

§ 1192 Abs. 1a BGB – ein dringend überarbeitungsbedürftiger Schnellschuss des Gesetzgebers

Von Richter Alexander Neumann, Berlin*

Der Beitrag beschäftigt sich unter Auswertung der bisher hierzu erschienenen Literatur mit der neu eingefügten Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB, zeigt ihre Schwächen auf und macht Vorschläge für eine dringend notwendige Korrektur.

I. Einleitung

Am 19.8.2008 ist das sog. Risikobegrenzungs-gesetz¹ in Kraft getreten. Neben Änderungen im Wertpapier- und Aktienrecht, die die Transparenz auf den Finanzmärkten erhöhen sollen, enthält es eine Reform des Verbraucherdarlehens- und des Grundschuldrechts, die durch Ergänzungen im HGB und der ZPO flankiert wird. Durch die Reform des Verbraucherdarlehens- und des Grundschuldrechts soll insbesondere der Verbraucher vor Risiken geschützt werden, die auftreten können, wenn ein Kredit, typischerweise mitsamt einer zu Sicherungszwecken eingeräumten Grundschuld, auf einen neuen Gläubiger übertragen wird.

Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf einen Teilaspekt des Reformpakets, namentlich auf die Einfügung des § 1192 Abs. 1a BGB. Es handelt sich dabei um eine Vorschrift, die die Frage des Einredeerhalts bei der Übertragung von Sicherungsgrundschulden betrifft.

Nach einem Blick auf die tatsächliche Ausgangslage, die die Reform veranlasst hat, wird es darum gehen, die bisherige mit der neuen Rechtslage auch anhand eines Beispielfalles zu vergleichen und zu umreißen, welche Probleme die Neu-regelung mit sich bringt und welche Korrekturen angezeigt sind.

II. Ausgangslage

Zur Ausgangslage in tatsächlicher Hinsicht ist Folgendes zu sagen:² Der als – aus Schuldnersicht – problematisch empfundene Kredithandel hat sich in Deutschland erst zu Beginn des neuen Jahrtausends als stetiger Handel entwickelt. Gegenstand der Transaktionen sind notleidende, aber – wenn-gleich in deutlich geringerem Maße – auch nicht notleidende Kredite. Die Gründe für die Veräußerungen sind vielfältig. Dazu gehören etwa Eigenkapitalfreisetzung, Risikoverring-erung, die Verkleinerung des Kreditbearbeitungsapparats oder die Veränderung der Unternehmensstrategie. Als Übertra-

* Der Verf. ist Richter im Bezirk des Kammergerichts und zurzeit beim Landgericht Berlin tätig. Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den er im Rahmen seines Promotionsverfahrens am Fachbereich Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin gehalten hat.

¹ Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken, vom 12.8.2008 (BGBl. I 2008, S. 1666).

² Siehe zum Folgenden *Knobloch/Dübel*, in: Erwerb von Kreditforderungen durch Private Equity-Unternehmen: Mögliche Gefahren für Verbraucher, Studie im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, S. 16 ff., abrufbar unter: http://www.vzvb.de/mediapics/studie_forderungs-verkaeufe_iff_10_2007.pdf (4.11.2010); *Hey*, Jura 2008, 721.

gungsformen bedient man sich der Abtretung, bisweilen – wengleich seltener – der Vertragsübernahme und seit dem Jahr 2005 auch verstärkt der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung. Der Kaufpreis, den die Investoren zahlen, liegt bei 45-70 % des Nominalwerts der Kredite, das Renditeziel bei 20-30 %. Die Folge ist ein hoher Renditedruck. Daraus erklärt sich dann auch das Gebaren dieser Investoren gegen-über Schuldner, das zu einem Aufschrei in den Medien führte und den Gesetzgeber auf den Plan rief.

III. Die Regelung des § 1157 BGB

Die Ursache für die Gefahr, die für einen Kreditnehmer bei Abtretung der von ihm zur Besicherung eines Darlehens eingeräumten Grundschuld entstehen konnte, verortete der Gesetzgeber insbesondere in der – über § 1192 Abs. 1 BGB – auch für die Grundschuld anwendbaren Regelung des § 1157 BGB in Verbindung mit der Rechtsprechung des BGH hierzu: Die Regelung des § 1157 BGB besagt bekanntlich, dass im Falle einer Übertragung einer Hypothek bzw. Grundschuld auf einen neuen Gläubiger eine Einrede, die dem Eigentümer aufgrund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek bzw. Grundschuld zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden kann (Satz 1), sofern kein gutgläubiger einredefreier Erwerb stattfindet (Satz 2). Zweierlei empfand der Gesetzgeber, dessen Überlegungen sich allein auf die Grundschuld bezogen, hier als problematisch und änderungsbedürftig: Zum einen die Beschränkung auf den Erhalt nur der bereits „zustehenden“, nach der Rechtsprechung des BGH³ also vor der Übertragung bereits voll verwirklichten Einreden. Zum anderen die Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs.⁴

IV. Beispielfall

Der Illustration der Rechtslage vor und nach der Reform soll ein vereinfachtes Beispiel dienen:

Ein Grundstückseigentümer E hat bei seiner Bank B ein Darlehen in Höhe von 100.000 € aufgenommen und der B eine Grundschuld zur Sicherung dieser Forderung in gleicher Höhe eingeräumt (die Höhe der Sicherheit entspricht zwar nicht der Praxis,⁵ das soll hier aber aus Gründen der Vereinfachung keine Rolle spielen). Im Sicherungsvertrag ist u.a. bestimmt, dass Zahlungen des E nur auf die Darlehensforde-rung erfolgen. E zahlt 50.000 € an die B zurück. Diese tritt dann die Forderung samt Grundschuld an einen neuen Gläu-biger N ab, der davon ausgeht, dass Forderung und Grund-schuld noch in voller Höhe bestehen. Ein Eintritt des N in

³ BGHZ 85, 388 = NJW 1983, 752.

