



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

V ZR 178/13

Verkündet am:  
18. Juli 2014  
Weschenfelder  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

BGB § 307 Bm, Cg, § 1191

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Sicherungsnehmers enthaltene Klausel, die den auf Rückgewähr der Grundschuld gerichteten Anspruch des Sicherungsgebers auf die Löschung des Grundpfandrechts beschränkt, hält der richterlichen Inhaltskontrolle jedenfalls dann nicht stand, wenn sie auch Fallgestaltungen erfasst, in denen der Sicherungsgeber im Zeitpunkt der Rückgewähr nicht mehr Grundstückseigentümer ist (Fortführung des Urteils des BGH vom 9. Februar 1989 – IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375 ff.).

BGH, Urteil vom 18. Juli 2014 - V ZR 178/13 - KG Berlin  
LG Berlin

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juli 2014 durch die Richter Dr. Lemke und Dr. Roth, die Richterinnen Dr. Brückner und Weinland und den Richter Dr. Kazele

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird der Beschluss des 12. Zivilsenats des Kammergerichts vom 26. November 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte war im Jahr 1997 Gesellschafter der K. und E. GmbH (im Folgenden: GmbH) sowie der K. und E. Bau- und Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR). Zweck der GbR war die Errichtung einer Arbeitshalle, die an die GmbH vermietet werden sollte. Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks waren der Beklagte und sein Mitgesellschafter. 1997 nahm der Beklagte bei der klagenden Bank ein Darlehen auf, das er der GbR zur Verfügung stellte. Zur Sicherung der Darlehensforderung bestellte der Beklagte gemeinsam mit seinem Mitgesellschafter eine Buchgrundschuld über 645.000 DM an dem Grundstück; diese sicherte letztlich noch drei weitere Darlehen der GmbH und des

Mitgesellschafters. Die zuletzt getroffene Sicherungsabrede aus dem Jahr 2002 enthält folgende Bestimmung:

2                    5. Erledigung des Sicherungszwecks

„Soweit dem Sicherungsgeber nach Erledigung des vereinbarten Sicherungszwecks ein Rückgewähranspruch auf die oben bezeichnete Grundschuld zusteht, ist dieser auf den Anspruch auf Löschung der Grundschuld beschränkt, es sei denn, dass im Zeitpunkt der Rückgewähr das Eigentum an dem belasteten Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung gewechselt hat.“

3                    Im Dezember 2005 schied der Beklagte aus der GbR aus. Seit 2008 ist sein früherer Mitgesellschafter Alleineigentümer des Grundstücks. Im Juli 2008 kündigte die Klägerin das Darlehen. Im Zuge einer von dem Mitgesellschafter vorgenommenen Umschuldung der weiteren gesicherten Darlehen trat die Klägerin die Grundschuld an eine andere Bank ab.

4                    Die Klageforderung von insgesamt 48.517,50 € setzt sich aus dem verbleibenden Darlehensbetrag und Zinsen zusammen. Der Beklagte macht ein Zurückbehaltungsrecht geltend, das er auf seinen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld stützt. Das Landgericht hat der Klage vollen Umfangs stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht gemäß § 522 Abs. 2 ZPO in der Fassung vom 21. Oktober 2011 durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen. Mit der von dem Senat im Hinblick auf die Verneinung eines Zurückbehaltungsrechts zugelassenen Revision will der Beklagte erreichen, dass seine Verurteilung zur Zahlung nur Zug um Zug gegen die Übertragung einer Teilgrundschuld in Höhe der Klageforderung nebst Zinsen erfolgt, hilfsweise gegen Zahlung eines Betrags in Höhe der Klageforderung nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

I.

5 Das Berufungsgericht meint, ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines auf Rückgewähr der Grundschuld gerichteten Gegenanspruchs stehe dem Beklagten nicht zu. Ausweislich der Sicherungsabrede habe die Grundschuld auch die weiteren Darlehen sichern sollen. Der Klägerin sei eine Rückgewähr der Grundschuld subjektiv unmöglich, da deren Inhaberin nunmehr eine andere Bank sei. Im Übrigen hätten die Parteien in der Sicherungsabrede wirksam vereinbart, dass der Rückgewähranspruch auf die Löschung beschränkt sei. Die Löschung könne der Beklagte nicht beanspruchen, da er seit dem Jahr 2008 nicht mehr (Mit-)Eigentümer des Grundstücks sei.

