

# Die Sicherungsgrundschuld als gesetzlicher Tatbestand

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Bülow, Trier

*Durch das Risikobegrenzungs-gesetz vom 12.8.2008<sup>1</sup> ist die Bezeichnung „Sicherungsgrundschuld“ zum Begriff des Gesetzes in Gestalt von § 1192 Abs. 1a BGB geworden. Kern der Neuregelung ist, dass der Erwerber einer Grundschuld den Bindungen ausgesetzt ist, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch wenn er nicht wusste, dass es solche Bindungen gibt, er also insoweit gutgläubig war. § 1191 Abs. 1a BGB schließt, anders gewendet, den gutgläubig-einredefreien Erwerb für den besonderen Fall einer Sicherungsgrundschuld aus, der im Allgemeinen gem. § 1157 S. 2 BGB möglich ist.*

## I. Befund

Rechtspolitischer Anlass für das Risikobegrenzungs-gesetz waren Missstände auf den Kapitalmärkten gewesen, die u. a. dazu geführt hatten, dass Erwerber von Sicherungsgrundschulden die Verwertung belasteter Grundstücke betrieben, obwohl das durch die Grundschuld gesicherte Darlehen vom Darlehensnehmer vertragsgemäß bedient wurde, die Verwertung durch Immobilienzwangsvollstreckung nach §§ 864, 869 ZPO, 15 ff. ZVG nicht hätte durchgeführt werden sollen. Dass die Zwangsvollstreckung des Grundstücks trotz Vertragstreue des Darlehensnehmers (sei er selbst oder ein Dritter als Interzessionar Eigentümer des Grundstücks) gelingen kann, liegt daran, dass der Grundpfandgläubiger, also auch der Erwerber des Grundpfandrechts als Zessionar, einen Vollstreckungstitel in der Hand hat, nämlich eine notarielle Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Sie wird typischerweise zusammen mit der Grundschuldbestellung und meist mit dem Grundstückskaufvertrag nebst Auflassung (§§ 873, 925 BGB) errichtet. Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung sind nicht nur Titel und Zustellung, sondern auch die Vollstreckungsklausel (§ 725 ZPO), die gem. § 797 Abs. 2 ZPO vom Notar auf Antrag des Gläubiger erteilt wird. In diesem Zusammenhang pflegt von den Parteien (Darlehensgeber und Grundstückseigentümer) durch eine Vollstreckungsunterwerfung (§§ 799, 800 ZPO) vereinbart zu werden, dass die Klausel ohne Nachweis der Fälligkeit zulässig ist, was zugleich bedeutet, dass die Klausel ohne Rücksicht auf die Valutierung der Grundschuld erteilt wird, d. h. ohne Rücksicht darauf, in welcher Höhe der Darlehensrückstattungs- und Zinsanspruch (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB) besteht und ob der Darlehensnehmer vertragsgemäß geleistet hatte, also pünktlich zahlte und nicht in Verzug geriet. Ausgangspunkt einer solchen Verfahrensweise ist, dass der Grundstückseigentümer dem Gläubiger vertrauen kann und davon ausgehen darf, dass die Vollstreckungsklausel bei Vertragstreue des Darlehensnehmers nicht beantragt werden wird. Wenn dies aber doch geschieht, kann sich der Grundeigentümer dagegen wehren. Er muss allerdings prozessual aktiv werden, um sein Recht zu wahren. Er hat nämlich die Möglichkeit, Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 767, 797 Abs. 1

und 2 ZPO zu erheben, sodass er Kläger ist und im Übrigen auch Schuldner des Gerichtskostenvorschusses nach § 6 GKG, dessen Höhe streitwertabhängig ist, sich also am Wert des Grundstücks orientiert. Der Gläubiger ist in diesem Verfahren Beklagter. Bleibt der Grundstückseigentümer untätig, verliert er trotz Vertragstreue sein Grundstück. Dieser Fall tritt aber auch ein, wenn er Vollstreckungsabwehrklage erhebt, aber seine Einwendung, nämlich die Nichtvalutierung der Grundschuld, ins Leere geht, weil ihm diese Einrede gegen den Grundschuldner, den Zessionar, nicht zusteht. Sie steht ihm nicht zu, wenn der Zessionar die Grundschuld gutgläubig-einredefrei nach § 1157 S. 2 BGB erworben hatte. In diesem Fall hatte dem Grundstückseigentümer auch das prozessuale Tätigwerden nicht geholfen, vielmehr verliert er nicht nur sein Grundstück, obwohl er das Darlehen zurückgezahlt hatte, der Kredit also überhaupt nicht notleidend geworden war,<sup>2</sup> sondern trägt auch alle Kosten des Rechtsstreits (§ 91 ZPO).

