

## § 42 Die Grundschuld: §§ 1191 - 1198

### Vorbemerkung

#### 1) Die Definition der Grundschuld

Gemäß § 1191 kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Grundschuld bestellt wurde, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Dabei finden auf die Grundschuld gemäß § 1192 alle Vorschriften über die Hypothek Anwendung, sofern sie nicht auf der Akzessorietät der Hypothek beruhen.

#### 2) Der Unterschied zur Hypothek

Die Grundschuld gestattet ihrem Inhaber ebenso wie die Hypothek, sich bei Fälligkeit aus dem Grundstück des Sicherungsgebers zu befriedigen. **Im Unterschied zur Hypothek ist jedoch die Grundschuld abstrakt, also nicht vom Bestand einer Forderung abhängig.** Dies wird durch § 1192 noch einmal unterstrichen, der bezüglich der Grundschuld auf die Vorschriften der Hypothek verweist, von dieser Verweisung aber die Vorschriften der Hypothek ausnimmt, die nach den Regeln der Akzessorietät auf einer untrennbaren Verbindung von Forderung und Hypothek beruhen (z.B.: §§ 1137, 1138, 1153, 1163 I).

#### 3) Die Vorteile der Grundschuld im Verhältnis zur Hypothek

##### a) Sicherung von nur bestimmbareren Forderungen

Gemäß § 1113 I kann eine Hypothek im Grundbuch nur zur Sicherung einer Forderung eingetragen werden, die in ihrer Höhe bestimmt ist. Steht die Höhe der zu sichernden Forderung noch nicht fest oder schwankt sie (z.B. bei ständiger Geschäftsbeziehung oder bei Kontokorrentkrediten), so kann nur eine Grundschuld bestellt werden, die aufgrund ihrer Abstraktheit nicht an eine bestimmte Forderung gebunden ist.

**Exkurs:** Soll dennoch eine Hypothek bestellt werden, so kann der Gläubiger den Schuldner gemäß den §§ 780, 781 ein abstraktes Schuldversprechen bzw. Schuldanerkennnis in Höhe des ihm vom Gläubiger eingeräumten Kreditvolumens abgeben lassen. Die Hypothek wird dann zur Sicherung des abstrakten Schuldversprechens bestellt, nicht zur Sicherung der (schwankenden) Darlehensforderung.

Auch die Kreditsicherung durch Bestellung einer Grundschuld kann durch Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens gemäß § 780 verstärkt werden, wobei der Vorteil des abstrakten Schuldversprechens im Verhältnis zur Grundschuld darin besteht, daß der Gläubiger nicht nur in das haftende Grundstück, sondern in das gesamte Vermögen des Schuldners vollstrecken kann. Bezieht sich die Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auch auf die Forderung aus § 780, so ist der Gläubiger umfassend gesichert und kann bei Fälligkeit der gesicherten Forderung sofort in das gesamte Vermögen des Schuldners vollstrecken.

 - KLAUSURTIP: Ein derartiges abstraktes Schuldversprechen ist jedoch für den Schuldner gefährlich, da es die Beweislast in einem Zivilprozeß umkehrt:

Nimmt der Gläubiger den Schuldner aus dem Darlehensvertrag gemäß § 607 in Anspruch, so muß der Gläubiger beweisen, daß der Darlehensrückzahlungsanspruch entstanden ist.

Geht der Gläubiger aus dem abstrakten Schuldversprechen gemäß § 780 vor, so kann und muß der Schuldner dem Anspruch aus § 780 die Einrede des § 821 entgegenhalten und in dem Zusammenhang beweisen, daß der Gläubiger um das Schuldversprechen rechtsgrundlos bereichert ist, weil die Darlehensforderung nicht entstanden oder wieder erloschen ist. Weil das abstrakte Schuldversprechen die Beweislast umkehrt, darf ein derartiges abstraktes Schuldversprechen gemäß § 11 Nr. 15 AGBG nicht durch AGB, sondern nur durch Individualabrede vereinbart werden.

#### b) **Änderung der gesicherten Forderung**

Wollen Gläubiger und Schuldner im Rahmen der Hypothek die durch die Hypothek gesicherte Forderung auswechseln, so müssen sie die Auswechslung der Forderung gemäß § 1180 im Grundbuch eintragen lassen. Im Gegensatz dazu genügt es bei der Bestellung einer (abstrakten) Grundschuld, daß die Parteien innerhalb des formlosen Sicherungsvertrages sich dahingehend einigen, daß die Grundschuld nunmehr eine andere Forderung sichern soll.

Auch wenn die Höhe des Zinssatzes schwanken kann, bietet die Bestellung einer Grundschuld Vorteile: Innerhalb der Grundschuld wird der "abstrakte" Zinssatz so hoch (z.B. 15 - 20 %) angesetzt, daß er auch in Zeiten von hohen Zinsen die gesicherte Darlehensforderung abdeckt. Real geschuldet wird jedoch nur der innerhalb des Darlehensvertrages vereinbarte Zinssatz.

