

Lösungshinweise zu Fall 41 (nach BGH NJW-RR 1993, 369)

G kann gegen E aus der Grundschuld vorgehen, das heißt Duldung der Zwangsvollstreckung in dessen Miteigentumsanteil verlangen, wenn sie Inhaberin der Grundschuld ist.

Durch die Ablösung war die Grundschuld zur Eigentümergrundschuld der M geworden. Durch die – wenn auch notariell beglaubigte – Abtretung von M an V wurde dieser nicht Inhaber der Grundschuld: Erstens lag durch die Vertretung der M durch V ein Insichgeschäft i.S.d. § 181 vor. Weder war ihm dies von der M gestattet noch hat sie das Geschäft genehmigt. Auch stellt die Übertragung der Grundschuld nicht die Erfüllung einer Verbindlichkeit dar, § 181 aE. Zweitens wurde der Brief nicht in Gemäßheit der §§ 1192 I, 1154 I 1 an V übergeben, ein Übergabesurrogat nach §§ 1192 I, 1154 I 1 aE, 1117 I 2, 930 oder 931 ist ebenfalls nicht ersichtlich. Dafür wäre nötig gewesen, dass M, die selber erststufig den Besitz von R gemittelt bekommt, entweder V als zweitstufigen mittelbaren Oberbesitzer anerkannt (§ 930) oder dass sie dem V den Anspruch gegen R auf Herausgabe des Briefes abgetreten hätte (§ 931).

G könnte die Grundschuld jedoch nach §§ 1192 I, 1155 S. 1, 892 I 1 gutgläubig von V erworben haben. Dies setzt aber wieder u.a. eine Übergabe des Grundschuldbriefes voraus. Wie soeben dargestellt, war V nicht Besitzer des Briefes geworden, weder zweitstufiger mittelbarer nach § 930 noch erststufiger nach § 931. Fraglich ist also, ob eine Übergabe im Rechtssinne auch dann vorliegen kann, wenn der Veräußerer gar nicht Besitzer war, es somit ausreicht, dass er dem Erwerber den Besitz nur irgendwie verschafft. Handelt eine Person **auf Geheiß** des Veräußerers, so ist dies i.R.d. § 929 S. 1 als Besitzverschaffung anerkannt. Dies ist jedoch hier nicht der Fall, da der R nicht auf Vs Geheiß handelte. Die Frage ist also, ob es einen gutgläubigen **Scheingeheißerwerb** bei Grundschulden geben kann. Immerhin sah es auch Sicht des G so aus, als habe V die Übergabe durch R veranlasst, also als unterwerfe sich R dem Geheiß des V. Die Lösung ist streitig (vgl. einerseits einen gutgläubigen Erwerb verneinend BGH NJW-RR 1993, 369, andererseits i.R.d. § 932 bejahend BGHZ 36, 56 ff; BGH NJW 1974, 1132). Richtigerweise genügt der Schein des Besitzes nicht. Anknüpfungspunkt ist der tatsächliche Besitz, geschützt ist nicht der gute Glaube an Umstände, die den Besitz begründen, sondern nur an die Rechtsstellung, die durch den Besitz vermutet wird (vgl. zur Problematik auch *Picker*, NJW 1974, 1790 ff.). G hat die Grundschuld daher nicht erworben.