

§ 1192 Abs. 1a BGB im Lichte massen-
hafter Sicherungsgrundschuldzessionen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen

vorgelegt von

Rocco Cataldo
aus Ostfildern-Ruit

2014

TOBIAS-lib

Dekan: Prof. Dr. Jörg Kinzig

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dres. h. c. Harm Peter Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 2014

VORWORT

Am 19. August 2008 trat die Regelung des § 1192 Abs. 1a BGB in Kraft. Damit sollte, laut der offiziellen Gesetzesbegründung, eine Schutzlücke geschlossen werden, die sich daraus ergab, dass ein Zessionar eine Sicherungsgrundschuld frei von etwaigen Einreden aus dem Sicherungsvertrag zwischen dem Zedent und dem Grundstückseigentümer erwerben konnte. Die vorliegende Arbeit untersucht in ihrem Ersten Teil ob und gegebenenfalls in welchem Umfang diese vom Gesetzgeber vermutete Schutzlücke bestanden hat. Im Zweiten Teil der Arbeit wird die Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB untersucht. Hier wird die Struktur dieser (neuen) Vorschrift analysiert und die sich daraus ergebenden Folgen beschrieben.

Ich betrachte es als eine besondere Ehre von Herrn Professor Dr. Dres. h. c. Harm Peter Westermann zur Promotion angenommen worden zu sein. Ihm gebührt mein herzlichster Dank. In idealtypischer Weise erfüllte er die Rolle eines Doktorvaters, nicht zuletzt dank seiner inhaltlichen und fachlichen Betreuung meiner Arbeit. Dabei hat sich mein Doktorvater stets in allen, teilweise schwierigen, Phasen der Dissertation Zeit für meine Fragen genommen und mich kompetent und konstruktiv unterstützt. Er ermöglichte es auch, dass ich mit Herrn Rechtsanwalt Bernd Schmidt von der Hypothekenbank Frankfurt Kontakt aufnahm. Aus praktischer Sicht konnte ich mit diesem die einschlägige bankenübliche Praxis des Umgangs mit Sicherungsgrundschulden besprechen.

Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Wolfgang Marotzke für die – trotz großer anderweitiger Arbeitslast – schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Frau Julia Sophie Zaiser, zurzeit Studentin der Rechtswissenschaften an derselben Fakultät, hat das Typoskript sehr genau gelesen und dieses umfangreich stilistisch kritisiert. Ich habe – bis auf wenige Ausnahmen – ihre Anregungen aufgenommen. Ihr gebührt Dank hierfür.

Nicht zuletzt gilt meine Verbundenheit meiner Familie und meinen Freuden, die mich auf dem oft einsamen Weg eines Doktoranden stets begleitet haben. Ich fühle mich diesen – dank der erlebten menschlichen Wirkung – besonders nahe.

Tübingen, im April 2014

Der Autor

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	XVII

EINLEITUNG

§ 1 Einführung in das Thema	1
-----------------------------------	---

ERSTER TEIL

(Untersuchung der Altfälle)

Kapitel 1

Materiell-rechtliche Schutzmechanismen zu Gunsten des Grundstückseigentümers

§ 2 Wirksamkeit der Abtretung der Sicherungsgrundschuld	13
§ 3 Neudefinition von Bösgläubigkeit?.....	38
§ 4 „Einwendungsdurchgriff“ im weiten Sinne	44
§ 5 Gesetzliche Rückwirkung des § 1192 Abs. 1a BGB.....	53
§ 6 Scheitern von materiell-rechtlichen Schutzmechanismen	56

Kapitel 2

Prozess-rechtliche Schutzmechanismen zu Gunsten des Grundstückseigentümers

§ 7 Übertragung auch der Titelfunktion des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO	57
§ 8 Zulässigkeit der formularmäßigen Unterwerfungserklärung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	63
§ 9 Bezieht sich die formularmäßige Unterwerfungserklärung gemäß § 305 c Abs. 2 BGB (bzw. nach §§ 133, 157 BGB) nur auf treuhänderisch gebun- dene Sicherungsgrundschulden?	101

Kapitel 3

Beschreibung eines Schutzmechanismus zu Gunsten des Grundstückseigentümers

§ 10 Vorschlag eines Schutzmechanismus' zu Gunsten des Grundstückseigentümers	116
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

Kapitel 4

Zusammenfassende Gesamtbetrachtung der Altfälle

§ 11 Zusammenfassung der Altfälle.....	127
----------------------------------------	-----

ZWEITER TEIL

(Untersuchung der Neufälle)

Kapitel 5

Der neu eingeführte § 1192 Abs. 1a BGB

§ 12 Definition des Anwendungsbereichs des § 1192 Abs. 1a BGB.....	129
§ 13 Auslegung des § 1192 Abs. 1a BGB.....	138

Kapitel 6

Jenseits von § 1192 Abs. 1a BGB liegende Rechtsprobleme

§ 14 Weitere wichtige Rechtsprobleme jenseits von § 1192 Abs. 1a BGB	175
----------------------------------------------------------------------------	-----

SCHLUSSTEIL

§ 15 Beantwortung der Leitfrage.....	183
§ 16 Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	184
§ 17 Einige praktische Empfehlungen an den Grundstückseigentümer.....	185

Literaturverzeichnis.....	L I
---------------------------	-----

Eidesstattliche Versicherung	E
------------------------------------	---

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsübersicht	I
Abkürzungsverzeichnis	XVI

EINLEITUNG

§ 1 Einführung in das Thema	1
A. Ausgangssituation.....	1
B. Rechtliche Grundvoraussetzungen	1
I. Der Darlehensvertrag als Grundgeschäft	2
II. Der Sicherungsvertrag als Sicherungsgeschäft.....	3
1. Die grundsätzliche Bedeutung des Sicherungsvertrages	3
2. Das Verhältnis zwischen dem Darlehensvertrag und dem Sicherungsvertrag	4
III. Die Sicherungsgrundschuld als Sicherheit	5
C. Missbrauchsszenario als Anlass der Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB.....	6
D. Die zeitliche Anwendbarkeit des § 1192 Abs. 1a BGB als Abgrenzung von Alt- und Neufällen	8
E. Formulierung der hier zu behandelnden Leitfrage.....	10
F. Gang der Untersuchung und grenzüberschreitende Aspekte	10

ERSTER TEIL

(Untersuchung der Altfälle)

Kapitel 1

Materiell-rechtliche Schutzmechanismen zu Gunsten des Grundstückseigentümers

§ 2 Wirksamkeit der Abtretung der Sicherungsgrundschuld	13
A. Kein Abtretungsausschluss aus §§ 1192 Abs. 1, 1154; 399, 2. Fall BGB	13

B. Kein dinglich wirkendes gesetzliches Abtretungsverbot der Sicherungsgrundschuld	14
I. § 134 BGB in Verbindung mit § 203 Abs. 1 StGB	15
II. Bestandteil des Bankgeheimnisses?.....	15
III. Ergebnis zu § 2 B.....	15
C. Keine Unwirksamkeit einer solchen Abtretung aus § 139 BGB	16
I. Gekündigte oder ungekündigte Darlehen.....	17
1. Gekündigte Darlehensverhältnisse	17
a.) Das ordentliche Kündigungsrecht.....	17
b.) Das außerordentliche Kündigungsrecht.....	19
c.) Die Kündigung seitens der Bank und der abtretbare Rückzahlungsanspruch.....	20
2. Ungekündigte Darlehensverträge.....	20
3. Die Irrelevanz der Unterscheidung zwischen gekündigten und ungekündigten Darlehensverträgen	22
II. Kein gesetzliches Darlehensabtretungsverbot	22
1. Weder aus § 134 BGB in Verbindung mit § 203 Abs. 1 StGB noch aus dem Bankgeheimnis.....	22
2. § 134 BGB in Verbindung mit § 28 BDSG	23
a.) § 28 BDSG als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB (Mindermeinung).....	23
b.) § 28 BDSG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB (herrschende Meinung).....	24
c.) Stellungnahme.....	25
d.) Zwischenergebnis zu § 2 C II 2	26
3. § 134 BGB in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG	26
a.) § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB	27
b.) Zwischenergebnis zu § 2 C II 3	28
4. Zwischenergebnis zu § 2 C II	28
III. Keine Inhaltsveränderung nach § 399, 1. Fall BGB	28
1. Inhalts- und identitätsprägende Eigenschaft des Gläubigers.....	29

a.) Argumente für eine Inhalts- und Identitätsprägung der Forderung durch die Eigenschaft des Zedenten als Bank	29
b.) Analyse der vorgebrachten Argumente	30
c.) Zwischenergebnis zu § 2 C III 1	30
2. Kein Herauslösen aus ihrem rechtlichen Zusammenhang	31
a.) Argumente für ein Herauslösen aus ihrem rechtlichen Zusammenhang	31
b.) Voraussetzungen für ein Herauslösen aus ihrem rechtlichen Zusammenhang	31
c.) Anwendung der Voraussetzungen auf grundpfandrechtlich gesicherten Forderungen	32
d.) Zwischenergebnis zu § 2 C III 2	32
3. Verfassungsrechtliche Wertungen	33
a.) Argumente für eine verfassungsrechtlich gebotene Vinkulierung von Forderungen aus Immobiliendarlehen	33
b.) Analyse der vorgebrachten Argumente	33
c.) Zwischenergebnis zu § 2 C III 3	35
4. Zwischenergebnis zu § 2 C III	35
IV. Kein stillschweigender Abtretungsausschluss aus § 399, 2. Fall BGB	35
1. Die befürwortenden Argumente des Oberlandesgerichts Frankfurt	35
2. Die verneinenden Gegenargumente der herrschenden Meinung	36
3. Wertende Betrachtung der Rechtsfrage	36
4. Zwischenergebnis zu § 2 C IV	38
V. Ergebnis zu 2 C	38
§ 3 Neudefinition von Bösgläubigkeit?	38
A. Argumente für eine „Lockerung“ der Erfordernisse für die Bösgläubigkeit	40
B. Analyse der vorgebrachten Argumente	41
I. Ein teleologischer Begründungsansatz	41

II. Ein genetischer Begründungsansatz.....	42
III. Zwischenergebnis zu § 3 B.....	43
C. Ergebnis zu § 3	43
§ 4 „Einwendungsdurchgriff“ im weiten Sinne	44
A. §§ 404, 413 BGB	44
B. §§ 358 Abs. 3, 359 BGB analog	46
I. Die Auffassung <i>Zimmermanns</i>	46
II. Analyse der Auffassung <i>Zimmermanns</i>	47
III. Zwischenergebnis zu § 4 B.....	47
C. § 826 BGB	47
I. Die Auffassung von <i>Schwintowski/Schantz</i>	48
II. Einwand als eine mögliche Rechtsfolge des § 826 BGB.....	48
III. Voraussetzungen des § 826 BGB	49
IV. Analyse der Argumentation von <i>Schwintowski/Schantz</i>	50
1. Die Argumentation von <i>Schwintowski/Schantz</i>	50
2. <i>Schwintowski/Schantz</i> Hauptbeleg.....	50
3. <i>Schwintowski/Schantz</i> Schlussfolgerungen aus dem ge-	
nannten Urteil.....	52
4. Betrachtung der Schlussfolgerungen von <i>Schwintowski/Schantz</i>	53
V. Entbehrlichkeit des Rückgriffes auf § 826 BGB	53
D. Ergebnis zu § 4	53
§ 5 Gesetzliche Rückwirkung des § 1192 Abs. 1a BGB.....	53
A. Telos des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 1192 Abs. 1a BGB	54
B. Verfassungsrechtliche Würdigung einer etwaigen zeitlichen Rückexten-	
sion des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 1192 Abs. 1a BGB	54
I. Definition einer echten (retroaktiven) bzw. unechten (retrospek-	
tiven) Rückwirkung	54
1. Echte (retroaktive) Rückwirkung.....	54
2. Unechte (retrospektive) Rückwirkung.....	55
II. Betrachtung einer zeitlichen Extension des § 1192 Abs. 1a BGB.....	55
III. Zwischenergebnis zu § 5 B.....	56
C. Ergebnis zu § 5	56
§ 6 Scheitern von materiell-rechtlichen Schutzmechanismen	56

Kapitel 2

Prozess-rechtliche Schutzmechanismen zu Gunsten des Grundstückseigentümers

§ 7 Übertragung auch der Titelfunktion des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO	57
A. Die Meinung von <i>Reifner</i>	58
B. Analyse der Auffassung <i>Reifners</i>	58
I. § 401 Abs. 2 BGB	58
II. Keine kontrollfreie Ausnutzung	59
III. Die Bedeutung des Treuhandverhältnis	59
IV. Zur Frage der Trennbarkeit von Sicherungsgrundschuld und Unterwerfungserklärung	59
1. Das Verhältnis von materiellem und prozessuellem „Recht“	60
2. Ebenen eines Anspruches	60
3. Anwendung auf die Sicherungsgrundschuld	61
4. Folgen der Abtretung der Sicherungsgrundschuld	61
a.) Der Übergang der Titulierung	61
b.) Zum Übergang des Rechts auf Klauselerteilung	62
V. Zwischenergebnis zu § 7 B	63
C. Ergebnis zu § 7	63
§ 8 Zulässigkeit der formularmäßigen Unterwerfungserklärung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	63
A. Keine Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB (früher: §§ 1 ff AGBG)	64
I. Meinungsstand	64
II. Auslegung des § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB (frü- her: § 1 Abs. 1 AGBG)	64
1. Wortlautauslegung	64
2. Systematische Auslegung	66
3. Teleologische Auslegung	67
4. Auslegungsergebnis	68
III. Auch keine analoge Anwendung der AGB Vorschriften	69
B. Kurze Begründung der hier vorgenommenen kompletten AGB-Prüfung und Aufteilung der verschiedenen Fallkonstellationen	70