#### c) **Kreditsicherung durch Belastung mehrerer Grundstücke**

Sollen zur Sicherung eines entsprechend hohen Kredites mehrere Grundstücke belastet werden, so kann dies in Form einer Gesamthypothek gemäß § 1132 geschehen, bei der mehrere Grundstücke für eine einheitliche Forderung haften. Gehören die belasteten Grundstücke mehreren Eigentümern und nimmt der Gläubiger nur einen von ihnen aus der Hypothek in Anspruch, so muß ein interner Ausgleich unter den haftenden Eigentümern gemäß den §§ 1173 ff. erfolgen. Im Gegensatz zu diesem komplexen Verfahren kann bei der Bestellung einer Gesamtgrundschuld bereits innerhalb des Sicherungsvertrages vereinbart werden, in welcher Form die an sich haftenden Eigentümer dem letztlich in Anspruch genommenen Eigentümer zum Ausgleich verpflichtet sind.

#### d) **Bestellung einer Eigentümergrundschuld**

Gemäß § 1196 kann der Eigentümer zu seinen eigenen Gunsten an seinem Grundstück eine Eigentümergrundschuld bestellen, um im Verhältnis zu späteren Sicherungsnehmern die erste Rangstelle freizuhalten. Der Vorteil einer Eigentümergrundschuld besteht dabei darin, daß der Eigentümer mit den nachrangigen Sicherungsnehmern keine Rangvereinbarung gemäß § 881 treffen muß, um die Rangstelle freizuhalten.

### 4) **Die beiden Erscheinungsformen der Grundschuld**

#### a) **Die isolierte Grundschuld**

Da die Grundschuld demnach nicht notwendigerweise zu Sicherungszwecken bestellt wird, kann es Fälle geben, bei denen das Verwertungsrecht, das aus der Grundschuld folgt, reiner Selbstzweck ist = **isolierte Grundschuld**.

Eine isolierte Grundschuld kann z.B. bestellt werden, um den Rang für spätere Sicherungszwecke zu wahren. Eine derartige Eigentümergrundschuld nach § 1196 ist notwendigerweise eine isolierte Grundschuld, da bei einer Sicherungsgrundschuld der Eigentümer ansonsten ja eine Forderung gegen sich selbst haben müßte, zu deren Sicherung er eine Grundschuld bestellt.

Ferner kann eine isolierte Grundschuld bestellt werden, um Dritte wie z.B. Familienangehörige finanziell abzusichern, denen durch die Grundschuld ein unentziehbarer Vermögenswert übertragen wird.

**Beispiel:** Der Ehemann E möchte als Inhaber eines mittelständischen Unternehmens verhindern, daß die seit seiner Eheschließung erfolgte Wertsteigerung seines Unternehmens bei einer etwaigen Ehescheidung ausgleichspflichtigen Zugewinn darstellt. Durch einen Ehevertrag vereinbart er mit seiner Frau, daß entweder die Wertsteigerung zum Anfangsvermögen zählen und daher bei Beendigung des Güterstandes nicht ausgeglichen werden soll; als Alternative würde sich die Vereinbarung von Gütertrennung anbieten. Um seine Frau vermögensmäßig abzusichern, bestellt er ihr eine isolierte Grundschuld an einem seiner Grundstücke.

## b) Die Sicherungsgrundschuld

Regelmäßig wird jedoch die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dienen = **Sicherungsgrundschuld**, wobei im Rahmen der Kreditsicherung immer mehr auf die Bestellung einer Grundschuld ausgewichen wird, um den Problemen zu entgehen, die bei der Hypothek durch deren Akzessorietät notwendigerweise vorgegeben sind (dazu oben 3.).

## I. Der Entstehungstatbestand der Sicherungsgrundschuld

Bei der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld müssen wir zwischen 3 Rechtsgeschäften unterscheiden:

### 1) Die zu sichernde Forderung

Als gesicherte Forderung kommt jede gegenwärtige oder zukünftige, unbedingte oder bedingte Forderung in Frage. Gesichert werden können auch Ersatzansprüche bei Nichtigkeit (z.B. § 122), Leistungsstörungen oder Rückabwicklungsansprüche gemäß den §§ 812 ff..

### 2) Der Sicherungsvertrag

Der formlos mögliche Sicherungsvertrag nach § 305 verpflichtet den Sicherungsgeber, zugunsten des Sicherungsnehmers eine Sicherungsgrundschuld zu bestellen. Der Sicherungsvertrag enthält die **Bezeichnung der Forderung** (die allerdings nach den §§ 1192, 1180 ausgewechselt werden kann), den **Gläubiger** und den **Sicherungsgeber**. Da die Bestellung der Sicherungsgrundschuld wie jede Verfügung **abstrakt** ist (hier im Verhältnis zum Sicherungsvertrag), andererseits der Sicherungsvertrag der Rechtsgrund der Grundschuldbestellung ist, entsteht ein **fiduziarisches Rechtsverhältnis zwischen Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber** (dazu BGH NJW 1989, 1732, 1733).