⁴ Zur Motivation des Gesetzgebers BR-Drs. 152/08, S. 7 ff. (Beschluss); BT-Drs. 16/9821, S. 16 f. (Bericht des Finanzausschusses).

⁵ Üblich ist ein Jahreszins in Höhe von 15 % sowie eine ein-malige Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrages; *Dieckmann*, RNotZ 2008, 597 (599).

den Sicherungsvertrag ist nicht erfolgt. In Unkenntnis der Abtretung zahlt E die restlichen 50.000 € an B. N verlangt nun von E Zahlung von 100.000 € bzw. die Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld.

V. Die bisherige Rechtslage hinsichtlich im Sinne des § 1157 BGB bereits „zustehender“ Einreden

1. Exkurs: Die Geltendmachung der Forderung durch den Neugläubiger

Soweit E 50.000 € an B als wahre Berechtigte gezahlt hat, ist die Darlehensforderung gem. § 362 BGB erloschen. Ein gutgläubiger Erwerb durch N scheidet aus.

2. Die Geltendmachung der Sicherungsgrundschuld durch den Neugläubiger

Anders sah dies nach alter Rechtslage, die gem. Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB für bis zum 19.8.2008 erworbene Grundschulden weiterhin maßgebend bleibt, hinsichtlich der Inanspruchnahme aufgrund der Grundschuld, namentlich auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 1192, 1147 BGB, aus:

a) Fortbestand der Grundschuld

Die vor der Abtretung erfolgte Zahlung von 50.000 €, die hier zunächst betrachtet werden soll, hatte – und hat auch heute – keine Auswirkungen auf den Bestand der Grundschuld. § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB findet gem. § 1192 Abs. 1 BGB auf die Grundschuld keine Anwendung und nach der typischen⁶ und auch hier unterstellten Sicherungsabrede sind Zahlungen des E nur auf die Forderung anzurechnen. Eine – an sich mögliche – sog. Doppeltilgung von Forderung und Grundschuld⁷ findet in diesen Fällen folglich nicht statt.

b) Keine Unwirksamkeit der Grundschuldübertragung

Auch war und ist E nicht etwa aufgrund einer Unwirksamkeit der Grundschuldübertragung hinreichend geschützt:

Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH kann insbesondere eine Nichtigkeit der Übertragung gem. § 134 BGB wegen einer Verletzung des Bankgeheimnisses bzw. eines Verstoßes gegen das Bundesdatenschutzgesetz oder § 203 StGB nicht angenommen werden. Das gewohnheitsrechtliche Bankgeheimnis sei ebenso wie § 28 BDSG – so der BGH – nicht auf Vernichtung eines unter Verstoß dagegen vollzogenes Geschäft gerichtet.⁸ § 203 StGB sei auch bei Sparkassen, die als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert sind, nicht anwendbar, weil es anderenfalls zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gegenüber anderen Kreditinstituten käme.⁹

⁶ Clemente, *Recht der Sicherungsgrundschuld*, 4. Aufl. 2008, Rn. 688 mit Formulierungsbeispielen aus der Praxis.

⁷ BGH NJW 1987, 839.

⁸ BGHZ 171, 180 = NJW 2007, 2106 für Darlehensforderungen. Für die sichernden Grundschulden kann aber nichts anderes gelten. Siehe zu dieser Problematik auch *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (273 ff.).

⁹ BGH NJW 2010, 361.

Für ein zum Teil vertretenes Abtretungsverbot gem. §§ 399 Alt. 1, 413 BGB wegen einer zwangsläufigen Inhaltsänderung lassen sich – wollte man § 399 BGB überhaupt auf die Grundschuld anwenden¹⁰ – kaum überzeugende Argumente ins Feld führen, unabhängig davon, ob man ein solches nur bei Abtretung an Nichtbanken im Sinne des KWG¹¹ oder ganz allgemein wegen eines besonderen Vertrauens in den selbst gewählten Gläubiger annehmen möchte.¹² Die Abtretung führt hier nämlich zu keiner Inhaltsänderung: Die vielbeklagte Änderung der Gläubigermentalität vermag eine solche nicht zu begründen¹³ und die Tatsache, dass Einreden gem. §§ 1192 Abs. 1, 1157 BGB u.U. wegfallen konnten, war selbstverständlich irrelevant; die Vorschriften implizieren vielmehr die Abtretbarkeit.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Sicherungsvertrag jedenfalls nicht ohne weiteres ein dingliches Abtretungsverbot gem. §§ 399 Alt. 2, 413 BGB enthält,¹⁴ das zudem – die Anwendbarkeit des § 399 BGB auf die Grundschuld unterstellt – zu seiner Wirksamkeit der Eintragung bedürfte (§ 877 BGB).¹⁵

c) Keine unmittelbare Berufung auf den Sicherungsvertrag gegenüber dem Erwerber der Grundschuld

Eine unmittelbare Berufung auf den Sicherungsvertrag und die daraus folgenden Einreden, hier der Nicht-mehr-Valutierung, kam und kommt für E nicht in Betracht, da der Sicherungsvertrag nur zwischen ihm und der B wirkt. Eine automatische (stillschweigende) Einbeziehung des neuen Gläubigers in den Sicherungsvertrag, etwa durch Schuldbeitritt, findet nicht statt.¹⁶ Es besteht lediglich eine auch ohne ausdrückliche Abrede aus dem Sicherungsvertrag folgende Pflicht des Sicherungsnehmers, für einen Eintritt des neuen Gläubigers in den Sicherungsvertrag zu sorgen.¹⁷ Kommt er dem nach, muss der Grundschuldner schon deshalb keinen Wegfall von Einreden und somit keine sicherungsvertragswidrige Inanspruchnahme befürchten. Kommt der Siche-

¹⁰ Dagegen Maurer, *JuS* 2004, 1045 ff.