C. Die AGB-rechtliche Zulässigkeit der Unterwerfungserklärung	71
I. Keine Änderung der Beweislast nach § 309 Nr. 12 lit. a BGB (früher: § 11 Nr. 15 lit. a AGBG)	72
1. Grundsatz der Rosenberg'schen Beweislastregel	72
2. Die Auffassung des <i>III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes</i> im Urteil vom 25.06.1981	72
3. Aufgabe dieser Rechtsprechung durch Urteil des <i>XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes</i> vom 03.04.2001	73
4. Analyse der Argumentation des <i>III. Zivilsenats</i>	75
5. Zwischenergebnis zu § 8 C I.....	76
II. Vereinbarkeit mit § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 AGBG)	76
1. Kein Grundsatz „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckung“	77
a.) Die Systematik der ZPO	77
b.) Funktionale Betrachtung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung.....	79
aa.) Vergleich mit weiteren Realsicherheiten	79
bb.) Eine Titulierung spielt im Verteilungsverfahren keine Rolle	80
cc.) Keine Wertungsunterschiede zwischen den verschiedenen Vollstreckungstiteln.....	80
c.) Zwischenergebnis zu § 8 C II 1	80
2. Zwischenergebnis zu § 8 C II	81
III. Vereinbarkeit mit § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG)	81
1. Stand der Rechtsprechung	81
a.) Der Beschluss der <i>18. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg</i> vom 09.07.2008	81
b.) Der Beschluss des <i>VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes</i> vom 16.04.2009	82
c.) Der Beschluss der <i>28. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg</i> vom 07.11.2008	83
d.) Der Beschluss des <i>V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes</i> vom 07.05.2009	84

e.) Das Urteil des <i>Oberlandesgerichts Schleswig</i> vom 26.02.2009.....	84
f.) Die Auffassung <i>des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes</i>	85
2. Definition der unangemessenen Benachteiligung	85
3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die AGB-rechtliche Beurteilung	86
4. Umfassende Interessenabwägung	87
a.) Argumente für eine unangemessene Benachteiligung.....	88
b.) Argumente gegen eine unangemessene Benachteiligung	89
c.) Umfassende Interessenabwägung	91
aa.) Zusammenspiel des gesamten Vertragsinhaltes	91
bb.) Keine Gefahr des Missbrauchs durch die Unterwerfungsklausel selbst	94
cc.) Verhältnismäßigkeit im weiten Sinne	95
d.) Zwischenergebnis zu § 8 C III 4.....	96
5. Zwischenergebnis zu § 8 C III.....	96
IV. Zwischenergebnis zu § 8 C	96
D. Änderung des Ergebnisses aufgrund des abstrakten Schuldversprechens.....	97
I Die Auffassung der Rechtsprechung.....	98
II. Keine rechtswidrige Übersicherung.....	98
III. Zwischenergebnis zu § 8 D.....	100
E. Ergebnis zu § 8.....	101
§ 9 Bezieht sich die formularmäßige Unterwerfungserklärung gemäß § 305 c Abs. 2 BGB (bzw. nach §§ 133, 157 BGB) nur auf treuhänderisch gebundene Sicherungsgrundschulden?	101
A. Stand der Rechtsprechung	102
I. Das aufsehenerregende Versäumnisurteil des <i>XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes</i> vom 30.03.2010	102
II. Das Urteil des <i>V. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes</i> vom 03.12.2000	103

III. Der Beschluss des <i>VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes</i> vom 29.06.2011	104
IV. Das Urteil des <i>V. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes</i> vom 11.05.2012	104
B. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Rechtsprechung <i>des XI. Zivilse-</i> <i>nates des Bundesgerichtshofes</i> im Versäumnisurteil vom 30.03.2010	105
I. Kritik an der Rechtsprechung <i>des XI. Zivilsenates des Bundesge-</i> <i>richtshofes</i> im Versäumnisurteil vom 30.03.2010	106
II. Bewertung dieser Kritik	106
III. Zwischenergebnis zu § 9 B	107
C. Auswirkungen und Anwendungsbereich der Rechtsprechung des <i>XI. Zi-</i> <i>vilsenates des Bundesgerichtshofes</i> im Versäumnisurteil vom 30.03.2010	107
I. Wen trifft es wirklich?	107
II. Zeitlicher Anwendungsbereich	108
III. Sachliche Anwendungsbereich	109
1. Sachlicher Anwendungsbereich in folgenden Fällen er- öffnet	109
2. Sachlicher Anwendungsbereich in folgenden Fällen nicht eröffnet	110
3. Vertiefung: Die Fälle der Neuvaluierung und Umschul- dung	110
IV. Zwischenergebnis zu § 9 C	111
D. Auslegung der formulargemäßen Vollstreckungsunterwerfung	112
I. Wortlautauslegung	112
II. Die formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung im Lichte der Nichtakzessorietät der Grundsuld	112
1. Meinungsstand zur Eintragungsfähigkeit als „Siche- rungsgrundsuld“	112
2. Die Sicherungsgrundsuld dinglich als „normale“ Grundsuld	113
3. Zwischenergebnis zu § 9 D II	114
III. Zwischenergebnis zu § 9 D	115
E. Ergebnis zu § 9	115

Kapitel 3

Beschreibung eines Schutzmechanismus' zu Gunsten des Grundstückseigentümers

§ 10 Vorschlag eines Schutzmechanismus' zu Gunsten des Grundstückseigentümers	116
A. Eine als unbefriedigend empfundene Sachlage	116
B. Abwehr vor der Inanspruchnahme als solche	117
C. Abwehr vor der Verwertung des Grundstückes.....	118
I. Abwehr der Grundstücksverwertung durch Erfüllung des dinglichen Anspruches	118
II. Geldmittelbeschaffung mittels einer einstweiligen Verfügung gegen den Zedenten	118
1. Ermittlung der „einschlägigen“ Maßnahme	119
2. Prüfung Voraussetzungen einer Leistungsverfügung	121
a.) Verfügungsanspruch	121
b.) Verfügungsgrund	122
aa.) Vorliegen einer personellen Notlage	122
bb.) Vorliegen einer zeitlichen Notlage.....	122
cc.) Vorliegen einer sachlichen Notlage.....	124
dd.) Zwischenergebnis zu § 10 C II 2 b.....	125
c.) Grundsätzliches Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache	125
3. Zwischenergebnis zu § 10 C II	126
III. Ergebnis zu § 10 C.....	126

Kapitel 4

Zusammenfassende Gesamtbetrachtung der Altfälle

§ 11 Zusammenfassung der Altfälle.....	127
----------------------------------------	-----

ZWEITER TEIL
(Untersuchung der Neufälle)

Kapitel 5
Der neu eingeführte § 1192 Abs. 1a BGB

§ 12 Definition des Anwendungsbereichs des § 1192 Abs. 1a BGB.....	129
A. Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld	129
I. Erwerb der Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld und dogmatische Einordnung der Sicherungsgrundschuld.....	129
1. Die terminologische Bedeutung des Begriffes „An- spruch“	128
2. Die Grundschuld muss dem Gläubiger „verschafft“ wor- den sein	130
3. Wirksamer Sicherungsvertrag kein konstitutives Merkmal einer Sicherungsgrundschuld.....	131
4. Die Rechtsnatur der Sicherungsgrundschuld bleibt unver- ändert.....	132
II. Verlust der Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld.....	133
1. Trennung von Sicherungsgeber und Eigentümer (sog. nachträgliche oder sekundärer Divergenz auf der Pas- sivseite)	133
2. Freihändige Verwertung	134
B. Erwerber.....	135
I. Kein Erwerber im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB	136
II. Erwerber im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB.....	136
§ 13 Auslegung des § 1192 Abs. 1a BGB.....	137
A. Grundsätzliche Einteilung der verschiedenen Arten von Einwänden	138
B. „Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrages mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld <i>zustehen</i> “ (§ 1192 Abs. 1a S. 1, 1. HS 1. Fall BGB; Hervorhebung vom Verfasser).....	138
I. Die klassischen Einwände	138
1. Einrede der Nichtvalutierung.....	139

2. Einwand des vollständigen (oder teilweisen) Erlöschens der gesicherten Forderung.....	139
3. Einrede der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forde- rung	140
II. Der Einwand der Rückübertragungspflicht wegen endgültiger Nichtvaluierung	140
1. Rechtsgrundlage des Rückübertragungsanspruches	141
a.) Nach ganz herrschender Meinung stammt der Rückübertragungsanspruch aus dem Sicherungsver- trag.....	141
b.) Der Ansatz einer Zweckverfehlung auf vertragli- cher Ebene mit der Folge eines Rückgewähranspru- ches aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB.....	141
c.) Der Ansatz von <i>Weber</i> mit der Folge eines Rückgewähranspruches aus § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Fall BGB	142
d.) Zwischenergebnis zu § 13 B II 1	143
2. Zwischenergebnis zu § 13 B II	143
III. Einrede der Verjährung der gesicherten Forderung.....	143
C. „Einreden, die sich aus dem Sicherungsvertrag <i>ergeben</i> “ (§ 1192 Abs. 1a S. 1, 1. HS 2. Fall BGB; Hervorhebung vom Verfasser).....	144
I. Die Kopplung von Eigentümer und Sicherungsvertrag wird nicht aufgegeben (Behandlung von Fällen anfänglicher oder primärer Divergenz auf Passivseite).....	145
1. Wortlautauslegung	145
2. Teleologische Auslegung.....	146
3. Genetische Auslegung	147
4. Auslegungsergebnis	149
II. Erfasste Einreden.....	149
1. Nachträgliche Forderungstilgungen.....	149
a.) Nachträgliche Forderungstilgung bei isolierter Sicherungsgrundschuldzession	150

b.) Nachträgliche Forderungstilgung bei gemeinsamer Abtretung von Forderung und Sicherungsschuld	150
aa.) Im Fall des bösgläubigen Grundstückseigentümers	150
bb.) Im Fall des gutgläubigen Grundstückseigentümers	151
aaa.) Die Gegenauffassung <i>Kiehnles</i>	151
bbb.) Analyse der Auffassung <i>Kiehnles</i>	152
ccc.) Zwischenergebnis zu § 13 C II 1	
bb	154
2. Nachträgliche Aufrechnung	154
a.) Voraussetzungen für dessen Berücksichtigungsfähigkeit	154
b.) Ein für den Grundstückseigentümer interessanter Fall bleibt unberücksichtigt	156
3. Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB	156
D. Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 242, 821 BGB)	157
I. Wortlautauslegung	158
II. Systematische Auslegung	159
III. Genetische Auslegung	159
IV. Teleologische Auslegung	160
V. Auslegungsergebnis und Zwischenergebnis zu § 13 D	160
E. Einwand der unerlaubten Handlung (§§ 242, 853 BGB)	160
I. Wortlautauslegung	161
II. Systematische Auslegung	162
III. Teleologische Auslegung	162
IV. Auslegungsergebnis und Zwischenergebnis zu § 13 E	164
F. Sonderkonstellationen	164
I. Spätere Änderungen des Sicherungsvertrages zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten	164
1. Im Fall einer zeitlich vor der Grundschuldzession erfolgten Änderung des Sicherungsvertrages	164

2. Im Fall einer zeitlich nach der Grundschuldzession erfolgten Änderung des Sicherungsvertrages	164
a.) Ein Wortlautargument.....	165
b.) Ein teleologisches Argument.....	165
c.) Zwischenergebnis.....	166
II. Spätere Vereinbarungen zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten	166
1. Im Fall einer zeitlich vor der Grundschuldzession erfolgten späteren Vereinbarung	166
a.) Argumente für eine Berücksichtigung genannter Vereinbarungen.....	167
b.) Argumente gegen eine Berücksichtigung genannter Vereinbarungen.....	167
c.) Eine formaljuristische – im Ergebnis korrekte – Betrachtung	167
d.) Zwischenergebnis	168
2. Im Fall einer zeitlich nach der Grundschuldzession erfolgten späteren Vereinbarung.....	168
III. Einwendungen gegen das dingliche Recht	169
1. Möglichkeit des gutgläubigen Zweiterwerbs.....	169
2. Sonderproblem: Tilgung ausschließlich des Grundpfandrechtes	170
a.) Kein Schutz durch die in den Sicherungsverträgen enthaltenen Anrechnungsvereinbarungen	171
b.) Keine Anfechtbarkeit der seine Tilgungsbestimmung aufgrund eines Rechtsirrtumes nach § 119 Abs. 1, 1. Fall BGB.....	171
c.) Zwischenergebnis zu § 13 F III 2	172
G. Zusammenfassende Betrachtung der relevanten Einwände	172

Kapitel 6

Jenseits von § 1192 Abs. 1a BGB liegende Rechtsprobleme

§ 14 Weitere wichtige Rechtsprobleme jenseits von § 1192 Abs. 1a BGB	175
A. Besteht zwischen Eigentümer und Zessionar Rechtsverhältnis mit Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB?	175
B. Kann § 1192 Abs. 1a BGB durch eine „abstrakte Sicherungsgrund- schuld“ umgangen werden?.....	175
C. Kann durch die Notwendigkeit der Grundschuldkündigung nach § 1193 Abs. 1 S. 1 BGB ein zeitlicher Aufschub der Zwangsvollstreckung erreicht werden?	176
I. Die zwingende Kündigungsfrist des § 1193 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2 BGB.....	176
II. Keine Kündigungsfrist für Grundschuldzinsen	177
III. Ergebnis zu § 14 C.....	178
D. Kann sich aus § 826 BGB ein Anspruch gegen dem Zessionar auf Un- terlassung der Zwangsvollstreckung (und Herausgabe des Titels) ergeben?.....	178
I. Ein vorbeugender Unterlassungsanspruch als eine mögliche Rechtsfolge des § 826 BGB.....	178
II. Voraussetzungen des § 826 BGB	179
III. Ergebnis zu § 14 D	181
E. Der verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch des § 799a S. 1 ZPO.....	181