Das treuhänderische Verhältnis kommt auch dadurch zum Ausdruck, daß der Sicherungsvertrag regelmäßig detaillierte Abreden über die **Art und Weise der Verwertung** der Grundschuld enthält. Ebenso wird vereinbart, ob die Sicherungsgrundschuld **abgetreten** werden darf. Für den Fall, daß dies gestattet wird, wird vereinbart, daß die Grundschuld nicht isoliert ohne die gesicherte Forderung abgetreten werden darf, was aufgrund mangelnder Akzessorietät ja möglich wäre. Der Verstoß gegen ein vereinbartes Abtretungsverbot hat allerdings keine *dinglichen* Konsequenzen, da die Grundschuld nicht akzessorisch ist und somit von der Forderung gelöst werden *kann*; die Verletzung der vertraglichen Vereinbarung macht aber den Sicherungsnehmer nach den Regeln der pFV schadensersatzpflichtig (dazu BGH NJW 1982, 2768 sowie unten II 3 b).

Weiterhin wird im Sicherungsvertrag vereinbart, ob der Eigentümer bei Leistung an den Gläubiger nur auf die Forderung, nur auf die Grundschuld oder auf Forderung und Grundschuld leistet (dazu unten V).

Ferner werden im Sicherungsvertrag **Rückgewähransprüche bei Fehlen oder Fortfall des Sicherungszwecks** festgeschrieben.

Da derartige Sicherheiten typischerweise von Kreditinstituten verlangt werden und diese ihre Sicherungsverträge wegen der Vielzahl ihrer Kunden standardisieren, ergibt sich hier von Fall zu Fall ein Kollisionsproblem zwischen der Sicherungsabrede und dem AGBG (dazu Baur/Stürner § 45 II 1).

### 3) Die Bestellung der Grundschuld

Eine Grundschuld wird unter folgenden **Voraussetzungen** bestellt:

- a) **Einigung** zwischen Verfügendem und dem Erwerber gemäß § 873 mit dem Inhalt des § 1191;
- b) **Eintragung** der Grundschuld ins Grundbuch in die 3. Abteilung. Eingetragen wird der Kapitalbetrag und die Höhe vereinbarter Zinsen. Die gesicherte Forderung wird bei der Sicherungsgrundschuld ebensowenig eingetragen wie der Sicherungscharakter der Grundschuld, da die Grundschuld als nicht akzessorisches Sicherungsrecht nicht dinglich mit der gesicherten Forderung verknüpft werden darf.
- c) **Einigsein** zwischen Veräußerer und Erwerber zur Zeit der Eintragung; beachte aber auch hier § 873 II.
- d) **Berechtigung** des Verfügenden, die Grundschuld zu bestellen;
- e) **Übergabe des Grundschuldbriefes** gemäß den §§ 1192, 1117, wenn nicht i.S.d. §§ 1192, 1116 II eine Buchgrundschuld bestellt wurde. Bis zur Übergabe des Briefes ist die eingetragene Briefgrundschuld gemäß den §§ 1192, 1163 II eine vorläufige Eigentümergrundschuld.

## II. Die Übertragung von Forderung und Grundschuld

Da die Grundschuld nicht akzessorisch ist, gilt § 1153 I nicht: **Die Grundschuld geht also nicht automatisch auf den Erwerber der Forderung über, wenn die Forderung abgetreten wird; die Grundschuld geht nur über, wenn Veräußerer und Erwerber sich über den Erwerb der Grundschuld einigen.** Dabei gelten für die Abtretung der Grundschuld über § 413 die Regeln der Forderungsabtretung, so daß die Grundschuld unter folgenden **Voraussetzungen** übertragen wird:

1. **Einigung** zwischen Veräußerer und Erwerber **über den Übergang der Grundschuld** gemäß den §§ 398, 413
2. **in der Form der §§ 1192, 1154:**
  - a) Briefgrundschuld/ § 1154 I: Schriftliche Abtretungserklärung bzgl. der Grundschuld und Übergabe des Grundschuldbriefs
  - b) Buchgrundschuld/ § 1154 III: Eintragung des Rechtswechsels im Grundbuch
3. **Berechtigung des Verfügenden**, die Grundschuld zu übertragen

### 1) Forderung und Grundschuld werden gemeinsam abgetreten

Werden die Forderung gemäß § 398 und die Grundschuld gemäß den §§ 398, 413, 1192, 1154 gemeinsam abgetreten, so ist dies für den Schuldner / Eigentümer unproblematisch:

- **Wird er aus der Forderung in Anspruch genommen, so ist er gemäß den §§ 1192, (1167), 1144 nur verpflichtet, Zug um Zug gegen Aushändigung des Grundschuldbriefs und / oder Rückübertragung der Grundschuld zu zahlen.** Ferner bleiben ihm bei Abtretung der Forderung seine gegenüber dem Altgläubiger bestehenden Einwendungen und Einreden gegen die Forderung gemäß den §§ 404 ff. erhalten.
- **Wird er als Eigentümer aus der Grundschuld in Anspruch genommen, so kann er ebenfalls verlangen, daß ihm Zug um Zug gegen Zahlung der Grundschuldbrief ausgehändigt und die Grundschuld zurückübertragen wird** (§ 1163 I 2 gilt ja bei der Grundschuld nicht, weil sie nicht akzessorisch ist!). Der Eigentümer behält auch gegenüber dem neuen Inhaber der Grundschuld gemäß § 1157, 1 die Einreden gegen die Grundschuld, die gegenüber dem früheren Inhaber bestanden, wenn der Neuerwerber die Grundschuld nicht gemäß den §§ 1157, 2; 892 I gutgläubig erworben hat (was der Eigentümer durch Eintragung der Einreden im Grundbuch oder auf dem Grundschuldbrief verhindern kann!).

### 2) Forderung und Grundschuld werden voneinander getrennt

Da die Regeln der Akzessorietät bei der Grundschuld nicht gelten, steht der getrennten Abtretung von Forderung und Grundschuld de iure nichts im Weg. Ebenso ist es denkbar, daß der Gläubiger Inhaber der Forderung bleibt und nur die Grundschuld abtritt oder umgekehrt. Diese Aufspaltung von Forderung und Sicherung Grundschuld bringt jedoch den Schuldner / Eigentümer in eine mißliche Lage: Er kann scheinbar zum einen aus der Forderung, zum anderen aus der Grundschuld in Anspruch genommen werden.

**Fall:** E hatte dem G1 zur Sicherung einer Darlehensforderung eine Briefgrundschuld bestellt. G1 tritt die Darlehensforderung gemäß § 398 an G2, die Grundschuld gemäß den §§ 398, 413, 1192, 1154 I an G3 ab. G2 geht aus der Forderung gegen E vor; G3 nimmt ihn aus der Grundschuld in Anspruch. Kann E die doppelte Inanspruchnahme abwehren?

#### a) Ansprüche des G2 gegen E auf Darlehensrückzahlung nach § 607

Wie wir oben bereits gesehen haben, kann der Eigentümer, der gleichzeitig persönlicher Schuldner ist, von seinem Gläubiger verlangen, daß dieser ihm Zug um Zug gegen dessen Befriedigung gemäß den §§ 1192, 1144 die Urkunden aushändigt, die für eine Löschung bzw. Umschreibung der Grundschuld im Grundbuch erforderlich sind. Diese Zug- um Zug- Einrede der §§ 273, 274 behält E auch bei Abtretung der Forderung gegenüber G2 nach § 404. E kann daher die Inanspruchnahme aus der Forderung dauerhaft abwehren, da G2 zur Rückübertragung einer Grundschuld, die auf ihn nicht übergegangen ist, natürlich nicht in der Lage ist.

#### b) Ansprüche des G3 gegen E auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß den §§ 1192, 1147

Gegenüber dem Erwerber der Grundschuld behält E seine Einreden gegen die Grundschuld gemäß den §§ 1192, 1157, 1, wenn der Erwerber die Grundschuld nicht nach § 1157, 2 gutgläubig einrede frei erworben hat. Da G3 die Grundschuld wirksam erworben hat, ist E aber bei Fälligkeit verpflichtet, die Zwangsvollstreckung zu dulden, wenn er sie nicht - Zug um Zug gegen Rückübertragung der Grundschuld - durch Zahlung an G3 abwendet.

### 3) Abtretungsverbote bzgl. der Forderung und der Grundschuld

Die Probleme, die bei der Grundschuld auf der fehlenden Akzessorietät und der damit möglichen Trennung von Forderung und Grundschuld beruhen, können durch entsprechende Vereinbarungen im Sicherungsvertrag im Vorfeld beseitigt werden.

a) **Abtretungsverbot bezüglich der gesicherten Forderung nach § 399**

**Der Schuldner kann mit seinem Gläubiger ein Abtretungsverbot vereinbaren, das nach § 399, 2. Alt. dingliche Wirkung hat:** Es verhindert den Übergang der Forderung auch dann, wenn es dem Erwerber der Forderung zur Zeit der Abtretung nicht bekannt ist. Durch dieses Abtretungsverbot erreicht der Schuldner, daß der Gläubiger Inhaber der Forderung bleibt. Andererseits muß er natürlich einen Gläubiger finden, der bereit ist, das Abtretungsverbot zu akzeptieren.