¹¹ Diesen Aspekt betonen – vornehmlich, aber nicht nur mit Blick auf Darlehensforderungen – *Schwintowski/Schantz*, *NJW* 2008, 472 f.

¹² *Knops*, in: *Erwerb von Kreditforderungen durch Private-Equity-Unternehmen* (Fn. 2), S. 83 ff.

¹³ BGH NJW 1972, 2036. Inhalt einer Forderung bzw. eines Rechts und Person des Gläubigers sind zwei trennbare Faktoren, vgl. *Scheyhing/Nörr*, in: *HdbSchR II*, *Sukzessionen*, 1999, S. 22.

¹⁴ BGH NJW 1972, 1463 (1464); NJW 1982, 2768 (2769). Anders *Eickmann*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2009, § 1191 Rn. 98 (Abtretungsverbot, das aber den Gutgläuberschutzregeln unterworfen ist).

¹⁵ *Baur/Stürmer*, *SachenR*, 18. Aufl. 2009, § 45 Rn. 59. Auch ist der Eigentümer in diesem Fall – entgegen der Rechtsprechung des RG – nicht gem. § 1157 BGB geschützt, *Huber*, in: *Festschrift für Rolf Serick*, 1992, S. 195 (219 f.).

¹⁶ BGH NJW 2010, 2041 (2045); *Deubner*, *JuS* 2008, 586 (587).

¹⁷ *Deubner*, *JuS* 2008, 586 (587).

rungsnehmer dem dagegen nicht nach, macht er sich zwar ggf. schadensersatzpflichtig.¹⁸ Daraus folgt aber selbstverständlich nicht, dass der Eigentümer schon deshalb hinreichend vor dem Verlust seines Grundstücks geschützt¹⁹ und die Gesetzesänderung deshalb unnötig war.

d) §§ 1157, 1192 Abs. 1 BGB

Schuldnerschutz bot also bezogen auf die Zahlung der 50.000 € vor Abtretung in Fällen wie dem vorliegenden nur die Vorschrift des § 1157 S. 1 BGB. Zwar liegt hier unzweifelhaft eine im Sinne der Norm „zustehende“ Einrede vor – soweit die Forderung erfüllt ist, kommt wegen des Sicherungszwecks der Grundschuld eine Inanspruchnahme aus derselben grundsätzlich nicht mehr in Betracht –, jedoch konnte gem. §§ 1157 S. 2, 892 BGB ein gutgläubig einredfreier Erwerb erfolgen, wenn nicht die entsprechende Einrede eingetragen war; bei ratenweiser Rückführung eines Kredits dürfte die Eintragung von Einreden freilich unzumutbar sein.²⁰ Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Erwerber nicht schon dann bösgläubig, wenn er den Sicherungscharakter der Grundschuld kennt, sondern erst dann, wenn ihm der konkrete Einredetatbestand, hier also die Zahlung, bekannt ist.²¹

So aber liegt es im Beispielsfall gerade nicht. Überhaupt dürfte dies bei den für die Gesetzesänderung ursächlich gewordenen Käufen durch Finanzinvestoren aufgrund der Eigenart der Transaktionen typischerweise nicht der Fall sein, denn sie erfolgen offenbar spekulativ – ohne Überprüfung der Höhe der einzelnen Darlehensforderungen – und umfassen stets eine Vielzahl von „Krediten“,²² deren verbleibender Nominalwert dem Käufer bei Erwerb zwar in der Summe bekannt ist, nicht aber der entscheidende Umstand, wie viel auf jede einzelne Forderung schon gezahlt worden ist. Wenn demgegenüber in der Praxis Fälle des gutgläubig einredfreien Erwerbs nicht nachgewiesen werden konnten,²³ dann wohl deshalb, weil die Erwerber regelmäßig in den Sicherungsvertrag einbezogen worden sein dürften.²⁴ Dem Grundschuldner konnte, wenn – wie im Beispielsfall – eine Einbeziehung in den Sicherungsvertrag nicht stattgefunden hatte, auch nicht überzeugend durch die analoge Anwendung des § 162 BGB

oder die Anwendung des § 826 BGB,²⁵ und zwar jeweils etwa mit dem Hinweis darauf, dass der Erwerber eine Schädigung des Grundschuldners billigend in Kauf nimmt, zu einem Einredeerhalt verholfen werden.²⁶ Damit lief man Gefahr, die Wertung des § 892 BGB zu umgehen;²⁷ jedenfalls hätte man den Grundschuldner vor erhebliche Beweisprobleme gestellt, denn es hätte ihm obliegen, das verwerfliche Verhalten des Erwerbers darzulegen und zu beweisen.

