



# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 4 UF 46/14 = 65 F 1450/12 Amtsgericht Bremen

erlassen durch Übergabe an die Geschäftsstelle:  
Bremen, 30.05.2014

## B e s c h l u s s

In der Familiensache

[...],

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [...]

gegen

[...],

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [...],

hat der 4. Zivilsenat - Senat für Familiensachen - des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Wever, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Röfer und den Richter am Oberlandesgericht Küchelmann

am 28.5.2014 beschlossen:

1. Auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Bremen vom 3.3.2014 aufgehoben. Der Antrag der Antragstellerin vom 19.11.2013 wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Der Verfahrenswert für die 1. und 2. Instanz wird auf 10.225 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner wendet sich mit seiner Beschwerde gegen den Zwangsgeldfestsetzungsbeschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Bremen vom 3.3.2014.

Das Amtsgericht – Familiengericht – Bremen hat dem Antragsgegner mit Beschluss vom 5.9.2013 aufgegeben, die Freigabe der von der Antragstellerin der S.-Bank in Bremen gestellten Sicherheit, einer Grundschuld über 200.000 DM, lastend auf dem Grundstück P-Weg [...] in B., durch Vorlage einer Löschungsbewilligung der Bank zu bewirken. Dieser Beschluss ist rechtskräftig geworden. Da der Antragsgegner seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, hat die Antragstellerin am 20.11.2013 beantragt, gegen ihn ein Zwangsgeld festzusetzen und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden könne, Zwangshaft. Der Antragsgegner hat beantragt, den Zwangsmittelantrag zurückzuweisen mit dem Hinweis darauf, dass es ihm nicht möglich sei, die Freigabe der Sicherheit durch die Sparkasse zu erwirken. Die Sparkasse habe ihm mitgeteilt, dass die Erteilung einer Löschungsbewilligung nicht in Betracht komme.

Mit Beschluss vom 3.3.2014 hat das Amtsgericht – Familiengericht – Bremen gegen den Antragsgegner zur Erzwingung der im Beschluss vom 5.9.2013 ausgesprochenen Verpflichtung ein Zwangsgeld i.H.v. 5.000 €, ersatzweise für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Zwangshaft von 50 Tagen verhängt.

Gegen diesen, ihm am 7.3.2014 zugestellten Beschluss wendet sich der Antragsgegner mit seiner sofortigen Beschwerde, die am 21.3.2014 beim Amtsgericht

Bremen eingegangen ist. Zur Begründung seiner Beschwerde führt er aus, er sei in Vermögensverfall geraten und daher nicht in der Lage, die begehrte Löschungsbewilligung beizubringen. Die in seinem Eigentum stehende Immobilie in der R-Straße in B. sei ebenfalls so weit belastet, dass er kein weiteres Darlehen aufnehmen könne, um die auf dem Grundstück der Antragstellerin lastende Grundschuld zu tilgen. Seine Finanzierungsprobleme könnten aber eventuell durch den freihändigen Verkauf seiner Immobilie in der R.-Straße gelöst werden, weshalb er hilfsweise einen Vollstreckungsaufschub von wenigstens sechs Monaten beantrage.

Gemäß telefonischer Auskunft des Amtsgerichts Bremen – Insolvenzabteilung vom 19.5.2014 ist unter der Geschäftsnummer 519 IN 13/14 gegen den Antragsgegner ein Insolvenzverfahren anhängig, das allerdings noch nicht eröffnet worden ist.

II.

Die statthafte (§§ 120 FamFG, 793 ZPO), form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde des Antragsgegners ist zulässig und begründet.

1.

Der Erfolg des Beschwerdeverfahrens beruht allerdings nicht bereits darauf, dass das Vollstreckungsverfahren gegen den Antragsgegner und damit auch das Beschwerdeverfahren dadurch unterbrochen wären, dass mittlerweile gegen den Antragsgegner ein noch nicht eröffnetes Insolvenzverfahren anhängig ist. Das Zwangsvollstreckungsverfahren wird in Bezug auf Pfändungsmaßnahmen nämlich nicht nach § 240 ZPO wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners unterbrochen. Die Regelung des § 240 ZPO findet im Zwangsvollstreckungsverfahren keine Anwendung (BGH, NJW 2007, 3132; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 240 Rn. 2). Erst durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens würde das sich aus § 89 InsO ergebende Vollstreckungsverbot eingreifen und der Zwangsvollstreckung des Beschlusses vom 5.9.2013 somit entgegenstehen. Dieser Fall ist aber bisher nicht eingetreten.

2.

