

Im Übrigen ist es zwar zutreffend, dass der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Leistungskondition ein Anspruch gegen den Ersteher nicht zustehen kann, weil keine unmittelbaren vertraglichen Beziehungen zwischen der Beklagten und dem Ersteher bestanden. Jedoch erscheint ein Bereicherungsanspruch aus dem Gesichtspunkt der Eingriffskondition gegen den Ersteher durchaus denkbar. Denn eingetragene Grundschuldgläubigerin im Zeitpunkt der Löschung der Grundschuld war die Beklagte. Sie wäre jedenfalls formal in der Lage

gewesen, von dem Ersteher die Zahlung des Nominalbetrages der Grundschulden zzgl. der Zinsen aus dem Grundstück zu verlangen. Durch die Löschung der Grundschulden wurde ihr diese Möglichkeit genommen, so dass es denkbar erscheint, dass der Ersteher hier etwas auf Kosten der Beklagten erlangt hat, und somit ein Bereicherungsanspruch denkbar ist (vgl. OLG München, Urt.v. 10.5.2005, Az.: 6 U 5164/04, bei juris).

(...)

### Anmerkung

Der Fall, entschieden 2015, ist lehrreich, da so gut wie alles schiefgegangen ist, was nur schiefgehen konnte, und eines der aufgeworfenen Probleme gerät erst in neuester Zeit verstärkt in den Blick:

Erblasser wird testamentarisch beerbt von A, B, C und D zu je 1/4. Im Nachlass ein Grundstück, belastet mit 57.000 DM Grundschuld nebst dinglichem Zins für die Sparkasse, die Darlehen längst zurückgeführt. A beantragt Teilungsversteigerung. Einen Monat vor dem Termin schreibt die Sparkasse an alle Erben, sie empfehle, die Grundschuld löschen zu lassen. Bis zum Termin geschieht nichts. Im Termin vom 7.11.2011 erfolgt Zuschlag an den Erwerber X, wobei die Grundschuld nebst Zins als Teil des geringsten Gebots bestehen bleibt. Am 12.11.2011 schreiben A, B und C gemeinsam an die Sparkasse, sie seien mit der Löschung einverstanden. D hatte nicht reagiert. Die Sparkasse schickt der A darauf eine Löschungsbewilligung. A händigt sie dem Erwerber X aus, der am 24.11.2011 die Löschung im Grundbuch beantragt. Eine Ablösezahlung fordert A dabei nicht, da sie annimmt, die Erbengemeinschaft habe nach erfolgter Versteigerung keine Rechte mehr. D (der Kläger) verlangt am 8.2.2012 von der (beklagten) Sparkasse Abtretung der Grundschuld an die Erbengemeinschaft. Diese erwidert ihm, eine Löschungsbewilligung an die A übersandt zu haben. Am 20.2.2012 vollzieht das Grundbuchamt die Löschung. D stellte die Forderung sodann um auf Schadensersatz in Höhe der Grundschuldvaluta nebst dinglichem Zins, zahlbar an die Erbengemeinschaft. Durch zwei Instanzen erfolgreich.

Bleibt bei der Teilungsversteigerung eine Grundschuld bestehen, wie sie hier für die Sparkasse eingetragen war, ist sie vom Erwerber als Teil des geringsten Gebots zu übernehmen, §§ 44 Abs. 1, 182 Abs. 1, 52 Abs. 1 ZVG. Wenn sie nicht mehr valutiert, wird sie – entgegen offenbar unausrottbarem Irrglauben – hierdurch nicht sozusagen automatisch zur „Eigentümergrundschuld“, sondern bleibt Fremdrecht der Bank. Diese verwaltet das Sicherungsrecht für die Grundstückseigentümer fiduziarisch. Erlischt die gesicherte Forderung, entsteht ein schuldrechtlicher Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgewähr. Diese kann rechtstechnisch erfolgen durch (a) Übertragung, also rangwahrende Abtretung, §§ 873, 1154, 1192 Abs. 1 BGB, (b) Verzicht, zu erklären gegenüber dem Grundbuchamt, womit eine ebenfalls rangwahrende Eigentümergrundschuld entsteht, §§ 1168, 1192 Abs. 1 BGB, oder (c) Aufhebung, womit das Recht nebst seinem Rang erlischt, §§ 875, 1183, 1192 Abs. 1 BGB. Den Rückgewähranspruch darf die Bank nicht durch Herausgabe einer Löschungsbewil-

