

III. Die Höchstbetragshypothek

Bei der Höchstbetragshypothek des § 1190 wird nur der Höchstbetrag im Grundbuch eingetragen, zu dem das Grundstück belastet werden kann. Es handelt sich um eine Sonderform der Sicherungshypothek und daher notwendigerweise um eine *Buchhypothek*, was die Verkehrsfähigkeit erschwert. Die Höchstbetragshypothek kann zwar nach § 1154 abgetreten werden, aber nur in der Höhe, in der die Forderung besteht (s.o. die Sicherungshypothek ist streng akzessorisch: die §§ 1185 II, 1138 gelten nicht!).

IV. Die Zwangshypothek

Die Zwangshypothek gemäß den §§ 866, 867 ZPO ist ebenfalls eine Sicherungshypothek, die der Gläubiger im Rahmen der Zwangsvollstreckung im Grundbuch eintragen lassen kann, um seine Forderung gegen den Schuldner durch dessen Grundstück abzusichern.

§ 42 Die Grundschild: §§ 1191 - 1198

Vorbemerkung

1) Die Definition der Grundschild

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

Eine Ausnahme gilt gemäß § 1192 I a: Danach ist im Gegensatz zur Hypothek ein gutgläubig einredefreier Erwerb der Grundschild i.S.d. §§ 1157, 2; 892 I dann nicht möglich, wenn sich die Einrede aus dem Sicherungsvertrag ergibt, der der Grundschild zugrunde liegt.

2) Der Unterschied zur Hypothek

Die Grundschild gestattet ihrem Inhaber ebenso wie die Hypothek, sich bei Fälligkeit aus dem Grundstück des Sicherungsgebers zu befriedigen. **Im Unterschied zur Hypothek ist jedoch die Grundschild abstrakt, also nicht vom Bestand einer Forderung abhängig.** Dies wird durch § 1192 noch einmal unterstrichen, der bezüglich der Grundschild 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 Grundschild 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 Grundschild 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.

AL-Klausurtyp: 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 § 488 I 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 § 309 Nr. 12 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 oftmals 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 § 311 I 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 § 280 I 1 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 AGB-Recht (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 werden der Kapitalbetrag und die Höhe vereinbarter Zinsen. Die gesicherte Forderung wird bei der Sicherungsgrundschuld ebenso wenig 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!).

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 Sicherungsgrundschuld 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 § 488 I**
Dem E steht gegen G1 wegen der schuldhaften Pflichtverletzung des Sicherungsvertrags ein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 I 1 zu. Mit diesem Anspruch kann er gemäß § 406 auch nach erfolgter Abtretung gegenüber dem Neugläubiger G2 aufrechnen und damit die Darlehensforderung zum Erlöschen bringen.
- b) **Ansprüche des G3 gegen E auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß den §§ 1192, 1147**
Da G3 die Grundschild wirksam erworben hat, ist E bei Fälligkeit verpflichtet die Zwangsvollstreckung zu dulden, wenn er sie nicht - Zug um Zug gegen Rückübertragung der Grundschild - durch Zahlung an G3 abwendet.

3) Abtretungsverbote bzgl. der Forderung und der Grundschild

Die Probleme, die bei der Grundschild auf der fehlenden Akzessorietät und der damit möglichen Trennung von Forderung und Grundschild 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 Grundschild: §§ 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 Grundschild ist, gemäß § 399 vereinbaren, dass auch die Grundschild 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 Grundschild kein Abtretungsverbot im Grundbuch eingetragen, so kann der Inhaber der Grundschild 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 Grundschild schadensersatzpflichtig gemacht, wenn die Gefahr doppelter Inanspruchnahme aus Forderung und Grundschild droht.

Beispiel: E hatte mit G ein Abtretungsverbot bzgl. der Forderung und der Grundschild vereinbart, dies aber nicht im Grundbuch eintragen lassen. G tritt die Grundschild an D ab. Durch diese Abtretung hat er sich wegen der Pflichtverletzung des Sicherungsvertrages gemäß § 280 I 1 schadensersatzpflichtig gemacht. G ist zwar Inhaber der Forderung geblieben, kann diese aber nicht durchsetzen, wenn der Eigentümer / Schuldner an den Inhaber der Grundschild zahlen muss, da anschließend der Eigentümer / Schuldner mit seiner Schadensersatzforderung aus § 280 I 1 gegen die gesicherte Forderung aufrechnen kann: Der Eigentümer/ Schuldner muss also nur einmal zahlen!