e) Ergebnis

Die Gefahr einer zumindest wegen eines Teilbetrages wiederholten Inanspruchnahme konnte also – entgegen zum Teil anders lautender Meinungen²⁸ – ohne Inkaufnahme von Unsicherheiten und ein Abwarten auf klärende Rechtsprechung nur durch eine Gesetzesänderung beseitigt werden.²⁹

VI. Die neue Rechtslage gem. § 1192 Abs. 1a BGB

Dies ist durch die Einfügung des § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB geschehen. Die Vorschrift bestimmt unter anderem, dass ein gutgläubig einredfreier Erwerb bezüglich solcher Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags gegen den bisherigen Sicherungsgrundschuldgläubiger zustehen, nicht stattfindet. Nach neuer Rechtslage könnte E dem N im Beispielsfall also ohne weiteres einredeweise entgegensetzen, dass er aus der Sicherungsgrundschuld jedenfalls in Höhe von 50.000 € nicht in Anspruch genommen werden kann.

1. Ausschluss des gutgläubig einredfreien Erwerbs nur bezüglich dem Sicherungsvertrag entspringender Einreden

Bemerkenswert ist – abseits des Beispielsfalles –, dass der gutgläubige einredfreie Erwerb nach der Neuregelung ausdrücklich nur bezüglich solcher Einreden ausgeschlossen ist, die ihre Grundlage im Sicherungsvertrag („Einreden [...] auf Grund des Sicherungsvertrags“) haben. Gesetzliche Einreden – etwa aus Bereicherungsrecht bei Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages – oder sonstige unmittelbar gegen die Sicherungsgrundschuld gerichtete Einreden – etwa aus einer Stundung derselben – können weiterhin durch gutgläubigen Erwerb verloren gehen.³⁰

¹⁸ Deubner, JuS 2008, 587.

¹⁹ BR-Drs. 152/08 (Beschluss), S. 10; Fest, ZfIR 2008, 660; Hey, Jura 2008, 721 (723 f.); Rohe, in: Festschrift für Eberhard Schwark, 2009, S. 611 (618 f.); Zetzsche, AcP 209 (2009), 543 (549).

²⁰ Vgl. BR-Drs. 152/08 (Beschluss), S. 9 f.

²¹ BGHZ 59, 1 = NJW 1972, 1463. Diese Ansicht ist bekanntlich nicht unbestritten; zur Gegenansicht etwa Wilhelm, SachenR, 3. Aufl. 2007, Rn. 1770 ff.

²² Fest, ZfIR 2008, 657 (659); abweichend etwa Hey, Jura 2008, 721 (724 f.); Meyer, WM 2010, 58 (60).

²³ Schalast, BB 2008, 2190 (2193). Eine Umfrage unter 90 % des Marktes soll keinen einzigen Fall zu Tage gefördert haben.

²⁴ Vgl. Dörrie, ZBB 2008, 292 (305); Schalast, BB 2008, 2190 (2193); Wellenhofer, JZ 2009, 1077 (1085).

²⁵ Hier als Einreden gegen die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs; vgl. RGZ 117, 181 (189).

²⁶ Zu diesem Aspekt bezogen auf die aktuelle Diskussion Schwintowski/Schantz, NJW 2008, 476.

²⁷ Clemente (Fn. 6), Rn. 750; Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 892 Rn. 24. Etwas anderes gilt freilich, wenn z.B. ein Abschneiden von Einreden geradezu bezweckt wird, vgl. Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, § 892 Rn. 157, 162. Aber auch hier gibt es ein Beweisproblem.

²⁸ Siehe etwa Koch, ZBB 2008, 232 (236).

²⁹ Vgl. Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 507; Zetzsche, AcP 209 (2009), 543 (549).

³⁰ Baur/Stürmer (Fn. 15), § 45 Rn. 67g-i; Dieckmann, NZM 2008, 865 (871); Weller, JuS 2009, 969 (974). Anders – jedoch entgegen dem eindeutigen Wortlaut – für die Einrede aus § 821 BGB Bülow, ZJS 2009, 1 (5); Meyer, Jura 2009,

Diese Differenzierung leuchtet nicht ein.³¹ Nach einer nachvollziehbaren Begründung hierfür sucht man in den Gesetzesmaterialien vergebens. Freilich: Dass der Sicherungsgrundschuld eine Einrede infolge einer Zahlung entgegenstehen kann, drängt sich dem Erwerber eher auf als etwa die Möglichkeit einer auf einer Stundung der Grundschuld oder auf der Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages beruhenden Einrede. Aber ganz abgesehen davon, dass die Regelung des § 1192 Abs. 1a BGB den gutgläubig einredefreien Erwerb nicht nur für Evidenzfälle ausschließt³² – die Stundung der Forderung führt etwa zu einer nicht eben offensichtlichen, aber dennoch nicht gutgläubig wegerwerbbaaren Einrede aufgrund des Sicherungsvertrages – vermag der zwischen den genannten Konstellationen bestehende nur graduelle Unterschied den pauschalen Ausschluss des gutgläubig einredefreien Erwerbs in der einen und seinen Fortbestand in den anderen nicht zu rechtfertigen. Soweit es im Gesetzentwurf des Bundesrates heißt, dass der Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs hinsichtlich der Einreden aus dem Sicherungsvertrag vertretbar sei, weil der Erwerber der Grundschuld vor dem Erwerb prüfen könne, ob und in welcher Höhe die gesicherte Forderung bestehe,³³ vermag das nicht zu überzeugen. Zum einen rechtfertigt diese Überlegung den pauschalen Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs nicht, denn es ist selbstverständlich denkbar, dass einredebegründende Tatsachen auch bei Anwendung größter Sorgfalt nicht offenbar werden. Zum anderen greift die im Gesetzentwurf geäußerte Überlegung auch ein, wenn es etwa um die Stundung der Grundschuld geht.

