

# Grundbuchrechtlicher Schutz gegen die mangelnde Valutierung der Buchhypothek

## Zur Systemwidrigkeit des § 1139 BGB

Von Wiss. Mitarbeiter **Andreas Buettner**, Passau\*

*Für die Kreditsicherung mittels Grundpfandrechten bietet das Gesetz die Hypothek an, die an den Bestand der zu sichernden Forderung akzessorisch gebunden ist. Entscheiden sich die Parteien dabei für die Buchhypothek, so hat der Sicherungsgeber diese regelmäßig vor Auszahlung des Darlehens zu bestellen. Dies birgt für ihn die Gefahr, sollte eine Valutierung unterbleiben, von einem redlichen Dritterwerber aus der forderungsentkleideten Hypothek in Anspruch genommen zu werden, weil sich die tatsächlich bestehende Eigentümergrundschuld nicht aus dem Grundbuch erschließt. Seinen Anspruch, diese Unrichtigkeit zu beseitigen, kann der Eigentümer durch Eintragung eines Widerspruches sichern. Dabei befreit § 1139 BGB bei Antragstellung innerhalb eines Monats nach Eintragung der Hypothek von den Voraussetzungen des § 899 Abs. 2 BGB. Wird der beantragte Widerspruch gar innerhalb des Monats eingetragen, sieht § 1139 BGB sogar dessen Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Eintragung des Grundpfandrechtes vor.*

*Ob diese Ausnahmevorschrift heute noch Bestand haben kann oder vielmehr von den Entwicklungen des Rechtsverkehrs überholt wurde, ist Gegenstand dieses Beitrages, der damit zugleich die für den öffentlichen Glauben des Grundbuches zentralen Prinzipien anschaulich macht.*

### I. Zielsetzung und Regelungsinhalt des § 1139 BGB

Soll ein zu gewährendes Darlehen durch eine Buchhypothek gesichert werden, so ist diese regelmäßig vor der Valutierung zu bestellen, weil der Darlehensgeber bis dahin berechtigt ist, die Auszahlung zurückzuhalten.<sup>1</sup>

Gelangt die zu sichernde Forderung dann nicht zur Entstehung, weil die Auszahlung der Darlehenssumme unterbleibt,<sup>2</sup> besteht nach §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB eine Eigentümergrundschuld, die sich aber nicht aus dem Grundbuch erschließt. Die Akzessorietät von Buchhypothek und zu sichernder Forderung bedingt, dass das Grundbuch wegen der Eintragung des Sicherungsmittels vor Darlehensauszahlung regelmäßig unrichtig ist,<sup>3</sup> weil es mit der Hypothek auch die Entstehung der Forderung verlautbart, auch wenn das Darlehen tatsächlich nicht valutierte. Für den Sicherungsgeber ergibt sich im Hinblick auf die sich hieraus nach § 1137 Abs. 1 BGB ergebende Einrede ein Schutzbe-

dürfnis insoweit, als §§ 1138, 892 BGB den Gutgläubenserwerb vom Buchberechtigten auch in Ansehung der Forderung ermöglichen.<sup>4</sup> Ein redlicher Dritter sieht sich so in der Lage, aus einer von ihm erworbenen, forderungslosen Hypothek<sup>5</sup> in das belastete Grundstück zu vollstrecken, ohne dass es jemals zur Auszahlung des gesicherten Darlehens gekommen ist.

Der Gesetzgeber hatte wegen dieser Ausdehnung der publica fides des Grundbuches auf die Forderung ein Bedürfnis nach Weiterung des Eigentümerschutzes gesehen,<sup>6</sup> soweit man „die Hypothek ohne Hypothekenbrief<sup>7</sup> überhaupt annehmbar gestalten wollte“.<sup>8</sup> Der Widerspruch<sup>9</sup> wurde hierfür als adäquates Mittel vorgesehen,<sup>10</sup> weil die Bewilligung der Hypothekeneintragung erst gegen Auszahlung der Darlehenssumme im Amtslokal des Grundbuchamtes unpraktikabel und die Vormerkung der Einrede – weil zu langwierig, kostenintensiv und als Zeichen des Misstrauens gegenüber dem Gläubiger zu verstehen – ungeeignet erschien.<sup>11</sup> So verhindert der wegen der unterbliebenen Darlehensvalutierung eingetragene Widerspruch nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB nun unabhängig von der Kenntnis des Dritten dessen Erwerb einer forderungslosen Buchhypothek.

Da man für die Eintragung dieser Sicherung im Grundbuch zudem eine besondere Eilbedürftigkeit begründet sah, befreite man<sup>12</sup> den Eigentümer mit § 1139 BGB von den sonst nach § 899 Abs. 2 BGB geltenden Voraussetzungen: Innerhalb eines Monats<sup>13</sup> nach Eintragung der Hypothek<sup>14</sup> kann

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Römisches Recht von Prof. Dr. Ulrich Manthe an der Universität Passau.

<sup>1</sup> Vgl. Putzo, in: Palandt, BGB, 61. Aufl. 2002, § 607 Rn. 7 und Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 448 Rn. 11.

<sup>2</sup> Bassenge, in: Palandt, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1163 Rn. 2 und Weidenkaff (Fn. 1), § 488 Rn. 12 sowie Eickmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 1191 Rn. 16.

<sup>3</sup> So schon Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, 1901, S. 112.