Im Sicherungsvertrag ist jedoch regelmäßig vereinbart, dass die Grundschild bei Fälligkeit der gesicherten Forderung abgetreten werden darf, wobei die gesicherte Forderung in Höhe des bei der Veräußerung der Grundschild erzielten Erlöses erlischt (BGH NJW 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 Briefgrundschild und übergibt dem G den Grundschildbrief. Anschließend kommt es zum Streit zwischen E und G über die Darlehenskonditionen; G weigert sich, den entsprechenden Betrag auszustellen.

a) **Ist die Forderung nie entstanden, aber sowohl der Sicherungsvertrag abgeschlossen als auch die Grundschild wirksam bestellt worden, so hat der Sicherungsgeber vertragliche Rückgewähransprüche aus dem Sicherungsvertrag.** Hier wenden die einen (z.B. BGH BB 1967, 1144) § 346 I an, da der Eigentümer nach erfolgtem Rücktritt vom Sicherungsvertrag einen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschild hat. Andere (z.B. Baur/Stürner § 45 II 2 b) folgern einen Rückgewähranspruch aus der **treuhänderischen Abrede des Sicherungsvertrags**.

Dieser Anspruch auf Rückgewähr der Grundschild 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. § 307 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 Eigentümergrundschild entstehen soll (die zu späteren Sicherungszwecken verwendet werden kann) oder ob die Grundschild gelöscht werden soll. Die Eigentümergrundschild entsteht aber erst nach Rückgewähr bzw. Verzicht des Gläubigers gemäß den §§ 1192, 1168, da § 1163 I 1 mangels Akzessorietät der Grundschild 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 Grundschild verfolgte Sicherungszweck jetzt dauerhaft nicht mehr erreicht werden kann. Der Inanspruchnahme aus der Grundschild kann der Eigentümer daher die Bereicherungseinrede des § 812 entgegenhalten.

b) Daneben besteht noch gemäß den §§ 1192, 1168 ein **dinglicher Verzichtsanspruch** gegen den Inhaber der Grundschild, 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 Grundschild nicht entgegengehalten werden, da § 1137 im Rahmen der Grundschild nicht gilt. Die Vorschrift des § 1137 beruht auf der Akzessorietät von Forderung und Sicherungsrecht und passt nicht zum Charakter der Grundschild.

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.** Ein bisher möglicher gutgläubig einrededefreier Erwerb der Grundschuld gemäß den §§ 1192; 1157, 2; 892 I kommt nach der Neuregelung des § 1192 I 1 a nicht mehr in Betracht.

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.

- a) Eine Inanspruchnahme des Sohnes aus § 488 I scheidet aus, da die Forderung am 01.04. durch Erfüllung gemäß § 362 erloschen war und auch bei Gutgläubigkeit des D vom nichtberechtigten G nicht mehr erworben werden konnte.
- b) 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 gemäß den §§ 1192, 1157, 1 eine Einrede entgegenhalten kann.

Nach Erfüllung der gesicherten Forderung stand dem V aus dem Sicherungsvertrag des § 311 I ein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld bzw. auf den 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.

- aa) **Dem konnte nach früher geltendem Recht der Erwerber der Grundschuld jedoch nach hM entgegengehalten, er habe gemäß den §§ 1192; 1157, 2; 892 I die Grundschuld gutgläubig einrededefrei erworben,** da er vom Fortbestand der gesicherten Forderung ausgegangen sei. Dabei war stets umstritten, ob der Erwerber einer Sicherungsgrundschuld nicht bereits aufgrund des Charakters der Sicherungsgrundschuld mit der Existenz von Einreden aus dem Sicherungsvertrag rechnen musste und sich daher nach dem Schicksal der gesicherten Forderung erkundigen musste, ob also die Darlehensforderung überhaupt entstanden war oder durch Erfüllung nachträglich erloschen war.

Der BGH hatte in BGHZ 59, 1 (später bestätigt in BGHZ 103, 72, 82) den gutgläubig einrededefreien Erwerb der Grundschuld gemäß den §§ 1192, 1157, 2; 892 I für möglich gehalten 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 Akzessorietät an Bestand und Durchsetzbarkeit der Forderung anlehne. 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 gleichkomme. Eine der tragenden Säulen der Verkehrsfähigkeit sei dabei die Möglichkeit des 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 dadurch bedingte Benachteiligung des Grundstückseigentümers sei dabei nur die logische Konsequenz eines jeden gutgläubigen Erwerbs. Im Übrigen hätte der Eigentümer die Möglichkeit gutgläubigen einredefreien 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.

bb) **Der Gesetzgeber hat dem gutgläubig einredefreien Erwerb jedoch im Rahmen des Risikobegrenzungsgesetzes durch § 1192 I 1 a einen Riegel vorgeschoben.** Nach dieser Vorschrift können bei Bestellung einer Sicherungsgrundschuld die Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrages mit dem bisherigen Eigentümer gegen die Grundschuld zustehen oder die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem nachfolgenden Erwerber der Grundschuld entgegengehalten werden. Die Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs besteht bezüglich dieser Einreden gemäß § 1192 I 1 a, 2. HS nicht mehr.

Der **Hintergrund dieser Neuregelung des § 1192 I 1 a** waren Missstände auf den Kapitalmärkten: Erwerber von Grundschulden betrieben die Zwangsvollstreckung, obwohl die gesicherten Darlehensforderungen längst getilgt worden waren. Die jeweiligen Schuldner hatten sich zuvor in notariellen Urkunden i.S.d. § 794 I Nr. 5 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, so dass die Erwerber der Sicherungsgrundschulden bereits über vollstreckbare Titel verfügten und der geltend gemachte Anspruch nicht mehr gerichtlich überprüft werden musste. Die vom Notar zuvor zu erteilende Vollstreckungsklausel des § 725 ZPO wurde aufgrund der Unterwerfungserklärung gemäß den §§ 799, 800 ZPO ohne Rücksicht darauf erteilt, ob die gesicherte Forderung überhaupt entstanden oder nachträglich erloschen war.