Hier setzt das Risikobegrenzungs-gesetz an. Es schützt den Grundeigentümer vor dem gutgläubig-einredefreien Erwerb; es schützt ihn allerdings nicht vor dem unredlichen Grundschuldgläubiger, der die Zwangsvollstreckung trotz Nichtalutierung betreibt, immerhin aber im Nachhinein durch einen Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger nach § 799 a ZPO. Die Last der Prozessführung wird dem Grundeigentümer ein wenig erleichtert, indem beim Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach näherer Maßgabe von § 769 Abs. 1 S. 2 ZPO eine Sicherheitsleistung, die der Eigentümer an sich zu erbringen hätte, nicht festgesetzt werden darf. Die Gesetzesverfasser gingen hierbei von der Zulässigkeit der Unterwerfungserklärung im Rahmen von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO aus<sup>3</sup>, sodass dem Grundeigentümer nicht deren Unwirksamkeit<sup>4</sup> nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB geholfen werden kann.

## II. Dogmatische Grundlagen: Sicherungsgrundschuld und Hypothek

### 1. Akzessorietät

Bekanntlich regelt das BGB zwei Arten<sup>5</sup> von Grundpfandrechten, nämlich die akzessorische Hypothek und die nicht-akzessorische Grundschuld. Der Begriff der Akzessorietät erschließt sich aus der Betrachtung der Rechtsgeschäfte, die

<sup>1</sup> BGBl. I 2008, S. 1666 (1670).

<sup>2</sup> Clemente, ZfIR 2008, 589 (594); G.Vollkommer, ZIP 2008, 2060.

<sup>3</sup> Langenbucher, NJW 2008, 3169 (3172); Habersack, NJW 2008, 3173; Bork, ZIP 2008, 2049.

<sup>4</sup> So der vor Verabschiedung des Risikobegrenzungs-gesetzes erarbeitete Vorschlag von Schimansky, WM 2008, 1049, ihm folgend, freilich nach Veröffentlichung des Gesetzesentwurfs, LG Hamburg NJW 2008, 2784 und LG München I WM 2009, 114 (Vorwirkung des Gesetzes?, Langenbucher, NJW 2008, 3169).

<sup>5</sup> Was historische Gründe hat, Buchholz, AcP 203 (2003), 786 (789 ff.).

in Zusammenhang mit der Grundpfandrechtsbestellung abgeschlossen zu werden pflegen. Ausgangspunkt ist meist ein Darlehensvertrag zwischen einer Bank (gemeint i. S. eines Kreditinstituts nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG, private Bank, Sparkasse, Genossenschaftsbank) als Darlehensgeberin mit ihrem Darlehensnehmer, durch die sie Gläubigerin des Rückerstattungs- und Zinsanspruchs nach § 488 Abs. 1 S. 2 BGB wird. Für diesen Anspruch begehrt die Bank in aller Regel eine Sicherheit für den Fall, dass der Darlehensnehmer trotz Fälligkeit nicht leistet, sei er zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig. Als Folge dessen vereinbaren die Parteien, Darlehensgeber und Darlehensnehmer, dass der Darlehensnehmer eine Sicherheit zu stellen hat. Diese Verpflichtung ist nicht Inhalt des Darlehensvertrages, wie die Lektüre von §§ 488 ff. BGB ergibt, sondern eines gesondert, auch stillschweigend, abgeschlossenen Vertrags, der eben diese Verpflichtung des Darlehensnehmers und weitere Vertragspflichten, die sich in diesem Zusammenhang im Laufe des Darlehensverhältnisses ergeben, enthält. Es handelt sich um einen obligatorischen, unvollkommen zweiseitigen und im Gesetz nicht geregelten Vertrag<sup>6</sup>, der als Sicherungsvertrag bezeichnet zu werden pflegt und durch das Risikobegrenzungsgesetz auch Eingang in § 1192 Abs. 1 a BGB gefunden hat. Verpflichtet sich der Darlehensnehmer im Sicherungsvertrag zur Stellung einer Grundschuld (an seinem eigenen Grundstück oder an demjenigen eines Dritten als Interzessionar, vgl. §§ 1142, 1143 BGB), wird diese Verpflichtung vollzogen durch dingliche Einigung nach § 873 BGB und Eintragung im Grundbuch, i. d. R. verbunden mit der Erteilung des Grundschuldbriefs (§§ 1192 Abs. 1, 1116 BGB). Diese dingliche Einigung ist ein Verfügungsgeschäft, ihr Rechtsgrund ist der Sicherungsvertrag, nicht etwa der Darlehensvertrag. Für das Verhältnis zwischen Bestellung und obligatorischem Sicherungsvertrag gilt der Abstraktionsgrundsatz, sodass bei Nichtigkeit des Sicherungsvertrags eine Kondiktionsgrundlage entsteht.