<sup>4</sup> Vgl. Konzen, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2001, § 1139 Rn. 1 und Eickmann (Fn. 2), § 1139 Rn. 1.

<sup>5</sup> Bei der Sicherungshypothek ist dies mangels Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs bei Forderungsmängeln nicht zu besorgen, vgl. auch Bassenge (Fn. 2), § 1184 Rn. 1 f.

<sup>6</sup> Prot. I, S. 5091 f. (nach Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, Sachenrecht II, 1991, S. 553).

<sup>7</sup> Bei der Briefhypothek bestehe diese Gefahr des Rechtsverlustes ohnehin nicht, da hier der Eigentümer durch die ihm mögliche Hingabe des Hypothekenbriefes erst Zug-um-Zug gegen die Auszahlung der Darlehenssumme hinreichend geschützt sei, vgl. Konzen (Fn. 4), § 1139 Rn. 3; anders allerdings für den Fall des § 1117 Abs. 2 BGB unter ausdrücklicher Aufgabe der in der Voraufgabe vertretenen Ansicht: Eickmann (Fn. 2), § 1139 Rn. 13.

<sup>8</sup> Prot. I, S. 5093 (nach Jakobs/Schubert [Fn. 6], S. 554).

<sup>9</sup> Noch als Einwand bezeichnet in Prot. I, S. 5094 (nach Jakobs/Schubert [Fn. 6], S. 554).

<sup>10</sup> Prot. I, S. 5091 und 5094 (nach Jakobs/Schubert, [Fn. 6], S. 553 f.).

<sup>11</sup> Prot. I, S. 5093 (nach Jakobs/Schubert [Fn. 6], S. 554).

<sup>12</sup> In Anlehnung an früheres württembergisches, sächsisches und bayerisches Landesrecht, Wolfsteiner, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2002, § 1139 Rn. 1.

<sup>13</sup> Entgegen der heutigen Regelung noch 30 Tage im Entwurf I, vgl. Prot. I, S. 5094 (nach Jakobs/Schubert [Fn. 6], S. 554).

der Antrag auf Eintragung eines Widerspruches unter Berufung<sup>15</sup> auf die Nichtvalutierung des zu sichernden Darlehens ohne Vermittlung des Gerichtes direkt beim Grundbuchamt gestellt werden, womit, wenn auch nicht der Beweis der Einrede geführt, so doch deren Gebrauch gesichert wird.<sup>16</sup> Auch eine Bewilligung des Betroffenen ist danach nicht notwendig. Wird der beantragte Widerspruch binnen dieser Monatsfrist<sup>17</sup> auch eingetragen, wirkt er auf den Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek zurück, um den Eigentümer auch im Falle bereits erfolgter Zwischenverfügungen zu schützen.

## II. Relativierung der Beweiskraft des Grundbuches im Dienste des Eigentümerschutzes

Diese Ausnahmenvorschrift steht im Widerspruch zu grundbuchrechtlichen Prinzipien.

Der redliche Erwerber eines Grundstücksrechtes wird durch § 892 BGB insoweit geschützt, als er sich auf den Inhalt des – von § 891 BGB mit der Vermutung der Richtigkeit versehenen – Grundbuches zum Zeitpunkt seines Erwerbes, bzw. seines Eintragungsantrages verlassen darf. Das Grundbuch hat deshalb die Rechtsverhältnisse in Ansehung eines Grundstückes jederzeit vollständig, klar, aktuell und richtig zu erfassen,<sup>18</sup> was den Gesetzgeber auch veranlasste, mit § 898 BGB Ansprüche auf Buchberichtigung keiner Verjährung zu unterwerfen. Ein eindeutiger Grundbuchinhalt kann dabei nur dann gewährleistet werden, wenn – was die §§ 17, 45 GBO auch vorsehen – Eintragungen in der Reihenfolge ihrer Antragstellungen vorgenommen werden.<sup>19</sup> Auch Widersprüche unterfallen – jedenfalls soweit sie für den gutgläubigen Erwerb erheblich sein können – dem Prioritätsgrundsatz,<sup>20</sup> so dass ein Widerspruch, der erst nach der Beantragung der Umschreibung des Grundstücksrechtes beantragt wird, bei seiner Eintragung nicht mehr in der Lage ist, den öffentlichen Glauben im Hinblick auf diese Rechtsübertragung zu zerstören.

Hiervon macht § 1139 BGB für die Buchhypothek eine Ausnahme und bestimmt, ein binnen eines Monats gegen eine Buchhypothek eingetragener Widerspruch wirke auf den Zeitpunkt der Eintragung des Pfandrechtes zurück.