SCHLUSSTEIL

§ 15 Beantwortung der Leitfrage.....	183
§ 16 Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	184
§ 17 Einige praktische Empfehlungen an den Grundstückseigentümer.....	185
Literaturverzeichnis.....	L I
Eidesstattliche Versicherung	E

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	andere Auffassung / andere Ansicht
aE	am Ende (einer Norm)
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft
AT	Allgemeiner Teil
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Beschl.	Beschluss
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BR	Bundesrat
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
ebd.	eben dieser
f	folgend
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung

ff	fortfolgend
Fn	Fußnote
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
insb.	insbesondere
jew.	jeweils
JuS	Juristische Schulung
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
m. M.	Mindermeinung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
Nr.	Nummer
m. w. N.	mit weitere Nachweise
m. w. V.	mit weitere Verweise
m. v. w. N.	mit vielen weitere Nachweise
Prot.	Protokolle
PromO	Promotionsordnung
RBegrG	Risikobegrenzungsgesetz
Rspr	Rechtsprechung
Rn	Randnote
S.	Seite
stRspr	ständige Rechtsprechung

SZSüddeutsche Zeitung
sog.sogenannt
Urt.Urteil
v.vom
VermGGesetz zur Regelung offener Vermögensfragen
(Vermögensgesetz)
vgl.vergleiche
VIZZeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
Vorb.Vorbemerkungen
WMWertpapier-Mitteilungen
z. B.zum Beispiel
ZBBZeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfIRZeitschrift für Immobilienrecht
Ziff.Ziffer
ZIPZeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJSZeitschrift für das juristische Studium

EINLEITUNG

§ 1 Einführung in das Thema

A. Ausgangssituation

Folgende Ausgangssituation¹ soll zur Veranschaulichung der im Rahmen dieser Arbeit zu bearbeitenden Leitfrage dienen. Der Eigentümer eines Grundstückes benötigt für sich selbst² zeitweise eine größere Summe an Geld. Hierfür wendet er sich an seine Hausbank mit der Bitte, ihm dafür ein Darlehen zu gewähren. Dieses Darlehen soll eine mehrjährige Laufzeit haben. Seine Hausbank ist zwar bereit, ihm ein Darlehen zu gewähren, verlangt jedoch dafür eine Sicherheit. Die Sicherheit soll den Fall absichern, dass der Grundstückseigentümer im Laufe der Zeit zahlungsunfähig wird. Die Hausbank will als Sicherheit eine Grundschuld am Grundstück erhalten. Der Grundstückseigentümer ist damit einverstanden. Als Sicherungsmittel wird daher eine Grundschuld ins Grundbuch eingetragen. Nach der Sicherungsvereinbarung darf die Bank nur dann die Grundschuld verwerten, wenn der Grundstückseigentümer mit seiner Darlehensrückzahlungspflicht in einen gewissen Rückstand gerät. Einige Jahre später tritt die Hausbank die Grundschuld an einen privatrechtlichen (ausländischen) Investor ab.

B. Rechtliche Grundvoraussetzungen

Bevor die hier eigentlich zu bearbeitende rechtliche Leitfrage herauskristallisiert wird, erweist es sich als zweckmäßig, einige rechtliche Begriffsbestimmungen durchzuführen. Auf diese wird dann jeweils Bezug genommen.

¹ Folgende Ausgangssituation ist an die Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 23.01.2008 „Mehr Schutz für Häuslebauer“ (abrufbar im Internet unter http://www.dnoti.de/DOC/2008/BMJ_PM_230108.pdf (Download vom 09.08.2013)) mit leichten Vereinfachungen angelehnt.

² Soweit nicht *ausdrücklich* etwas anderes erwähnt ist, wird im Folgenden davon ausgegangen, dass zwischen Grundstückseigentümer, Grundschuldbesteller, Sicherungsgeber und persönlichem Schuldner des Darlehensrückzahlungsanspruchs Personenidentität besteht.

I. Der Darlehensvertrag als Grundgeschäft

Wie in der Ausgangssituation beschrieben, benötigt der Grundstückseigentümer von seiner Bank zeitweise einen bestimmten Betrag. Hierfür wird in der Regel ein Darlehensvertrag nach § 488 Abs. 1 BGB geschlossen³. Dieser verpflichtet die Bank als Darlehensgeber dem Grundstückseigentümer als Darlehensnehmer einen bestimmten Geldbetrag für eine bestimmte Zeit „zur Verfügung zu stellen“ (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB). Gemeint ist damit, dass der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer an Bargeld das Eigentum, bzw. an Buchgeld die Forderungsinhaberschaft, zu verschaffen hat⁴. Der Darlehensnehmer ist dem Darlehensgeber hingegen bei Fälligkeit zur Rückzahlung der Darlehensvaluta und bei entsprechender Abrede zur Errichtung des vereinbarten Zinses verpflichtet (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB)⁵. Für den Darlehensnehmer besteht hingegen aus dem Darlehensvertrag *keine* Verpflichtung zur Sicherung des Rückzahlungsanspruches⁶. Für den weiteren Verlauf ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass der Darlehensvertrag eine „Unterkategorie[.] des allgemeineren, wirtschaftlichen Begriffs des Kredites, der jegliche Überlassung von Kaufkraft auf Zeit umschreibt“⁷ darstellt. Der Darlehensvertrag bildet das zu sichernde⁸ Grundgeschäft zwischen dem Grundstückseigentümer und seiner Hausbank.

³ Zur heutigen Rechtsnatur des Darlehensvertrags als zweiseitiger, bzw. bei Entgeltlichkeit als gegenseitiger, Konsensualvertrag siehe *Freitag/Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 9 ff, 21.

⁴ *Freitag/Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 21.

⁵ *Freitag/Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 21.

⁶ *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn 26a; *Berger* in: MüKo BGB, § 488 Rn 56f. Nach der Lehre der Doppelcausa findet sich hingegen gerade in diesem primären Schuldverhältnis (Grundverhältnis) die Verpflichtung des Sicherungsgebers eine Sicherheit zu bestellen (*Neuhof/Richrath*; NJW 1996, 2894, 2896 m. w. N.). Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, auf die Lehre der Doppelcausa im Näheren einzugehen. Hier soll nur folgende Anmerkungen erfolgen: Nach der Lehre der Doppelcausa (*Richrath*; Die Übersicherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten, S. 34 ff; *Neuhof/Richrath*; NJW 1996, 2894, 2896 m. w. N.) wird die Verpflichtung des Darlehensgebers eine Sicherheit zu stellen, regelmäßig im Darlehensvertrag geregelt (Leistungscausa). Die Modalitäten wie diese Verpflichtung erfüllt werden muss und der Rechtsgrund für das Behaltendürfen einer bestimmten Sicherheit wird dann im Sicherungsvertrag geregelt (Sicherungscausa). Bei nichtigem Sicherungsvertrag bliebe noch als Rechtsgrund, zum Behaltendürfen einer Sicherheit, die Leistungscausa. Falls der Sicherungsgeber (der Grundstückseigentümer) die Kondition der bestimmten Sicherheit (hier die Grundsuld) verlangen würde, könnte der Sicherungsnehmer dem Sicherungsgeber den *dolo agit* Einwand entgegenhalten (*Richrath*; Die Übersicherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten, S. 68 ff; *Neuhof/Richrath*; NJW 1996, 2894, 2897 m. w. N.). Folge dieser Lehre wäre, dass ein möglicher Sitten- oder Treuerverstoß, der zur Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags führt, für den Bestand der Sicherheit keine Folgen hätte. Unter Beachtung, dass ein Sitten- oder Treuerverstoß aber ein grundlegenderer Wertungsparameter der Privatrechtsordnung darstellt, erweist sich die Lehre der Doppelcausa, wie *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn 50 meint, als „unhaltbarer Irrweg“ (zu all dem *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn 50 m. w. N.; *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 1191 ff Rn 38).

⁷ *Freitag/Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 22 m. w. N., die darüber hinaus auch darauf hinweisen, dass der Kreditbegriff des § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG enger ist, weil er lediglich Gelddarlehen und Akzeptkredite umfasst.

⁸ Freilich kann das mit einer Sicherungsgrundschuld zu sichernde Grundgeschäft ein komplett anderes als das hier beschriebene sein. Im weiteren Verlauf der Arbeit wird allerdings die zu sichernde Forderung grundsätzlich

Solange der Darlehensnehmer den Darlehensvertrag ordnungsgemäß bedient, insbesondere seiner Tilgungspflicht fristgemäß nachkommt, spricht man von einem *performing loan* (sog. nicht notleidender Kredit)⁹. Verletzt der Darlehensnehmer hingegen eine Pflicht aus dem Darlehensvertrag und besteht daher für den Darlehensgeber ein (bereits in Anspruch genommenes) Kündigungsrecht oder besteht für den Darlehensgeber ein Kündigungsrecht aus sonstigen Gründen (beispielsweise aus § 490 Abs. 1 BGB, § 490 Abs. 3 in Verbindung mit § 313 BGB, § 490 Abs. 3 in Verbindung mit § 314 BGB oder aus den zugrundeliegenden AGB) spricht man von einem *non-performing loan*¹⁰ (sog. notleidender Kredit)¹¹. Zwischen einem performing loan und einem non-performing loan liegt der *sub-performing loan*¹², der sich dadurch auszeichnet, dass sich gewisse Schwierigkeiten zeigen, ohne die Grenze des non-performing loans zu erreichen¹³.

II. Der Sicherungsvertrag als Sicherungsgeschäft

1. Die grundsätzliche Bedeutung des Sicherungsvertrages

Wie bereits erwähnt besteht aus dem Darlehensvertrag keine Verpflichtung zur Sicherung des Rückzahlungsanspruches. Unter anderem¹⁴ wird zur Begründung dieser Pflicht ein weiterer Vertrag zwischen den Parteien geschlossen¹⁵. Im Allgemeinen wird dieser Vertrag der Sicherungsvertrag sein¹⁶. Für den Sicherungsnehmer ist dies besonders wichtig, da der Sicherungsvertrag als *causa*¹⁷ für die Bestellung der Sicherheit dient und damit als Rechtsgrund im Sinne

ein Darlehensrückzahlungsanspruch sein. Gelegentlich müssen hier jedoch auch allgemeine Rechtsfragen bei der Problematik der (massenhaften) Abtretung von Sicherungsgrundschulden geklärt werden. In diesen Fällen wird es sich als erforderlich erweisen, die zu sichernde Forderung auszutauschen bzw. zu abstrahieren. Dieser Austausch bzw. diese Abstraktion wird stets ausdrücklich erfolgen.

⁹ *Beucher/Räther/Stock*, AG 2006, 277, 278 m. w. N.

¹⁰ Auch als *bad loan* oder *distressed debt* bezeichnet.

¹¹ *Beucher/Räther/Stock*, AG 2006, 277, 277 m. w. N.

¹² Auch als *under-performing loan* bezeichnet.

¹³ *Beucher/Räther/Stock*, AG 2006, 277, 278 m. w. N.

¹⁴ Auf eine weitere zentrale Pflicht des Sicherungsvertrages, namentlich den Grundstückseigentümer nur unter bestimmten Voraussetzungen aus der Grundschuld in Anspruch zu nehmen, wird bspw. in § 3 A oder § 13 B I eingegangen. Eine Übersicht der wesentlichen Inhalte des Sicherungsvertrages bietet *Jost*, Die Dogmatik des Sicherungsvertrages, S. 130 ff an.

¹⁵ Unter Berücksichtigung, dass ein dingliches Vollzugsgeschäft auch schon vor dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft erfolgen kann, ändert sich das Ergebnis auch dann nicht, wenn die Grundschuld vor Abschluss des Sicherungsvertrages bestellt und eingetragen wird. Dieses Prozedere wählen manche Banken, um einen möglichen Rangverlust zu verhindern.

¹⁶ Allgemein hierzu *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn 49; *Jost*, Die Dogmatik des Sicherungsvertrages, S. 27 m. v. w. N.; speziell für die Grundschuld *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1191 Rn 13; *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1191 Rn 38 f jew. m. w. N.; *Bülow*, ZJS 2009, 1, 3.

¹⁷ Der Begriff *causa* wird im deutschen Recht unterschiedlich verwendet. So gilt es zwischen der „*causa* einer Verpflichtung“ und der „*causa* einer Leistung“ zu unterscheiden. Unter „*causa* einer Verpflichtung“ versteht

des Bereicherungsrechts fungiert¹⁸. Diesem hier beschriebenen Umfang des Sicherungsvertrages werden, vom Begriff der Sicherungsabrede abgesehen, weitere Begriffe, die zu dessen Bezeichnung benutzt werden, nicht immer gerecht. So werden hierfür die Begriffe¹⁹ Sicherstellungsvertrag, Zweckbestimmung bzw. -erklärung oder Sicherungszweckerklärung verwendet. Dabei verschleiern diese Begriffe teilweise – wie im Falle des Begriffes Sicherstellungsvertrag – die Trennung zwischen dinglichem Vollzugsgeschäft und schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft²⁰. Andererseits wird durch die Begriffe der Zweckbestimmung bzw. -erklärung der zweiseitige Charakter des Vertrages nicht deutlich zum Ausdruck gebracht²¹. Auch besteht bei diesen Begriffen Verwechslungsgefahr mit dem bereicherungsrechtlichen Terminus „Zweck“²². Im Folgenden wird daher stets von dem Sicherungsvertrag gesprochen, der das Sicherungsgeschäft bildet.