Der Eigentümer des Grundstücks muss daher – auch nach dem heute geltenden Recht! – von sich aus aktiv werden und durch **Vollstreckungsgegenklage gemäß den §§ 767, 797 ZPO** gegen die drohende Zwangsvollstreckung vorgehen. Bei dieser Klage ist der Eigentümer Kläger und daher gemäß § 6 GKG bezüglich der Gerichtskosten vorschusspflichtig. Selbst wenn er eine derartige Klage erhebt, lief er bisher Gefahr, durch den gutgläubig einredefreien Erwerb der Grundschuld des Beklagten nicht nur im Rahmen der Zwangsvollstreckung trotz Nichtvalutierung / Rückzahlung des Darlehens sein Grundstück zu verlieren, sondern auch als Verlierer gemäß § 91 ZPO die Kosten des vorangegangenen Rechtsstreits zu tragen.

cc) **Hier hilft jetzt das Risikobegrenzungsgesetz durch folgende Maßnahmen:**

(1) **Der gutgläubig einredefreie Erwerb der Grundschuld ist gemäß § 1192 I 1 a, 2. HS nicht mehr möglich, wenn sich die Einrede aus dem Sicherungsvertrag ergibt.**

(a) **Dazu zählen zum einen Einreden, die dem Eigentümer gegen die Grundschuld bereits auf Grund des Sicherungsvertrages zustehen, bei denen also der Einredetatbestand bereits erfüllt war, bevor der gutgläubige Erwerber die Grundschuld erworben hatte:** Nichtvalutierung des Darlehens, Tilgung der gesicherten Forderung vor der Grundschuldübertragung, mangelnde Verwertungsreife.

(b) **Zu den Einreden, die nicht durch gutgläubigen Erwerb überwunden werden können, zählen aber auch Einreden aus dem Sicherungsvertrag, bei denen zumindest die Rechtsgrundlage schon beim Erwerb der Grundschuld angelegt war, z.B. das Erlöschen der gesicherten Forderung nach der Übertragung der Grundschuld oder die befreiende Wirkung der Leistung an den früheren Gläubiger gemäß § 407.**

In unserem Beispielsfall müsste D daher die erfolgte Zahlung an G gemäß den §§ 1192, 1168, 1169, 1157, 1 einredeweise gegen sich gelten lassen und könnte daher von V nicht Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen.

AL-Klausurtyp: 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. gegen deren Erwerber. Die Einrede der §§ 812, 821 ist zum Schutz des Eigentümers als „Einrede auf Grund des Sicherungsvertrags“ i.S.d. § 1192 I 1 a anzusehen.

(2) Wenn sich der Eigentümer des durch Grundschuld belasteten Grundstücks im Zuge einer Vollstreckungsgegenklage gemäß den §§ 767, 797 ZPO gegen die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zur Wehr setzt, so wird ihm die Prozessführung dadurch erleichtert, dass er beim Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe von § 769 I 2 ZPO **keine Sicherheitsleistung des Eigentümers** festgesetzt wird, die er normalerweise zu erbringen hätte.

(3) Hat der bisherige Eigentümer des durch Grundschuld belasteten Grundstücks die Vollstreckungsgegenklage gemäß den §§ 767, 797 ZPO nicht erhoben und dadurch die Zwangsvollstreckung nicht verhindert, so steht ihm nach durchgeführter Vollstreckung ein **Schadensersatzanspruch gegen den Vollstreckungsgläubiger gemäß § 799 a ZPO** zu. Dies gilt auch in Fällen, in denen der Vollstreckungsgläubiger nicht wusste, dass die gesicherte Forderung zuvor nicht entstanden bzw. nachträglich erloschen war.

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 Grundschuld gezahlt wird, hängt vom Parteiwillen ab:** Da bei der Ablösung der Grundschuld 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 Grundschuld noch einmal zu Sicherungszwecken verwenden, so wird er nur auf die Forderung zahlen und den Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag bzgl. der Grundschuld - durch formlosen Vertrag gemäß § 398 (BGH RPfleger 1991, 381) - an einen neuen Kreditgeber abtreten mit der Folge, dass die Grundschuld 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 Grundschuld 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 Grundschuld (wenn er den Gefahren des § 1179 a nicht entgehen will oder muss, s.o.) mit der Folge, dass die Grundschuld (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 Grundschuld 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). 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 Grundschuld zahlt und diese über § 268 III analog erwirbt oder
- b) um einen **Käufer** handeln, der Forderung und Grundschuld kauft: Die Forderung wird über § 398, die Grundschuld über die §§ 398, 413, 1154, 1192 abgetreten.