Diese Regelung gleicht in ihrer Wirkung einer des römischen Rechts, die der deutsche Gesetzgeber ansonsten ausdrücklich abgelehnt hat: Ein schriftliches Bekenntnis konnte nur dann im Sinne eines Schuldscheines über den Empfang

eines Darlehens Beweis erbringen, wenn ihm zwei Jahre nicht widersprochen worden war.<sup>21</sup>

§ 17 Abs. 1 EGZPO hingegen stellte fest, dass Geschriebenes in seiner Wirkung keinen zeitlichen Grenzen unterliegt.<sup>22</sup> Die Vorschrift war aufzuheben,<sup>23</sup> da der Gesetzgeber des BGB in § 125 BGB die unbedingte Beweiskraft<sup>24</sup> schriftlicher Erklärungen schlicht voraussetzte, so dass § 17 Abs. 1 EGZPO seine Bedeutung verlor.<sup>25</sup>

Auch wenn eine im Grundbuch eingetragene Buchhypothek<sup>26</sup> für die Valutierung des Darlehens nicht Beweis erbringen kann, so begründet sie doch für einen redlichen Dritten über § 1138 BGB den Rechtsschein einer bestehenden Hypothek und behauptet so auch das Entstehen der gesicherten Forderung. Einem redlichen Erwerb einer Buchhypothek wird durch die spätere Eintragung des gemäß § 1139 BGB rückwirkenden Widerspruches die Grundlage entzogen, die publica fides des Grundbuches zerstört. Damit wird das Grundbuch in seiner Wirkung einer zeitlichen Grenze (das widerspruchslose Verstreichen einer Frist) unterworfen. Der Rechtserwerb einer Buchhypothek nach § 892 BGB verliert mit Eintragung des Widerspruches seine Wirksamkeit,<sup>27</sup> obwohl der Wortlaut des § 892 Abs. 1 BGB – auch in Konsequenz des Prioritätsprinzips – die Widerspruchsfreiheit des Grundbuches gerade im Zeitpunkt des Rechtserwerbs<sup>28</sup> zur Bewertungsgrundlage macht. Selbst der Erwerber, der die Voraussetzungen des redlichen Erwerbes erfüllt und darüber hinaus sogar tatsächliche Einsicht in das Grundbuch nimmt,

<sup>21</sup> Während dieser Zeit konnte sich der Gläubiger zum Beweis der Tatsache, er habe das Darlehen ausbezahlt, nicht auf den Inhalt der Urkunde berufen, sondern musste sich anderer Beweismittel bedienen. Hatte der Schuldner den Empfang des Geldes wider besseren Wissens geleugnet und gelang dem Darleiher der Nachweis der Auszahlung, so hatte der Schuldner die doppelte Summe zu zahlen, vgl. *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1984, Bd. 2, § 372, S. 579 f.

<sup>22</sup> Der ebenfalls zum 25.4.2006 aufgehobene (BGBl. I 2006, S. 866) § 17 Abs. 2 EGZPO verlor bereits mit der Anlage der Grundbücher nach den Regeln der GBO seine Bedeutung, vgl. *Wolf*, in: Münchner Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2000, § 17 EGZPO.

<sup>23</sup> Zum 25.4.2006, BGBl. I 2006, S. 866.

<sup>24</sup> Unterschriebene oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnete, echte Privaturkunden begründen im Prozess, in Urschrift vorgelegt, vollen Beweis dafür, dass die Parteien die darin enthaltenen Erklärungen abgegeben haben, vgl. *Huber*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2008, § 416 Rn. 3.

<sup>25</sup> *Wolf* (Fn. 22), § 17 EGZPO.

<sup>26</sup> Die Eintragung einer Hypothek als Teilakt des Rechtserwerbs nach § 873 Abs. 1 BGB ist, im Gegensatz zu lediglich sichernden oder vorbereitenden und daher vorläufigen wie Widerspruch und Vormerkung, als solche endgültig, vgl. hierzu *Bauer* (Fn. 18), Rn. I 44 und auch *Güthe/Triebel*, Grundbuchordnung, 6. Aufl. 1936, Vorbem. § 13 Rn. 13.

<sup>27</sup> *Eickmann* (Fn. 2), § 1139 Rn. 9.

<sup>28</sup> Zeitpunkt der Eintragung der Rechtsänderung oder der ihr nachfolgenden Einigung, vgl. *Bassenge* (Fn. 2), § 892 Rn. 23.

<sup>14</sup> Die nicht Sicherungshypothek ist, vgl. insoweit § 1185 Abs. 2 BGB.

<sup>15</sup> Einer Glaubhaftmachung bedarf es nicht, *Wolfsteiner* (Fn. 12), § 1139 Rn. 2.

<sup>16</sup> Vgl. zum Ganzen Prot. I, S. 5092 f. (nach *Jakobs/Schubert* [Fn. 6], S. 553 f.).

<sup>17</sup> Die Frist von 30 Tagen, heute einem Monat, wurde nicht näher begründet, sondern nur als die Richtige festgestellt, vgl. Prot. I, S. 5094 (nach *Jakobs/Schubert* [Fn. 6], S. 554).

<sup>18</sup> Vgl. im Ergebnis *Bauer*, in: ders./Oefele (Hrsg.), Grundbuchordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2006, Einl. Rn. 1 m.w.N.

<sup>19</sup> Weiterführend hierzu *Bauer* (Fn. 18), Einl. Rn. 30.

<sup>20</sup> *Bassenge* (Fn. 2), § 879 Rn. 5 sowie *Demharter*, Grundbuchordnung, 26. Aufl. 2008, § 45 Rn. 18.

verliert ein bereits erworbenes Recht. Das Risiko, dass sich der Eigentümer des Grundstückes in der Lauterkeit des Hypothekengläubigers getäuscht hat, trägt so der Erwerber des Grundpfandrechtes, der wegen der Eindeutigkeit des Grundbuchstandes aber keinen Anlass hatte, an seinem Rechtserwerb zu zweifeln. Einziger Anhaltspunkt für ihn, seine Rechtsinhaberschaft könne eventuell nicht von Dauer sein, kann nur der Umstand sein, dass die zu erwerbende Buchhypothek noch nicht länger als einen Monat eingetragen ist.<sup>29</sup> Das Vertrauen des Erwerbers in die Richtigkeit des Grundbuches wird so dem Schutzinteresse des Eigentümers vor ungerichteter Inanspruchnahme nachgeordnet.