II.

6 Die Revision hat Erfolg. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten nicht verneint werden.

7 1. Im Ausgangspunkt stand dem Beklagten aufgrund der Sicherungsvereinbarung zunächst ein durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingter Rückgewähranspruch gegen die Klägerin zu, und zwar gemäß § 747 Satz 2, § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB gemeinschaftlich mit seinem früheren Mitgesellschafter (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 1993 - XII ZR 212/90, WM 1993, 849, 854; Urteil vom 20. Oktober 2010 - XII ZR 11/08, BGHZ 187, 169 Rn. 12; Lemke/Regenfus, Immobilienrecht, § 1191 BGB Rn. 40). Dass der Beklagte nicht mehr

Miteigentümer des Grundstücks ist, ist unerheblich, weil sich aus der Sicherungsvereinbarung ergibt, wer als Sicherungsgeber anzusehen ist (näher Senat, Urteil vom 20. November 2009 - V ZR 68/09, NJW 2010, 935 Rn. 14 mwN); in der maßgeblichen Sicherungsvereinbarung von 2002 werden der Beklagte und sein Mitgesellschafter ausdrücklich als Sicherungsgeber bezeichnet.

8           2. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist der Beklagte auch nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft Sicherungsgeber geblieben. Selbst wenn der Mitgesellschafter - wie es der Beklagte behauptet - im Innenverhältnis die Darlehensschuld übernommen haben sollte, ist im Außenverhältnis zu der Klägerin eine Schuldübernahme nicht erfolgt und der Beklagte infolgedessen nicht aus der persönlichen Haftung entlassen worden. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass er den Rückgewähranspruch schon aufgrund der im Innenverhältnis erfolgten Schuldübernahme stillschweigend an seinen Mitgesellschafter abgetreten hat. Dies ist nach der Interessenlage nur für den Fall einer Tilgung der übernommenen Forderung durch den Mitgesellschafter anzunehmen (vgl. BGH, Urteile vom 5. Februar 1991 - XI ZR 45/90, NJW 1991, 1821, 1822; vom 13. Juli 1983 - VIII ZR 134/82, NJW 1983, 2502, 2503 unter II 1 b)). Diese (aufschiebende) Bedingung, unter der die stillschweigende Abtretung stand, ist gerade nicht eingetreten.

9           3. Die getroffenen Feststellungen tragen nicht die Annahme des Berufungsgerichts, ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten scheide aus, weil der Klägerin die Erfüllung des Rückgewähranspruchs allein durch die Übertragung der Grundsuld auf eine andere Bank subjektiv unmöglich geworden sei. Hat der Schuldner eines Primäranspruchs den Leistungsgegenstand übertragen, ist ihm die Leistung nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht schon deshalb unmöglich, weil er über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann und auf ihn auch keinen

Anspruch hat, sondern nur dann, wenn er die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf den Leistungsgegenstand einwirken kann. Darlegungs- und beweispflichtig für sein Unvermögen ist in diesem Fall der Schuldner, hier also die Klägerin; die fehlende Verfügungsmacht indiziert die Unmöglichkeit nicht (eingehend Senat, Urteil vom 26. März 1999 - V ZR 368/97, BGHZ 141, 179, 181 ff.; zuletzt etwa noch BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 - VII ZR 146/11, NJW 2013, 152 Rn. 33). Dies gilt auch im Falle der Übertragung einer Grundsuld (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2010 - XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 36; Urteil vom 25. Oktober 1984 - IX ZR 142/83, WM 1985, 12, 13; Staudinger/Wolfsteiner, BGB [2009], vor §§ 1191 ff. Rn. 164 a.E.; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl., § 1191 Rn. 26).

10           4. Ebenso wenig kann das Zurückbehaltungsrecht - wie das Berufungsgericht meint - wegen der in der Sicherungsabrede enthaltenen Klausel verneint werden, die den Rückgewähranspruch auf einen Lösungsanspruch reduziert. Hierbei handelt es sich nach den Feststellungen der Vorinstanzen um eine von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung, die den Vorschriften über die richterliche Kontrolle des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 307 bis 309 BGB) unterliegt.