Akzessorietät bedeutet, dass eine rechtliche Verknüpfung von Darlehensvertrag (der gerade nicht *causa* der Grundpfandrechtsbestellung ist) und Grundpfandrecht hergestellt wird, indem für das Recht des Grundpfandgläubigers, das Grundstück zu verwerten (§ 1147 BGB), der jeweilige Bestand der gesicherten Forderung (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB) maßgebend ist, wie es § 767 Abs. 1 S. 1 BGB für die akzessorische Bürgschaft formuliert. Diese Verknüpfung ergibt sich für die Hypothek daraus, dass die Hypothek, solange die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, dem potentiellen Gläubiger nicht zusteht, sondern gem. § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB dem Grundeigentümer; erlischt die gesicherte Forderung, fällt die Hypothek gem. § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB an den

Eigentümer<sup>7</sup>. Ohne gesicherte Forderung gibt es keine Hypothek, sodass es sich in Wahrheit gar nicht um eine (wenn auch im Grundbuch so bezeichnete) Hypothek, sondern um eine Grundschuld in Gestalt einer Eigentümergrundschuld handelt. Solange die Forderung besteht, ist das Grundpfandrecht wirklich Hypothek und steht dem Gläubiger als Fremdhypothek zu. Was das Verhältnis der Hypothek zum Sicherungsvertrag angeht, der die Verpflichtung zu ihrer Bestellung begründet, so bleibt es beim Abstraktionsgrundsatz, sodass die akzessorische Hypothek abstrakt zum Sicherungsvertrag ist und die Kondiktionslage entsteht, wenn der Sicherungsvertrag unwirksam ist. Insofern ist die Charakterisierung der Grundschuld als abstrakte Sicherheit wenig glücklich. Genauer ist sie als nicht-akzessorische Sicherheit bezeichnet.

Die besondere Verknüpfung zwischen Darlehensvertrag als Grundgeschäft und bestelltem Grundpfandrecht gibt es bei der Grundschuld nicht. Sie setzt, wie es in § 1192 Abs. 1 BGB formuliert ist, eine zu sichernde Forderung nicht voraus, sondern kann zu jeglichem Zweck bestellt werden. Allerdings ist dieser Zweck fast immer die Sicherung einer Forderung. Das Ziel einer jeden Sicherheit ist es, dem Gläubiger durch den Zugriff auf sie Befriedigung für seine Forderung nebst Erstattung der für diesen Zugriff entstandenen Kosten zu verschaffen, aber nicht mehr; der Gläubiger soll durch den Zugriff nicht zusätzlichen Ertrag bekommen. Wo dieses Ziel mangels des besonderen gesetzlichen Mechanismus der Akzessorietät nicht erreichbar ist, muss es durch die Anwendung allgemeiner Vorschriften verwirklicht werden. Ausgangspunkt hierfür ist zunächst, dass der Bestand der Grundschuld durch Veränderungen der gesicherten Forderung nicht berührt wird, der Gläubiger also den ungeschmäleren Anspruch auf Verwertung des Grundstücks behält und ihn ausüben kann. Jedoch folgt aus dem Sicherungsvertrag, dass der Verwertungsanspruch nur nach Maßgabe des Sicherungszwecks durchsetzbar ist. Inhalt des Sicherungsvertrags ist demgemäß, dass dem Sicherungsgeber, dem Grundeigentümer, eine Einrede zusteht, nach welcher der Gläubiger nur verwerten darf, soweit die gesicherte Forderung besteht und durchsetzbar ist, insbesondere, dass die Grundschuld valutiert. Demgemäß ist der Verwertungsanspruch des Grundschuldgläubigers von Anfang an mit der Einrede belastet, dass seine Ausübung dem Sicherungszweck unterworfen ist und dass er die Grundschuld nach Erledigung des Sicherungszwecks auf den Eigentümer<sup>8</sup> zurückzuübertragen hat<sup>9</sup>,

<sup>6</sup> Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, 7. Aufl. 2007, Rn. 49 -79 und passim; in den Motiven war aber für den Fall des Mobiliarpfandrechts ein obligatorischer Verpfändungsvertrag erwogen worden, Mot. II, S. 684 ff., bei *Mugdan*, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1899, S. 382 ff. sowie Mot. III, S. 4191, bei *Mugdan*, S. 921.

<sup>7</sup> Von der Akzessorietät als anspruchsbestimmendem Umstand ist die Verteilung der objektiven Beweislast zu unterscheiden: Behauptet der Eigentümer, entgegen dem Buch- und Briefausweis Inhaber des Grundpfandrechts zu sein, trägt er die Beweislast für die Nichtentstehung der Forderung resp. für deren Erlöschen, BGH WM 1972, 786; *Baumgärtel*, *Handbuch der Beweislast*, 2. Aufl. 1999, § 1163 BGB Rn. 1, 2; der Bürgschaftsgläubiger trägt die Beweislast für die Entstehung der Hauptverbindlichkeit, der Bürge für deren Erlöschen, BGH NJW 1996, 719.

<sup>8</sup> Zu den besonderen Konstellationen bei einer Interzession, wo der persönliche Schuldner und nicht der Eigentümer

sodass sie (im Ergebnis wie gem. § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB) zur Eigentümergrundschuld wird. Auf diese Weise ist die Sicherungslage bei Hypothekengläubiger und Grundschuldgläubiger gleich; was für jenen aus der Akzessorietät folgt, ergibt sich für diesen durch Erhebung der Einrede. Allerdings behält der Grundschuldgläubiger die Grundschuld länger in der Hand, nämlich bis zum Vollzug der Rückübertragung<sup>10</sup>.