2. Das Verhältnis zwischen dem Darlehensvertrag und dem Sicherungsvertrag

Der Darlehensvertrag (allgemein das Grundgeschäft) und der Sicherungsvertrag (allgemein das Sicherungsgeschäft) sind in ihrem Bestand rechtlich unabhängig. Die Nichtigkeit des einen kann aber zur Nichtigkeit des anderen führen. Neben den Fällen der Fehleridentität kommt dabei eine Nichtigkeit nach den Grundsätzen des § 139 BGB in Betracht²³. Ist der Darlehensvertrag nichtig, so wird man im Zweifel auch die Nichtigkeit des Sicherungsvertra-

man den im Inhalt des Verpflichtungsgeschäftes zum Ausdruck gelangenden typischen Verkehrszweck. Hiervon ist die „*causa* einer Leistung“ zu trennen. Die „*causa* einer Leistung“ kann dabei entweder subjektiv oder objektiv verstanden werden. Wird die „*causa* einer Leistung“ *subjektiv* verstanden, so ist damit der subjektive Zweck gemeint, um dessentwillen die Leistung erbracht wird. Als subjektive Leistungszweckbestimmungen sind dabei jene anerkannt, die bei Fehlschlagen des mit ihr bezweckten Erfolges, einen Kondiktionsanspruch auslösen. Wird die „*causa* einer Leistung“ dagegen *objektiv* verstanden, so ist damit das Rechtsverhältnis gemeint, aus dem sich ergibt, dass die Leistung dem Empfänger gebührt und er damit die Leistung im Sinne des Kondiktionsrechts behalten darf. Diese Unterscheidung basiert wesentlich auf *Weber*, AcP 169 (1969), 237, 240. Hier finden sich viele weiterführende Nachweise. Im Folgenden wird der Begriff *causa* stets als „*causa* einer Leistung im objektiven Sinne“ benutzt.

¹⁸ Mit Ausnahme der Lehre von der Doppelcausa (vgl. insoweit Fn 6) kann dies jedenfalls für die nicht-akzessorischen Realsicherheiten (*Jost*, Die Dogmatik des Sicherungsvertrags, S. 37) als fast einhellige Meinung angesehen werden; vgl. nur BGH Urt. v. 29.09.1989 – Rn 10 (NJW 1990, 392, 392) *Bassenge* in: Palandt BGB, § 1191 Rn 3, 15; *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1191 Rn 15; *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 1191 Rn 38; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 45 Rn 10.

¹⁹ Diese Begriffszusammenfassung basiert auf *Jost*, Die Dogmatik des Sicherungsvertrags, S. 25f, die jeweils zu den einzelnen Begriffen weiterführende Nachweise liefert.

²⁰ *Jost*, Die Dogmatik des Sicherungsvertrags, S. 26.

²¹ *Jost*, Die Dogmatik des Sicherungsvertrags, S. 26.

²² *Jost*, Die Dogmatik des Sicherungsvertrags, S. 27.

²³ Zu den Rechtsfolgen des § 139 BGB und insb. zur Frage, wann zwei Geschäfte miteinander im Sinne des § 139 BGB verbunden sind, vgl. *Roth* in: Staudinger BGB, § 139 Rn 74.

ges annehmen können²⁴. Folge hiervon wäre die Kondizierbarkeit der bestellten Sicherheit. Ist hingegen der Sicherungsvertrag nichtig, so wird man im Zweifel nicht die Nichtigkeit des Darlehensvertrages annehmen können²⁵.

III. Die Sicherungsgrundschuld als Sicherheit

Zur Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Sicherungsvertrag, namentlich die Sicherung des Darlehensrückzahlungsanspruches, gewährt der Grundstückseigentümer seiner Bank eine Grundschuld an seinem Grundstück. Eine Grundschuld ist ein Grundpfandrecht²⁶, welches dem Gläubiger, ohne Rücksicht auf das Bestehen einer schuldrechtlichen Forderung, einen Anspruch gewährt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu erhalten (§§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1 BGB)²⁷. Damit erhält der Gläubiger ein forderungsunabhängiges Verwertungsrecht am Grundstück²⁸. Diese Grundschuld wird, in den für uns relevanten Fällen, formularmäßig für sofort vollstreckbar erklärt, so dass aus ihr grundsätzlich ohne vorangehendes (prozessuales) Erkenntnisverfahren vollstreckt werden kann.

Vereinbaren Grundstückseigentümer und Gläubiger auf schuldrechtlicher Basis, dass das dingliche Recht Grundstück zur Sicherung des Darlehensrückzahlungsanspruches (oder eines anderen Anspruchs) dienen soll, so spricht man von einer Sicherungsgrundschuld (Legaldefinition in § 1192 Abs. 1a BGB)²⁹. Kraft dieser schuldrechtlichen Vereinbarung wird die Grundschuld damit zu einem Sicherungsrecht gewidmet, ohne ihren dinglichen Inhalt zu ändern³⁰. Im Sicherungsvertrag wird unter anderem schuldrechtlich geregelt, wann der Gläubiger von seiner dinglichen Rechtsmacht Gebrauch machen darf³¹. Das Ziel dieses Sicherungs-

²⁴ *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn 51.

²⁵ *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn 51.

²⁶ Spezifisch hierzu *Eickmann* in: MüKo, BGB § 1191 Rn 3 ff.

²⁷ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1191 Rn 1.

²⁸ *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1191 Rn 1. Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Grundschuld vgl. *Seckelmann*, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, S. 31 ff.

²⁹ Hierdurch wird grundsätzlich die Sicherungsgrundschuld von der isolierten Grundschuld abgegrenzt (*Eickmann* in: MüKo BGB, § 1191 Rn 2). Trotz dieser grundsätzlichen Abgrenzung bedarf der Begriff der isolierten Grundschuld, bei Personendivergenz zwischen Grundstückseigentümer und dem persönlichen Schuldner, gewissen Präzisierungen (hierzu unten § 13 C I).

³⁰ Ohne es *expressiv verbis* auszusprechen z. B. *Bassenge* in: Palandt BGB, § 1191 Rn 13; *Rohe* in: BeckOK BGB, § 1192 Rn 49f; *expressiv verbis* hingegen *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 34 f. Die Rechtsnatur der Sicherungsgrundschuld ist umstritten. Vorerst reicht es hier die, meines Erachtens zutreffende, ganz h. M. wiederzugeben. Im Rahmen dieser Arbeit werden an entsprechender Stelle die notwendigen Vertiefungen getätigt (hierzu unten § 9 D II 2 und § 12 A I 4). Auch die Legaldefinition des § 1192 Abs. 1a BGB bedarf gewisser Präzisierungen (hierzu § 12).

³¹ Etwa in Nr. 3 des Formulars eines Sicherungsvertrages des Bank-Verlages Köln, in Nr. 5 des Formulars eines Sicherungsvertrages des Deutschen Sparkassenverlages und in Nr. 1 des Formulars eines Sicherungsvertrages

rechtes ist, wie bei jedem anderen Sicherungsrecht auch, dem Gläubiger durch den Zugriff auf sein Grundstück Befriedigung für seine offene Forderung nebst Erstattung der für diesen Zugriff entstandenen Kosten zu verschaffen³². Allerdings soll das Sicherungsrecht darüber hinaus zu keiner Bereicherung des Gläubigers führen³³.

Mit dem Sicherungsvertrag soll jedoch das forderungsunabhängige Sicherungsrecht, die Grundschuld, nicht seiner grundsätzlichen Nichtakzessorietät beraubt werden. Dabei versteht man unter Akzessorietät³⁴ die Abhängigkeit eines Nebenrechts (hier des Grundpfandrechts Grundschuld) vom Hauptrecht (hier der gesicherten Forderung, konkret des Darlehensrückzahlungsanspruchs)³⁵. Die Sicherungsgrundschuld bleibt in ihrer Entstehung, im Umfang, in der Zuständigkeit (d. h. in der Inhaberschaft) und im Erlöschen nicht akzessorisch³⁶. Lediglich in der Durchsetzbarkeit soll eine mittelbare Forderungsakzessorietät hergestellt werden (§§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 1 BGB bzw. § 1192 Abs. 1a BGB)³⁷. Der genaue Umfang dieser Durchsetzungsakzessorietät wird im Rahmen dieser Arbeit stark vertieft werden.

C. Missbrauchsszenario als Anlass der Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB

Sowohl in den Tagesmedien³⁸ als auch in der Fachliteratur³⁹ wurde in immer größerem Umfang ein Missbrauchsszenario beschrieben bzw. beleuchtet, welches den Gesetzgeber zum Erlass des § 1192 Abs. 1a BGB motiviert hat. Dieses Missbrauchsszenario resultiert aus der

des DG Verlages, die sich abgedruckt als Anhang bei *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, S. 447 ff finden.

³² *Bülow*, ZJS 2009, 1, 2.

³³ *Bülow*, ZJS 2009, 1, 2.

³⁴ Vgl. *Medicus*, JuS 1971, 497, 497 ff sowohl zur Akzessorietät allgemein als auch zur Unterscheidung zwischen Akzessorietät in der Entstehung, im Umfang, in der Zuständigkeit (d. h. in der Inhaberschaft), in der Durchsetzung und im Erlöschen.

³⁵ *Weller*, JuS 2009, 969, 974.

³⁶ *Weller*, JuS 2009, 969, 974. Die Unabhängigkeit des Nebenrechts vom Hauptrecht ist daher eine Frage der Nichtakzessorietät der Sicherungsgrundschuld von der durch sie gesicherten Forderung. Darüber hinaus ist die Sicherungsgrundschuld von der ihr zugrundeliegenden *causa*, dem Sicherungsvertrag (hierzu oben § 1 B II), abstrakt. Diese zwei Merkmale der Sicherungsgrundschuld, im Einzelnen die Nichtakzessorietät der Sicherungsgrundschuld von der durch sie gesicherten Forderung und die Abstraktheit der Sicherungsgrundschuld von ihrer *causa*, müssen stets auseinander gehalten werden.

³⁷ *Weller*, JuS 2009, 969, 974.

³⁸ Vgl. etwa ARD-Sendung „Plusminus“ v. 20.11.2007 (zitiert in *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 544 Fn 3); Online-Ausgabe www.FAZ.net v. 17. 1. 2008, Verkauf von Krediten wird zum Politikum (zitiert in *Zimmermann*, BKR 2008, 95 Fn 1); Interview der Süddeutschen Zeitung an den ehemaligen Vorstand der Hypo-Vereinsbank Marin *Schütte* „Das ist ein skandalöser Missbrauch“ in SZ v. 16/17.02.2008, S. 29.

³⁹ *Reifner*, BKR 2008, 142 ff; *Schimansky*, WM 2008, 1049 ff; *Zimmermann*, BKR 2008, 95.

vermeintlichen⁴⁰ Gefährlichkeit der Nichtakzessorietät der Sicherungsgrundschuld. Die Hausbank des Grundstückseigentümers veräußere an einen privaten (ausländischen) Investor die Sicherungsgrundschuld, mit oder ohne den dadurch gesicherten Darlehensrückzahlungsanspruch, mittels Abtretung. Diese Veräußerung geschehe nicht isoliert, sondern in einem Bündel von Sicherungsgrundschulden und/oder dadurch gesicherte Darlehensrückzahlungsansprüche. Der (ausländische) Investor betreibe nun die Zwangsvollstreckung in das Grundstück, obwohl der Grundstückseigentümer gegenüber seiner Hausbank stets pünktlich seiner Darlehensrückzahlungspflicht nachkommt. Auch ordnungsgemäß bediente Darlehensrückzahlungsansprüche seien gegebenenfalls im Bündel mit nicht ordnungsgemäß bedienter Darlehensrückzahlungsansprüche von solchen Abtretungen betroffen. (Ausländische) Investoren, die so handeln und nur an der alsbaldigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück und Erzielung hoher und schneller Erlöse interessiert seien, werden als „*bad debt bank*“⁴¹ oder „*Geierfonds*“⁴² bezeichnet. Zu solchen Missbrauchsfällen soll es tatsächlich in Einzelfällen gekommen sein⁴³. Der Gesetzgeber hatte jedenfalls genau dieses Szenario vor Augen⁴⁴ und hielt

⁴⁰ Wie die vorliegende Arbeit noch genauer zeigen wird, resultiert die Gefahr einer sicherungsvertraglich unberechtigten Inanspruchnahme aus der Sicherungsgrundschuld nach erfolgter Abtretung nicht aus deren fehlender Akzessorietät. Das folgt aus der für den Grundstückseigentümer unter Umständen gegebenen Möglichkeit sicherungsvertragliche Einreden trotz fehlender Akzessorietät gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 1 BGB dem Zessionar entgegenzuhalten. Die Gefährlichkeit liegt vielmehr in der Möglichkeit des Zessionars die Sicherungsgrundschuld nach §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2, 892 Abs.1, 873 Abs. 1 BGB gutgläubig einredefrei zu erwerben (bspw. § 8 C III 4 cc bbb).

⁴¹ Dieckmann, NZM 2008, 865, 866.

⁴² Zimmermann, BKR 2008, 95.