Bemerkenswert ist dabei auch, dass der Eigentümer über eine frühzeitige Antragstellung hinaus keinen Einfluss auf die nach § 1139 BGB allein maßgebliche Eintragung des Widerspruchs innerhalb der Monatsfrist hat. Dessen Rückwirkung und damit auch die Unwirksamkeit einer Zwischenverfügung über das betroffene Recht ist so insbesondere auch von der Bearbeitungsdauer des Grundbuchamtes und vom Zufall abhängig, was nicht recht zum Wesen des redlichen Erwerbs als Schutz des Vertrauens des Rechtsverkehrs passen mag.

Die von § 1139 BGB angeordnete Privilegierung mittels Rückwirkung eines Widerspruchs widerspricht also grundbuchrechtlichen Grundsätzen und stellt insbesondere auch den vom Gesetzgeber explizit gewünschten,<sup>30</sup> gutgläubigen Erwerb von Grundstücksrechten in Frage, jedenfalls soweit es die Buchhypothek betrifft, da der Grundbuchstand hier mit einer ihm sonst fremden Ungewissheit versehen wird.<sup>31</sup>

### III. Keine Notwendigkeit für die Norm des § 1139 BGB

Eine systemwidrige Regelung wie die des § 1139 BGB mag hinzunehmen sein, wenn hierfür rechtlicher oder tatsächlicher Bedarf besteht. Zu fragen ist daher, ob die getroffene Risikoverteilung zugunsten des Eigentümers notwendig und die Norm des § 1139 BGB also unumgänglich ist. Sollte dies nicht zu finden sein, so ist die Abschaffung der Norm angezeigt.

#### 1. Schutzmöglichkeiten des Eigentümers ohne § 1139 BGB

Der sicherungsgebende Eigentümer ist in der Lage, sich auch ohne die Regelung des § 1139 BGB gegen einen Dritterwerb der forderunglosen Buchhypothek zu schützen. Aus den vertraglichen Bindungen des Sicherungsgebers zum Darlehensgeber entstehen zudem auch für Letzteren gewisse Pflichten, bei deren Verletzung sich Ersatzansprüche ergeben.

a) Die Voraussetzungen des § 899 Abs. 2 BGB für die Eintragung eines Widerspruchs – Bewilligung des Betroffenen oder einstweilige Verfügung – sind keine Hürden, die

<sup>29</sup> Vgl. *Wolfsteiner* (Fn. 12), § 1139 Rn. 1, der dazu rät, sich über die Valutierung des zugrunde liegenden Darlehens zu versichern.

<sup>30</sup> *Johow/Schubert* (Hrsg.), Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Vorentwurf des Sachenrechts, 1982, §§ 24 und 25.

<sup>31</sup> Vgl. *Eickmann* (Fn. 2), § 1139 Rn. 1.

einen effektiven Schutz des Sicherungsgebers ausschließen würden. Auch sind sie nicht nur mit Risiken für den Eigentümer behaftet, sondern schützen für sich das Vertrauen in die Richtigkeit des Grundbuches und damit den Rechtsverkehr.

Die Bewilligung des Betroffenen, hier des Gläubigers, zur Eintragung des Widerspruchs, bleibt dabei in der Praxis ohnehin ohne Bedeutung: Sie wird schon daran scheitern, dass mit einem hierauf gerichteten Verlangen, das Misstrauen des Sicherungsgebers gegenüber dem Darlehensgeber zum Ausdruck gebracht wird und damit die Zustimmung desjenigen<sup>32</sup> zur Eintragung des Widerspruchs begehrt würde, vor dessen treuwidriger Verfügung man sich gerade schützen will.

Soweit in § 1139 BGB von einer einstweiligen Verfügung als Voraussetzung für die Eintragung eines Widerspruchs Dispens gewährt wird, ergibt sich hieraus kein Vorteil für den Sicherungsgeber. Aus Zeitgründen bei der Eintragung eines Widerspruchs auf die Mitwirkung des Gerichtes zu verzichten, erscheint – auch in Anbetracht moderner Kommunikationsmittel – überholt. Über den schriftlich und somit auch per Telefax<sup>33</sup> möglichen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, etwa wenn ein kurzfristig anzuberaumender Termin zur mündlichen Verhandlung den Erfolg der einstweiligen Verfügung gefährden würde,<sup>34</sup> was bei drohenden Vereitelungshandlungen stets zu bejahen sein wird.<sup>35</sup>

Bei diesem Antrag hat der Eigentümer wegen § 899 Abs. 2 S. 2 BGB auch nur den ihm wegen der Nichtvalutierung zustehenden Grundbuchberichtigungsanspruch<sup>36</sup> darzulegen, nicht jedoch einen Verfügungsgrund, da die Gefährdung des Grundbuchberichtigungsanspruches wegen des nach § 892 f. BGB stets möglichen Erwerbs redlicher Dritter ohnehin besteht.<sup>37</sup> So verbleibt als Voraussetzung nach §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO die Glaubhaftmachung der unterbliebenen Darlehensauszahlung. Soweit sich der Eigentümer hierfür nicht schon der schriftlichen Darlehensurkunden, Sicherungsabreden und Kontoauszüge bedienen kann, verbleibt ihm nach § 294 Abs. 1 ZPO die eidesstattliche Versicherung der anspruchsbegründenden Tatsachen. Letztere bietet neben ihrer einfachen Gestaltung<sup>38</sup> auch Schutz vor unberechtigten Widersprüchen.<sup>39</sup> Soweit nämlich der Antragsteller durch eides-

<sup>32</sup> Richtigerweise der, dessen Buchposition betroffen ist, vgl. *Wacke*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. Aufl. 2004, § 894 Rn. 21.