11           a) Die Klausel weicht von der gesetzlichen Regelung ab, nach der der Sicherungsgeber im Rahmen eines Wahlschuldverhältnisses (§§ 262 ff. BGB) zwischen drei Arten der Rückgewähr entscheiden kann. Er kann wählen, ob sein Anspruch entweder (erstens) durch Löschung der Grundsuld (§§ 875, 1183, 1192 Abs. 1 BGB) erfüllt werden soll, (zweitens) durch Abgabe einer Verzichtserklärung, die eine Eigentümergrundsuld entstehen lässt (§ 1168 Abs. 1, § 1192 Abs. 1 BGB), oder (drittens) durch Abtretung an sich oder einen Dritten (§§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 1989

- IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375, 378; vom 6. Juli 1989 - IX ZR 277/88, BGHZ 108, 237, 242 f.; Erman/F. Wenzel, BGB, 13. Aufl., § 1191 Rn. 62; Staudinger/Wolfsteiner, BGB [2009], vor §§ 1191 ff. Rn. 153).

12           b) Höchststrichterlich ist bereits entschieden, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Sicherungsnehmers enthaltene Klausel unwirksam ist, wenn sie die Wahlmöglichkeiten des Sicherungsgebers auch insoweit beschränkt, als im Zeitpunkt der Rückgewähr das Eigentum an dem belasteten Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung gewechselt hat (BGH, Urteil vom 9. Februar 1989 - IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375, 380). Diesem Erfordernis trägt die verwendete Klausel Rechnung.

13           c) Noch nicht geklärt ist dagegen die Wirksamkeit der Klausel im Übrigen; der Senat hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen (Urteil vom 4. Februar 2011 - V ZR 132/10, BGHZ 188, 186 Rn. 15).

14           aa) In der Literatur ist die Frage umstritten.

15           (1) Teilweise wird eine Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf die Löschung der Grundschuld für wirksam gehalten. In der langjährigen Praxis sei die „Löschungsbestimmung“ der Grundschuld in den Vordergrund gerückt, weil der Rückgewähranspruch regelmäßig nicht der Rangwahrung diene, sondern die Stellung nachrangiger Gläubiger verbessern solle; eine solche Rangverstärkung werde durch die Löschung erzielt. Verwiesen wird auch auf das Leitbild des gesetzlichen Löschanpruchs gemäß § 1179a BGB (Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rn. 756 ff.; Reithmann, WM 1990, 1985, 1986 f.; wohl auch Epp in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 94 Rn. 414 ff.). Komme es zu einem nachträglichen Eigentumswechsel, trete der Erwerber regelmäßig in den Sicherungsvertrag ein, so dass die Identität von

Sicherungsgeber und Eigentümer gewahrt bleibe (Gaberdiel/Gladenbeck aaO, Rn. 757 aE).

16 (2) Nach anderer Auffassung sind derartige Klauseln unwirksam, sofern sie Geltung auch für den Fall beanspruchen, dass im Zeitpunkt der Rückgewähr Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer verschieden sind (Erman/F. Wenzel, BGB, 13. Aufl., § 1191 Rn. 63 ff.; ders., Sicherung von Krediten durch Grundschulden [2001] Rn. 2418 f.; wohl auch Jacoby in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., § 24 Rn. 92; Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., Klauseln G 222 a.E.; Federlin in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Rn. 12.392).

17 (3) Weitergehend halten andere - gestützt auf § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB oder auf § 305c Abs. 1 BGB - die formularmäßige Verkürzung des Rückgewähranspruchs stets für unwirksam, weil dem Sicherungsgeber die Möglichkeit genommen werde, das Grundpfandrecht wiederholt als Kreditsicherungsmittel zu nutzen (MünchKomm-BGB/Eickmann, 6. Aufl., § 1191 Rn. 131; Staudinger/Wolfsteiner, BGB [2009], vor §§ 1191 ff. Rn. 157 f.; Lemke/Regenfus, Immobilienrecht, § 1191 BGB Rn. 43; Clemente in Assies/Beule/Heise/Strube, Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Kap. 5 Rn. 1190 ff.; ders., Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rn. 576 ff.; Otten, Sicherungsvertrag und Zweckerklärung [2003], Rn. 674 ff.; Müller, RNotZ 2012, 199, 202). Ausnahmen sollen nur für Bauträgerverträge gelten (MünchKomm-BGB/Eickmann, 6. Aufl., § 1191 Rn. 131; Clemente in Assies/Beule/Heise/Strube, Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Kap. 5 Rn. 1193; ders., Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rn. 585).