## 2. Arten von Einwendungen

Für das Verständnis der gesetzlichen Neuregelung wird es sich als wichtig erweisen, die Art dieser Einrede der Nichtvalutierung zu kategorisieren. Man unterscheidet Einwendungen gegen das dingliche Recht (z. B. Nichtigkeit der dinglichen Einigung), Einwendungen aufgrund eines zwischen dem Eigentümer und dem Grundpfandgläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses (eigentümerbezogene Einreden<sup>11</sup>, z. B. Moratorium, durch das von der Verwertung abgesehen wird, auch aufgrund Gesetzes, §§ 853, 821, 242 BGB), Einreden gegen die Forderung (§ 1137 BGB), hinzukommt das Widerspruchsrecht aus § 1160 BGB bei Briefgrundpfandrechten. Einreden gegen die Forderung sind wesensgemäß nur bei Akzessorietät, also bei der Hypothek erheblich, der gutgläubig-einredefreie Erwerb richtet sich nach § 1138 BGB. Die Einrede der Nichtvalutierung folgt aus dem Sicherungsvertrag, also aus Vereinbarung mit dem Eigentümer, es handelt sich um eine eigentümerbezogene Einrede. Sie ist Gegenstand der Regelung von § 1157 BGB. Eigentümerbezogene Einreden können sowohl gegen der Verwertungsanspruch aus einer Hypothek wie aus einer Grundschuld<sup>12</sup> bestehen, sie sind also nicht akzessorietätsgebunden.

## III. Die Dogmatik der neuen Vorschriften

### 1. Der gutgläubig-einredefreie Erwerb der Grundschuld in Bezug auf die Nichtvalutierung

a) Nach der neuen Vorschrift von § 1192 Abs. 1 a S. 1 BGB können bei einer Sicherungsgrundschuld Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen, dem Erwerber dieser Grundschuld (Zessionar) entgegengesetzt werden; § 1157 S. 2 BGB findet keine Anwendung, der gutgläubig-einredefreie Erwerb des Zessionars ist also ausgeschlossen. Betrachtet man die Rechtslage, die sich ohne die Neuregelung einstellt, ergibt sich Folgendes:

Wer eine Grundschuld erwirbt (§§ 1192, 1154 BGB), weiß in aller Regel, dass es sich um eine Sicherungsgrundschuld handelt, weil andere Grundschulden kaum vorkommen. Wenn er aber weiß, dass er Zessionar einer Sicherungsgrundschuld ist, weiß er zugleich, dass obligatorische Grundlage der Grundschuldbestellung ein Sicherungsvertrag ist mit dem Inhalt, dass der Verwertungsanspruch aus der Grundschuld an den Sicherungszweck gebunden ist, der durch Einrede des Eigentümers verwirklicht wird, nämlich durch die Einrede der Nichtvalutierung oder der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung. Aufgrund dieses Wissens kennt der Zessionar die Einrede und ist folglich nicht gutgläubig. Bei dieser Sicht<sup>13</sup> ergibt sich durch die Neuregelung insoweit (nachf. c) nichts Neues.

b) Diese Sicht ist allerdings nicht diejenige des Bundesgerichtshofs und weiten Teilen des Schrifttums. Danach ist der Zessionar in Bezug auf die Einrede der Nichtvalutierung, allgemeiner gesagt die Einrede des Sicherungszwecks, nicht schon dann bösgläubig, wenn er weiß, dass er eine Sicherungsgrundschuld erwirbt; er muss auch positiv (§§ 1157 S. 2, 892 Abs. 1 S. 1 BGB) wissen, dass die Grundschuld im Zeitpunkt der Übertragung nicht valutierte. Der BGH<sup>14</sup> begründet dies im Anschluss an *Harry Westermann*<sup>15</sup> mit einem Vergleich zu der Regelung von § 1156 BGB. Nach dieser Vorschrift wird der Eigentümer, dessen Grundstück mit einer Hypothek belastet ist und der an seinen alten Hypothekengläubiger (den Zedenten) auf die gesicherte Forderung zahlt, weil er nicht weiß, dass die Hypothek auf einen Zessionar übertragen worden war, nicht gem. § 407 BGB frei. § 407 schützt den Schuldner einer Forderung im Falle der stillen Zession, wenn er die Abtretung nicht kennt, also redlich ist. Auch die Hypothek geht gem. §§ 1154 Abs. 1, 401 BGB durch Abtretung der gesicherten Forderung über, ist also selbst gar nicht Objekt der Übertragung, sodass § 407 BGB anwendbar wäre. Aber die Abtretung der hypothekengesicherten Forderung richtet sich nach den Regeln des Immobiliarsachenrechts, im üblichen Fall der Briefhypothek nach dem Inhalt des Briefs; hier sind Zahlungen nach Maßgabe von § 1145 BGB zu vermerken oder der Brief nach § 1144 BGB an den Eigentümer herauszugeben. Daneben eine nicht dokumentierte Leistung nach § 407 BGB wirken zu lassen, würde den Hypothekenverkehr an dieser Stelle funktionsunfähig machen; der Eigentümer andererseits ist geschützt, wenn er sich an die Regularien von §§ 1144, 1145 BGB hält. Notwendigerweise setzt die Befreiung des Eigentümers nach diesen Vorschriften aber voraus, dass seine Leistung an den Zedenten zeitlich vor der Abtretung an den Zessionar erbracht wurde; danach ist der Leistungsempfänger, der Zedent,

Gläubiger des Rückübertragungsanspruchs sein kann, *Bülow* (Fn. 6), Rn. 225, 226.

