aufgehoben, so entstehen dadurch keine Aufhebungsansprüche für Vereinigungen, die nur vor dieser Aufhebung bestanden haben (vgl. § 1179a Abs. 5 S. 3 BGB).

Zu beachten ist, dass ein genereller Ausschluss, also dass dem Grundpfandrechtsgläubiger ein Aufhebungsanspruch überhaupt nicht zustehen soll, nicht möglich ist.⁵⁴ Das Recht zur Aufhebung kann nur gegen ein bestimmtes vorgehendes Grundpfandrecht oder mehrere bestimmte vorgehende Grundpfandrechte ausgeschlossen werden.⁵⁵

Fall 7: Ausgangssituation ist jene in *Fall 1*. Nachträglich einigen sich G und N, dass der gesetzliche Lösungsanspruch gegenüber der zugunsten der B bestellten Hypothek Nr. 1 ausgeschlossen ist. Die Eintragung im Grundbuch erfolgt.

Infolgedessen kann bei Vereinigung die Aufhebung der nunmehr erstrangigen Eigentümergrundsuld wegen § 1179a Abs. 5 S. 1 BGB nicht von N verlangt werden.

Von *Fall 7* gilt es jedoch strikt die folgende Sachverhaltskonstellation in Form eines pactum de non petendo zu unterscheiden:

Fall 8: Ausgangssituation ist wieder jene wie in *Fall 1*. G ist momentan liquide und möchte alsbald die Forderung der B begleichen. Allerdings würde er gerne die dadurch entstehende Eigentümergrundsuld sicherungshalber auf das Kreditinstitut K übertragen. Daher besucht er N und trägt sein Anliegen vor. N hat hierfür vollstes Verständnis und beide vereinbaren, dass N auf die Geltendmachung des Aufhebungsanspruchs bei Vereinigung der Hypothek Nr. 1 verzichtet. Eine Eintragung im Grundbuch unterbleibt. In den folgenden Wochen begleicht G seine Schuld bei B und die Hypothek wird auf G umgeschrieben. N gerät währenddessen in finanzielle Schwierigkeiten und tritt daher den Rückzahlungsanspruch aus dem mit G vereinbarten Darlehen gegen Zahlung von 40.000 € an seine

Schwester S ab. Diese hatte keine Kenntnis von der Vereinbarung zwischen G und N. S verlangt nun von G die Aufhebung der nunmehr erstrangigen Eigentümergrundsuld.

In *Fall 8* handelt es sich – anders als in *Fall 7* – nicht um eine Inhaltsänderung im Sinne von § 877 BGB; es fehlt die Eintragung im Grundbuch. Gleichwohl ist eine vertragliche Vereinbarung, wie sie G und N getroffen haben (Abrede der Nichtgeltendmachung), grundsätzlich möglich. Aus ihr erwächst eine Einrede, die G und gegebenenfalls auch K (§ 888 Abs. 1 BGB bei Abtretung der Grundsuld durch G) dem Aufhebungsbegehren seitens N hätten entgegenhalten können.⁵⁶ Problematisch ist in der vorliegenden Konstellation allerdings, dass N die Forderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB an S abgetreten hat. Es lag schuldrechtlich ein Rechtskauf im Sinne von § 453 Abs. 1 BGB vor. In dinglicher Hinsicht geht die zugunsten des N bestellte Hypothek mit Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung nach §§ 398, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB auf S über. Klärungsbedürftig ist, ob G auch der S die Einrede entgegenhalten kann. Eine Einrede, die dem Eigentümer aufgrund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden (§ 1157 S. 1 BGB). Prinzipiell kann G auch der S die Einrede entgegenhalten. Allerdings gelten die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899, 1140 auch für diese Einrede (§ 1157 S. 2 BGB). S könnte daher die Hypothek gutgläubig einredefrei erworben haben. Dies ist hier der Fall: Die Vereinbarung zwischen G und N wurde nicht ins Grundbuch eingetragen und S hatte von jener Vereinbarung auch keine Kenntnis. Es liegt ein gutgläubig einredefreier Erwerb vor, § 1157 S. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 BGB.⁵⁷

In *Fall 8* kann S von G die Aufhebung der erstrangigen Eigentümergrundsuld aus § 1179a Abs. 1 BGB verlangen.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend bleibt mit *Wieling*⁵⁸ festzuhalten: § 1179a BGB ist unübersichtlich und schwer verständlich. Nichtsdestotrotz erscheint grosso modo vor allem die Beherrschung der Vormerkungsfiktion und die dabei einzuhaltende strikte Trennung von Aufhebungserklärung und Löschungsbewilligung im Rahmen von § 875 BGB wichtig; andernfalls erschließt sich nicht das Zusammenspiel der §§ 1179a Abs. 1, 275 Abs. 1 Var. 1, 883 Abs. 2 S. 1, 888 Abs. 1 BGB. Ebenso wichtig zu trennen ist die Inhaltsänderung nach § 877 BGB innerhalb des § 1179a Abs. 5 BGB von dem pactum de non petendo und den damit auftauchenden Fragen um § 1157 BGB. Im Übrigen lassen sich die meisten Probleme mit der juristischen Methodik lösen.

⁵¹ Berger (Fn. 9), § 1179a Rn. 4.

⁵² Konzen (Fn. 5), § 1179a Rn. 22.

⁵³ Herrler (Fn. 19), § 1179a Rn. 11.

⁵⁴ Wolfsteiner (Fn. 18), § 1179a Rn. 27; vgl. auch Kollhosser, JA 1979, 176 (182).

⁵⁵ Kollhosser, JA 1979, 176 (182).

⁵⁶ Vgl. Konzen (Fn. 5), § 1179a Rn. 19; Herrler (Fn. 19), § 1179a Rn. 13; Stöber, Rpfleger 1977, 425 (430); Wilhelm (Fn. 40), Rn. 1696 a.E.; Berger (Fn. 9), § 1179a Rn. 8 a.E.; Rambold, Rpfleger 1995, 284 (285).

⁵⁷ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch § 1192 Abs. 1a BGB.

⁵⁸ Vgl. hierzu *Wieling* (Fn. 10), § 30 4. a.