- 18           bb) Mit den beiden zuletzt genannten Auffassungen sieht der Senat eine derartige Klausel jedenfalls dann gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB als unwirksam an, wenn sie auch Fallgestaltungen erfasst, in denen der Sicherungsgeber - wie hier - nach einem Eigentumswechsel nicht mehr zugleich Grundstückseigentümer ist. Ob eine Beschränkung des Wahlrechts durch Allgemeine Geschäftsbedingungen stets unwirksam ist - also auch dann, wenn Eigentümer und Sicherungsgeber personenidentisch sind oder von Anfang an ein Dritter Eigentümer ist -, bedarf keiner Entscheidung.
- 19           (1) Der Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgewähr nach Erledigung des Sicherungszwecks gehört bei einer nicht akzessorischen Sicherheit unabdingbar zu dem Sicherungsvertrag; um einen solchen handelte es sich nämlich nicht, wenn der Sicherungsnehmer die Sicherheit behalten dürfte. Weil der Anspruch ein Wesensmerkmal der Sicherungsabrede ist, darf er nicht völlig ausgeschlossen oder in einer Weise beschränkt werden, die einem Ausschluss gleichkommt (Staudinger/Wolfsteiner, BGB [2009], vor §§ 1191 ff. Rn. 156; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rn. 723, 754). Zu Letzterem führt die Beschränkung auf einen Lösungsanspruch jedenfalls dann, wenn bei einem Eigentumswechsel der neue Eigentümer nicht in den Sicherungsvertrag eintritt und der frühere Eigentümer aus diesem Grund Sicherungsgeber bleibt. Dann kommt die Löschung - ebenso wie nach dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung - nicht dem Sicherungsgeber, sondern dem neuen Eigentümer zugute; eine effektive Rückgewähr an den Sicherungsgeber kann nur durch Abtretung der Grundschuld erfolgen.
- 20           (2) Demgegenüber geht der Hinweis auf eine „Löschungsbestimmung“ der Grundschuld, die sich unter anderem aus § 1179a BGB ergeben soll, und auf die Interessen der nachrangigen Grundpfandgläubiger schon im Ansatz

fehl. Der Lösungsanspruch gemäß § 1179a BGB enthält kein gesetzliches Leitbild für die Rückgewähr von Grundschulden. Diese Norm regelt nämlich gerade nicht die Rückgewähr, sondern nur deren Folgen, wenn sie (nach Ausübung des Wahlrechts) durch Verzicht (§ 1192 Abs. 1, § 1168 Abs. 1 BGB) oder durch Übertragung an den Eigentümer zum Entstehen einer Eigentümergrundschuld geführt hat. Die Bestimmung bezweckt im Übrigen keineswegs die Besserstellung nachrangiger Gläubiger, sondern soll der Entlastung der Grundbuchämter dienen (Senat, Urteil vom 27. April 2012 - V ZR 270/10, BGHZ 193, 144 Rn. 15 mwN). Nichts anderes folgt aus den Interessen der nachrangigen Gläubiger als solchen. Diese haben bei der AGB-Kontrolle ohnehin außer Betracht zu bleiben, weil die nachrangigen Gläubiger - sofern es solche gibt - an dem maßgeblichen Vertragsverhältnis nicht beteiligt sind. Zudem begünstigt der Rückgewähranspruch nachrangige Gläubiger nicht; diese können von dem Grundstückseigentümer kein Verhalten verlangen, das den Rückübertragungsanspruch entstehen lässt (zutreffend Otten, Sicherungsvertrag und Zweckerklärung, Rn. 677). Insbesondere steht es dem Eigentümer frei, die Grundschuld nach Tilgung der ursprünglichen Forderung zu revalutieren, indem ihr neue Forderungen unterlegt werden (Senat, Urteil vom 19. April 2013 - V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rn. 14; BGH, Urteil vom 25. Oktober 1984 - IX ZR 142/83, NJW 1985, 800, 803).

