

Prüfe dein Wissen: PdW

Sachenrecht

von
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald

16. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 66743 5

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

zugehen. Diese Regelung führt mithin zu einer Umkehr der Parteirolle; damit ist aber keine Umkehr der Beweislast verbunden (BGH NJW 2002, 138, 139).

In der Unterwerfung des gesamten Vermögens unter den Vollstreckungszugriff ohne jeden Nachweis der Fälligkeit liegt aber ein Verstoß gegen § 307 I, II Nr. 1.

Nach dieser Klausel könnte die G-Bank mit der Vollstreckung in das gesamte Vermögen des S beginnen, ohne dass die Forderung wirklich fällig ist. Hierfür fehlt ein berechtigtes Interesse der G-Bank (BGH NJW 2002, 139 f.).

Rechtspfleger Fuchs wird die Hypothek daher nicht eintragen.

146. Sicherung eines Zwischenkredits

Der Grundstückseigentümer E möchte bauen, obgleich sein Bausparvertrag mit der A-Bausparkasse noch nicht zuteilungsreif ist. Die B-Bank bietet ihm einen zinsgünstigen Zwischenkredit bis zur Fälligkeit der Bausparsumme gegen Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung der Bausparsumme und dingliche Sicherung.

Wie können A und B durch *ein* Brief-Grundpfandrecht gesichert werden?

(1) E könnte der A eine *Hypothek* für die künftige Darlehensforderung, § 1113 II, bestellen und die ihm vor Auszahlung des Endkredits zustehende vorläufige Eigentümergrundschild, §§ 1163 I 1, 1177 I 1, an B abtreten. Erhält A den Brief ausgehändigt (vgl. § 1117 II), so ist die Eigentümergrundschild durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs hinsichtlich des Briefes abzutreten, §§ 952, 1192 I, 1154 I 1, 2. Hs., 1117 I 2, 931. Würde der Kredit der A freilich ausfallen, so würde die an B abgetretene Eigentümergrundschild zwar endgültig zur Sicherunggrundschild der B, unterläge aber dem gesetzlichen Lösungsanspruch eines evtl. nachrangigen Gläubigers, § 1179a II 1. (Dies übersehen *Petersen*, Jura 2002, 548, 549 f. u. *Bamberger/Roth/Robe*, § 1163 Rn. 7). Dieser Lösungsanspruch könnte zwar vertraglich ausgeschlossen werden, § 1179a V. Dem Gläubiger einer Zwangshypothek steht der Lösungsanspruch aber immer zu. Da die Eintragung einer Zwangshypothek nicht ausgeschlossen werden kann, scheidet dieser Weg wirtschaftlich aus und wird nicht mehr praktiziert (Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 39).

Die Hypothek ist danach für B zu bestellen. B muss sich zugleich gegenüber A verpflichten, ihr die Hypothek gegen Tilgung des Zwischenkredits abzutreten.

(2) In der Praxis wird meist eine *Grundschild* für A bestellt. § 1163 I 1 ist hier nicht anwendbar (vgl. hierzu allg. *Goertz/Roloff*, JuS 2000, 762). Als abstraktes Fremdrecht steht die Grundschild sogleich A zu (BGHZ 108, 237 = NJW 1989, 2536, 2537). E hat lediglich einen künftigen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung der Grundschild (auf Übertragung, Verzicht oder Aufhebung; s. BGHZ 108, 237). A könnte die Grundschild auf B übertragen, B bei Auszahlung des Endkredits rückübertragen. Um diesen Aufwand zu sparen, begnügt sich B in der Regel mit der Vereinbarung mit A, dass diese die Grundschild als Treuhänder für B hält, und mit der zusätzlichen Abtretung des Rückübertragungsanspruchs des E (s. Fall 176).

(Palandt/Bassenge, § 1163 Rn. 11). Fällt der Endkredit aus, kann B aus dem Treuhandvertrag mit A und aufgrund des vorab abgetretenen Rückgewähranspruchs Übertragung der Grundsuld verlangen. Mit Übertragung entsteht ein Fremdrecht der B. Solange die Grundsuld nicht auf E zurückübertragen wird, entsteht daher kein Lösungsanspruch nach § 1179a II 1 oder nach § 1196 III zugunsten eines nachrangigen Gläubigers (MüKo/Eickmann, § 1191 Rn. 134).