<sup>9</sup> Im Einzelnen *Bülow* (Fn. 6), Rn. 219.

<sup>10</sup> Kraft besonderer Vereinbarung ist aber auch die auflösend durch den Wegfall des Sicherungszwecks bedingte Grundschuldbestellung möglich (§ 158 Abs. 2 BGB), *Bülow* (Fn. 6), Rn. 141 a; für Sicherungsübereignung BGH NJW 1982, 275 mit krit. und zutr. Rezension *Jauernig*, NJW 1982, 268.

<sup>11</sup> *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 38 VII. 1. d (Rn. 67, S. 444); 18. Aufl. 2009 noch nicht verfügbar.

<sup>12</sup> Abw. allerdings *Buchholz*, AcP 187 (1987), 107.

<sup>13</sup> So RGZ 91, 218 (224); *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 1772; *ders.*, JZ 1980, 625; *Westermann/Eickmann*, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998, § 116 IV. 2. b (S. 817); *Lopau*, JuS 1976, 553 (556); *Bülow* (Fn. 6), Rn. 306, 307; *Koch*, ZBB 2008, 232, 236; *Fridgen*, WM 2008, 1862 (1867).

<sup>14</sup> BGHZ 59, 1 = NJW 1972, 1463; BGHZ 103, 72 (81) = NJW 1988, 1375 zu B II. 1. d bb, S. 1378, auch bereits BGH WM 1967, 566.

<sup>15</sup> Sachenrecht, 5. Aufl. 1966, § 116 III 3. b, S. 582.

nämlich nicht mehr im Besitz des Briefs, sondern der Zessionar (§ 1154 Abs. 1 S. 1 BGB). Wenn bei der Sicherungsgrundschuld dagegen bereits das Wissen um ihren Sicherungszweck genügt, um die Gutgläubigkeit des Zessionars auszuschließen, wären auch Leistungen des Eigentümers einzubeziehen, die zeitlich nach der Abtretung liegen, und die Sicherungsgrundschuld wäre so „ihrer Eigenschaft als Verkehrsgegenstand entkleidet“<sup>16</sup>, der Zessionar einer Hypothek wäre schlechter gestellt als derjenige einer Grundschuld. Schlägt diese Argument durch? Dem Gesetz ist nicht die Maxime zu entnehmen, dass beide Grundpfandrechtsarten in gleicher Weise verkehrsfähig sein müssten. Die Grundschuld hat für den Sicherungsnehmer (Bank) den Vorteil, dass die Inhaberschaft trotz Forderungstilgung zunächst unverändert bleibt; will die Bank diesen Vorteil gegenüber der Hypothek nutzen, muss sie schlechtere Verkehrsfähigkeit in Kauf nehmen, sich andernfalls eine Hypothek bestellen lassen. Bei der Hypothek erstreckt sich der öffentliche Glaube auf die Forderung (§ 1115 BGB), die insoweit im Rahmen von § 1156 BGB Maß gibt, während bei der Sicherungsgrundschuld keinerlei öffentlicher Glaube für die gesicherte Forderung erzeugt wird. Darauf gründen sich Unterschiede in der Verkehrsfähigkeit; ihre Vernachlässigung stellt, wie *Wilhelm*<sup>17</sup> zutreffend feststellt, eine *petitio principii* dar.

Nicht richtig ist auch die Ansicht, mit der Erheblichkeit der Einrede des – bloßen – Sicherungszwecks werde die Sicherungsgrundschuld akzessorischer als die Hypothek<sup>18</sup>. Es geht jedoch nicht um die rechtstechnische Verknüpfung von gesicherter Forderung und Grundpfandrecht, die den Verwertungsanspruch kraft Akzessorität unmittelbar gestaltet, sondern um eine eigentümerbezogene Einrede, die bei akzessorischen wie bei nichtakzessorischen Sicherheiten bestehen kann.

c) Wie immer diese dogmatischen Sichtweisen bewertet werden mögen, der Federstrich des Gesetzgebers wendet sich gegen die Lösung des BGH und gibt dem Schutz des Grundeigentümers Vorrang vor Verkehrsfähigkeit.

Die Neuregelung geht jedoch darüber hinaus.