21 (3) Der Verstoß der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen das gesetzliche Leitbild führt im Zweifel zu deren Unwirksamkeit. Anderes gilt, wenn die Leitbildabweichung sachlich gerechtfertigt ist und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt wird (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 162/12, NJW 2013, 1431 Rn. 26 mwN). Das ist nicht der Fall.

22 (a) Die Reduzierung auf den Lösungsanspruch macht zwar eine nähere Prüfung der Person des Sicherungsgebers entbehrlich und vereinfacht auf diese Weise die Vertragsabwicklung. Mögliche Regressansprüche wegen

eines Irrtums über die Person des Sicherungsgebers können von vornherein ausgeschlossen werden. Diese Interessen des Sicherungsnehmers können den (faktischen) Ausschluss der Rückgewähr aber nicht rechtfertigen. Sie wiegen nämlich schon deshalb nicht schwer, weil der Sicherungsgeber ohne Mitwirkung des Sicherungsnehmers nicht ausgewechselt werden kann. Es liegt daher in der Hand des Sicherungsnehmers, Irrtümer durch eine sorgfältige Sachbearbeitung auszuschließen. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu einem in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehenen Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich der Abtretung von Rückgewähransprüchen, den der Senat wegen der Interessen der Bank an einer klaren und übersichtlichen Vertragsabwicklung unter bestimmten Voraussetzungen für wirksam erachtet hat (Urteil vom 9. Februar 1990 - V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 244 ff.).

- 23 (b) Entgegen der Auffassung der Klägerin lässt sich die Wirksamkeit der Klausel auch nicht mit der Überlegung begründen, dass diese nur in seltenen Fällen einer effektiven Rückgewähr entgegensteht, die bei der im Rahmen der AGB-Kontrolle gebotenen generalisierenden Betrachtung außer Betracht bleiben könnten (so in der Tendenz Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rn. 757 a.E.). Richtig ist zwar, dass Eigentümer und Sicherungsgeber personenidentisch bleiben, sofern der neue Eigentümer bei einer Veräußerung des Grundstücks in den Sicherungsvertrag eintritt und hierdurch Sicherungsgeber wird (Gaberdiel/Gladenbeck, aaO Rn. 636). Dies mag in der Regel der Fall sein; zwingend ist ein solcher Ablauf aber keineswegs, weil der Eintritt in den Sicherungsvertrag die Mitwirkung des Sicherungsnehmers voraussetzt. Gerade dann, wenn - wie hier - zwei (oder mehrere) Personen Grundstückseigentümer, Kreditnehmer und Sicherungsgeber sind und im späteren Verlauf einer von ihnen unter Übernahme der Schuld im Innenverhältnis Alleineigentümer wird, kann die

Klausel den weichenden Eigentümer gravierend benachteiligen, nämlich dann, wenn er im Außenverhältnis nicht aus der Haftung entlassen wird. Bei einer auf die Löschung beschränkten Rückgewähr liefe er Gefahr, im Außenverhältnis die Kreditverbindlichkeit zurückführen zu müssen, ohne im Gegenzug die dingliche Sicherung zurückzuerhalten, die für die Durchsetzung seines Regressanspruchs im Innenverhältnis von wesentlicher Bedeutung sein kann (vgl. Senat, Urteil vom 20. November 1981 - V ZR 245/80, NJW 1982, 928).

24           5. Infolge der Unwirksamkeit der formularmäßigen Beschränkung kann dem Beklagten und seinem Mitgesellschafter ein fälliger Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld zustehen, der das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB begründen kann.

25           a) Dem Zurückbehaltungsrecht steht nicht entgegen, dass der Beklagte gemeinsam mit seinem früheren Mitgesellschafter Sicherungsgeber ist und der ihnen zustehende Rückgewähranspruch nur gemeinschaftlich geltend gemacht werden kann, während allein der Beklagte Schuldner des inzwischen rechtskräftig zuerkannten Zahlungsanspruchs ist. Voraussetzung für ein Zurückbehaltungsrecht ist zwar die Gegenseitigkeit der Ansprüche; es reicht jedoch aus, wenn die Gegenforderung dem Zurückhaltenden (hier dem Beklagten) gemeinschaftlich mit anderen zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2004 - XII ZR 323/01, NJW-RR 2005, 375, 377 mwN).