Dennoch kommt hier – wie ausgeführt – ein gutgläubig einredefreier Erwerb in Betracht. Eine – wegen der bestehenden vergleichbaren Interessenlage an sich konsequente – analoge Anwendung der Neuregelung auf die nicht erfassten Fälle muss mangels planwidriger Regelungslücke ausscheiden. § 1192 Abs. 1a BGB differenziert nämlich ausdrücklich zwischen den genannten Fallgruppen (Satz 1 einerseits,

Satz 2 andererseits). Insoweit liegt nicht eine planwidrige Regelungslücke, sondern ein mangelhafter Plan vor.

2. Ein gutgläubiger Zweiterwerb der Sicherungsgrundschuld bleibt weiterhin möglich

Zwar kann ein Grundschuldner einem Neugläubiger nunmehr Einreden der in § 1192 Abs. 1a BGB bezeichneten Art entgegensetzen. Möglich bleibt aber der gutgläubige Zweiterwerb der Sicherungsgrundschuld, etwa bei Geisteskrankheit des Grundschuldners³⁴ oder – realistischer – nach einer Umwandlung der Sicherungsgrundschuld in eine Eigentümergrundschuld³⁵ nach den §§ 1192 Abs. 1, 1143 BGB. Die Neuregelung führt damit zu der Konsequenz, dass man sich gegen die Inanspruchnahme aus einer an sich gar nicht bestehenden Sicherungsgrundschuld schlechter verteidigen kann, als gegen die Inanspruchnahme aus einer bestehenden, aber einredebehafteten – eine wenig überzeugende Lösung wenn man bedenkt, dass der Grundschuldner, dessen Interessen der Gesetzgeber hier vor allem im Blick hatte,³⁶ gleich schutzwürdig erscheint. Die Regelung erscheint daher – von ihrem eigenen Ziel aus betrachtet – als zu eng.

3. Innerhalb des Anwendungsbereichs des § 1192 Abs. 1a BGB völliger Ausschluss des Gutgläubenserwerbs

Die Vorschrift geht aber andererseits zu weit, wenn sie in ihrem Anwendungsbereich den gutgläubigen Erwerb, also den für das Sachenrecht elementaren Verkehrsschutz, gänzlich ausschließt, für eine Einzelfallbetrachtung keinen Raum lässt und damit gleichsam das Kind mit dem Bade ausschüttet.³⁷

4. Vergleich mit der Verkehrshypothek

Erstaunliches, so ist auch schon in der bisher erschienenen Literatur gelegentlich konstatiert worden, wird zudem deutlich, wenn man in dem obigen Beispielfall die Sicherungsgrundschuld durch eine Verkehrshypothek ersetzt: Die Situation, vor der der Schuldner eigentlich geschützt werden sollte, kann unter diesen nur leicht veränderten Umständen nach wie vor ohne weiteres eintreten. Soweit der Schuldner auf die Forderung zahlt, wandelt sich die Hypothek gem. §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 BGB in eine Eigentümergrundschuld um; ein gutgläubiger Erwerb bleibt aber gem. §§ 1138, 892 BGB möglich.³⁸ Ist die Forderung etwa gestun-

561 (562) in Fn. 23; *Wolfsteiner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 1192 Rn. 39, 41; *Wellenhofer*, JZ 2009, 1081; *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543 (559 ff.). Anders auch hinsichtlich sonstiger Einreden *Eickmann*, (Fn. 14), § 1191 Rn. 94; *Nietsch*, NJW 2009, 3606 (3607 f.). Die Grundschuld ist zwar auch bei nichtigem Sicherungsvertrag „zur Sicherung eines Anspruchs verschafft“ worden, *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543 (562 f.), die diesbezügliche Einrede steht dem Eigentümer jedoch gerade nicht auf Grund des Sicherungsvertrags zu bzw. ergibt sich nicht aus ihm. Ein weites Verständnis kommt auch deshalb (allgemein) nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber nur forderungsbezogene Einreden als solche auf Grund des Sicherungsvertrags oder aus ihm versteht, vgl. BT-Drs. 16/9821, S. 17 (Bericht des Finanzausschusses). Man beachte zudem, dass die Differenzierung zwischen den Einredearten auch in den Sätzen 1 und 2 der Norm angelegt ist.

³¹ *Baur/Stürner* (Fn. 15), § 45 Rn. 671.

³² Vgl. *Nietsch*, NJW 2009, 3606 (3608).

³³ BR-Drs. 152/08, S. 10 (Beschluss).

³⁴ *Baur/Stürner* (Fn. 15), § 45 Rn. 67k.

³⁵ *Habersack*, NJW 2008, 3173 (3176).

³⁶ BT-Drs. 16/9821, S. 16 (Bericht des Finanzausschusses); anders als im Gesetzesentwurf des Bundesrates (BR-Drs. 152/08, S. 10 [Beschluss]) werden die Interessen des Grundschuldnererwerbers hier nicht mehr in den Blick genommen.

³⁷ *Baur/Stürner* (Fn. 15), § 45 Rn. 671. Für einen maßvollen Gutgläubensschutz auch *Wolfsteiner* (Fn. 30), Einl. zu §§ 1113 ff. Rn. 33.