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den amtsgerichtlichen Beschluss vom 3.3.2014 hat aber deshalb Erfolg, weil sich die Zwangsvollstreckung des Beschlusses vom 5.9.2013 nicht nach § 888 ZPO, sondern nach § 887 ZPO richtet. Der ausschließlich auf eine Zwangsmittelfestsetzung nach § 888 ZPO

gerichtete Antrag vom 19.11.2013, der keine Umdeutung in einen Antrag nach § 887 ZPO zulässt, ist daher zurückzuweisen.

a) Der § 120 Abs. 1 FamFG bestimmt, dass bei Vollstreckung von Entscheidungen in Familienstreitsachen, wie sie im vorliegenden Fall gemäß § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG gegeben ist, die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Buch 8 der ZPO und somit die §§ 704 bis 915h ZPO gelten. Da der Antragsgegner mit Beschluss vom 5.9.2013 verpflichtet worden ist, eine von der S.-Bank zu erteilende Löschungsbewilligung beizubringen, handelt es sich hier nicht um eine Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen nach Abschnitt 2 des 8. Buches der ZPO, sondern um eine Zwangsvollstreckung nach Abschnitt 3 (§§ 883 – 898 ZPO). Aus dem Tenor des zu vollstreckenden Beschlusses vom 5.9.2013 ergibt sich, dass der Antragsgegner nicht zur Vornahme einer konkreten Handlung verpflichtet worden ist, sondern vielmehr einen Erfolg, nämlich die Vorlage der Löschungsbewilligung, herbeiführen soll. Auf welche Weise er diesen Erfolgseintritt erreicht, ist ihm vom Amtsgericht freigestellt worden. Allein hieraus lässt sich allerdings nicht ableiten, dass er eine nicht vertretbare Handlung vorzunehmen hat und sich die Zwangsvollstreckung daher nach § 888 ZPO richtet (a.A. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1988, 63 bei Beseitigung von Feuchtigkeit).

b) Die Regelung des § 888 ZPO ist nur auf unvertretbare Handlungen anzuwenden, d.h. die Vornahme der Handlung durch einen Dritten muss rechtlich unzulässig oder mit dem Inhalt der Verpflichtung unverträglich sein. Der Weg über § 888 ZPO ist nicht bereits dann eröffnet, wenn der zu vollstreckende Titel als Handlung – wie hier – nur die Herbeiführung eines Erfolges beschreibt. Für diesen Fall bleibt dem Schuldner nur bis zur Vollstreckung die Wahl des Mittels (Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Auflage, § 887 Rn. 5, 39; a.A. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Die Regelung des § 888 Abs. 1 S. 1 ZPO fordert weiterhin, dass die Handlung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängen muss. Daher ist die Regelung grundsätzlich unanwendbar, wenn die Handlung nur vorgenommen werden kann, wenn eine andere Person mitwirkt, diese hierzu aber nicht bereit ist und auch nicht gezwungen werden kann (Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 34. Auflage, § 888 Rn. 3; BayObLG, WuM 1993, 766; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 1767).

c) Die Zwangsvollstreckung hat nach § 887 ZPO stattzufinden, wenn der Schuldner eine Handlung nicht vornimmt, deren Vornahme auch anstelle des Schuldners durch einen Dritten erfolgen kann. Nur in engen Grenzen fallen unter § 887 ZPO

Rechtsgeschäfte bzw. Erfüllungshandlungen (Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 887 Rn. 13). Nach § 887 ZPO richtet sich z.B. die Vollstreckung des Anspruchs auf Freistellung des Gläubigers von einer Verbindlichkeit, auf Befreiung von einer Geldschuld und auch auf Befreiung eines Gesamtschuldners gegenüber Ansprüchen des Gläubigers (Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 887 Rn. 13; Thomas/Putzo/Seiler, a.a.O., § 887 Rn. 2b; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 6. Aufl., 2014, Rn. 375, 386 m.w.N.). Die Löschung einer Hypothek oder Grundschuld eines Dritten wird ebenfalls als durch eine vertretbare Handlung im Sinne des § 887 ZPO zu bewirken angesehen, wenn die zur Ablösung zu zahlende Summe feststeht und der Gläubiger zur Löschung bereit ist oder dazu gezwungen werden kann (Gruber in: Münchener Kommentar, ZPO, 4. Auflage, § 887 Rn. 45; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 887 Rn. 3 sowie § 888 Rn. 3). In diesem Zusammenhang hat sich der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 21.2.1986 (NJW 1986, 1676) dahingehend geäußert, dass sich für den Fall der Verschaffung einer Berichtigungs- bzw. Löschungsbewilligung die Abgrenzung zwischen einer vertretbaren bzw. nicht vertretbaren Handlung zum Teil als schwierig darstelle. So sei eine Handlung des Schuldners, die vom Willen des Dritten abhängt, nicht generell unter § 887 ZPO bzw. § 888 ZPO zu fassen. Bei einer Verurteilung zur Löschung von Grundpfandrechten Dritter habe die Rechtsprechung § 887 ZPO in den Fällen angewendet, in denen die zur Ablösung des Grundpfandrechts zu zahlende Summe festgestanden habe und der Gläubiger zur Löschung bereit gewesen sei bzw. hierzu hätte gezwungen werden können. Bei einer derartigen Fallkonstellation könne jeder Dritte durch Zahlung der feststehenden Summe die Voraussetzungen zur Löschung schaffen. Eine Vollstreckung nach § 887 ZPO werde aber abgelehnt, wenn die Mitwirkung des Dritten nur über eine in dessen Belieben stehende Vereinbarung erreicht werden könne. Hierfür sei eine persönliche Willensentscheidung des Dritten Voraussetzung, die nicht von einem anderen getroffen werden könne. Wenn man es in dieser Situation einem Dritten überlasse, die fragliche Vereinbarung für den Schuldner abzuschließen, sei der Schuldner völlig der Willkür des Dritten ausgeliefert, der selbst kein Interesse an der Abfindungssumme hatte. Der BGH hat die Frage der Unterscheidung zwischen vertretbarer bzw. unvertretbarer Handlung im Sinne der §§ 887 ff. ZPO in dem ihm vorliegenden Fall allerdings ausdrücklich offen gelassen.