147. Hypothekenbestellung für Scheinforderung

E bestellte seinem Sohn S für angeblich geleistete Arbeit eine Hypothek an seinem Grundstück in Höhe von 15.000 €. Eine derartige Lohnforderung bestand jedoch nicht. E und S wollten die Hypothek vielmehr zur Rangsisicherung für einen künftigen, von D erwarteten Hypothekenkredit bestellen. Nach der Eintragung der Hypothek wurde für das Finanzamt F eine Sicherungshypothek eingetragen. Erst danach zahlte D den Kredit gegen Abtretung der Hypothek aus. F verlangt Löschung der Hypothek des D. Zu Recht?

(1) Anspruch auf Grundbuchberichtigung

F kann gem. § 894 Löschung der Hypothek verlangen, wenn diese nicht wirksam bestellt wurde. Denn durch die Eintragung eines in Wahrheit nicht bestehenden Rechts wird bei dem geltenden System des gleitenden Rangs der Rang des F beeinträchtigt.

Die für S eingetragene Hypothek wäre gemäß § 117 nichtig, wenn die Einigung über die Bestellung, § 873, nur zum Schein erklärt wurde. Hierfür spricht, dass zwischen E und S keine Forderung bestand. Ist die Einigung nichtig, so entsteht überhaupt kein Grundpfandrecht, auch keine Eigentümergrundsuld gem. §§ 1196, 1163 I 1 (Palandt/Bassenge, § 1163 Rn. 1b; a. A. Soergel/Konzen, § 1163 Rn. 7). Ein Scheingeschäft ist nur gegeben, wenn die mit dem Rechtsgeschäft verbundene Rechtswirkung nicht eintreten sollte. Um den künftigen Kredit des D sichern zu können, musste die Hypothek jedoch gültig bestellt werden. Ein Scheingeschäft liegt somit nicht vor. Mangels einer Forderung des S stand die Hypothek E als Eigentümergrundsuld zu, § 1163 I 1 (BGHZ 36, 84, 89 = NJW 1962, 295; Gursky, Rn. 230 Fn. 6). Ein Anspruch des F aus § 894 besteht daher nicht.

(2) Lösungsanspruch

Der Lösungsanspruch gem. § 1179a I 1 besteht nicht gegenüber der vorläufigen Eigentümergrundsuld nach § 1163 I 1 (§ 1179a II 1), solange das Kreditgeschäft noch nicht gescheitert ist. Durch die Abtretung an D wurde die Hypothek nachträglich valuiert. Die vorläufige Eigentümergrundsuld wurde kraft Gesetzes – ohne Umwandlung gem. §§ 1180, 1198 – zur Hypothek. Diese nachträgliche Valutierung war von E und S schon bei der Hypothekenbestellung vereinbart. D ist deshalb Inhaber der Hypothek (BGHZ 36, 84, 89 f. = NJW 1962, 295; a. A. Büdenbender, JuS 1996, 665, 667). F kann deren Löschung nicht verlangen.

148. Grundsschuldbestellung kraft Ermächtigung

Der Verkäufer V verkauft sein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück an den Käufer K. In dem notariellen Kaufvertrag heißt es u. a. wie folgt: „Der Verkäufer bevollmächtigt den Käufer, bereits jetzt im Rahmen der Finanzierung des Kaufpreises die Eintragung von Grundpfandrechten auf dem veräußerten Grundeigentum zu bewilligen und zu beantragen.“ K bestellte daraufhin eine Grundsuld in Höhe des Kaufpreises von 150.000 € zugunsten der Bank B „zur Sicherung aller bestehenden und künftigen – auch bedingten und befristeten – Ansprüche aus der Geschäftsverbindung“ der B mit K. Zugrunde lag ein Darlehensvertrag, aufgrund dessen die Bank B 150.000 € auszahlte. Auf Weisung des K wurde das Geld an G, einen seiner Gläubiger, ausbezahlt. V erhielt seinen Kaufpreis nicht, weil K zahlungsunfähig geworden ist. Die Bank B verlangt von V Duldung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück. Zu Recht?