³⁸ Zu diesem Problem *Baur/Stürner* (Fn. 15), § 45 Rn. 671; *Medicus/Petersen* (Fn. 29), Rn. 507; *Wolfsteiner* (Fn. 30), § 1192 Rn. 31; *Redeker*, ZIP 2009, 208 (211). *Rohe*, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Ed. 18, Stand:

det, so kann die daraus folgende Einrede dem Grundschuldgläubiger stets entgegengesetzt werden; bei der Verkehrshypothek bleibt ein gutgläubig einredefreier Erwerb dagegen möglich.³⁹ Zur fast schon kasuistisch anmutenden Gesetzesänderung hat man sich offenbar durch die in der Praxis gegenüber der Hypothek größere Bedeutung der Grundschuld verleiten lassen.⁴⁰ Die entstandene Schieflage ist auch hier offensichtlich und abermals nicht durch eine Analogie zu korrigieren. Das Gesetz ist nämlich gemessen an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers nicht lückenhaft; in den Gesetzesmaterialien ist nur vom Schutz des Grundstückseigentümers „vor den besonderen Risiken der Übertragung einer Grundschuld“ die Rede.⁴¹

Eine allenfalls noch zu erwägende gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung⁴² scheitert daran, dass sie sich nicht innerhalb der allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung hält,⁴³ da der Gutgläubensschutz im Sachenrecht nach wie vor ein fundamentales Prinzip ist, das nicht durch eine Erweiterung der Ausnahmeregelung des § 1192 Abs. 1a BGB weiter ausgehöhlt werden darf.⁴⁴ Einer Anwendung des Rechtsgedankens des § 1192 Abs. 1a BGB auf die Verkehrshypothek steht schließlich auch die Tatsache entgegen, dass dann der Unterschied zwischen ihr und der Sicherungshypothek (§§ 1184 f. BGB) eingeebnet würde.⁴⁵ Zu derart gravierenden Eingriffen ist nur der Gesetzgeber berufen.

5. Konsequenzen

Angezeigt erscheint daher eine Reform der Reform,⁴⁶ die nicht lediglich die Lücken schließt, die soeben aufgezeigt wurden, den bisherigen gesetzgeberischen Plan also gleichsam vervollständigt, sondern sich vielmehr durch einen anderen systematischen Ansatz auszeichnet. Die folgenden Aspekte sind dabei insbesondere zu berücksichtigen:

a) Kein gutgläubiger (einredefreier) Erwerb schon bei grober Fahrlässigkeit des Erwerbers

Will man Grundpfandrechtsschuldner vor „Kreditverkäufen“ der genannten Art verstärkt schützen und den Verkehrsschutz sinnvollerweise nicht völlig vernachlässigen, ist es in puncto Gutgläubenserwerb erforderlich aber auch ausreichend, diesen hinsichtlich des gutgläubig einredefreien Erwerbs aber – aus den genannten Gründen – auch hinsichtlich des Rechtserwerbs selbst zu erschweren, und zwar dergestalt, dass Bösgläubigkeit schon dann vorliegt, wenn der Grundpfandrechtserwerber grob fahrlässig war.⁴⁷ Der der bisherigen, auf Kenntnis abstellenden Regelung zugrunde liegende Gedanke eines in hohem Maße vertrauensbildenden grundsätzlichen Gleichlaufs zwischen der Aussage des Grundbuchs und der Wirklichkeit⁴⁸ überzeugt etwa wegen der typischen laufenden Tilgung weder für die von Gesetzes wegen forderungsabhängige Hypothek noch für die nach Maßgabe des Sicherungsvertrages forderungsabhängige Sicherungsgrundschuld.⁴⁹ Zweckmäßig erscheint zudem eine Vermutung der Bösgläubigkeit jedenfalls hinsichtlich valutierungsbezogener Einreden.⁵⁰

b) *Einbeziehung sämtlicher Einreden des Grundschuldners*

Soweit die Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs gem. § 1157 S. 2 BGB eingeschränkt wird, sollte sich dies sinnvollerweise nicht nur, wie in § 1192 Abs. 1a BGB geschehen, auf Einreden auf der Grundlage des Sicherungsvertrages beziehen, sondern auch auf gesetzliche und sonstige unmittelbar gegen die Grundschuld gerichtete Einreden, also allgemein auf solche „aus einem Rechtsverhältnis“, wie es schon immer in § 1157 BGB bestimmt war.

c) Gleichlauf zwischen Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld

Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, muss sich das Regelungspaket sowohl auf die Grundschuld als auch auf die Hypothek erstrecken.⁵¹

c) Gleichlauf zwischen Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld

Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, muss sich das Regelungspaket sowohl auf die Grundschuld als auch auf die Hypothek erstrecken.⁵¹

VII. Die bisherige Rechtslage hinsichtlich im Sinne des § 404 BGB lediglich „begründeter“ Einreden

Nun wieder zurück zum Ausgangsfall. Es wurde bisher festgestellt, dass eine Inanspruchnahme aufgrund der Forderung nicht zu besorgen ist und dass nunmehr abweichend von der alten Rechtslage ohne weiteres gegenüber N eingewandt werden kann, dass jedenfalls in Höhe von 50.000 € eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück unzulässig ist. Wie aber wirkte bzw. wirkt sich die nach der Abtretung erfolgte Zahlung der restlichen 50.000 € auf die Geltendmachung der – wie gesehen – wirksam übertragenen Grundschuld aus?