b) **Abtretungsverbot bzgl. der Grundschuld: §§ 399, 413 i.V.m. § 877**

**Da für die Übertragung von Rechten gemäß § 413 die Regeln der §§ 398 - 412 gelten, kann der Schuldner zusätzlich mit dem Gläubiger, der ja zunächst Inhaber der ihm bestellten Grundschuld ist, gemäß § 399 vereinbaren, daß auch die Grundschuld nicht abgetreten werden kann.** Dieses Abtretungsverbot hat aber - im Gegensatz zur Forderung - nur dann dingliche Wirkung, wenn es **im Grundbuch eingetragen** ist, da es sich um eine Inhaltsänderung eines Rechts an einem Grundstück im Sinne des § 877 handelt.

**Ist bzgl. der Grundschuld kein Abtretungsverbot im Grundbuch eingetragen, so kann der Inhaber der Grundschuld diese auf Dritte übertragen; ob er sie abtreten darf, ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag.** Hatten die Parteien ein Abtretungsverbot vereinbart, ohne zu wissen, daß sie es hätten im Grundbuch eintragen lassen müssen, so hat sich der Gläubiger durch eine dennoch erfolgte, dinglich wirksame Abtretung der Grundschuld schadensersatzpflichtig gemacht, wenn die Gefahr doppelter Inanspruchnahme aus Forderung und Grundschuld droht.

**Beispiel:** E hatte mit G ein Abtretungsverbot bzgl. der Forderung und der Grundschuld vereinbart, dies aber nicht im Grundbuch eintragen lassen. G tritt die Grundschuld an D ab. Durch diese Abtretung hat er sich wegen der pFV des Sicherungsvertrages schadensersatzpflichtig gemacht. G ist zwar Inhaber der Forderung geblieben, kann diese aber nicht durchsetzen, wenn der Eigentümer / Schuldner an den Inhaber der Grundschuld zahlen muß, da anschließend der Eigentümer / Schuldner mit seiner Schadensersatzforderung aus positiver Forderungsverletzung des Sicherungsvertrages gegen die gesicherte Forderung aufrechnen kann: Der Eigentümer/ Schuldner muß also nur einmal zahlen!

Gegenüber dem Erwerber der Grundschuld kann sich der Eigentümer nicht unmittelbar auf den Sicherungsvertrag berufen, da der Erwerber in diese rein schuldrechtliche Vereinbarung nicht nachgerückt ist. Das dort vereinbarte Abtretungsverbot wirkt jedoch mittelbar über § 1157, 1 auch gegen den Erwerber, da dieser die zur Zeit der Abtretung bereits bestehende Einrede des Abtretungsverbots gegen sich gelten lassen muß, wenn er nicht die Grundschuld nach § 1157, 2 gutgläubig einrededefrei erworben hat.

Im Sicherungsvertrag ist jedoch regelmäßig vereinbart, daß die Grundschuld bei Fälligkeit der gesicherten Forderung abgetreten werden darf, wobei die gesicherte Forderung in Höhe des bei der Veräußerung der Grundschuld erzielten Erlöses erlischt (BGHNJW 1982, 2768, 2769).

### III. Kollisionsprobleme

#### 1) Die zu sichernde Forderung ist nicht entstanden

**Fall:** Zur Sicherung eines noch auszustellenden Darlehens bestellt E dem G eine Briefgrundschuld und übergibt dem G den Grundschuldbrief. Anschließend kommt es zum Streit zwischen E und G über die Darlehenskonditionen; G weigert sich, den entsprechenden Betrag auszusahlen.

- a) **Ist die Forderung nie entstanden, aber sowohl der Sicherungsvertrag abgeschlossen als auch die Grundschuld wirksam bestellt worden, so hat der Sicherungsgeber vertragliche Rückgewähransprüche aus dem Sicherungsvertrag.** Hier wenden die einen (z.B. BGH BB 1967, 1144) § 346, 1 an, da der Eigentümer nach erfolgtem Rücktritt vom Sicherungsvertrag einen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld hat. Andere (z.B. Baur / Stürmer § 45 II 2 b) folgern einen Rückgewähranspruch aus der **treuhänderischen Abrede des Sicherungsvertrags**. Dieser Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld entsteht nach h.M. bereits mit Abschluß des Sicherungsvertrages, aufschiebend bedingt durch den Fortfall des Sicherungszwecks, z.B. durch Nichtentstehung oder Tilgung der gesicherten Forderung (BGH NJW 1982, 2768, 2769; 1989, 1732, 1733). (Vertiefungshinweis: Der formularmäßige Ausschluß dieses Rückgewähranspruchs innerhalb der AGB des Sicherungsvertrages kann eine unbillige Benachteiligung des Eigentümers i.S.d. § 9 AGBG darstellen und somit unwirksam sein; BGHZ 106, 375).
- b) Der Eigentümer kann statt Rückgewähr vom Sicherungsnehmer die **Erteilung einer löschungsfähigen Quittung** verlangen und daher frei darüber entscheiden, ob durch seine eigene Eintragung eine Eigentümergrundschuld entstehen soll (die zu späteren Sicherungszwecken rangwahrend verwendet werden kann) oder ob die Grundschuld gelöscht werden soll. Die Eigentümergrundschuld entsteht aber erst nach Rückgewähr bzw. Verzicht des Gläubigers gemäß den §§ 1192, 1168, da § 1163 I 1 mangels Akzessorietät der Grundschuld nicht gilt.