⁴³ Clemente, ZfIR 2008, 589, 591, dieser verweist in Fn 21 auf einen Beschl. des LG München I v. 27.09.2006 – 28 O 9807/06 und gibt dessen maßgeblichen Wortlaut wieder. Dem Fall des LG München lag eine Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO) gegen einen Investor zugrunde. Die näheren Details interessieren hier nicht. Das LG München I musste, nachdem die Beklagte die Hauptsache für erledigt erklärt hatte, nur noch über die Kosten (§ 91a ZPO) beschließen. Das Gericht legte diese dem Beklagten auf und führte unter anderem aus: „*Es kann also schon nicht festgestellt werden, dass die Beklagte bei Beantragung der Zwangsversteigerung tatsächlich eine offene Forderung hatte, für die sie die Zwangsvollstreckung betreiben konnte. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte der Klägerin angedroht hätte, die Zwangsvollstreckung betreiben zu wollen. Letzteres kann von einer Bank erwartet werden, auch wenn sie sich hinsichtlich der Zwangsvollstreckung bereits auf fällige Forderung berufen könnte, ohne dass insoweit Verzug vorliegen müsste (§ 242 BGB).*“; Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 740, geben zu, dass es sich insoweit um Einzelfälle gehandelt haben müsse. Sie und Weller, Aktuelle Gefahren für „Häuslebauer“, S. 3 führen den Fall des OLG München Urt. v. 26.02.2008 – 5 U 5102/06 – Rn 49 (WM 2008, 688, 690) an. Dass es sich hierbei um *non-performing loan* (vgl. Rn 39 des Urteils) handelte, wird meist nicht erwähnt. In diesem Urteil heißt es in Rn 49, die insoweit hierfür zitiert wird: „*Es drängt sich daher der Eindruck geradezu auf, dass der Beklagten zu 1) ohne jede Rücksicht auf den aktuellen Forderungsstand (...) und die mit der Vollstreckung einhergehenden wirtschaftlich nachteiligen Folgen für die Kläger allein an der Verwertung der Sicherheiten und Erzielung hoher und intransparenter Erlöse gelegen ist.*“

⁴⁴ BR-Drucksache 152/08 (Beschluss; Gesetzesentwurf des Bundesrates) vom 25.04.2008, S. 1, 2.

demnach unter anderem die Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB und des § 799a Satz 1 ZPO für nötig⁴⁵.

§ 1192 Abs. 1a BGB schreibt für den Fall einer Sicherungsgrundschuld vor, dass Einreden, die dem Grundstückseigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschuld entgegengesetzt werden können⁴⁶. Damit solle es dem Grundstückseigentümer möglich sein, dem Zessionar eine etwaige Rückzahlung an den Zedenten entgegenzuhalten⁴⁷.

Neben der Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB wurde insbesondere noch der § 799a Satz 1 ZPO eingeführt. Dieser schreibt unter anderem dem Grundstückseigentümer einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch gegen den Zessionar zu, sofern die Inanspruchnahme aus der Grundschuld in unberechtigter Weise erfolge sollte⁴⁸.

D. Die zeitliche Anwendbarkeit des § 1192 Abs. 1a BGB als Abgrenzung von Alt- und Neufällen

Der Gesetzgeber hat die zeitliche Anwendbarkeit des § 1192 Abs. 1a BGB in der Übergangsvorschrift zum Risikobegrenzungsgesetz des Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB geregelt. Demnach findet § 1192 Abs. 1a BGB nur Anwendung, wenn der Erwerb bzw. die erstmalige Abtretung der Grundschuld nach dem 19. August 2008 erfolgt ist. Der Erwerbszeitpunkt ist der Zeitpunkt, zu dem der Erwerbsvorgang vollständig ist, d. h. alle Erwerbsvoraussetzungen gegeben sind. Im Fall einer Buchgrundschuld wird dies in der Regel der Zeitpunkt der Eintragung ins Grundbuch sein, bei Briefgrundschulden die Übergabe des Grundschuldbriefes⁴⁹. Ist diese

⁴⁵ Die Einführung aller hier relevanten Neuerungen geschahen durch das Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) vom 12.08.2008, verkündet im Bundesgesetzblatt 2008 Teil I Nr. 36 vom 18.08.2008 S. 1666 ff. Zur Struktur des Risikobegrenzungsgesetzes vgl. *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 167. Eine Übersicht über die zahlreichen Änderungen durch das Risikobegrenzungsgesetz enthält mit weiterführenden Verweisen *Bosch*, ZfIR 2009, 801, 801. Spezifisch zu den Änderungen im BGB vgl. bspw. *Dörrie*, ZBB 2008, 292, 296 ff. Zur normenspezifischen Frage wie § 1192 Abs. 1a BGB im Gesetzgebungsverfahren Eingang gefunden hat siehe hingegen *Fest*, ZfIR 2008, 657, 661; *Meyer*, WM 2010, 58, 59; *Nietzsch*, NJW 2009, 3606 Fn 5.

⁴⁶ § 1192 Abs. 1a BGB wird unter §§ 12-13 ganz genau behandelt.

⁴⁷ Hierzu unten § 13 C II 1.

⁴⁸ Hierzu unten § 14 E.

⁴⁹ *Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 200 Fn 959.

Voraussetzung erfüllt und findet § 1192 Abs. 1a BGB Anwendung, spricht man von einem Neufall, andernfalls von einem Altfall⁵⁰.

Allerdings muss sowohl bei der Buch- wie bei der Briefgrundschuld noch eine Besonderheit beachtet werden. Bei der Buchgrundschuld muss berücksichtigt werden, dass im Fall eines einmal stattgefundenen, gutgläubig einredefreien Erwerbs trotz dem unklaren Wortlaut des Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB keine Neubelebung der Einreden gemäß § 1192 Abs. 1a BGB gewollt ist⁵¹. Die Anwendbarkeit des § 1192 Abs. 1a BGB muss auch bei einer Briefgrundschuld, die bis zum 19. August 2008 bestellt und ausweislich des Briefes erstmals nach dem 19. August 2008 erworben bzw. erstmalig abgetreten wurde, ebenfalls ausbleiben, da hier nicht zuverlässig ausgeschlossen werden kann, dass ein gutgläubig einredefreier Erwerb bis zum 19. August 2008 stattgefunden hat. Ein gutgläubig einredefreier Erwerb bis zum 19. August 2008 kann schon deswegen nicht ausgeschlossen werden, da die Abtretung einer Briefgrundschuld gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1154, 1117 BGB⁵² keines Vermerkes auf dem Grundschuldbrief bedarf.

Zur Veranschaulichung der Abgrenzung zwischen Alt- und Neufällen soll vorliegende Tabelle dienen:

	Buchgrundschuld		Briefgrundschuld	
	Erwerb bzw. erstmalige Abtretung		Erwerb	
Bestellung	<i>bis zum</i> 19.08.2008	<i>nach dem</i> 19.08.2008	<i>bis zum</i> 19.08.2008	<i>nach dem</i> 19.08.2008
<i>bis zum</i> 19.08.2008	Altfall	Neufall	Altfall	Altfall
<i>nach dem</i> 19.08.2008	---	Neufall	---	Neufall

⁵⁰ Zu all dem *Gladdenbeck/Gaberdiehl*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rn 306.3 m. w. N.; *Herrler*, BB 2010, 1931, 1935 m. w. N.; *Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 200.

⁵¹ BGH Urt. v. 25.10.2013 – V ZR 147/12 – LS 1 (NJW 2014, 550, 550). Damit erledigt sich die Kritik von *Meyer*, JURA 2009, 561, 565 Fn 81. Vgl. hierzu *Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 200 f mit weiterführender Argumentation.

⁵² Zur Notwendigkeit § 1154 BGB im Recht der Grundschuld „anwendbar zu machen“ siehe *Wolfsteiner* in: *Staudinger BGB*, § 1154 Rn 78.

E. Formulierung der hier zu behandelnden Leitfrage

Nachdem der grundsätzliche rechtliche Rahmen dargelegt wurde, muss nun die hier zu behandelnde Leitfrage herauskristallisiert werden.

Wie in der Ausgangssituation beschrieben, befindet sich die Inhaberschaft an der Sicherungsschuld, die zur Sicherung des Rückzahlungsanspruches aus dem Darlehen zwischen dem Grundstückseigentümer und seiner Hausbank dient, nun in den Händen eines (ausländischen) Investors. Dieser Investor soll nun tatsächlich nur an der alsbaldigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück und Erzielung hoher und schneller Erlöse interessiert sein. Hierzu will er den Grundstückseigentümer aus der Grundsuld in Anspruch nehmen.

Die vorliegende Arbeit behandelt nun die Leitfrage, ob es möglich ist, den Grundstückseigentümer vor der Inanspruchnahme seitens des Zessionars zu schützen. Hilfsweise soll gefragt werden, ob es dem Grundstückseigentümer zumindest möglich ist, die Zwangsvollstreckung seines Grundstückes zu verhindern. Dabei soll insbesondere herausgearbeitet werden, welche Einwendungen der Grundstückseigentümer gegen den Zessionar erheben kann, die er im Fall der Nichtabtretung gegen den Zedenten hätte erheben können.

F. Gang der Untersuchung und grenzüberschreitende Aspekte

Bevor der Gang der folgenden Untersuchung wiedergegeben werden kann, muss vorab festgestellt werden, dass eine an einen ausländischen Investor erfolgte Abtretung unter dem Blickwinkel der internationalen deutschen Gerichtsbarkeit bzw. des anwendbaren Rechts gleich zu behandeln sein wird wie eine an einen inländischen Investor erfolgte Abtretung. Für Klagen im Zusammenhang mit der Grundsuld, vom und gegen den ausländischen Zessionar bzw. bei einer etwaigen Zwangsvollstreckung im Inland, sind ausschließlich die deutschen Gerichte zuständig (vgl. insb. Art. 22 Nr. 1 EuGVVO – Brüssel I VO; §§ 767 Abs. 1, 24 Abs. 1⁵³, 802 ZPO analog⁵⁴; §§ 797 Abs. 3⁵⁵, 802 ZPO analog⁵⁶)⁵⁷. Diese wenden, nach den

⁵³ Im Zusammenhang mit einer etwaigen Zwangsvollstreckung könnten für den Grundstückseigentümer einerseits die Rechtsbehelfe gegen den Titel (der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO oder der Titelgegenklage (sog. erweiterte Vollstreckungsabwehrklage) nach § 767 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO analog) in Betracht kommen. Hierfür ist das Prozessgericht des ersten Rechtzuges (sachlich und) örtlich zuständig. Die hier relevante örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach § 24 Abs. 1 ZPO, mithin nach dem Belegenheitsort.

⁵⁴ In den spezialgesetzlich nicht geregelten Fällen bestimmt sich die internationale Zuständigkeit aus den Regeln über die örtliche Zuständigkeit. Während nach ganz h. M. dies in analoger Anwendung der Vorschriften über die

Grundsätzen der *lex fori*, ihr eigenes – d. h. hier deutsches – Verfahrensrecht an⁵⁸. Bezüglich den materiell-rechtlichen Fragen unterliegt die Abtretbarkeit und die Abtretung einer Forderung dem Recht, welchem die Forderung unterliegt (Art. 14 Abs. 1, 2 Rom I-VO)⁵⁹, damit deutschem Recht⁶⁰. Die Grundschuld unterliegt als Recht an dem Grundstück der *lex rei sitae* (Art. 43 I EGBGB)⁶¹, also schlussendlich auch deutschem Recht.

Nun kann der Gang der folgenden Untersuchung wiedergegeben werden. Diese gliedert sich, nebst der Einleitung, in zwei Teile und einen Schlussteil.

Im Ersten Teil der Arbeit sollen insbesondere die Altfälle berücksichtigt werden. Der zeitlichen Abfolge des oben beschriebenen Vorganges entsprechend, soll zuerst gefragt werden, ob die Abtretung der Sicherungsgrundschuld rechtlich verhindert werden kann (§ 2). Gelingt dies nicht, muss gefragt werden, in welchem Fall der Grundstückseigentümer dem Zessionar die Einwendungen entgegen halten kann, die er im Fall der Nichtabtretung gegen den Zedenten hätte erheben können (§§ 3 - 4). Ist ein solcher Fall nicht gegeben, wird der Zessionar versuchen, den Grundstückseigentümer aus der Grundschuld in Anspruch zu nehmen. Hierfür wird er die Zwangsvollstreckung in das Grundstück initiieren wollen (§§ 7 ff). Nun wäre es für den Grundstückseigentümer dienlich, wenn es ihm zumindest möglich wäre, die Zwangsvollstreckung zeitlich etwas zu verzögern. So könnte der Grundstückseigentümer, wenn es ihm nicht gelingen sollte, der Inanspruchnahme aus der Sicherungsgrundschuld gänzlich zu entgehen, zumindest Zeit gewinnen, um genügend Geld zu beschaffen um den Zessionar zu befriedigen. Jedenfalls wäre so das Grundstück vor der Zwangsvollstreckung gerettet (§ 10).

örtliche Zuständigkeit erfolgen soll (v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, Rn 38 m. w. N. auch zur Rspr.), sieht eine a. A. zumindest in manchen Vorschriften die internationale Zuständigkeit stillschweigend in der örtlichen Zuständigkeit mitgeregelt (*Schack*, IZVR, § 8 II 1 b, Rn 266 mit entsprechenden Beispielen, wobei keines davon die hier in Frage stehenden Vorschriften betrifft).

⁵⁵ Im Zusammenhang mit einer etwaigen Zwangsvollstreckung könnten für den Grundstückseigentümer andererseits die Rechtsbehelfe gegen die Klausel in Betracht kommen. Die hier relevante örtliche Zuständigkeit bestimmt sich grundsätzlich nach dem Amtssitz des Notars, welcher die vollstreckbare Urkunde verwahrt (§ 797 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 S. 1 ZPO). In der Praxis wird dies der Notar sein, der die Grundschuldbestellung samt Nebenerklärungen beurkundet hat. Falls ausnahmsweise der ausländische Zessionar die Erteilung der Klausel gerichtlich verfolgen muss, ist freilich auch die inländische örtliche Zuständigkeit nach § 797 Abs. 5, 802 ZPO ebenfalls gegeben.