Das OLG Saarbrücken hat in seinem Beschluss vom 1.3.2005 unter Hinweis auf die vorgenannte BGH-Entscheidung die Auffassung vertreten, dass die Verpflichtung, ein Grundpfandrecht zu beseitigen, durchweg als eine solche zur Vornahme einer vertretbaren Handlung betrachtet werde und somit nach § 887 ZPO die

Zwangsvollstreckung erfolgen müsse, wenn die zur Ablösung des Grundpfandrechts zu zahlende Summe feststehe und der Gläubiger zur Löschung bereit sei oder gezwungen werden könne (MDR 2005, 1253). Ebenso hatte bereits am 22.12.1999 das Oberlandesgericht Naumburg (OLGR Naumburg 2000, 297) entschieden.

d) Vor dem Hintergrund der vorstehenden Rechtsprechung ist im vorliegenden Fall der Beschluss vom 5.9.2013 nach der Regelung des § 887 ZPO zu vollstrecken. Zwar wird von den Beteiligten des Verfahrens bisher keine konkrete Summe genannt, gegen deren Zahlung die S.-Bank die Löschungsbewilligung für die auf dem Grundstück der Antragstellerin lastende Grundschuld erteilen wird. Dies steht aber nicht der Annahme entgegen, dass die zur Bewirkung der Löschungsbewilligung erforderliche Summe grundsätzlich feststeht. Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass die Grundschuld der Absicherung eines Darlehens über 200.000 DM dient. Aus der Grundschuldbestellungsurkunde vom 21.12.1994 ergibt sich, dass die Antragstellerin mit der Grundschuld nur für das Grundschuldkapital nebst Zinsen i.H.v. 18 % jährlich haftet (vergleiche Anlage K9, Bl. 44 der Akte). Der Vortrag des Antragsgegners, dieser Sicherungszweck sei später nicht verändert, insbesondere auf weitere Forderungen der Sparkasse ihm gegenüber erweitert worden, ist unwidersprochen geblieben. Nach nicht substantiiert bestrittenem Vortrag der Antragstellerin ist die abgesicherte Darlehensforderung bis zum heutigen Zeitpunkt durch den Antragsgegner nicht getilgt worden. Die Darlehenssumme steht also noch in voller Höhe zur Rückzahlung an die S.-Bank offen. Somit steht fest, dass zumindest der gesamte Darlehensbetrag an die S.-Bank zurückzuzahlen ist, um eine Freigabe der Grundschuld auf dem Grundstück der Antragstellerin, die der Bank als Absicherung eben dieses Darlehensbetrages dient, zu bewirken. Laut Auskunft der S.-Bank vom 28.2.2013 betrug die Darlehensvaluta zum 28.2.2013 143.727,22 € (Bl. 124 der Akte). Dieser Betrag dürfte sich mittlerweile erhöht haben, wäre aber ohne weiteres bei der S.-Bank erneut zu erfragen.

e) Somit steht ein Betrag fest, nach dessen Zahlung die S.-Bank zur Erteilung der Löschungsbewilligung an die Antragstellerin verpflichtet wäre. Die Erteilung der Löschungsbewilligung steht nämlich nicht im freien Belieben der Bank. Die Antragstellerin könnte als Dritte i.S.d. § 267 BGB selbst die erforderlichen Zahlungen an die Bank vornehmen und hierdurch die Voraussetzungen für die Erteilung der Löschungsbewilligung schaffen.