## 2. Maßgeblicher Zeitpunkt

a) Nach § 1157 S. 1 BGB können dem Zessionar solche Einreden entgegengesetzt werden, die dem Eigentümer gegen den Zedenten zustehen, was bedeutet, dass der Einredetatbestand im Zeitpunkt der Übertragung vollständig erfüllt sein muss. Die Gesetzesformulierung steht im Gegensatz zur Parallelregelung von § 404 BGB für die Abtretung einer Forderung, wo es genügt, dass die Einwendung gegen die Forderung zur Zeit der Abtretung begründet war. Für den darin liegenden Bestandsschutz zu Gunsten des Schuldners

der abgetretenen Forderung reicht es aus, wenn die Einwendung im Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Zedent ihre Grundlage findet, auch wenn einwendungsbegründende Tatsachen erst nach der Abtretung eintreten, der Schuldner z.B. eine Kündigung erklärt<sup>19</sup>. Für die Nichtvalutierung der Grundschuld bedeutet dies für die Lösung des BGH (oben 2. b) Folgendes:

Kommt ein gutgläubig-einredefreier Erwerb überhaupt nur in Betracht, wenn der Zessionar nicht nur den Sicherungszweck der Grundschuld, sondern auch das – vielleicht teilweise – Nichtbestehen der gesicherten Forderung, insbesondere durch Erfüllung (§ 362 BGB), kannte<sup>20</sup>, muss die Nichtvalutierung im Übertragungszeitpunkt abgeschlossen sein. Leistungen des Eigentümers an den Zedenten, die zeitlich nach der Übertragung liegen, können dem Zessionar bei dieser Sicht also niemals entgegengesetzt werden.

Folgt man hingegen der abweichenden Sicht (oben 2. a), steht dem Verwertungsanspruch aus der Sicherungsgrundschuld die Einrede des Sicherungszwecks von Anfang an entgegen, gleich in welcher Höhe die Grundschuld valutiert. Es handelt sich in der Terminologie von *Jahr*<sup>21</sup> um eine unechte Einrede, nämlich mit Hemmungswirkung *ipso iure*, die den Verwertungsanspruch des Gläubigers von vornherein beschränkt, nämlich nach Maßgabe des Sicherungszwecks, und als Folge dessen dem Eigentümer von Anfang an und im Zeitpunkt der Übertragung zusteht. Auf dieser Grundlage bietet der in § 1157 S. 1 BGB bestimmte Zeitpunkt hinreichenden Eigentümerschutz.

Um aber diesen Schutz auch gegenüber der Lösung des BGH zu gewährleisten, wird der maßgebliche Zeitpunkt für die Entstehung der eigentümerbezogenen Einrede gem. der neuen Vorschrift von § 1192 Abs. 1 a S. 1 BGB nach dem Vorbild von § 404 BGB verschoben, indem der Eigentümer die Einrede gegenüber dem Zessionar erheben kann, wenn sie sich aus dem Sicherungsvertrag ergibt. Folglich muss der Zessionar auch Tilgungsleistungen gegen sich gelten lassen, die der Eigentümer an den Zedenten nach der Grundschuldübertragung erbrachte, sofern diese Leistungen für den Eigentümer respektive den persönlichen Schuldner befreiende Wirkung haben (§ 407 BGB, vgl. oben 2. b). Der Zessionar ist auch der Einrede ausgesetzt, dass die gesicherte Forderung noch nicht fällig ist<sup>22</sup>.

c) Von der Fälligkeit der gesicherten Forderung ist die Fälligkeit der Grundschuld zu unterscheiden. Diese Fälligkeit setzt – im Allgemeinen dispositiv – die Kündigung der Grundschuld voraus. Bei der Sicherungsgrundschuld ist die Kündigung nach der Neuregelung von § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB zwingend. Sofern man die Kündigung allerdings nicht

<sup>16</sup> *Harry Westermann* (Fn. 15), S. 583 Fn. 15.

<sup>17</sup> *Sachenrecht*, 3. Aufl. 2007, Rn. 1775.

<sup>18</sup> So *Wieling*, *Sachenrecht*, 5. Aufl. 2006, § 33 IV. 3. a (S. 480); *Knops*, *WM* 2008, 2185 (2188); *Bredow/Vogel*, *BKR* 2008, 271 (280); *Derleder*, *VuR* 2008, Heft 7, S. III (IV) – Editorial –; *Baden*, *JuS* 1977, 75 (77), offen *Dieckmann*, *NZM* 2008, 865 (872); zutreffend dagegen *Habersack*, *Examensrepetitorium Sachenrecht*, 4. Aufl. 2005, Rn. 375.

<sup>19</sup> *BGH WM* 2004, 1080 zu II 1. mit Anmerkung *Wilhelm*, *LMK* 2004, 205 und *Batereau*, *WuB I F* 1. - 1.04; *BGHZ* 25, 27 (29) = *NJW* 1957, 1553; *BGH WM* 1985, 71; *Bülow*, *JA* 1983, 7 (9).

<sup>20</sup> *BGHZ* 103, 72 (81) = *NJW* 1988, 1375 zu B II. 1. d bb S. 1378; *BGHZ* 85, 388 (390) = *NJW* 1983, 752 zu II. 1.