26           b) Unerheblich ist auch, dass die Sicherungsgeber im Grundsatz zunächst das Wahlrecht gemeinschaftlich ausüben müssen. Da der Beklagte nicht mehr Grundstückseigentümer ist, kommen weder Löschung noch Verzicht als Wahlmöglichkeit in Betracht. Vielmehr ist allein die Rückübertragung an beide Sicherungsgeber gemeinschaftlich interessengerecht und entspricht billigem Ermessen im Sinne von § 745 Abs. 2 BGB; der Beklagte kann von seinem früheren Mitgesellschafter eine gemeinsame Forderungseinziehung

verlangen (§ 754 Satz 2 BGB), mit der sein Anteil zum Tragen kommt (vgl. Senat, Urteil vom 20. November 1981 - V ZR 245/80, NJW 1982, 928; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rn. 769).

27 c) Schließlich ist nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht auszuschließen, dass der Rückgewähranspruch - wie es das Zurückbehaltungsrecht voraussetzt - fällig ist.

28 aa) Hierzu muss die aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) eingetreten sein, unter der der Rückgewähranspruch regelmäßig steht und die in dem Wegfall des Sicherungszwecks zu sehen ist. Für die Begründung eines Zurückbehaltungsrechts reichte es aus, wenn die aufschiebende Bedingung mit der Zahlung des Beklagten einträte; denn es genügt, dass der Gegenanspruch mit der Erbringung der geschuldeten Leistung fällig wird (Senat, Urteil vom 6. Dezember 1991 - V ZR 229/80, BGHZ 116, 244, 247 f.; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 273 Rn. 7 mwN).

29 bb) Wann die Bedingung eintritt, richtet sich nach der Sicherungsvereinbarung.

30 (1) Dient die Grundschuld der Sicherung einer bestimmten Darlehensforderung und sieht die Sicherungsabrede eine Revalutierung nicht vor (enger Sicherungszweck), müssen die Sicherungsgeber nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundschuld zahlen (BGH, Urteil vom 5. Februar 1991 - XI ZR 45/90, NJW 1991, 1821). Wenn sich aus der Sicherungsvereinbarung nichts anderes ergibt, muss die Grundschuld auf Verlangen des Sicherungsgebers auch in Teilen zurückgewährt werden; dies setzt voraus, dass insoweit eine endgültige Übersicherung eingetreten ist, mit der der

Sicherungszweck entfallen ist (Senat, Urteil vom 27. April 2013 - V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rn. 12; BGH, Urteil vom 10. November 2011 - IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 Rn. 16 jeweils mwN).

31 (2) Hier sicherte die Grundsuld insgesamt vier Darlehen, nämlich das von dem Beklagten aufgenommene und drei weitere des Mitgesellschafters und der GmbH; eine Revalutierung sah der Sicherungsvertrag nicht vor. Die aufschiebende Bedingung kann deshalb eingetreten sein, wenn und soweit der Sicherungszweck endgültig entfallen ist. Auf eine etwaige anderweitige Vereinbarung im Zuge der Umschuldung kann sich die Klägerin gegenüber dem Beklagten nicht berufen, weil dieser an der Umschuldung nicht beteiligt worden ist. Feststellungen dazu, inwieweit die Grundsuld noch valutierte, hat das Berufungsgericht - von seinem rechtlichen Standpunkt aus folgerichtig - nicht getroffen.

#### IV.

32 Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Es ist aufzuheben und zurückzuverweisen, um den Parteien zunächst Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag im Hinblick auf die Unmöglichkeit der Rückgewähr und den Bedingungseintritt zu geben. Sollte die Klägerin ihr Unvermögen zur Rückgewähr beweisen können, ist zu prüfen, ob der Beklagte ihr anstelle des Primäranspruchs den hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzanspruch entgegenhalten kann. Voraussetzung hierfür ist unter anderem, dass er einen Schaden darlegt. Dieser kann darin zu sehen sein, dass er die Darlehensforderung ohne Aussicht auf Rückgewähr der Grundsuld begleichen muss; hätte sich der Anspruch nur auf die Rückgewähr eines (nachrangigen) Teils der Grundsuld gerichtet, ist entscheidend, ob und inwieweit dieser werthaltig gewesen wäre.

Lemke

Roth

Brückner

Weinland

Kazele

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 05.10.2011 - 10 O 316/11 -

KG Berlin, Entscheidung vom 26.11.2012 - 12 U 134/11 -