Ein Duldungsanspruch der Bank gegen V (§§ 1192 I, 1147) ist nur dann entstanden, wenn die Grundsuld wirksam bestellt worden ist. Neben Einigung und Eintragung (§ 873) ist auch die *Verfügungsbefugnis des K* erforderlich. Da K das Eigentum am Grundstück noch nicht erlangt hat, konnte er selbst die Grundsuld nur kraft und innerhalb der ihm von V erteilten Ermächtigung (§ 185) bestellen. Die Verfügungsbefugnis kann der Ermächtigende auch bei Grundstücken wie eine Vollmacht beliebig begrenzen. Nach dem notariell beurkundeten Kaufvertrag (§ 311b) war K zur Belastung des Kaufgrundstücks nur „im Rahmen der Finanzierung des Kaufpreises“ ermächtigt. Die Grundsuld hat er jedoch zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche aus seiner Geschäftsverbindung mit der B-Bank bestellt. Damit hat er die erteilte Ermächtigung überschritten; die Grundsuld ist mangels Verfügungsbefugnis des K nicht entstanden. Die Bank B ging als Sicherungsnehmer ein gewisses Risiko ein, als sie auf den Umfang der Ermächtigung eines Grundschuldbestellers vertraute, der noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen war. Der gute Glaube an die Verfügungsmacht des K ist nicht geschützt (§ 892 II 1). Im Ergebnis hat damit die Bank keinen Duldungsanspruch gegen V (BGHZ 106, 1 = NJW 1989, 521; dazu *Reischl*, JuS 1998, 125, 130).

II. Umfang der Haftung

149. Hypothekenhaftung von Grundstückszubehör

K errichtete auf seinem Grundstück ein Hotel. Zur Sicherung eines Baukredits bestellte er B eine Hypothek von 350.000 €. Sodann erhielt K Hotelmobiliar von V unter Eigentumsvorbehalt geliefert und bezahlte es mit Hilfe eines dafür gewährten Kredits des G. Zu dessen Sicherung übereignete K das Mobiliar noch vor Auszahlung des Kredits an G. Da der Hotelbetrieb nicht florierte, wurde das Hotelgrundstück auf Betreiben des B zwangsversteigert. Hinsichtlich des Mobiliars wurde die Zwangsversteigerung einstweilen eingestellt.

a) Kann G von B Freigabe des Mobiliars verlangen?

b) Wie ist die Rechtslage, wenn G noch vor Kaufpreiszahlung durch K diesen an V entrichtet und V daraufhin mit K und G vereinbart, dass das Eigentum am Hotelmobilar sofort auf G übertragen werden soll?

a) Der betreibende Gläubiger hat nicht haftendes Dritteigentum freizugeben; notfalls ist die Zwangsvollstreckung in Dritteigentum auf Klage für unzulässig zu erklären, § 771 ZPO. G ist Sicherungseigentümer des Mobiliars durch Übereignung gem. §§ 929 S. 1, 930, 868 geworden. Er ist aber dennoch zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet, wenn er das Eigentum am Mobilar nur belastet mit der Hypothek erworben hat. Nach § 1120 erstreckt sich die Hypothek auch auf Grundstückszubehör im Eigentum des Grundeigentümers. Das Hotelmobilar ist Zubehör gem. § 97 I. Es stand aber nie im Eigentum des K. Dennoch ist es mit der Hypothek belastet, da K mit dem Kauf unter Eigentumsvorbehalt ein Anwartschaftsrecht erwarb. Dieses Anwartschaftsrecht wird allgemein wie Eigentum behandelt. Folglich erstreckt sich die Hypothek auf das Anwartschaftsrecht, sobald das Mobilar Grundstückszubehör wird (vgl. *Mand*, Jura 2004, 221; *Brehm/Berger*, § 17 Rn. 53 ff.; *Habersack*, Rn. 368). Durch die Sicherungsübertragung des Anwartschaftsrechts an G analog §§ 930, 868 ist keine Enthftung nach § 1121 I eingetreten (BGHZ 35, 85 = NJW 1961, 1349; *Reinicke*, JuS 1986, 957). Auch die Erstarkung des Anwartschaftsrechts zum Eigentum des G nach Zahlung an V genügt nicht zur Enthftung des Hotelmobiliars (BGHZ 35, 85; *Kollhosser*, JZ 1985, 370). G hat das Eigentum daher nur belastet mit der Haftung für die Hypothek erworben. Eine Klage gem. § 771 ZPO ist daher abzuweisen.