Die Regelung des § 267 BGB ist grundsätzlich für alle Schuldverhältnisse und somit auch für Grundschulden anzuwenden. Sie beruht auf dem Gedanken, dass der Gläubiger nur an der Herbeiführung des Leistungserfolges interessiert ist, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat (Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Auflage, § 267 Rn. 1). Die Voraussetzungen des § 267 BGB sind auch dann erfüllt, wenn der Dritte, hier also die Antragstellerin, nicht nur auf eine Verbindlichkeit des Schuldners (Antragsgegners), sondern auch zur Erfüllung einer eigenen Verpflichtung an den Gläubiger zahlt (Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 267 Rn. 3). Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung gilt, dass dann, wenn der Eigentümer auf die durch eine Grundschuld gesicherte Forderung zahlt, diese Forderung gemäß § 362 Abs. 1 BGB erlischt. Außerdem steht dem Eigentümer dann ein Anspruch auf Übertragung der Grundschuld an sich selbst bzw. auf Aufhebung oder Verzicht gegenüber der Bank zu (BGH, FamRZ 1999, 433). Eine Zahlung allein auf die Grundschuld führt zwar mangels Akzessorietät zwischen Grundschuld und Forderung nicht zum Erlöschen der gesicherten Forderung, aber kraft Gesetzes (§§ 268 Abs. 3 S. 1, 1150, 1192 BGB) zum unmittelbaren Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer (vgl. auch Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1191 Rn. 36 ff.; Hans. OLG Bremen, Beschluss vom 7.3.2014 – 4 UF 4/14).

Gemäß Ziff. 7 der Grundschuldbestellungsurkunde erfolgen Zahlungen an die S.-Bank als Gläubigerin nicht unmittelbar zur Tilgung der Grundschuld, sondern zur Begleichung der durch die Grundschuld gesicherten Forderungen der Gläubigerin. Durch derartige Zahlungen wird nach der vorgenannten Rechtsprechung der zunächst aufschiebend bedingte Rückforderungsanspruch der Antragstellerin hinsichtlich der Grundschuld unbedingt (vgl. Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1191 Rn. 19). Es steht also nicht im Belieben der Sparkasse, unter welchen Bedingungen sie die Löschungsbewilligung für die auf dem Grundstück der Antragstellerin lastende Grundschuld erteilt. Im Übrigen hat die S.-Bank nach Vortrag sowohl der Antragstellerin als auch des Antragsgegners die Erteilung einer Löschungsbewilligung nicht gänzlich abgelehnt, sondern nur von der Zahlung eines – bisher angeblich noch nicht genannten – Betrages abhängig gemacht. Dass die S.-Bank eventuell zusätzlich zu dem noch offenen Darlehensbetrag eine so genannte Vorfälligkeitsentschädigung verlangen könnte, steht der im vorliegenden Fall nach § 887 ZPO durchzuführenden Zwangsvollstreckung nicht entgegen (vgl. auch Wever, a.a.O., Rn. 386). Für die Antragstellerin als Sicherungsgeberin sind von der S.-Bank unproblematisch Auskünfte darüber zu erlangen, gegen Zahlung welchen konkreten Betrages die Bank aktuell die Löschungsbewilligung erteilen wird. Im Rahmen eines noch zu stellenden Antrags nach

§ 887 ZPO könnte sie nach § 887 Abs. 2 ZPO die Verurteilung des Antragsgegners zur Vorauszahlung dieser Kosten verlangen.

f) Auf die weiteren vom Antragsgegner gegen den Beschluss vom 5.9.2013 erhobenen Einwendungen, über die ohnehin im Erkenntnisverfahren zu entscheiden gewesen wäre (Zöller/Stöber, a.a.O., § 888 Rn. 11), kommt es nicht mehr an. Gleiches gilt für den vom Antragsgegner beantragten Vollstreckungsaufschub, über den im Übrigen nicht das Beschwerdegericht, sondern der Gerichtsvollzieher (§ 802b ZPO) zu befinden hätte.

3.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 ZPO.

Die Festsetzung des Verfahrenswertes beruht auf § 3 ZPO, orientiert sich grundsätzlich an dem Interesse des Gläubigers an der Durchführung der Zwangsvollstreckung und ist nach den Umständen des Einzelfalles auf einen angemessenen Betrag zu schätzen, der unterhalb des Wertes der Hauptsache liegt, da der Zwang gegenüber dem Schuldner noch keine Erfüllung ist (Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 12. Aufl., Rn. 4258). Im vorliegenden Fall wird die Festsetzung in Höhe von 1/10 des Nennbetrages der Grundsuld (102.258,38 €) für angemessen gehalten.

gez. Wever

gez. Dr. Röfer

gez. Küchelmann