## 2) Der Sicherungsvertrag ist ebenfalls unwirksam

- a) **Ist der Sicherungsvertrag ebenfalls unwirksam, so besteht ein Rückgewähranspruch aus § 812 I 2, 2.Alt.,** da der mit der Bestellung der Grundschuld verfolgte Sicherungszweck jetzt dauerhaft nicht mehr erreicht werden kann. Der Inanspruchnahme aus der Grundschuld kann der Eigentümer daher die Bereicherungseinrede des § 821 entgegenhalten.
- b) Daneben besteht noch gemäß den §§ 1192, 1168 ein **dinglicher Verzichtsanspruch** gegen den Inhaber der Grundschuld, den der Eigentümer nach den §§ 1192, 1169 einredeweise geltend machen kann (dazu BGH NJW 1985, 800).

## IV. Einreden

### 1) Einreden gegen die Forderung

**Die gegenüber der schuldrechtlichen Forderung bestehenden Einreden können der Inanspruchnahme aus der Grundschuld nicht entgegengehalten werden,** da § 1137 im Rahmen der Grundschuld nicht gilt. Die Vorschrift des § 1137 beruht auf der Akzessorietät von Forderung und Sicherungsrecht und paßt nicht zum Charakter der Grundschuld.

### 2) Einreden gegen die Grundschuld

Einreden gegen die Grundschuld können sich aus dem Sicherungsvertrag oder bei dessen Unwirksamkeit aus § 812 ergeben. **Gemäß den §§ 1192; 1157 I, 1 können diese Einreden auch dem Zweiterwerber der Grundschuld entgegengehalten werden,** es sei denn, daß dieser bezüglich dieser Einreden gutgläubig war und die Grundschuld über die §§ 1192; 1157, 2 einrededefrei erworben hat.

(Zur Darstellungsweise vergleichen Sie bitte die Kursmitschrift.)

**Problem: Ist der Erwerber bezüglich bestehender Einreden bereits bösgläubig, wenn er den Sicherungscharakter der Grundschuld kennt?**

**Fall:** Der persönliche Schuldner S nimmt beim Gläubiger G ein Darlehen auf, für das sein Vater V eine Briefgrundschuld bestellt. Am 1.4. zahlt S das Darlehen zurück, vergißt aber, sich den Grundschuldbrief aushändigen zu lassen (worauf er ja nach den §§ 1192, 1167, 1144 einen Anspruch gehabt hätte). G tritt die vermeintlich noch bestehende Forderung und die Grundschuld am 5. 4. an D ab, der eine Woche später gegen den Sohn aus der Forderung und gegen den Vater aus der Grundschuld vorgehen will.

- 1) Eine Inanspruchnahme des Sohnes aus § 607 scheidet aus, da die Forderung am 1. 4. durch Erfüllung gemäß § 362 erloschen war und auch bei Gutgläubigkeit des D vom nichtberechtigten G nicht mehr erworben werden konnte.
- 2) Ansprüche des D gegen V auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß den §§ 1192, 1147

D hat die Grundschuld wirksam vom Berechtigten erworben, da die Grundschuld aufgrund ihrer Abstraktheit trotz Erfüllung der gesicherten Forderung noch fortbestand und auch kein dinglich wirkendes Abtretungsverbot bestand. Der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist aber nicht durchsetzbar, wenn V ihm eine Einrede entgegenhalten kann.

Nach Erfüllung der gesicherten Forderung stand dem V ein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld bzw. Verzicht auf die Grundschuld gemäß den §§ 1192, 1168 gegen G zu. Die daraus resultierende Einrede der §§ 1192, 1169 bleibt dem V auch gegenüber dem neuen Inhaber der Grundschuld gemäß den §§ 1192, 1157, 1 erhalten.

Dem hält jedoch D entgegen, er habe gemäß den §§ 1192; 1157, 2 die Grundschuld gutgläubig *einrededefrei* erworben, da er vom Fortbestand der gesicherten Forderung ausgegangen sei.