b) Fraglich ist hier, ob ein lastenfreier Eigentumserwerb der Sicherungsnehmerin G eintritt. Als Vorbehaltskäufer und Anwartschaftsrechtsinhaber ist K gemäß § 161 I 1 vor Verfügungen des V geschützt. Indem K der Übereignung von V an G zustimmt, verzichtet er auf diesen Schutz. V und K heben die aufschiebend bedingte Übereignung damit einverständlich auf. Der *BGH* meint daher, dass anschließend ein lastenfreier Eigentumserwerb des Sicherungsnehmers G möglich ist (BGHZ 92, 280 = NJW 1985, 376, 378). Zum Schutz des Grundpfandrechtinhabers wird diese Ansicht zum Teil abgelehnt. Ein Anwartschaftsrecht, das bereits in den Haftungsverband eines Grundpfandrechts gefallen ist, könne analog § 1276 I ohne Zustimmung des Grundpfandgläubigers durch die Parteien der dinglichen Einigung nicht aufgehoben werden (*Reinicke*, JuS 1986, 957; *Kollhosser*, JZ 1985, 370; *Bülow*, Rn. 130 f.).

150. Zubehör zwischen Hypothekar und Sicherungseigentümer

E ist Eigentümer eines Hotels. Das Hotelgrundstück ist mit Hypotheken über 350.000 € belastet. Das ursprünglich dem E gehörende Mobilar ist an D zur Sicherung weiterer Kredite übereignet. Als E in Vermögensverfall gerät, droht der Hypothekar H die Versteigerung des Hotelgrundstücks an. Um der drohenden Beschlagnahme zuvorzukommen, holt D daraufhin das Mobilar vom Grundstück. E stimmt zu, da ihm nun alles egal ist.

a) Hat D lastenfreies Eigentum an dem Mobilar erworben?

- b) Kann H der Entfernung des Mobiliars widersprechen und seine Rückgabe erreichen?
c) D entfernt das Mobiliar, nachdem die Beschlagnahme des Grundstücks zum Zwecke der Zwangsversteigerung auf Antrag des H im Grundbuch eingetragen war. D behauptet, davon und von der Hypothek nichts gewusst zu haben. Welche Rechte hat H in diesem Fall?
d) Wie wäre Fall c) zu beurteilen, wenn die Hypothek des H vor einiger Zeit zu Unrecht im Grundbuch gelöscht worden wäre?

a) Hotelmobiliar unterliegt als Zubehör des Gewerbebetriebs, §§ 97 I, 98 Nr. 1, der Hypothekenhaftung gem. § 1120, konnte aber unabhängig davon nach §§ 929, 930, 868 zur Kreditsicherung an D übereignet werden. Nach § 1121 I wird es von der Haftung frei, wenn es vor der Beschlagnahme des Grundstücks veräußert und zusätzlich vom Grundstück entfernt wird. D erwarb also lastenfreies Eigentum an dem Mobiliar.

b) Nach § 1134 I kann H Unterlassung einer die Hypothek gefährdenden Verschlechterung des Grundstücks verlangen. Nach § 1135 gilt als Verschlechterung auch die Entfernung von Zubehör entgegen den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft. Da hier nur D befriedigt werden sollte, kann H der Entfernung widersprechen und seinen Anspruch durch einstweilige Verfügung, §§ 935 ff. ZPO, durchsetzen.

Kommt H damit zu spät, so hat er gegen D Ansprüche aus § 823 I (Grundschild als sonstiges Recht) und aus § 823 II i. V. m. §§ 1134, 1135 (BGHZ 85, 234 = NJW 1983, 746). Noch im Besitz des D befindliches Mobiliar ist nach § 249 I real zurückzugeben. Soweit es bereits an Dritte veräußert ist, schuldet D Schadensersatz in Geld, §§ 249 II 1, 251 I.