⁵⁶ Siehe Fn 54.

⁵⁷ *Wolfsteiner* in: MüKo ZPO, § 802 Rn 3.

⁵⁸ *Ahrens*, Europäisches und Internationales Wirtschaftsprivatrecht, Rn 529, 536.

⁵⁹ *Ahrens*, Europäisches und Internationales Wirtschaftsprivatrecht, Rn 307 ff.

⁶⁰ Das Darlehen wurde zunächst in Deutschland ohne Auslandsbezug geschlossen, so dass hierauf unproblematisch deutsches Recht anzuwenden ist.

⁶¹ *Ahrens*, Europäisches und Internationales Wirtschaftsprivatrecht, Rn 328 ff.

Der Zweite Teil der Arbeit beschäftigt sich insbesondere mit den Neufällen. Hier soll untersucht werden, welche Einwendungen der Grundstückseigentümer aus dem Verhältnis Grundstückseigentümer – Zedent, nach erfolgter Abtretung, dem Zessionar entgegen halten kann.

Der Schlussteil der Arbeit fasst noch einmal die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit, die die bankenübliche Praxis berücksichtigen, in sehr komprimierter Form zusammen. Einige praktische Empfehlungen für den Grundstückseigentümer, der eine Sicherungsgrundschuld bestellt, schließen die Arbeit ab.

ERSTER TEIL

(Untersuchung der Altfälle)

Kapitel 1

Materiell-rechtliche Schutzmechanismen zu Gunsten des Grundstückseigentümers

§ 2 Wirksamkeit der Abtretung der Sicherungsgrundschuld

A. Kein Abtretungsausschluss aus §§ 1192 Abs.1, 1154; 399, 2. Fall BGB

Zunächst ist festzustellen, dass der stärkste materiell-rechtliche Schutz zu Gunsten des Schuldners ein Abtretungsausschluss (§§ 1192 Abs. 1, 1154; 399, 2. Fall BGB) zwischen dem Grundschuldbesteller und dem (ersten) Grundschuldgläubiger darstellen würde. Dieser kann zwar individualvertraglich vereinbart werden⁶², wäre jedoch aufgrund von § 873 Abs. 1 BGB noch im Grundbuch eintragungspflichtig. Allerdings ist dabei zu beachten, dass eine Grundschuld durch den Abtretungsausschluss ihrer Verkehrsfähigkeit vollständig beraubt werden würde. Sofern die Grundschuldbestellung zugunsten eines (deutschen) Kreditinstitutes erfolgt ist, wurde daher in der notariellen Praxis meist bewusst von einer solchen Vinkulation abgesehen⁶³.

⁶² Die Sicherungsgrundschuld ist grundsätzlich nicht akzessorisch. Diese setzt somit keine Forderung voraus, welche aber für die Anwendbarkeit von § 1154 BGB und § 399 BGB gemäß § 1192 Abs. 1 aE BGB erforderlich wäre. Zu beachten gilt indes, dass Vorschriften für die Abtretung von Grundpfandrechten im BGB fehlen und somit im Ergebnis § 1154 BGB und § 399 BGB „anwendbar gemacht werden“ müssen (hierzu und weiterführend *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1154 Rn 78, 79).

⁶³ *Clemente*, ZfIR 2007, 737, 738; *Volmer*, ZfIR 2008, 634, 635.

B. Kein dinglich wirkendes gesetzliches Abtretungsverbot der Sicherungsgrundschuld

Vor dem soeben beschriebenen Hintergrund kann zumindest in der Praxis ein individualvertraglicher Abtretungsausschluss zwischen dem Grundschuldbesteller und dem (ersten) Grundschuldgläubiger nicht ernsthaft in Erwägung gezogen werden. Der Schuldner wäre jedoch dann nicht verpflichtet, eine Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zu dulden (§§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB), wenn die Abtretung der Sicherungsgrundschuld unwirksam wäre. Grund hierfür wäre die prinzipielle Überlegung, dass die Tatbestandsvoraussetzung „Grundschuldgläubiger“ nicht gegeben wäre. Der *Bundesgerichtshof* hat in zwei Fällen⁶⁴ erörtert, ob sich die Unwirksamkeit einer solchen Abtretung aus irgendwelchen gesetzlichen Abtretungsverboten gemäß § 134 BGB ableiten lässt. Die Erörterung dieser Frage muss in zwei Ebenen gegliedert werden.

Zunächst muss geklärt werden, ob ein gesetzliches Abtretungsverbot existiert, das unmittelbar die dingliche Abtretung der Sicherungsgrundschuld unterbinden will. In diesem Fall ließe sich die Nichtigkeit entsprechender Abtretungen daraus herleiten.

Falls sich diese Nichtigkeit jedoch nicht aus einer solchen Norm herleiten ließe, wäre ferner der Frage nachzugehen, ob es nicht zumindest möglich wäre, mittelbar die dingliche Abtretung der Sicherungsgrundschuld zu unterbinden. Möglich wäre dies allenfalls in jenen Fällen der gemeinsamen Abtretung von Sicherungsgrundschuld mit den dazugehörigen Kreditportfolios oder mit (nur) einzelnen zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordenen Darlehensrückzahlungsansprüchen. Die Herleitung einer solchen mittelbaren Unwirksamkeit der dinglichen Abtretung der Sicherungsgrundschuld könnte hier unter den engen Voraussetzungen des § 139 BGB möglich sein⁶⁵. Eine der notwendigen Voraussetzungen hierfür wäre allerdings das Bestehen einer gesetzlichen Verbotsnorm, welche die dingliche Abtretung der zum Anlass der Grundschuld gewordenen Darlehensforderung unterbinden will. Hierauf und zu den weiteren Voraussetzungen des § 139 BGB wird im weiteren Verlauf⁶⁶ eingegangen.

⁶⁴ BGH Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05 (BGHZ 171, 180 ff); BGH Urt. v. 19.8.2011 – XI ZR 256/10 (NJW 2011, 3024 ff).

⁶⁵ Näheres und mit Nachweisen hierzu unter § 2 C.

⁶⁶ Hierzu unter § 2 C.

I. § 134 BGB in Verbindung mit § 203 Abs. 1 StGB

Ein auf dinglicher Ebene wirkendes gesetzliches Abtretungsverbot von Sicherungsgrundschulden könnte sich zum einen aus § 134 BGB in Verbindung mit § 203 Abs. 1 StGB⁶⁷ ergeben. Diese Strafvorschrift stellt die unbefugte Offenbarung eines anvertrauten oder in sonstiger Weise bekannt gewordenen fremden Geheimnisses durch die in § 203 StGB aufgeführten Berufsangehörigen oder deren Gehilfen unter Strafe. Die (mögliche) Verletzung des Bankgeheimnisses⁶⁸ wird indes hier nicht unter Strafe gestellt. Somit ist schon der Anwendungsbereich des § 203 Abs. 1 StGB nicht eröffnet. Eine analoge Anwendung scheidet aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG von vornherein aus⁶⁹.

II. Bestandteil des Bankgeheimnisses?

Zum anderen ist festzustellen, dass ein auf dinglicher Ebene wirkendes gesetzliches Abtretungsverbot von Sicherungsgrundschulden kein Bestandteil des Bankgeheimnisses⁷⁰ ist. Als Voraussetzung für ein solches gewohnheitsrechtliches Abtretungsverbot wäre eine lang andauernde Übung der beteiligten Verkehrskreise (*longa consuetudo*) in deren Rechtsüberzeugung (*opinio iuris comune*) erforderlich⁷¹. Bereits eine lang andauernde Übung der beteiligten Verkehrskreise, wonach ein (möglicher) Verstoß gegen das Bankgeheimnis auch die Unwirksamkeit der Abtretung der Sicherungsrechte mit sich zieht, ist nicht ersichtlich⁷².

III. Ergebnis zu § 2 B

Ein auf dinglicher Ebene wirkendes gesetzliches Abtretungsverbot von Sicherungsgrundschulden ist somit nicht ersichtlich.

⁶⁷ § 203 Abs. 1 StGB stellt gemäß Art. 2 EGBGB ein Gesetz im Sinne des BGB da.

⁶⁸ Ob bei einer Abtretung einer Sicherungsgrundschuld das Bankgeheimnis tatsächlich verletzt wird, ist somit irrelevant.

⁶⁹ So ausdrücklich BGH Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05 – Rn 22 (BGHZ 171, 180, 186).

⁷⁰ Zur rechtlichen Einordnung des Bankgeheimnisses als Gewohnheitsrecht vgl. *Schwintowski*, BankR, § 3 Rn 3.

⁷¹ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 Rn 29 ff.

⁷² BGH Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05 – Rn 24 (BGHZ 171, 180, 186).

C. Keine Unwirksamkeit einer solchen Abtretung aus § 139 BGB

In der Praxis werden oft Sicherungsgrundschulden und die dazugehörigen Kreditportfolios oder auch nur einzelne zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordene Darlehensrückzahlungsansprüche⁷³ zusammen abgetreten⁷⁴.

Der Grund, weshalb die Banken die Sicherungsgrundschulden oft nicht isoliert abtreten, ist leicht verständlich. Die Banken wollen in der Regel primär nicht das Sicherungsrecht, sondern einen notleidend gewordenen Kredit „loswerden“⁷⁵. Dies hat den Zweck, ihre Bilanz zu entlasten und den aufgrund von „Basel II“ strenger gewordenen Eigenkapitalvorschriften zu genügen⁷⁶. Der Investor seinerseits wird nur dann einen entsprechenden Preis für einen notleidend gewordenen Kredit zahlen, wenn dieser durch entsprechende Sicherheiten gedeckt ist⁷⁷.

Erfolgt nun eine soeben beschriebene Abtretung⁷⁸, kann sich die Unwirksamkeit der Abtretung der Sicherungsgrundschuld aus § 139 BGB ergeben⁷⁹. § 139 BGB ist auf alle teilnichtigen Rechtsgeschäfte anwendbar, unabhängig auf welchen Grund die Nichtigkeit basiert⁸⁰. So könnte sich die Unwirksamkeit der Abtretung der Sicherungsgrundschuld dann, selbstverständlich unter den weiteren strengen Voraussetzungen des § 139 BGB, ergeben, wenn die Abtretung der dazugehörigen Darlehensrückzahlungsforderung aus irgendeinem Grunde nichtig wäre. Dies ist im Folgenden zu untersuchen.

⁷³ Diese müssen selbstverständlich noch nicht erfüllt sein. Dass eine Bank bereits vollständig getilgte und somit erloschene Darlehensrückzahlungsansprüche abtritt, erscheint eher theoretischer Natur. In diesem Fall wäre zum einen ein gutgläubiger Erwerb der Forderung nicht möglich und zum anderen dem für § 139 BGB erforderlichen hypothetischen Willen, bzw. Einheitlichkeitswillen, der Parteien nicht zu entnehmen.

⁷⁴ *Gladenbeck/Gaberdiehl*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rn 964 ff.

⁷⁵ *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2055:

⁷⁶ *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2055 m. w. N.

⁷⁷ *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2055 m. w. N.

⁷⁸ Dass in den Händen des Investors dann ggf. die Sicherungsgrundschuld unabhängig von der Forderung weiter veräußert wird, und der Letzterwerber die Sicherungsgrundschuld dann vollstrecken will, wird hier nicht übersehen. Sollte sich herausstellen, dass die erste Übertragung der Sicherungsgrundschuld unwirksam ist, so müsste der Frage nachgegangen werden, ob ein gutgläubiger Dritterwerb stattfinden kann (Ersterwerb durch die Bank als erster Grundschuldgläubiger; Zweiterwerb durch einen Investor und schlussendlich Dritterwerb durch einen Zweitinvestor). Sollte sich indes herausstellen, dass (schon) die erste Übertragung an sich wirksam ist, so bergen alle weiteren Übertragungen keine rechtlichen Schwierigkeiten.

⁷⁹ Ob unter den Voraussetzungen des § 139 BGB das Abstraktionsprinzip durchbrochen werden kann ist strittig. Voraussetzung hierfür wäre jedenfalls, dass die Parteien den Willen hatten, die vorgenommen Rechtsgeschäfte als wirtschaftliche Einheit zu betrachten. Hier gilt jedoch, je bedingungs- und befristungsfeindlicher das Rechtsgeschäft als solches ist, desto höher sind auch die Anforderungen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips grundsätzlich möglich sein soll (zu all dem *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 5 Rn 55 f m. w. N.).

⁸⁰ *Busche* in: MüKo BGB, § 139 Rn 2.

I. Gekündigte oder ungekündigte Darlehen

Eingehend ist zu überlegen, ob zwischen gekündigten und ungekündigten Darlehen unterschieden werden muss.

1. Gekündigte Darlehensverhältnisse

Es bestehen seitens des Darlehensgebers⁸¹, hier die Bank, zwei Möglichkeiten, ein Darlehen zu kündigen. Zum einen kann der Darlehensgeber ein Darlehen ordentlich kündigen, zum anderen kann ein Darlehen außerordentlich gekündigt werden.

a.) Das ordentliche Kündigungsrecht

Der gesetzliche Grundfall der ordentlichen Kündigung eines auf unbestimmter Zeit geschlossenen Darlehensvertrages ist in § 488 Abs. 3 BGB geregelt und an keine Angabe von Gründen geknüpft⁸². Hierbei beträgt die Kündigungsfrist nach § 488 Abs. 3 Satz 2 BGB⁸³ betragsunabhängig⁸⁴ drei Monate.