<sup>33</sup> *Reichold*, in: *Thomas/Putzo, ZPO, Kommentar*, 24. Aufl. 2003, § 129 Rn. 13.

<sup>34</sup> *Huber* (Fn. 24), § 937 Rn. 4.

<sup>35</sup> *Huber* (Fn. 24), § 921 Rn. 2.

<sup>36</sup> Gerichtet auf Umschreibung des Grundpfandrechtes auf den Eigentümer oder dessen Löschung, vgl. *Bassenge* (Fn. 2), § 1138 Rn. 9.

<sup>37</sup> *Wacke* (Fn. 32), § 899 Rn. 11.

<sup>38</sup> Eigene Sachverhaltsdarstellung, die an Eides statt zu versichern ist, näher *Huber* (Fn. 24), § 294 Rn. 4.

<sup>39</sup> Diese Besorgnis sah der Gesetzgeber durch die Erfahrungen der Praxis nicht bestätigt und stellte zudem fest, dass der

stattliche Versicherung die Richtigkeit seiner Angaben zur unterbliebenen Auszahlung des gesicherten Darlehens glaubhaft macht, und diese unzutreffend sind, sieht er sich strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt.

Auch mag die präventive richterliche Kontrolle vor Erlass einer einstweiligen Verfügung dazu beitragen, dass Streitigkeiten im Rahmen des Darlehensvertrages nicht ohne weiteres in das Grundbuch hineingetragen werden. Die im gerichtlichen Verfahren beim Erlass einer einstweiligen Verfügung jedenfalls mögliche<sup>40</sup> Beteiligung beider Parteien bietet dem Richter die Chance, Streitigkeiten über die Berechtigung eines Widerspruchs vor dessen Eintragung zu klären, und ohne dass hieran Dritte teilzunehmen hätten. Anders ist die Situation bei einem Vorgehen nach § 1139 BGB, wo der Widerspruch vom Grundbuchamt jedenfalls einzutragen ist und Einwendungen des Sicherungsnehmers erst nachträglich geprüft werden. An dieser Streitigkeit wird auch der redliche Erwerber zu beteiligen sein, der sein Recht aufgrund der *ex tunc*-Wirkung eines Widerspruchs verloren hat.

Zusammen mit der Strafbewehrung einer falschen eidesstattlichen Versicherung ist eine richterliche Kontrolle der Verlässlichkeit des Grundbuches im Sinne eines eindeutigen Registers aller Grundstücksrechte daher nur zuträglich.

Zeitlichen Verzögerungen beim Vollzug der einstweiligen Verfügung schließlich kann nach § 941 ZPO dadurch begegnet werden, dass das Gericht unmittelbar beim Grundbuchamt um Eintragung des Widerspruchs nachsucht. Auch die gegenüber § 937 ZPO in § 942 ZPO erweiterte örtliche Zuständigkeit des Gerichtes der belegenen Sache sowie die Zuständigkeit des Vorsitzenden in § 944 ZPO verbessern die Möglichkeiten des Eigentümers, zeitnahe Sicherung zu erlangen. § 945 ZPO schließlich bestimmt denn sogar eine Schadensersatzpflicht für den Fall, dass die einstweilige Verfügung von Anfang an unberechtigt gewesen wäre, so wenn das Darlehen entgegen der Darstellung des Eigentümers doch valuiert gewesen ist.

Die verminderten Ansprüche an die richterliche Meinungsbildung im Rahmen der Glaubhaftmachung – der Richter muss den Tatsachenvortrag nur für überwiegend wahrscheinlich halten und nicht wie beim Regelbeweis hierüber Gewissheit erlangen<sup>41</sup> – stellen keine Anforderungen an den Eigentümer dar, die ihn bei einem erst durch die Gerichte vermittelten Widerspruch schutzlos stellen würden, zumal das Gesetz auch ohne § 1139 BGB zahlreiche Verfahrenserleichterungen vorsieht, die dem Eigentümer effektiven Rechtsschutz ermöglichen. Vielmehr erscheint es im Sinne der Verlässlichkeit des Grundbuchstandes und damit eines gerechten

Ausgleichs der Interessen von Eigentümer und redlichem Dritten angezeigt, der Eintragung eines Widerspruchs eine richterliche Überprüfung vorangehen zu lassen und den Rechtsverkehr über die Strafbewehrung einer falschen Versicherung an Eides statt und die Schadensersatzregeln einer unberechtigten einstweiligen Verfügung zu schützen.

b) Die Zielsetzung des § 1139 BGB ist es, den Eigentümer vor den Mühen der Geltendmachung von Schadensersatz zu bewahren, worauf er – verfügt der Darlehensgeber über die Buchhypothek, ohne das Darlehen je valuiert zu haben – sonst verwiesen ist. Der Anwendungsbereich dieser Ausnahmvorschrift ist dabei aber gering, zumal keine neuen Schutzinstrumente bereitgestellt werden, sondern nur die Antragsvoraussetzungen und Wirkungen des Widerspruchs modifiziert werden: So wird der direkte Weg zum Grundbuchamt eröffnet und der von diesem binnen Monatsfrist eingetragene Widerspruch mit Rückwirkung versehen.