c) Nach § 1121 II 1 muss D die Hypothek unabhängig von seinem guten Glauben gegen sich gelten lassen. § 936 I, II ist bei einer eingetragenen Hypothek nicht anwendbar. Da D die Eigenschaft des Mobiliars als Zubehör kennt, muss er damit rechnen, dass es zum Haftungsverband einer Hypothek gehört. Gem. § 1121 II 2 würde das Mobiliar nur dann von der Haftung frei, wenn es D im Hinblick auf die Beschlagnahme gutgläubig entfernt. Sobald der Versteigerungsvermerk gem. § 19 ZVG jedoch im Grundbuch eingetragen ist, gilt die Beschlagnahme auch hinsichtlich der mithaftenden beweglichen Sachen als bekannt, § 23 II 2 ZVG. Damit unterliegt das Mobiliar weiterhin der Hypothekenhaftung. H kann deshalb von D verlangen, die Mitversteigerung des Mobiliars zu dulden, § 1147. Wie im Fall b) hat er wieder einen Rückverschaffungsanspruch nach den § 823 I, II i. V. m. §§ 1135, 249 I. D handelt auch fahrlässig, da er bei dem kapitalschwachen E mit dem Bestehen von Grundpfandrechten rechnen musste. Auf die Frage, ob der bloße Fortbestand der Zubehörhaftung einen Rückverschaffungsanspruch auslöst, kommt es daher nicht an (vgl. MüKo/Eickmann, § 1135 Rn. 18).

d) Durch die fehlerhafte Löschung wurde der Bestand der Hypothek nicht beeinträchtigt. Kann der Erwerber des Mobiliars aber eine Belastung durch Einsicht in das Grundbuch nicht feststellen, so kann § 1121 II nicht zu seinen Lasten anwendbar sein. Einschlägig ist vielmehr § 936. War D danach hinsichtlich des Bestandes der

Hypothek gutgläubig, so wurde das Mobilier mit der Entfernung vom Grundstück von der Haftung frei (*Plander*, JuS 1975, 345, 350).

151. Enthftung von Grundstückszubehör

Die Geschäfte der Fa. E gingen schlecht. Um die Verluste nicht weiter anwachsen zu lassen, stellte E seinen Betrieb am 15. 2. vollständig ein. Sodann verkaufte er am 15. 4. seine Maschinen an K.

a) Am 30. 4. werden die Maschinen vom Grundstück entfernt und an K geliefert. Am 10. 5. wird auf Antrag der G-Bank, der Gläubigerin der am Betriebsgrundstück bestehenden Hypothek, die Zwangsversteigerung des Grundstücks angeordnet. Kann die G-Bank verlangen, dass K die Mitversteigerung der Maschinen duldet?

b) Wie ist Fall a) zu beurteilen, wenn die Zwangsversteigerung bereits am 20. 4. angeordnet wird?

c) Kann die G-Bank im Fall a) den Erlös aus dem Maschinenverkauf für sich in Anspruch nehmen, wenn Fa. E am 15. 3. in Insolvenz gefallen ist und der Insolvenzverwalter V die Maschinen veräußert hat?

a) Nach § 1120 erstreckt sich die Hypothek auf Grundstückszubehör. Bei einem Fabrikgrundstück gehören hierzu die zum Betrieb der Fabrik bestimmten Maschinen, §§ 97 I, 98 Nr. 1, soweit das Betriebsgrundstück die Hauptsache im Verhältnis zum Betriebsinventar bildet (vgl. BGHZ 85, 234 = NJW 1983, 746). Zubehör wird aber gem. § 1121 I von der Hypothekenhaftung frei, wenn es vor Beschlagnahme des Grundstücks veräußert und von dem Grundstück entfernt wird. K hat also lastenfreies Eigentum erworben.

b) Die Veräußerung und Entfernung erfolgt jetzt nach Beschlagnahme des Grundstücks, §§ 20 ff. ZVG. Das Zubehör wird daher nicht mehr haftungsfrei: Nach § 23 I 1 ZVG hat die Beschlagnahme die Wirkung eines relativen Veräußerungsverbots. Die verbotswidrige Veräußerung ist daher der G-Bank gegenüber unwirksam, §§ 135, 136. Der Ausnahmefall des § 23 I 2 ZVG liegt nicht vor, da nicht nur Einzelstücke des Zubehörs veräußert wurden.

Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Maschinen noch vor ihrer Veräußerung gem. § 1122 II von der Hypothekenhaftung frei geworden wären. Mit der endgültigen Betriebsstilllegung endeten die Zweckbestimmung der Maschinen und damit ihre Zubehöreigenschaft. Die Änderung der Zweckbestimmung muss aber im Rahmen aktiver ordnungsgemäßer Bewirtschaftung liegen. Bei einer Betriebsstilllegung ist dies nicht der Fall. Soweit sie nicht zur Änderung der Bewirtschaftung erfolgt, beendet sie die wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks und lässt den Sicherungszweck der Hypothek akut werden. Eine Betriebsstilllegung zur Verwertung des Betriebsvermögens führt daher nicht zur Enthftung des Zubehörs (BGHZ 60, 267, 270 = NJW 1973, 997; BGH NJW 1996, 835, 836).

c) § 1121 I ermöglicht eine lastenfreie Veräußerung des Zubehörs auch durch den Insolvenzverwalter. Nach verbreiteter Meinung wird damit auch der Erlös frei und fällt wie bei jeder Veräußerung vor der Beschlagnahme des Grundstücks in die

Insolvenzmasse. Denn eine Haftung des Erlöses anstelle der Zubehörstücke zugunsten des Hypothekars gem. §§ 49, 165 InsO würde voraussetzen, dass das Zubehör nicht in enthaftender Weise veräußert wurde (so *OLG Karlsruhe* KTS 1972, 107). Dagegen führt die Veräußerung nach Ansicht des *BGH* nur dann zur Enthaftung des Erlöses, wenn sie in den Grenzen ordnungsgemäßer Wirtschaft erfolgt (vgl. § 1122 II). Nach Einstellung des Betriebes ist dies jedoch nicht der Fall. Entsprechend ist der Grundstückseigentümer nach § 1135 und damit auch der Insolvenzverwalter, § 80 I InsO, nicht mehr berechtigt, Zubehör zu veräußern. Durch eine verbotswidrige Veräußerung macht sich der Insolvenzverwalter nach den §§ 1135, 823 BGB, § 60 I InsO schadensersatzpflichtig. Zugleich entsteht für die G-Bank ein Masseanspruch nach § 55 I Nr. 1, 3 InsO. Deshalb steht der G-Bank der aus der Veräußerung des Zubehörs erzielte Erlös zu (BGHZ 60, 267 = NJW 1973, 997 m. abl. Anm. *J. Schmidt*, NJW 1973, 1611; Bamberger/Roth/Rohr, § 1121 Rn. 11).

152. Hypothekenhaftung des Mietzinses als Gesellschafterdarlehen

E war Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer der B-GmbH. Dieser verpachtete er ein ihm gehörendes Gewerbegrundstück für einen monatlichen Pachtzins von 11.000 €. Außerdem nahm er bei der D-Bank mehrere Darlehen auf und bestellte ihr Grundschulden über 500.000 € an dem Grundstück. Die B-GmbH bezahlte den Pachtzins bis zum Eintritt ihrer Überschuldung im Dezember 2008. Den später anfallenden Pachtzins forderte E nicht ein. Am 2.12.2009 wurde auf Antrag eines Gläubigers ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der B-GmbH eröffnet. Der Insolvenzverwalter führt das Unternehmen zunächst fort, will aber bis auf Weiteres keinen Pachtzins bezahlen. Im März 2010 beantragt die D-Bank die Zwangsverwaltung des Grundstücks. Dieser Beschluss wurde dem Insolvenzverwalter der B-GmbH am 7.4.2010 zugestellt. Der bestellte Zwangsverwalter Z verlangt nun ab Mai 2010 vom Insolvenzverwalter Zahlung des monatlichen Pachtzinses in Höhe von 11.000 €.
Zu Recht?

Nach § 1123 erstreckt sich die Hypothek auf eine Miet- oder Pachtzinsforderung hinsichtlich des belasteten Grundstücks. Diese Forderung wird von der Beschlagnahme des Grundstücks zur Zwangsverwaltung erfasst (§§ 21 II, 148 I ZVG). Der bestellte Zwangsverwalter hat die beschlagnahmten Forderungen einzuziehen (§§ 150 I, 152 I ZVG).

Allerdings hat E den Pachtzins ab Dezember 2008 nicht mehr eingefordert und der B-GmbH dadurch ein Gesellschafterdarlehen gewährt. Mit Insolvenzeröffnung wurde dieses Darlehen für die Zeit bis zur Insolvenzeröffnung nachrangige Insolvenzforderung gemäß § 39 I Nr. 5 InsO.