<sup>21</sup> *JuS* 1964, 125, 218, 293 (297)

<sup>22</sup> *Bassenge*, in: *Palandt, Kommentar zum BGB*, 68. Aufl. 2009, § 1192 Rn. 3.

als Vollstreckungsvoraussetzung ansieht<sup>23</sup>, ist der Eigentümer nicht vor dem unredlichen Vollstreckungsgläubiger (vgl. oben I.) geschützt.

### 3. Kenntnis des Zessionars

Der Ausschluss von § 1157 S. 2 BGB gem. § 1192 Abs. 1 a S. 1, zweiter Halbsatz BGB bedeutet, dass der Zessionar die Sicherungsgrundschuld nicht frei von Einreden aus dem Sicherungsvertrag erwerben kann, wie gutgläubig er auch sein mag. Er ist der Einrede auch dann ausgesetzt, wenn er nicht wusste, geschweige denn nur hätte wissen müssen oder können, dass die Grundschuld der Sicherung einer Forderung dient. Insoweit gilt die *Maxime nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* ebenso wie bei der Forderungsabtretung: Der Zedent kann die einredebehaftete Grundschuld nicht einrededefrei übertragen.

### 4. Einreden außerhalb des Sicherungsvertrags

a) Eigentümerbezogene Einreden nach § 1157 BGB brauchen nicht notwendig auf einen Sicherungsvertrag gegründet zu sein, namentlich dann nicht, wenn die Grundschuld keine Sicherungsgrundschuld ist. Auch bei einer solchen kann eine Einrede jenseits des Sicherungsvertrags erwachsen, z.B. durch ein nachträgliches Moratorium aufgrund der Vereinbarung, nach welcher die Verwertung ausgesetzt wird. Für solche Einreden bleibt es bei § 1157 BGB, wie § 1191 Abs. 1 a S. 2 BGB klarstellt. Ein Moratorium muss also vor der Übertragung der Grundschuld wirksam vereinbart sein, der Zessionar muss es positiv kennen, wenn es ihm entgegengehalten werden soll, oder es muss auf Brief oder im Grundbuch vermerkt sein.

b) Ist der Sicherungsvertrag nichtig, hat der Eigentümer aus seinem Rechtsverhältnis mit dem Gläubiger die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung gem. § 821 BGB. Sie bildet den Ausgleich für den gescheiterten Sicherungsvertrag und ist im Hinblick auf den Rückübertragungsanspruch (nachf. 5.) auf dasselbe gerichtet<sup>24</sup>. Die Grundschuld wird auch bei nichtigem Sicherungsvertrag zur Sicherung eines Anspruchs verschafft und ist folglich Sicherungsgrundschuld. In interessengerechter extensiver Auslegung dürfte die Bereicherungseinrede deshalb als Einrede anzusehen sein, die sich aus dem - wenn auch gescheiterten - Sicherungsvertrag ergibt und folglich auch dem insoweit gutgläubigen Zessionar entgegengesetzt werden kann<sup>25</sup>.

### 5. Der Rückübertragungsanspruch

Inhalt des Sicherungsvertrags bei einer Sicherungsgrundschuld ist ebenso wie bei der Sicherungsübertragung von beweglichen Sachen und Rechten der Anspruch auf Rückübertragung des Sicherungsgegenstandes nach Erledigung des Sicherungszwecks (vgl. auch oben II.1.). Den Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld (der nach Vollzug zu einer Eigentümergrundschuld führt) kann der Eigentümer

dem Verwertungsanspruch des Grundschuldgläubigers entgegensetzen, sodass eine peremptorische Einrede begründet wird. Aufgrund dieser Einrede kann der Eigentümer gem. § 1169 BGB verlangen, dass der Gläubiger auf seine Grundschuld verzichtet; der Verzicht des Gläubigers auf die Grundschuld führt gem. § 1168 Abs. 1 BGB wiederum zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld. Auch diese peremptorische Einrede ist eine eigentümerbezogene Einrede, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergibt, sodass auch insoweit der gutgläubig-einrededefreie Erwerb ausgeschlossen ist. Gleiches gilt richtigerweise für den sich aus § 812 BGB ergebenden Rückübertragungsanspruch (vorst. 4.b).

### 6. Keine Parallelregelung für die Hypothek

a) Eigentümerbezogene Einreden können - natürlich - auch gegen den Verwertungsanspruch aus der Hypothek bestehen. § 1157 BGB erfährt bei Hypotheken keine Neuerung. Der pathologische Fall, nämlich die Problematik der Nichtvaluierung, tritt bei der Hypothek aber auch nicht in Gestalt einer eigentümerbezogenen Einrede nach § 1157 BGB ein, sondern regelt sich durch die Akzessorietät, bestimmt also unmittelbar den Verwertungsanspruch und nicht bloß mittelbar über die Einrede der Nichtvaluierung. Die Forderung und nicht nur das Grundpfandrecht ist bei der Hypothek Gegenstand der Publizität durch Brief und Grundbuch. Ratenzahlungen auf ein gesichertes Darlehen braucht der Schuldner gem. § 1145 BGB nur gegen Vermerk auf dem Brief respektive Eintragung im Grundbuch zu leisten. Die Leistung an den Zedenten kommt bei Beachtung dieser Regelung nicht in Betracht, weil der Zedent den Brief nicht mehr hat, sondern dem Zessionar gem. § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB übergab. Insoweit ist kein Raum für eine redlich - befreiende Leistung nach § 407 BGB, was Grund für die Regelung von § 1156 BGB ist (oben 2. b). An der Verkehrsfähigkeit der Hypothek als einer der Gesetzeszwecke gibt es keine Zweifel; für die Berücksichtigung von Leistungen an den Zedenten nach dem Zeitpunkt der Übertragung dürfte über §§ 1145, 1144, 1156 BGB hinaus kein Raum sein<sup>26</sup>.