Erfolgt die Eintragung erst nach Ablauf dieser Frist, ist der Eigentümer, wie auch ohne die Norm des § 1139 BGB, auf die ihm zustehenden Ersatzansprüche gegen den Darlehensgeber verwiesen, die sich jedenfalls aus der der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Abrede<sup>42</sup> ergeben. Dieses schuldrechtliche Grundgeschäft enthält wenigstens Regelungen zur gesicherten Forderung und eine entsprechende Verschaffungs- und Belassungsverpflichtung<sup>43</sup> für den Eigentümer hinsichtlich der Buchhypothek. Mit der Verpflichtung des Sicherungsgebers, zur Sicherung der bestimmten Forderung dieses Grundpfandrecht zu bestellen, muss dabei die Verpflichtung des – zwingend mit dem Darlehensgeber personengleichen<sup>44</sup> – Sicherungsnehmers einhergehen, es auch nur zur Sicherung des vereinbarten Darlehens zu verwenden. Eine Verfügung über die Hypothek vor Darlehensauszahlung vereitelt bei Redlichkeit des Erwerbers und Widerspruchlosigkeit des Grundbuches wegen §§ 1138, 892 BGB eben diesen Zweck, so dass diese Pflichtverletzung des Sicherungsnehmers eine entsprechende Schadensersatzpflicht zur Folge hat.

§ 1139 BGB wendet also nur insoweit Schaden vom Sicherungsgeber ab, als der Widerspruch tatsächlich vor Fristablauf eingetragen wird, worauf der Eigentümer kaum Einfluss hat. Auch ohne diese Ausnahmvorschrift ist der Eigentümer aber in der Lage, bei einer Verfügung des Sicherungsnehmers über die nicht valuierte Buchhypothek, diesen in Regress zu nehmen, wie es auch sonst in Fällen des Rechtsverlustes durch redlichen Erwerb eines Dritten der Fall ist und wo es vom Gesetzgeber offenbar als ausreichend empfunden wird. Dass § 1139 BGB – vom Zufall der rechtzeitigen Eintragung abhängig – für einen kurzen und willkürlich<sup>45</sup> erscheinenden Zeitraum dem Eigentümer auf Kosten eines redlichen Dritten, der ein von ihm bereits erworbenes Recht verliert, die Mühen einer Schadensliquidation ersparen will,

---

Widerspruch ohnehin nur sichernde Wirkung habe und keinen Beweis der Nichtvalutierung erbringe, so Prot. I, S. 5094 (nach *Jakobs/Schubert* [Fn. 6], S. 554).

<sup>40</sup> Da der Widerspruch gegen drohende Vereitelungshandlungen schützen soll, wird regelmäßig von einer mündlichen Verhandlung abzusehen sein, da es insofern gerade auf das Überraschungsmoment ankommt, vgl. *Huber* (Fn. 24), § 921 Rn. 2.

<sup>41</sup> *Huber* (Fn. 24), § 294 Rn. 3 und *Foerste*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2008, und § 286 Rn. 18.

---

<sup>42</sup> *Bassenge* (Fn. 2), § 1113 Rn. 4.

<sup>43</sup> *Bassenge* (Fn. 2), § 1113 Rn. 4.

<sup>44</sup> *Bassenge* (Fn. 2), § 1113 Rn. 12.

<sup>45</sup> „[...] binnen einer angemessenen Frist, als welche sich die in dem Antrage vorgeschlagene Frist von 30 Tagen darstelle [...]“, Prot. I, S. 5094 (nach *Jakobs/Schubert* [Fn. 6], S. 554).

steht außer Verhältnis zur hierfür nötigen, systemwidrigen Konstruktion der Norm.

## 2. Die bevorzugte Sicherungsgrundschuld

Der Rechtsverkehr hat sich ohnehin bereits anderen Kreditsicherungsmitteln als der Buchhypothek zugewandt. Bei der heute<sup>46</sup> weitaus häufiger<sup>47</sup> verwendeten Sicherungsgrundschuld, die wie die Buchhypothek regelmäßig vor Valutierung des Darlehens zu bestellen ist,<sup>48</sup> besteht nicht die der Hypothek immanente gesetzliche Abhängigkeit von Forderung und Grundpfandrecht, was für sich genommen ein für den Geschäftsverkehr interessanteres Sicherungsmittel ergibt, kann sich doch der Gläubiger<sup>49</sup> nach Kündigung der Grundschuld entsprechend § 1193 Abs. 1 BGB aus dem Grundstück befriedigen, ohne dass Bestand oder Fälligkeit einer Forderung zu beachten wären.<sup>50</sup>

Im Rahmen der Kreditsicherung<sup>51</sup> werden<sup>52</sup> insoweit schuldrechtliche Zweckabreden<sup>53</sup> getroffen, die insbesondere die zu sichernden Forderungen<sup>54</sup> und die Verwertungsvoraussetzungen bestimmen,<sup>55</sup> ohne dass dies aber den dinglichen Rechtsinhalt der Grundschuld verändern könnte.<sup>56</sup>