1. Exkurs: Die Geltendmachung der Forderung

Soweit er nach der Abtretung weitere 50.000 € an die B gezahlt hat, wird er jedenfalls nach Maßgabe des § 407 BGB davor geschützt, nochmals – nunmehr an N – leisten zu müssen. Eine Inanspruchnahme durch N aufgrund der Forderung musste und muss E also nicht befürchten. Hinzuweisen ist im Übrigen darauf, dass Zahlungen an den Altgläubiger in Unkenntnis der Abtretung nunmehr seltener werden dürften,

1.8.2010, § 1192 Rn. 147, hält die Änderung dagegen für „nicht systemsprengend“ sowie „maßvoll und passend“.

³⁹ Kritisch insoweit auch *Habersack*, NJW 2008, 3173 (3176).

⁴⁰ *Redeker*, ZIP 2009, 211.

⁴¹ BT-Drs. 16/9821, S. 16 (Bericht des Finanzausschusses).

⁴² Dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1992, S. 262.

⁴³ Zu dieser Voraussetzung *Larenz* (Fn. 42), S. 262.

⁴⁴ *Redeker*, ZIP 2009, 208 (212).

⁴⁵ Anders *Redeker*, ZIP 2009, 208 (212).

⁴⁶ Für eine Korrektur der „überstürzt eingeführten Regelung“ auch *Wolfsteiner* (Fn. 30), § 1192 Rn. 33.

⁴⁷ *Baur/Stürmer* (Fn. 15), § 45 Rn. 671; *Nietsch*, NJW 2009, 3606 (3609).

⁴⁸ *Wieling*, SachenR, 5. Aufl. 2007, S. 297.

⁴⁹ Vgl. *Baur/Stürmer* (Fn. 15), § 45 Rn. 671.

⁵⁰ Vgl. *Meyer*, WM 2010, 58 (60).

⁵¹ Anders *Nietsch*, NJW 2009, 3606 (3609).

weil dieser den Schuldner nach Maßgabe des § 496 Abs. 2 BGB über einen Gläubigerwechsel informieren muss.

2. Die Geltendmachung der Sicherungsgrundschuld

Nach der Rechtsprechung des BGH konnte ein Grundschuldner dem neuen Gläubiger bekanntlich nur solche Einreden entgegensetzen, deren Tatbestand im Moment der Übertragung der Grundschuld bereits voll verwirklicht war.⁵² So legt er das in § 1157 S. 1 BGB enthaltene Merkmal „zustehen“ aus. Ein bloßes „Begründetsein“ wie im Fall des § 404 BGB genügt nicht.⁵³ Nur letzteres liegt aber im zweiten Teil des Beispielsfalles vor. Nach alter Rechtslage konnte sich E gegen eine Zwangsvollstreckung in sein Grundstück also auch insoweit nicht wehren.

VIII. Die neue Rechtslage

Nach der Neuregelung des § 1192 Abs. 1a BGB können nunmehr auch solche Einreden, die sich nur aus dem Sicherungsvertrag „ergeben“, also solche im Sinne des § 404 BGB, dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll damit auch der vorliegende Fall erfasst werden.⁵⁴

Das mag zum besseren Schutz des Grundschuldners sinnvoll sein. Abermals ist es aber mit Blick auf den vom Gesetzgeber intendierten Schutz des Eigentümers, also gemessen an seinem eigenen Plan, nicht verständlich, warum die Verkehrshypothek unangetastet geblieben ist. Auch hier kann die Situation, die für den Grundschuldner vermieden werden sollte, nach wie vor eintreten, wenn eine Verkehrshypothek bestellt worden ist. Zahlt ein Hypothekenschuldner nach und in Unkenntnis der Abtretung an seinen bisherigen Gläubiger, genießt er den Schutz des § 407 BGB nur in Ansehung der Forderung, gem. § 1156 S. 1 BGB aber nicht in Ansehung der Hypothek. Eine Umwandlung in eine Eigentümergrundschuld findet nicht statt. Er kann der abermaligen Inanspruchnahme also nicht widersprechen.

Auch ist für eine unterschiedliche Behandlung von Grund- und Verkehrshypothekenschuldnern kein Raum: Dem an den Zedenten zahlenden Hypothekenschuldner wird man unter Berücksichtigung eines Grundgedankens des § 1156 S. 1 BGB entgegenhalten, er hätte vor der Zahlung das Grundbuch bzw. den Brief samt Abtretungserklärungen einsehen können und müssen;⁵⁵ dann hätte er festgestellt, dass ein Gläubigerwechsel stattgefunden hat; Leistungen an den Altgläubiger hätten sich erübrigt.

Der Grundschuldner dagegen, der die Einsichtnahme in das Grundbuch bzw. den Brief ebenfalls unterlässt, wird jetzt, wie gesehen, vor einer Inanspruchnahme geschützt. Ihm kann