ligung an den Ersteher – statt an die früheren Eigentümer als die Grundschuldbesteller – vereiteln, ansonsten sie sich ihnen gegenüber schadensersatzpflichtig macht (OLG Saarbrücken vom 21.4.2005 zu 8 U 222/04 – 94/04). Sie darf ihn aber auch den früheren Eigentümern gegenüber nicht durch Verzicht erfüllen, „weil dies ausschließlich dem Ersteher ... zugute käme“ (OLG Frankfurt, FamRZ 2007, 1667, 1668 zu 2 b). Nach Zuschlagserteilung kommt also naturgemäß allein noch Abtretung der nicht mehr valutierten Grundschulden in Betracht (BGH, NJW-RR 1990, 1202); sodann können die früheren Eigentümer aus der – auf sie übergegangen – Grundschuld gegen den Erwerber vorgehen, der Anspruch hierbei gerichtet auf Duldung der Zwangsvollstreckung, §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB. Die Abtretung der Grundschuld erfolgt nach Maßgabe des § 1154 BGB. Die Abtretungserklärung muss von der Bank erteilt, also körperlich übergeben, und auf Verlangen öffentlich beglaubigt werden. Im Hinblick auf die Übergabeansprüche sind die Miterben Gesamtgläubiger. Blockiert einer der Gemeinschaftler, ist der Anspruch des Miteigentümers gegen die Bank zu richten auf Hinterlegung der verkörperten Erklärung zugunsten aller Gesamtberechtigter, § 2039 Satz 2 Var. 1 BGB; eine Abtretungserklärung ist sicherlich Urkunde im Sinne des § 372 Satz 1 BGB. In der Praxis kürzt man das Procedere allerdings regelmäßig ab: Die früheren Eigentümer lassen sich Löschungsbewilligung erteilen und verkaufen dies Dokument an den Erwerber gegen Zahlung eines Ablösebetrages in Höhe des Grundschuldkapitals zuzüglich der stets sehr lukrativen dinglichen Zinsen.

Vor dem Versteigerungstermin kann der Sicherungsgeber noch wählen, welche Form der Rückgabe er verlangen will. Dies wäre im Fall der Erbengemeinschaft folglich unter den Miteigentümern zu beschließen (BGHZ 187, 169 = NJW-RR 2011, 164). Über ein – durch Verzicht entstandenes – Eigentümerrecht oder die durch Abtretung auf sie übertragene Grundschuld können sie hierbei nur gemeinschaftlich verfügen, § 2040 Abs. 1 BGB, und die Forderung gegen die Bank auf Rückgewähr nur zur Gemeinschaft einziehen, § 2039 Satz 1 BGB. Unter dem Aspekt der §§ 2038 bis 2040 BGB wirft dies die Frage auf: Gibt es unter den Miterben einen Anspruch auf Löschung, um das Grundbuch zum Zwecke der Teilungsversteigerung lastenfrem zu machen?

Der Punkt ist im ordentlichen Verfahren auszustreiten. Als Grundsatz hat das OLG Karlsruhe in einer ganz aktuellen Entscheidung formuliert (FamRZ 2018, 252): Würde ohne Löschung eine Teilungsversteigerung wesentlich erschwert oder gar vereitelt, haben alle Teilhaber zuzustimmen. Zuvor

im Ergebnis ebenso OLG Schleswig (FamRZ 2012, 1567): Bei festgestelltem Verkehrswert von 50.000 € sei angesichts bestehenbleibender Grundschuld über 40.903 € kein Gebot zu erwarten. Rechtstechnisch eleganter LG Stuttgart: Entstanden nach einer – zum Zwecke des Arguments fiktiv angenommener – Zerlegung der Miteigentümergrundschuld gleichrangige Alleineigentümergrundschulden, hätte jeder gegen den anderen einen Löschungsanspruch aus § 1179a Abs. 1 Satz 1 BGB (FamRZ 2007, 1934, was allerdings nur bei der Bruchteilsgemeinschaft greifen kann, nicht bei der Gesamthand Erbengemeinschaft). Das OLG Hamburg hingegen: Es bestehe grundsätzlich keine Verpflichtung, „nicht mehr valutierende Grundschulden durch Löschung und ... anschließenden finanziellen Ausgleich zu realisieren“ (FamRZ 2015, 1962).