**Die Voraussetzungen des gutgläubig einrededefreien Erwerbs gemäß den §§ 1192, 1157, 2; 892 I lauten wie folgt:**


- Der Übergang der Grundschuld erfolgte aufgrund eines **Rechtsgeschäfts** gemäß den §§ 398, 413, 1192, 1154.
  - Das **Grundbuch war unrichtig**, da es diese Einrede nicht enthielt.
  - Dadurch war der **Verfügende legitimiert**, über eine scheinbar einrededefreie Grundschuld zu verfügen.
  - Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Erwerber D bzgl. der Einrededefreiheit **gutgläubig** war. Seine diesbezügliche Bösgläubigkeit könnte sich bereits daraus ergeben, daß er wußte, daß diese Grundschuld eine schuldrechtliche Forderung sichern sollte. Dies würde bedeuten, daß sich der Erwerber einer Sicherungsgrundschuld nach dem Schicksal der gesicherten Forderung beim Schuldner erkundigen muß.
- Das Reichsgericht hatte in RGZ 91, S. 218 dem Zweiterwerber eine derartige Erkundigungspflicht auferlegt und es daher zugelassen, dem Zweiterwerber das Fehlen der zu sichernden Forderung einredeweise entgegenzuhalten.
  - Der BGH hat in BGHZ 59, 1 dieser Auffassung widersprochen und für die Bösgläubigkeit des Erwerbers gefordert, daß dieser den konkreten Einredetatbestand kennt. Bei der Hypothek existiere eine grundlegende Trennung zwischen der Verkehrshypothek (gutgläubig einrededefreier Erwerb über § 1157, 2 möglich) und der Sicherungshypothek, die sich angesichts strenger Akzes-

sorietät an Bestand und Durchsetzbarkeit der Forderung anlehnt. Durch die nicht akzessorische Grundschuld sollte aber nach dem Willen des Gesetzgebers ein Sicherungsmittel geschaffen werden, das der Briefhypothek in Bezug auf die Verkehrsfähigkeit mindestens gleichkommt. Eine der tragenden Säulen der Verkehrsfähigkeit ist dabei die Möglichkeit gutgläubig lastenfreien Erwerbs. (Wer erwirbt nach den §§ 1192, 1154 durch Einigung und Briefübergabe eine Grundschuld, wenn er mit der Möglichkeit rechnen muß, die Grundschuld sei de iure nicht durchsetzbar?)

Die noch vom Reichsgericht als Argument herangeführte Benachteiligung des Grundstückseigentümers ist dabei nach Westermann (§ 132 III) nur die logische Konsequenz eines jeden gutgläubigen Erwerbs. Im übrigen hätte der Eigentümer die Möglichkeit gutgläubigen einredfreien Erwerbs dadurch zunichte machen können, daß er die Einrede im Grundbuch oder auf dem Grundschuldbrief vermerkt hätte bzw. (im Eilfall durch einstweilige Verfügung gemäß § 935 ZPO) einen Widerspruch gemäß § 899 hätte eintragen lassen.

Daher ist der Auffassung des BGH zu folgen. Der Zweiterwerber ist bezüglich bestehender Einreden nur dann bösgläubig, wenn er die konkrete Einrede **kennt**. Der BGH hat in BGHZ 103, 72, 82 diesen Standpunkt noch einmal bekräftigt: Den Erwerber einer Sicherungsgrundschuld trifft keine Nachforschungspflicht dahingehend, ob der Verfügende nach dem Sicherungsvertrag zwischen ihm und dem Eigentümer über die Grundschuld verfügen durfte oder ob die gesicherte Forderung noch besteht bzw. der Eigentümer Rückübertragung der Grundschuld verlangen kann.

In unserem Beispielfall müßte D daher die erfolgte Zahlung an G nicht einredeweise gegen sich gelten lassen und könnte daher von V Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen.

 - KLAUSURTIP: War der Sicherungsvertrag zwischen dem Verfügendem und dem Eigentümer nichtig, so wirkt auch der Kondiktionsanspruch des Eigentümers gegen den Inhaber der Grundschuld nach § 812 I 2, 2. Alt. nicht gegen deren Erwerber. Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen der Erwerber die Grundschuld unentgeltlich erworben hat: Hier ist er im Verhältnis zum Eigentümer nicht schutzwürdig, so daß der Eigentümer die Grundschuld bei ihm gemäß § 822 kondizieren, ihm daher die Einrede des § 821 entgegenhalten kann (BGHZ 108, 237, 243).

## V. Zahlungen an den Gläubiger

Wie auch im Rahmen der Hypothek müssen wir zwischen 3 verschiedenen Konstellationen unterscheiden:

### 1) Der Eigentümer des Grundstücks ist gleichzeitig persönlicher Schuldner der Forderung

**Fall:** Eigentümer E hatte beim Gläubiger G ein Darlehen aufgenommen und dem G zur Sicherheit eine Grundschuld bestellt. Bei Fälligkeit des Darlehens zahlt E an G.