Fehlt es nun mangels Darlehensauszahlung an der zu sichernden Forderung, so ist die sich daraus ergebende Einrede<sup>57</sup> wegen §§ 1192, 1157 S. 1 BGB trotz ihrer lediglich

schuldrechtlichen Natur<sup>58</sup> auch einem neuen Grundschuldinhaber entgegenzusetzen. Allerdings auch hier behaftet mit der Gefahr, ihr wegen des Verweises in §§ 1192 Abs. 1, 1157 S. 2 BGB<sup>59</sup> auf § 892 BGB beim Erwerb des Grundpfandrechtes durch einen redlichen Dritten verlustig zu gehen. Dies insbesondere, da zu sichernde Forderung, Sicherungsabrede<sup>60</sup> und auch die Tatsache einer „Sicherungsgrundschuld“<sup>61</sup> nicht im Grundbuch eingetragen werden können.<sup>62</sup> Neben der Möglichkeit, den dann bestehenden,<sup>63</sup> auf die Grundschuld gerichteten Rückgewähranspruch<sup>64</sup> mittels Vormerkung zu sichern<sup>65</sup>, kann nach §§ 1192 Abs. 1, 1157 S. 2, 894 Abs. 1, 899 Abs. 1 BGB auch<sup>66</sup> ein Widerspruch ins Grundbuch eingetragen werden, da dieses insoweit unrichtig ist, als es die einredefreie Grundschuld verlautbart.<sup>67</sup> Wie bei der Buchhypothek hat auch hier der Grundstückseigentümer das Interesse, nicht ungerechtfertigt aus dem von ihm bestellten Grundpfandrecht von Dritten in Anspruch genommen zu werden.

Von den Voraussetzungen des § 899 Abs. 2 S. 1 BGB gewährt das Gesetz ihm aber keinen Dispens, da § 1139 BGB Ausdruck des unbedingten Forderungsbezuges der Hypothek ist<sup>68</sup> und so eine Anwendung der Norm über § 1192 Abs. 1 BGB auf die Grundschuld nicht stattfinden kann.<sup>69</sup> Die Sicherungsgrundschuld selbst hat keine gesetzliche Regelung gefunden,<sup>70</sup> so dass eine Verweisung insoweit schon aus tat-

<sup>46</sup> Was bereits bei der Beratung des BGB von einigen prognostiziert worden war, vgl. Prot. II, S. 5862 (nach *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, 1899, S. 793).

<sup>47</sup> Vgl. z.B. *Konzen* (Fn. 4), § 1191 Rn. 4.

<sup>48</sup> Vgl. oben Fn. 1.

<sup>49</sup> Vorbehaltlich einer möglichen Ablöse der Grundschuld durch den Eigentümer, vgl. *Bassenge* (Fn. 2), § 1191 Rn. 10.

<sup>50</sup> „Die Grundschuld ist ein selbstständiges Recht; sie unterscheidet sich [...] wesentlich dadurch von der Hypothek, dass sie nicht wie diese eine Forderung zur Voraussetzung hat“, vgl. Mot. III, S. 779 (nach *Mugdan* [Fn. 46], S. 435).

<sup>51</sup> Die Sicherung einer Forderung mag Motiv aber nicht Erfordernis für die Bestellung einer Grundschuld sein, vgl. Mot. III, S. 779 (nach *Mugdan* [Fn. 46], S. 435).

<sup>52</sup> Was vom Gesetzgeber auch erkannt und gebilligt wurde: „[...] Die Beteiligten können freilich mit einander verabreden, dass eine Forderung durch die Grundschuld gesichert werden soll [...]“ Mot. I, S. 779 (nach *Mugdan* [Fn. 46], S. 435).

<sup>53</sup> Als Rechtsgrund der dinglichen Grundschuldbestellung, vgl. *Eickmann* (Fn. 2), § 1191 Rn. 15 und auch BGH NJW-RR 1996, 234.

<sup>54</sup> *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 1423.

<sup>55</sup> Vgl. hierzu *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 45 Rn. 10.

<sup>56</sup> Die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld bleibt dabei erhalten, da bei einem Austausch der Forderung eine Änderung der Grundbucheintragung, wie dies § 1180 BGB für die Hypothek bestimmt, entfällt, vgl. auch *Konzen* (Fn. 4), § 1191 Rn. 4.

<sup>57</sup> Einrede des mangelnden Sicherungsfalles, vgl. *Medicus*, JuS 1971, 497 (503).

<sup>58</sup> *Baur/Stürmer* (Fn. 55), § 45 Rn. 34.

<sup>59</sup> Da Einreden gegen die Forderung nicht Ausdruck der Akzessorietät der Hypothek sind, auch auf die Grundschuld anwendbar; vgl. auch *Bassenge* (Fn. 2), § 1157 Rn. 4.

<sup>60</sup> *Eickmann* (Fn. 2), § 1191 Rn. 26.

<sup>61</sup> Vgl. *Bassenge* (Fn. 2), § 1191 Rn. 13; anders aber: *Eickmann* (Fn. 2), § 1191 Rn. 83, der sich insoweit aber in der Ablehnung des von der h.M. vorgebrachten Argumentes des Typenzwanges erschöpft. Vielmehr ist festzustellen, dass sich aus der Eintragung des Sicherungszweckes kein Schutz gegen den einredefreien Erwerb der Grundschuld ergeben kann, da erst die Kenntnis von der unterbliebenen Valutierung, also der Einrede selbst, den guten Glauben beseitigen würde, so st. Rspr., vgl. z.B. BGH NJW 1988, 1375 (1378).