Zu beachten ist aber, dass dieses Kündigungsrecht nach § 488 Abs. 3 Satz 1 BGB⁸⁵ grundsätzlich nur dann gilt, wenn für die Rückzahlung des Darlehens keine Zeit bestimmt ist. Darüber

⁸¹ Dem Darlehensnehmer stehen auch verschiedene ordentliche und außerordentliche Kündigungsrechte zur Verfügung. Hier soll davon ausgegangen werden, dass der Darlehensnehmer kein Interesse an der Ausübung eines solchen Rechts hat. Vgl. für eine Übersicht der Kündigungsrechte des Darlehensnehmers etwa *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn 357 m. w. V.

⁸² *Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 305; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 3 Rn 36.

⁸³ § 488 Abs. 3 Satz 2 BGB ist seit der Fassung vom 02.01.2002 unverändert geblieben (§ 488 Abs. 3 BGB wurde im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) durch dessen Art. 1 Abs. 1 Nr. 31 eingeführt und löst den damals geltenden § 609 Abs. 2 BGB ab). Gemäß Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB ist heute auf alle Darlehensverträge, unabhängig vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses, § 488 Abs. 3 Satz 2 BGB in dieser Fassung anwendbar.

⁸⁴ Nach § 609 Abs. 2 BGB in der Fassung vom 27.06.2000 (gültig bis 31.12.2001 und übergangsweise anwendbar bis 31.12.2002) betrug die Kündigungsfrist nur bei einem Darlehen über 200 Euro drei Monate, andernfalls einen Monat.

⁸⁵ § 488 Abs. 3 Satz 1 BGB hat die heute gültige Fassung, d. h. die Fassung vom 29.07.2009 mit Wirkung vom 11.06.2010, durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2355) erhalten. Die Änderung seit der Fassung vom 02.01.2002 ist indes sehr begrenzt. Die Fassung vom 02.01.2002 sprach noch von „Rückerstattung des Darlehens“, während die heutige Fassung von „Rückzahlung des Darlehens“ spricht. Jedenfalls ging eine hier relevante Änderung in Bezug auf die Kündigungsmöglichkeiten ersichtlich nicht einher. Auf Übergangsvorschriften kommt es vorliegend nicht an.

hinaus handelt es sich bei § 488 Abs. 3 BGB um teilweise dispositives Recht, so dass die Parteien hiervon abweichende Vereinbarungen treffen können⁸⁶.

Bei den hier relevanten grundpfandrechlich gesicherten Darlehensverträgen wird es sich in aller Regel um Tilgungsdarlehen mit ratenweiser Rückzahlung handeln. Bei solch einem Tilgungsdarlehen wird im sogenannten Tilgungsplan bestimmt, welche Zahlungen in welchen Zeitabständen zu leisten sind⁸⁷. Durch die Festlegung dieser Zeitabstände werden die Termine, zu denen die Darlehensvaluta zurückzuzahlen ist, bestimmt. Zu eben diesen Terminen wird die Darlehensvaluta ohne weitere Erklärungen oder Handlungen der Parteien nach § 488 Abs. 3 S. 1, 1. HS BGB zur Rückzahlung fällig⁸⁸. Ob durch einen solchen Tilgungsplan das ordentliche Kündigungsrecht des Darlehensgebers ausgeschlossen sein soll oder der Tilgungsplan lediglich ein Mindestmaß der Tilgung festlegen will, ist eine Frage des Einzelfalles⁸⁹.

Ergibt die Auslegung des Einzelfalles, dass der Tilgungsplan lediglich ein Mindestmaß der Tilgung festlegen will und das ordentliche Kündigungsrecht nicht ausgeschlossen sein soll, so müssen bezüglich der Kündigung seitens des Darlehensgebers noch folgende Besonderheiten berücksichtigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt – wie gesehen – grundsätzlich nach § 488 Abs. 3 Satz 2 BGB drei Monate. Allerdings wird durch Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken/Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen diese dreimonatige Kündigungsfrist zugunsten eines ordentlichen fristlosen Kündigungsrechts abbedungen⁹⁰. Insoweit wird von der teilweisen Dispositivität Gebrauch gemacht, wobei keine AGB rechtliche Bedenken bestehen⁹¹. Für die Rückzahlung des Darlehens hat sodann die Bank nach Nr. 19 Abs. 5 AGB-Banken dem Kunden eine – je nach Einzelfall zu bestimmende – angemessene Frist zu setzen⁹². Darüber hinaus ist zu beachten, dass; obgleich dieses ordentliche Kündigungsrecht grundsätzlich das Vorliegen eines

⁸⁶ Ausführlich hierzu – auch zu den Grenzen der Abdingbarkeit des Kündigungsrechts – siehe *Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 339 ff.

⁸⁷ Vgl. insoweit auch die in Art. 247 § 14 Abs. 1 S. 1 EGBGB enthaltene Informationspflicht bei Verbrauchsdarlehensverträgen.

⁸⁸ *Berger* in: MüKo BGB, § 488 Rn 225; *Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 347 m. w. N.

⁸⁹ *Berger* in: MüKo BGB, § 488 Rn 225; *Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 348 jeweils m. w. N. auch zur Rechtsprechung.

⁹⁰ Hierzu *Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 355 ff.

⁹¹ *Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 358 m. v. w. N.

⁹² Eine entsprechende Regelung fehlt in den AGB-Sparkassen. Vielmehr ist hier die Rückzahlung sofort zu erbringen. Hierzu sind freilich Bedenken geäußert worden (*Bunte* in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 24 Rn 62 aE m. w. V.). Berücksichtigt man jedoch die allgemeinen Schranken einer Ausübungskontrolle nach § 242 BGB, wird man auch für die Sparkassenfälle notfalls richterrechtlich zu einer interessengerechten Abwicklung der Rückzahlung gelangen können.

wichtigen Grundes nicht verlangt⁹³, der Darlehensgeber davon unter Beachtung des Rücksichtnahmegebots des § 242 BGB und der „berechtigten Belange des Kunden“ nach Art. 19 Abs. 2 Satz 2 AGB-Banken/Art. 26 Abs. 1 Satz 2 AGB-Sparkassen nur aus nachvollziehbaren sachbezogenen Erwägungen Gebrauch machen darf⁹⁴.

b.) Das außerordentliche Kündigungsrecht

Neben dem Recht zur ordentlichen Kündigung kann dem Darlehensgeber auch ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zur Verfügung stehen.

Nach § 490 Abs. 1 BGB steht dem Darlehensgeber bei Gefährdung des Rückzahlungsanspruches ein außerordentliches Kündigungsrecht zu. Dabei muss die Gefährdung des Rückzahlungsanspruches dem Gesetzeswortlaut nach aus einer (drohenden) wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers trotz Verwertung der Sicherheiten oder aus einer (drohenden) wesentlichen Verschlechterung in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellte Sicherheit resultieren. Der Wortlaut des Gesetzestextes ist hier etwas irreführend. Wesentliches Kriterium, welches das Kündigungsrecht des § 490 Abs. 1 BGB auslöst, ist die Gefährdung des Rückzahlungsanspruches⁹⁵. Die Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers und die Werthaltigkeit der Sicherheit(en) müssen daher kumulativ berücksichtigt werden⁹⁶. So scheidet ein außerordentliches Kündigungsrecht folglich dann aus, wenn sich zwar die Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers verschlechtert haben, jedoch der Rückzahlungsanspruch durch werthaltige Sicherheiten gesichert ist⁹⁷. Gleiches gilt, wenn zwar eine Verschlechterung in der Werthaltigkeit der gestellten Sicherheit vorliegt, jedoch die Realisierung des Rückzahlungsanspruches aufgrund der Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers nicht zu befürchten ist⁹⁸. Die so aufgestellten Voraussetzungen finden sich auch in Nr. 19 Abs. 3, 2. Spielstrich AGB-Banken/Nr. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen wieder.

Unabhängig von diesen Voraussetzungen kann der Darlehensgeber den Darlehensvertrag nach § 490 Abs. 3 in Verbindung mit § 313 oder § 314 BGB außerordentlich kündigen. Als wich-

⁹³ Mülbert in: Staudinger BGB, § 488 Rn 355.

⁹⁴ Weiterführend Mülbert in: Staudinger BGB, § 488 Rn 367 ff; Bunte in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 24 Rn 20 ff, 59 f.

⁹⁵ Berger in: MüKo BGB, § 490 Rn 8; Mülbert in: Staudinger BGB, § 490 Rn 9; Rohe in: BeckOK BGB, § 490 Rn 8; Looschelders, Schuldrecht BT, Rn 360.

⁹⁶ Mülbert in: Staudinger BGB, § 490 Rn 9, 29ff (30).

⁹⁷ Etwas unklar – aber immerhin von einer „Wechselwirkung“ der genannten Voraussetzungen sprechend – BT-Drucksache 14/6857 (Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Schuldrechts) vom 31.08.2001, Seite 64; vgl. im Übrigen Berger in: MüKo BGB, § 490 Rn 9 ff, Rohe in: BeckOK BGB, § 490 Rn 10; Mülbert in: Staudinger BGB, § 490 Rn 31; Freitag, WM 2001, 2370, 2374 f.

⁹⁸ Vgl. die Nachweise in Fn 97.

tigstes Anwendungsbeispiel sei hier ein nicht unerheblicher⁹⁹ Zahlungsverzug des Darlehensnehmers, trotz – sofern nicht entbehrlich – angemessener Frist, genannt (Nr. 19 Abs. 4 AGB-Banken in Verbindung mit §§ 490 Abs. 3, 314 Abs. 2 BGB/Nr. 26 Abs. 2 Satz 3 f AGB-Sparkassen)¹⁰⁰.

c.) Die Kündigung seitens der Bank und der abtretbare Rückzahlungsanspruch

Wird vor der entsprechenden Übertragung das Kreditverhältnis seitens der Bank gekündigt, so beendet diese damit ihre Primärpflicht aus § 488 Abs. 1 BGB, also insbesondere die Pflicht, dem Darlehensnehmer das Geld für die vereinbarte Laufzeit zu überlassen¹⁰¹. Der Bank steht ein Rückzahlungsanspruch nach § 488 Abs. 2 BGB zu¹⁰², der unproblematisch eine abtretbare Forderung im Sinne des § 398 BGB darstellt¹⁰³.

2. Ungekündigte Darlehensverträge

Nichts anderes gilt dann, wenn das Kreditverhältnis seitens der Bank vor der entsprechenden Zession *nicht* gekündigt wird. Hier wird lediglich die nach herrschender Meinung noch nicht fällige bzw. nach anderer Auffassung künftige Rückzahlungsforderung¹⁰⁴ aus dem Darlehensvertrag abgetreten¹⁰⁵.

Fraglich bleibt in diesem Zusammenhang, wem nach der erfolgten Zession das Kündigungsrecht zusteht. Mit anderen Worten: Es ist fraglich, ob das Recht zur Darlehenskündigung mit der Abtretung des Darlehensrückzahlungsanspruches automatisch auf den Zessionar mit übergeht. Grundsätzlich gehen in analoger Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB im Falle einer Ab-

⁹⁹ Nach den gesetzlichen Wertungen des § 498 S. 1 Nr. 1 BGB und § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a BGB wird man davon ausgehen müssen, dass ein nicht unerheblicher Zahlungsverzug grundsätzlich erst nach zwei vollen, aufeinanderfolgenden nicht erfolgten Zins- bzw. Ratenzahlungen gegeben sein wird (*Berger* in: MüKo BGB, § 490 Rn 49, *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn 362 jew. m. w. N.)

¹⁰⁰ *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn 362 m. w. N.; *Freitag*, WM 2001, 2370, 2377.

¹⁰¹ *Weidenkaff* in: Palandt BGB § 488 Rn 7.

¹⁰² Im Ergebnis ist der Zeitpunkt der Entstehung des Darlehensrückzahlungsanspruches nach § 488 Abs. 2 BGB hier nicht relevant. Nach h. M. entsteht der Darlehensrückzahlungsanspruch als betagter, also noch nicht fälliger, Anspruch zum Zeitpunkt des Abschlusses eines wirksamen Darlehensvertrages und Auszahlung des Darlehens. Nach a. A. entsteht dieser zusammen mit dessen Fälligkeit. Zum Zeitpunkt des Abschlusses eines wirksamen Darlehensvertrages und Auszahlung des Darlehens handle es sich noch um einen künftigen Anspruch. Vgl. zusammenfassend mit Verweisen zu den jeweiligen Ansichten *Freitag/Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 290 f.

¹⁰³ *Reifner*, BKR 2008, 142, 145.

¹⁰⁴ Die Übertragung des gesamten Darlehensvertrages (§§ 311 Abs. 1, 415 BGB) wäre unter der Voraussetzung, dass der Darlehensnehmer zustimmt, auch möglich.

¹⁰⁵ *Reifner*, BKR 2008, 142, 145. Speziell zur allgemein anerkannten Abtretbarkeit künftiger Forderungen statt aller *Busche* in: Staudinger BGB, § 398 Rn 63 ff m. v. w. N.

tretung bestehende Hilfsrechte, die zur Durchsetzung einer Forderung dienen (forderungsbezogene Gestaltungsrechte)¹⁰⁶, *ipso iure* auf den Zessionar über¹⁰⁷. Hingegen gehen solche Rechte nicht automatisch auf den Zessionar über, deren Wirkung sich im Fall ihrer Ausübung – über die jeweilige Forderung hinaus – auf das ganze Schuldverhältnis, hier den Darlehensvertrag, erstreckt (vertragsbezogene Gestaltungsrechte)¹⁰⁸. Vertragsbezogene Gestaltungsrechte müssen vielmehr durch eine gesonderte Vereinbarung auf den Zessionar mitabgetreten werden¹⁰⁹.