- a) **Wird der Gläubiger befriedigt, so entscheidet zunächst die Vereinbarung des Sicherungsvertrages darüber, ob auf die Forderung, auf die Grundschuld oder auf beides gezahlt wurde.** Durch eine derartige Vereinbarung wird das Recht des Schuldners, den Tilgungszweck seiner Leistung selbst zu bestimmen, aufgehoben.

(So wird in den AGB der Banken vereinbart, daß eine Zahlung des Kunden ausschließlich auf die Forderung erfolgt, wenn keine andere individualvertragliche Vereinbarung getroffen wurde. Der Schuldner ist an diese Vereinbarung gebunden (BGHZ 91, 375, 379).

- b) **Ist eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden, so entscheidet der Parteiwille, worauf gezahlt wird.** Dabei trägt der Schuldner in einem Zivilprozeß die Beweislast bzgl. der Frage, worauf er gezahlt hat; so muß er den Fortfall des Sicherungszwecks wegen Erfüllung der gesicherten Forderung beweisen (BGH NJW 1986, 53, 54).
- c) **Sicher ist, daß die Forderung nach § 362 erlischt. Ob auch auf die Grundschild gezahlt wird, hängt vom Parteiwillen ab:** Da bei der Ablösung der Grundschild diese auf den Eigentümer übergehen würde (wobei umstritten ist, ob dies aus den §§ 1142, 1143 (so BGH NJW 1986, 2108, 2111) oder § 1163 I 2 analog herzuleiten ist; der Streit ist aber in der Klausur irrelevant), hätten nachrangige Gläubiger einen Löschungsanspruch aus § 1179 a (s.o. § 40). Will der Grundstückseigentümer die Grundschild noch einmal zu Sicherungszwecken verwenden, so wird er nur auf die Forderung zahlen und den Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag bzgl. der Grundschild - durch formlosen Vertrag gemäß § 398 (BGH RPfleger 1991, 381) - an einen neuen Kreditgeber abtreten mit der Folge, daß die Grundschild für den neuen Kreditgeber bestehen bleibt. Diesem "Trick" des Eigentümers können nachrangige Sicherungsnehmer im Vorfeld dadurch begegnen, daß sie sich diesen potentiellen Rückgewähranspruch des Eigentümers gegen den ihnen vorgehenden Sicherungsnehmer von vornherein abtreten lassen. Eine derartige Abtretungsvereinbarung wird regelmäßig in den AGB enthalten sein.

## 2) Der Eigentümer des Grundstücks und der Schuldner sind personenverschieden

**Fall:** Vater V hat dem Gläubiger G eine Grundschild bestellt, um ein Darlehen zu sichern, das G dem S gewährt hat.

- a) Zahlt der **Schuldner**, so erlischt nach § 362 die schuldrechtliche Verbindlichkeit und dem Eigentümer steht ein Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag zu, der gemäß den §§ 398, 413, 1154, 1192 vollzogen wird.
- b) Zahlt der **Eigentümer**, so zahlt er auf die Grundschild (wenn er den Gefahren des § 1179 a nicht entgehen will oder muß, s.o.) mit der Folge, daß die Grundschild (gemäß den §§ 1142, 1143 bzw. § 1163 I 2 analog) auf ihn übergeht. Die Forderung gegen den Schuldner bleibt erhalten und geht zu Ausgleichszwecken auf den Eigentümer über.

Dieser Übergang der gesicherten Forderung auf den Eigentümer vollzieht sich jedoch im Gegensatz zur Hypothek nicht nach § 1143 kraft Gesetzes, da die Grundschild abstrakt ist. Auch eine *cessio legis* gemäß § 426 II kommt nicht in Betracht, da Eigentümer und persönlicher Schuldner nicht gleichstufig haften; letztendlich soll ja nur der Schuldner zahlen. Die gesicherte Forderung muß also vom Gläubiger rechtsgeschäftlich gemäß § 398 auf den zahlenden Eigentümer abgetreten werden. Der BGH hat die Rechtsnatur des Anspruchs auf Abtretung der gesicherten Forderung offengelassen (z.B. in BGH NJW 1989, 2530; zu dieser Entscheidung Langels, Schuldrecht AT 2 § 32 II 2). Im Zweifel wird man den Anspruch auf § 242 stützen können: Der Gläubiger ist nach Treu und Glauben verpflichtet, die Forderung auf den zahlenden Eigentümer abzutreten, die er ja nicht mehr braucht, die aber dem Eigentümer zu einem Regreßanspruch verhelfen würde.

## 3) Ein Dritter zahlt

Zahlt ein Dritter, so kann es sich um einen

- a) **ablösungsberechtigten Dritten** handeln, der auf die Grundschild zahlt und diese über § 268 III analog erwirbt oder
- b) um einen **Käufer** handeln, der Forderung und Grundschild kauft: Die Forderung wird über § 398, die Grundschild über die §§ 398, 413, 1154, 1192 abgetreten.