<sup>62</sup> *Bassenge* (Fn. 2), § 1191 Rn. 13.

<sup>63</sup> Nach Wahl des Eigentümers gerichtet auf Rückübertragung, Aufhebung oder Verzicht, vgl. *Bassenge* (Fn. 2), § 1191 Rn. 26.

<sup>64</sup> Nach st. Rspr. ergibt sich bereits aus dem Sicherungsvertrag ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld, vgl. z.B. BGH NJW 1996, 2092.

<sup>65</sup> Vgl. auch *Konzen* (Fn. 4), § 1191 Rn. 54. Die Frage ob auch eine bedingte Bestellung der Grundschuld für den Fall der Valutierung möglich ist, wird unterschiedlich beurteilt, vgl. *Eickmann* (Fn. 2), § 1191 Rn. 19 m.w.N.

<sup>66</sup> Wahlrecht zwischen Vormerkung des Rückgewähranspruches und Widerspruch; vgl. *Weimar*, BIGWB 1980, 169 (170).

<sup>67</sup> *Bassenge* (Fn. 2), § 1191 Rn. 28.

<sup>68</sup> Vgl. z.B. *Eickmann* (Fn. 2), § 1139 Rn. 14.

<sup>69</sup> *Bassenge* (Fn. 2), § 1139 Rn. 2.

<sup>70</sup> Aus der erkannten Möglichkeit einer Grundschuld und Forderung verbindenden Sicherungsabrede wurden keine ge-

sächlichen Gründen ausscheidet. Im Bereich der Sicherungsgrundschuld ist der Eigentümer im Falle der abredewidrigen Verfügung über die Grundschuld also stets auf die Inanspruchnahme des Sicherungsnehmers auf entstandene Schäden verwiesen.

Trotz dieser Unanwendbarkeit des § 1139 BGB auf die Sicherungsgrundschuld hat diese die Hypothek als Kreditsicherungsmittel heute verdrängt.<sup>71</sup> Der Rechtsverkehr, der mit der Sicherungsabrede ein vom Bestand einer Forderung grundsätzlich unabhängiges Grundpfandrecht der Hypothek annähert<sup>72</sup> und damit in einer der hypothekarischen Sicherung ähnlichen Weise, Forderung, Sicherungsgeschäft und Bestellungsgeschäft<sup>73</sup> verbindet, verschließt sich mit der Abkehr von der Hypothek auch den dort<sup>74</sup> bestehenden Sicherungsmöglichkeiten des Eigentümers, da er die Verkehrsfähigkeit eines Sicherungsmittels offenbar höher bewertet. Der Gesetzgeber hatte das Potential der Grundschuld verkannt,<sup>75</sup> auch wenn er der Tatsache, dass die Grundschuld auf die Hypothek und die dort geltenden Regelungen Bezug nimmt, keine so weit reichende Bedeutung beigemessen hatte, als dass die formelle Gestaltung des Gesetzes auf den Rechtsverkehr Einfluss haben würde.<sup>76</sup>

#### IV. Ergebnis

Es ist festzustellen, dass § 1139 BGB für die Buchhypothek einen in seiner Wirkung systemwidrigen Schutz des Sicherungsgebers vorhält, der vom Rechtsverkehr nicht in Anspruch genommen wird und für den bei näherer Betrachtung jedenfalls heute kein Bedarf mehr besteht. Im Sinne einer mit der Aufhebung des § 17 EGZPO begonnenen Bereinigung des Normenkataloges wäre es nur konsequent, auch die Vorschrift des § 1139 BGB aufzuheben.

---

setzgeberischen Konsequenzen gezogen, vgl. Mot. III, S. 779 (nach *Mugdan* [Fn. 46], S. 435).

<sup>71</sup> So *Konzen* (Fn. 4), § 1191 Rn. 4.

<sup>72</sup> Hierzu näher *Wilhelm* (Fn. 54), Rn. 1423.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu auch *Eickmann* (Fn. 2), § 1191 Rn. 10 f.

<sup>74</sup> § 1139 BGB wird auf die Briefhypothek analog angewendet, wenn eine Vereinbarung getroffen wurde, dass der Brief vom Grundbuchamt an den Gläubiger ausgehändigt werden kann, vgl. *Eickmann* (Fn. 2), § 1139 Rn. 13. Insoweit ergibt sich aber die Forderungsabhängigkeit aus dem Grundbuch, was bei der Sicherungsgrundschuld nicht der Fall ist.

<sup>75</sup> „[...] Die Bestellung einer Grundschuld ist Vermögenszuwendung, die Bestellung einer Hypothek Vermögenssicherung; der Natur des Grundbesitzes entspreche die Verwendung seines Kapitalwertes zum Sicherungsmittel mehr als die Verwendung zum Zahlungsmittel, auch insofern sei somit die Hypothek die normale Kreditform, Prot. II, S. 5863, (nach *Mugdan* [Fn. 46], S. 793 f.).

<sup>76</sup> Prot. II, S. 5863, (nach *Mugdan* [Fn. 46], S. 794).