Von den Rändern dieses Spektrums her betrachtet: Wäre gemäß § 182 ZVG vom Erwerber eine Grundschuld zu übernehmen, deren Kapitalbetrag den Verkehrswert übersteigt, so scheiterte absehbar die Versteigerung, was – jedenfalls wirtschaftlich – den unbestreitbaren Auseinandersetzungsanspruch gemäß §§ 2042, 753 BGB vereitelt. Wurde, alternativ, das Grundbuch zuvor durch Löschung bereinigt, droht indessen das Objekt im ersten Termin für 5/10 und im zweiten für einen Betrag an der Verschleuderungsgrenze wegzugehen, § 85a ZVG; die 7/10-Grenze greift in der Teilungsversteigerung nicht. Da im Rahmen der Erbengemeinschaft jeder Miterbe generell verpflichtet ist, werterhaltenden Maßnahmen zuzustimmen, liegt die Annahme fern, er habe zu dulden, dass ein Nachlassgegenstand für die Hälfte seines Wertes oder gar noch weniger verramscht wird. Ihm ist also ein Interesse zuzubilligen, die Grundschuld dergestalt bestehenbleiben zu lassen, dass inclusive ihrer (und abzüglich des Bargebotsteils) jedenfalls ein Gebot in Größenordnung des Verkehrswerts abgegeben werden muss.

Erstmals *Kogel* hat den Gedanken ins Spiel gebracht, dass die Wahrheit wohl irgendwo dazwischen liege (Anm. zu OLG Hamburg aaO, FamRB 2016, 122, 126). Er sieht sie bei 7/10 des Verkehrswerts als „psychologische Schranke“, maßgeblich sei aber generell die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Versteigerung angesichts der konkreten Lage auf dem Immobilienmarkt. Die Schranke dürfte unter diesem Aspekt in Finsterwalde bei 3/10 liegen und in Grünwald bei 12/10, so dass sich fragt: wer soll das materiellrechtlich entscheiden? Sachverständig von wem beraten?

Einen schadensersatzbewehrten Anspruch auf Mitwirkung der Erben am freihändigen Verkauf lehnt die Rechtsprechung ab bis auf die Ausnahme, dass der Verkauf eines einzelnen Grundstücks den Nachlass in seiner Struktur nicht wesentlich verändert (BGHZ 164, 181 = NJW 2006, 439). Solange dies so bleibt, und das Gesetz in § 181 Abs. 1 ZVG auf vorgehende Titulierung des Auseinandersetzungsanspruchs ausdrücklich verzichtet, findet man sich im Teilungsversteigerungsverfahren auf das – rein theoretische – Instrument des § 59 ZVG verwiesen und in seinem Vorfeld auf ein ordentliches Klagverfahren, in dem unter den Miterben materiellrechtlich festzustellen ist, welchen konkreten Versteigerungsmodalitäten sie zuzustimmen haben, und es zeigt sich wiederum: Im hochgradig formalisierten Vollstreckungsverfahren gemäß §§ 2042 Abs. 2, 753 Abs. 1 Satz 1 BGB, 180 ff ZVG sind solche Probleme nicht zu handhaben, und die Teilungsversteigerung bleibt unverändert der Altraum (*Kogel*, passim) oder, wie in unserem Fall, ahnungslose Blindflug aller Beteiligten, wo sich zum Schluss alle umschauen, wer jetzt wem schadensersatzpflichtig ist. Hier war es die Sparkasse.

*Dr. Peter Bothe, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Fachanwalt für Familienrecht, Singen*