man aber in gleicher Weise – freilich nur *de lege ferenda*⁵⁶ – den in § 1192 Abs. 1a BGB verankerten Schutz verweigern und zumuten, vor der Zahlung das Grundbuch bzw. den Brief einzusehen.⁵⁷ Tut er das, wird ihm klar, dass der Grundschuldgläubiger gewechselt hat, und er muss sich spätestens jetzt auch darüber im Klaren sein, dass er zu weiteren Zahlungen an den Altgläubiger nicht verpflichtet ist. Die Gefahr doppelter Inanspruchnahme wird gebannt.⁵⁸ Selbst wenn hinsichtlich der Forderung, was aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist, sicherungsvertragswidrig ein Gläubigerwechsel nicht eingetreten sein sollte, so können weitere Zahlungen darauf verweigert werden. Bei einer Buchgrundschuld deshalb, weil eine Einmalzahlung nur Zug um Zug gegen die nicht mehr mögliche Rückgewähr der Grundschuld zu erfolgen braucht⁵⁹ und im Übrigen – insbesondere gegenüber Teil- bzw. Ratenzahlungsverlangen – durch den Grundschuldner zumindest eingewandt werden kann, der Zedent möge ihn von dem gegen ihn gerichteten dinglichen Anspruch des Zessionars freistellen.⁶⁰ Bei einer Briefgrundschuld im Falle einer Einmalzahlung aus demselben Grund wie bei der Buchgrundschuld und bei Teil- bzw. Ratenzahlungsverlangen jedenfalls deshalb, weil sie nur gegen Vermerk der teilweisen Befriedigung auf dem Brief erfolgen muss,⁶¹ der aber nicht mehr im Besitz des Zedenten sein wird. Überhaupt wird man annehmen dürfen, dass der Sicherungsvertrag auch ohne ausdrückliche Abrede so zu verstehen ist, dass auf die Forderung nur gegen Briefvorlage geleistet werden muss,⁶² da der Sicherungsvertrag anerkanntermaßen auch darauf gerichtet

⁵⁶ Anders *Kiehnle*, BKR 2009, 157, der im vorliegenden Fall § 1192 Abs. 1a BGB nicht anwenden will. Das ist nicht zulässig. Der Wortlaut der Neuregelung erfasst diesen Fall, der Gesetzgeber wollte ihn erfassen, und die Neuregelung ist gegenüber §§ 1192 Abs. 1, 1156 f. BGB *lex specialis*. Zutreffend *Weller*, JuS 2009, 969 (974).

⁵⁷ Die Rechtsprechung wendet § 1156 BGB auch auf die Grundschuld an; BGH ZIP 1986, 1454 (1456). Zur Vergleichbarkeit der Lage bei Hypothek und Grundschuld *Huber* (Fn. 15), S. 213.

⁵⁸ Die Gefahr eines endgültigen doppelten Verlustes besteht freilich nur, wenn eine Kondiktion beim Zedenten aufgrund dessen Insolvenz aussichtslos ist.

⁵⁹ BGH NJW 1982, 2768 (2769), auch für den Fall des Teilzahlungsverlangens, wenn der Schuldner bereit und in der Lage ist, den Gesamtbetrag zu zahlen. Aufgrund der Entscheidung BGH NJW 1986, 2108 (2110) wird man das wohl allgemein bei Teilleistungen annehmen dürfen; so auch *Clemente* (Fn. 6), Rn. 727.

⁶⁰ Zum Freistellungsanspruch *Deubner*, JuS 2008, 586 (587).

⁶¹ *Habersack*, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 406 (Analogie zu § 1145 Abs. 1 S. 2 BGB).

⁶² § 1160 BGB ist nach herrschender Meinung nicht anwendbar, weil die Norm eine Forderung voraussetzt (vgl. § 1192 Abs. 1 BGB). Die Anwendung der Norm erscheint dennoch sachgerecht. Ihr Regelungsgehalt ist jedenfalls dem Sicherungsvertrag immanent; so auch *Kiehnle*, BKR 2009, 157 (158) in Fn. 17.

⁵² BGHZ 85, 388 = NJW 1983, 752.

⁵³ Anders noch RGZ 91, 218 (225).

⁵⁴ BT-Drs. 16/9821, S. 17 (Bericht des Finanzausschusses).

⁵⁵ *Jakobs/Schubert*, Die Beratungen des BGB, §§ 1018-1296, 1991, S. 646; *Wieling* (Fn. 48), S. 428; *Wilhelm* (Fn. 21), Rn. 1646.

ist, die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme durch Trennung von Forderung und Grundschuld zu vermeiden.

Auch losgelöst von den vorgenannten Erwägungen ist für eine Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung der Grundpfandrechtsschuldner nichts ersichtlich. Die zwischen Grundschuld und Verkehrshypothek bestehende Schiefelage muss daher durch den Gesetzgeber beseitigt werden. Will man dem Grundpfandrechtsschuldner die Einsicht in Buch bzw. Brief nicht mehr zumuten – was insbesondere bei Ratenzahlungsvereinbarungen sinnvoll erscheint⁶³ – bzw. will man – losgelöst von den soeben dargestellten Erwägungen – den Schuldnerschutz stärken, wird eine Streichung des § 1156 BGB,⁶⁴ sonst die Streichung des § 1192 Abs. 1a S. 1 Hs. 1 Alt. 2 BGB (also der Worte: „oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben“) zu erwägen sein.

IX. Zusammenfassung

Es bleibt festzuhalten, dass die in § 1192 Abs. 1a BGB enthaltene Neureglung insgesamt wenig geglückt ist und einer Überarbeitung bedarf, bei der man das Gesamtsystem der Grundpfandrechte im Blick behalten muss. Die besprochene Reform zeigt im Übrigen einmal mehr, wie notwendig es ist, Gesetzesänderungen gründliche Vorarbeiten voranzustellen, und zwar auch dann, wenn der Gesetzgeber medial unter Zugzwang gesetzt wird. Das ist hier leider verabsäumt worden.

⁶³ *Kiehnle*, BKR 2009, 157 (159); vgl. auch den Rechtsge-
danken in §§ 1158 f. BGB für Nebenleistungen.

⁶⁴ *Kiehnle*, BKR 2009, 157 (160).