Der Pachtvertrag blieb aber bestehen (§ 108 I 1 InsO), so dass der Insolvenzverwalter die vereinbarte Pacht ab Verfahrenseröffnung nach § 55 I Nr. 2 InsO solange als Masseschuld bezahlen müsste, bis das Pachtverhältnis nach Kündigung gemäß § 109 I InsO drei Monate später endet (*Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2150). Ob

diese Pflicht durch § 135 III InsO modifiziert wird, ist streitig. Nach h. M. greift § 135 III InsO erst, wenn kein vertragliches Nutzungsverhältnis mehr besteht (MüKo-InsO/Gehrlein, 3. Aufl., 2013, § 135 Rn. 45). Bis dahin muss der Insolvenzverwalter aber die vertraglich geschuldete Vergütung bezahlen. Er kann aber kündigen, um das Grundstück anschließend aufgrund des gesetzlichen Nutzungsverhältnisses zu nutzen (K. Schmidt, InsO, 18. Aufl., 2013, § 135 Rn. 42). Hat die B-GmbH im letzten Jahr vor der Insolvenzeröffnung tatsächlich nichts bezahlt, so kann auch der Insolvenzverwalter das Grundstück dann ein Jahr lang kostenfrei nutzen (MüKo-InsO/Gehrlein, 3. Aufl., 2013, § 135 Rn. 49). Nach der überzeugenderen Gegenmeinung modifiziert § 135 III die §§ 103 ff. InsO; es genügt das prinzipielle Bestehen eines Aussonderungsrechts, mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter das Grundstück sofort zu privilegierten Bedingungen auch ohne Vertragsbeendigung nutzen kann (Kübler/Prütting/Bork/Preuß, InsO, Stand: 2/2010, § 135 Rn. 31, 35; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, Stand: 2013, § 135 Rn. 58, 64; Cranshaw/Paulus/Michel/Zenker, Bankenkomentar zum Insolvenzrecht, 2. Aufl., 2012, § 135 InsO Rn. 35). Danach müsste der Verwalter dem E nichts bezahlen.

Zweifelhaft ist freilich, ob diese Privilegierung auch zu Lasten der D-Bank wirkt. Vor Erlass des MoMiG (zum 1.11.2008) wurde teilweise angenommen, nicht nur der Gesellschafter müsse das Grundstück seiner Gesellschaft für die vereinbarte oder eine übliche Zeit weiter zur unentgeltlichen Nutzung überlassen, diese Pflicht wirke vielmehr auch gegenüber einem Grundpfandgläubiger (so Heublein, ZIP 1998, 1899, 1902).

Der BGH wandte dagegen die §§ 1123, 1124 BGB entsprechend an (BGHZ 140, 147 = NJW 1999, 577). Nach § 1123 II blieb es bis zur Beschlagnahme des Grundstücks bei der Pflicht zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung. Sieht man in der Darlehensgewährung eine Verfügung über den Pachtzins, so wurde diese nach § 1124 II 1. Hs. ab dem nächsten Monat nach Wirksamwerden der Beschlagnahme unwirksam (vgl. MüKo/Eickmann, § 1123 Rn. 12b). Der Insolvenzverwalter musste also von da an den Pachtzins an den Zwangsverwalter bezahlen. Nach überwiegender Ansicht hat das MoMiG an der Anwendbarkeit dieser Regeln nichts geändert; § 135 III InsO wirkt also nicht zu Lasten der D-Bank nach Beschlagnahme des Grundstücks zur Zwangsverwaltung (Dahl/Schmitz, NZG 2009, 325; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., 2010, § 135 Rn. 22; a. A. Göckel/Henkel, ZInsO 2009, 170). Der Insolvenzverwalter muss also ab Mai 2010 den Pachtzins in voller Höhe (bis zum Wirksamwerden einer Kündigung nach § 109 InsO) an den Zwangsverwalter bezahlen.

153. Haftung der Feuerversicherungsforderung

Das Hotel „Edelweiß“ der E-GmbH brennt vollständig nieder. Bei der Brandversicherung B ist es mit 50 Mio. € gegen Brand versichert. Nach den Allgemeinen Versicherungsbedingungen wird die Entschädigung nur zur Wiederherstellung des Gebäudes ausbezahlt. Das Hotelgrundstück ist mit einer Hypothek der D-Bank in Höhe von 2,5 Mio. € belastet, die B angezeigt wurde.