b) Was den gutgläubigen Erwerb der Hypothek trotz fehlender Forderung nach § 1138 BGB angeht, ist die so entstandene forderungsentkleidete Hypothek in Wahrheit Grundschuld. War die gesicherte Forderung zunächst entstanden, aber durch Erfüllung erloschen (und nachträgliche Eigentümergrundschuld geworden, § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB, oben II. 1.), ist das Grundpfandrecht, das der Zessionar erworben hatte, eine nichtvalutierte Sicherungsgrundschuld.

Nun schließt sich eine interessante Überlegung an: Wenn es sich in Wahrheit um eine Sicherungsgrundschuld handelt, ist gem. § 1157 S. 1 BGB die eigentümerbezogene Einrede der Nichtvaluierung erheblich, dem gutgläubig-einrededefreien Erwerb könnte § 1192 Abs. 1 a S. 1 BGB entgegenstehen, der gutgläubige Erwerb nach § 1138 BGB wäre nutzlos. Indessen: Durch § 1138 BGB ist gerade der gute Glaube an den Bestand der gesicherten Forderung geschützt, woran mit dem Risikobegrenzungsgesetz nicht gerüttelt werden sollte; die Einrede der Nichtvaluierung gründet sich auf eben denselben

<sup>23</sup> So Habersack, NJW 2008, 3173 (3176).

<sup>24</sup> BGH NJW 1985, 800 zu II. 1.

<sup>25</sup> Entgegen Dieckmann, NZM 2008, 865 (871).

<sup>26</sup> A. A. Derleder, VuR 2008, Heft 7, S. III - Editorial.

Bestand derselben Forderung, sodass es ausgeschlossen erscheint, den gerade festgestellten Schutz des guten Glaubens beim Zessionar an den Bestand der Forderung durch die Erheblichkeit der Einrede nach § 1157 BGB sogleich wieder umzustoßen. Es bleibt bei § 1138 BGB.

*7. Zum Abschluss: Grundbuchausweis als „Sicherungsgrundschuld“*

In der Vergangenheit war die Ansicht vertreten worden, dass eine Sicherungsgrundschuld mit dieser Bezeichnung im Grundbuch einzutragen sei<sup>27</sup>, was der BGH allerdings lapidar ablehnt<sup>28</sup>. Nicht zu verkennen ist, dass eine derartige Eintragung nicht unproblematisch ist, weil gem. § 1192 Abs. 1 BGB nur solche Hypothekenvorschriften auf die Grundschuld anwendbar sind, die eine Forderung nicht voraussetzen. Für das Grundbuch gilt nun § 1115 BGB, wo die Eintragung der Forderung gerade aus der Akzessorietät folgt. Es ist nicht abwegig, in der Bezeichnung als „Sicherungsgrundschuld“ einen derartigen Forderungsbezug zu sehen; dürfte aber der Eintragungsantrag nach § 13 GBO zurückgewiesen werden, wenn sich der bewilligende Eigentümer (§ 19 GBO) weigert, Angaben über eine Forderung zu machen? Auch fehlt dem Rechtspfleger das grundbuchrechtliche Instrumentarium, um die schuldrechtliche Grundlage, aus der sich der Sicherungszweck der Grundschuld ergibt, zu überprüfen (§ 12 FGG). Bei interessengerechter Auslegung und Anwendung des formellen Rechts wäre die Eintragung als Sicherungsgrundschuld aber wohl doch machbar. Jedoch dürfte die materiellrechtliche Begründung hierfür entfallen sein. Sie liegt nämlich gerade in der Erschwerung des gutgläubig-einredefreien Erwerbs in Bezug auf die Einrede der Nichtvaluierung, des Sicherungszwecks. Eben dieser gutgläubig-einredefreie Erwerb ist durch die Neuregelung von § 1192 Abs. 1 a S. 1 BGB aber nicht nur erschwert, sondern gänzlich ausgeschlossen, sodass die Frage nach dem Grundbuchausweis als „Sicherungsgrundschuld“ obsolet geworden ist.

---

<sup>27</sup> Wieling (Fn. 18), § 33 IV. (S. 476); Eickmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 1191 Rn. 41; Deubner, JuS 2008, 586 (589); Bülow (Fn. 6), Rn. 306.

<sup>28</sup> NJW 1956, 53 zu 3. b.