Das Recht zur Darlehenskündigung stünde demzufolge dann dem Zessionar zu, wenn es sich um ein forderungsbezogenes Gestaltungsrecht handeln würde. Dies wiederum wäre zu bejahen, wenn es sich bei der Darlehenskündigung um eine Fälligkeitkündigung handeln würde¹¹⁰. Dies wurde teilweise von der Rechtsprechung ohne nähere Begründung beiläufig bestätigt¹¹¹. Allerdings gilt zu beachten, dass eine Kündigung des Darlehensverhältnisses nicht nur die Rückzahlungsforderung fällig stellt. Darüber hinaus beendet die Kündigung des Darlehensverhältnisses die Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers, und der Darlehensgeber ist verpflichtet, zu viel erhaltene Zinsen zurückzuerstatten¹¹². Das Darlehensverhältnis tritt damit in ein Abwicklungsstadium¹¹³, weswegen es sich im Ergebnis – nach der zustimmungsbedürftigen herrschenden Meinung – bei der Kündigung des Darlehensverhältnisses um eine Aufhe-

¹⁰⁶ *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177, 189.

¹⁰⁷ *Rohe* in: BeckOK BGB, § 401 Rn 7; *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177, 189; *Steinbeck*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Zweiter Teil B II 2 a (S. 45f), die darüber hinaus darauf hinweist, dass teilweise der Übergang der forderungsbezogenen Gestaltungsrechte nicht auf einer analogen Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB gestützt wurde, sondern allein auf ihrer „Natur“ als Anhangrecht.

¹⁰⁸ So jedenfalls, wenn man mit der h. M. versucht eine grundsätzliche schematische Einteilung zu geben. Die vielen umstrittenen Einzelheiten bedürfen hier keiner Vertiefung. Vgl. grds. *Busche* in: Staudinger BGB, § 413 Rn 13; *Rohe* in: BeckOK BGB, § 398 Rn 66; *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177, 202.

¹⁰⁹ Die rechtliche Möglichkeit der unselbstständigen Abtretung der vertragsbezogenen Gestaltungsrechte dürfte praktisch ganz h. M. sein. Vielmehr wird im Zusammenhang mit der Abtretbarkeit der vertragsbezogenen Gestaltungsrechte diskutiert, ob diese selbstständig abtretbar sind. Hierzu bspw. *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177, 203 ff.

¹¹⁰ Zur Einordnung des Rechts zur Fälligkeitkündigung als forderungsbezogenes Gestaltungsrecht siehe bspw. BGH Urt. v. 01.06.1973 – V ZR 134/72 – Rn 16 (NJW 1973, 1793, 1794); *Busche* in: Staudinger BGB, § 401 Rn 35; *Grüneberg* in: Palandt BGB, § 401 Rn 4 und § 413 Rn 4; *Stürner* in: Jauerning BGB, § 401 Rn 3; *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177, 181 m. w. N.

¹¹¹ So z. B. in BGH Urt. v. 22.03.2006 – IV ZR 6/04 – Rn 37 (NJW-RR 2006, 1091, 1094); OLG Frankfurt Urt. v. 06.11.2006 – 23 U 37/06 – Rn 17 (OLGR 2007, 448, 448 f).

¹¹² *Berger* in: MüKo BGB, § 488 Rn 221.

¹¹³ *Berger* in: MüKo BGB, § 488 Rn 221 m. w. N.

bungs- oder Beendigungskündigung, nicht aber um eine bloße Fälligkeitkündigung, handelt¹¹⁴.

Bei dem Recht zur Darlehenskündigung handelt es sich mithin nicht um ein forderungsbezogenes Gestaltungsrecht, welches *ipso iure* auf den Zessionar mitüberginge. Ein Zessionar kann somit nur dann ein Darlehen kündigen, wenn diesem das Recht zur Darlehenskündigung vom Zedenten mitabgetreten wird oder dieser ihn zu dessen Ausübung ermächtigt¹¹⁵. Andernfalls muss – sofern die Voraussetzungen vorliegen – der Zedent das Darlehen kündigen. Unterlässt der Zedent dies, macht er sich unter Umständen dem Zessionar gegenüber schadensersatzpflichtig.

3. Die Irrelevanz der Unterscheidung zwischen gekündigten und ungekündigten Darlehensverträgen

Für die Zwecke der Prüfung der Wirksamkeit der Abtretung eines Darlehensrückzahlungsanspruches ist es nach all dem nicht von Bedeutung, zwischen gekündigten und ungekündigten Darlehensverträgen zu unterscheiden. Es soll daher im weiteren Verlauf der Prüfung keine weitere Unterscheidung zwischen gekündigten und nicht gekündigten Darlehensverträgen erfolgen.

II. Kein gesetzliches Darlehensabtretungsverbot

Zunächst bestünde die Möglichkeit, dass sich die Unwirksamkeit der Abtretung einer Darlehensrückzahlungsforderung aus einem gesetzlichen Abtretungsverbot ergibt. Ein solches gesetzliches Abtretungsverbot müsste die dingliche Abtretung der Darlehensforderungen verbieten.

1. Weder aus § 134 BGB in Verbindung mit § 203 Abs. 1 StGB noch aus dem Bankgeheimnis

Ein auf dinglicher Ebene wirkendes gesetzliches Abtretungsverbot von Darlehensforderungen ergibt sich weder aus § 134 BGB in Verbindung mit § 203 Abs. 1 StGB¹¹⁶ noch aus dem

¹¹⁴ BGH Urt. v. 09.07.2002 – XI ZR 323/01 – Rn 13 (WM 2002, 1764, 1764); *Berger* in: MüKo BGB, § 488 Rn 221; *Bydlinski* in: MüKo BGB, § 425 Rn 4; *Freitag/Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 260 und Rn 292 jew. m. w. N.

¹¹⁵ *Freitag/Mülbert* in: Staudinger BGB, § 488 Rn 308.

¹¹⁶ § 203 Abs. 1 StGB stellt gemäß Art. 2 EGBGB ein Gesetz im Sinne des BGB dar.

Bankgeheimnis. Insoweit kann zur entsprechend anwendbaren Begründung auf oben¹¹⁷ verwiesen werden.

2. § 134 BGB in Verbindung mit § 28 BDSG

Ferner könnte sich ein auf dinglicher Ebene wirkendes gesetzliches Abtretungsverbot von Darlehensforderungen aus § 134 BGB in Verbindung mit § 28 BDSG¹¹⁸ ergeben. Übermittelt der Zedent dem Zessionar Informationen, die im Zusammenhang mit der Darlehensforderung stehen, könnte es sich um eine Übertragung von Daten an Dritte nach § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3a BDSG handeln. Diese Übertragung ist jedoch gemäß § 4 Abs. 1, 1. und 2. Fall BDSG erst dann zulässig, wenn das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet (bspw. in § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG). Freilich kann sich die Zulässigkeit einer solchen Übertragung ferner aus einer Einwilligung des Betroffenen ergeben (§ 4 Abs. 1, 3. Fall BDSG), die in den hier zu analysierenden Fällen jedoch nicht gegeben sein wird.

Um ein solches Abtretungsverbot herleiten zu können, müsste es sich bei dem einseitig verpflichtenden § 28 BDSG um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB handeln. Ob dies der Fall ist, ist umstritten.

a.) § 28 BDSG als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB (Mindermeinung)

Ein Teil der Literatur¹¹⁹ bejaht dies. Einfachgesetzliche Argumente¹²⁰ hierfür seien die Eigenschaft des § 28 BDSG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB¹²¹ bzw. die Strafabwehrung über § 43 BDSG. Darüber hinaus gebiete auch die Verfassung diese Auslegung. Zur Verwirklichung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG)¹²² sei die Nichtigkeit der Abtretung als Folge bei einem Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen die richtige Sanktion.

¹¹⁷ Hierzu oben § 2 B I und § 2 B II.

¹¹⁸ § 28 BDSG stellt gemäß Art. 2 EGBGB ein Gesetz im Sinne des BGB dar.

¹¹⁹ *Kusserow/Dittrich*, WM 1997, 1786, 1788; *Küpper/Brause*, AG 1998, 413ff; *Schantz*, VuR 2006, 464, 467 zitiert bei BGH Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05 – Rn 27 (BGHZ 171, 180, 187).

¹²⁰ *Küpper/Brause*, AG 1998, 413, 418, behaupten ohne nähere Begründung den Verbotscharakter der Norm.

¹²¹ Wenn die h. M. § 4 Abs. 1 BDSG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ansieht (*Golla/Klug/Körffler*, BDSG, § 1 Rn 3), ergibt sich der Schutzzweckcharakter des § 28 Abs. 1 BDSG schon aus der Tatsache, dass § 28 Abs. 1 BDSG eine Variante der in § 4 Abs. 1 BDSG genannten Ausnahmen ist. Der Schutzzweckcharakter der §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 1 BDSG soll im Rahmen dieser Arbeit nicht hinterfragt werden.

¹²² Allgemeines zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) siehe *Di Fabio* in: *Maunz/Dürig GG*, Art. 2 Rn 173 ff.

b.) § 28 BDSG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB (herrschende Meinung)

Der *Bundesgerichtshof*¹²³, die Instanzrechtsprechung und die h. L. schließen sich dem jedoch nicht an¹²⁴. Maßgeblich hierfür sind verschiedene Gründe. Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG gelte der Datenschutz und das Bankgeheimnis (als eine Form des Berufsgeheimnisses) nebeneinander. Allerdings habe das Datenschutzrecht im Verhältnis zum Bankgeheimnis, als eine Art Berufsgeheimnis, eine Auffangfunktion. Dies ergäbe sich bereits aus der genetischen Auslegung¹²⁵ zum BDSG, wonach sowohl gesetzliche Regelungen als auch von der Rechtsprechung für besondere Geheimnisse entwickelte Grundsätze den Regelungen des BDSG vorgehen sollen¹²⁶. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung werde bereits durch den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch sowie durch Straf- und Bußgeldvorschriften (§§ 43, 44 BDSG) ausreichend geschützt. Darüber hinaus werden nach § 3 Abs. 1 BDSG nur Daten natürlicher Personen geschützt, nicht hingegen diejenigen juristischer Personen. Würde man ein gesetzliches Abtretungsverbot von Darlehensforderungen eines Kreditinstitutes nicht für Darlehensforderungen eines Kreditinstitutes gegen juristische Personen, sondern nur für Darlehensforderungen eines Kreditinstitutes gegen natürliche Personen herleiten, so würde dies im Hinblick auf das Bankgeheimnis zwischen Kreditinstitut und Kunde zu einem untragbaren Wertungswiderspruch führen¹²⁷. Weiterhin spräche gegen die Nichtigkeit der Abtretung die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers, Geldforderungen verkehrsfähig, d. h. grundsätzlich beliebig abtretbar, auszugestalten. Dies ergäbe sich sowohl aus § 398 BGB als auch aus den Hintergrund der § 354a HGB und § 22d Abs. 4 KWG, die selbst ein vertragliches Abtretungsverbot nach § 399, 2. Fall BGB überwinden^{128,129}. Schlussendlich spiele es für die Einordnung eines Gesetzes als Verbotsnorm im Sinne des § 134 BGB keine Rolle, ob ein Gesetz die Eigenschaft eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB habe noch ob der Verstoß gegen das fragliche Gesetz als Ordnungswidrigkeit geahndet werde¹³⁰.

¹²³ BGH Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05 (BGHZ 171, 180 ff) und dem folgend BGH Urt. v. 19.8.2011 – XI ZR 256/10 (NJW 2011, 3024 ff).

¹²⁴ Quellennachweis in BGH Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05 – Rn 27 (BGHZ 171, 180, 187).

¹²⁵ Die genetische Auslegung berücksichtigt die Entstehungsgeschichte einer Norm, wobei auf das konkrete Gesetzgebungsverfahren abgestellt wird. Hierbei werden unter anderem die amtlichen Begründungen der Gesetzesentwürfe konsultiert. Zur genetischen Auslegung umfassend *Müller/Christensen*; Juristische Methodik I; Rn 361c ff.

¹²⁶ BGH Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05 – Rn 30 (BGHZ 171, 180, 188).

¹²⁷ *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1544.

¹²⁸ BGH Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05 – Rn 33 (BGHZ 171, 180, 189 f).

¹²⁹ Für Neufälle hat der Gesetzgeber hingegen in § 354a Abs. 2 HGB eine auf dinglicher Ebene wirkende Vinkulierung von Forderungen ermöglicht, soweit diese aus einem Darlehensvertrag stammen, deren Gläubiger ein Kreditinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes ist.

¹³⁰ BGH Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05 – Rn 34 (BGHZ 171, 180, 190).

c.) *Stellungnahme*

Es bedarf somit einer Stellungnahme. Die Vorschrift des § 134 BGB dient dem Schutz der Allgemeinheit¹³¹. Schon der Wortlaut des § 134 BGB „ein Rechtsgeschäft, das (...), ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“ indiziert, dass bei der Prüfung, ob ein „gesetzliches Verbot“ im Sinne des § 134 BGB zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts führt (also keine zugelassene Ausnahme des § 134 BGB ist), vor allem darauf abzustellen ist, ob der mit dem Rechtsgeschäft bezweckte Erfolg verbotswidrig ist¹³². Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass die Nichtigkeit folglich als entsprechend angemessene Sanktion erscheint. Nur durch diese Sanktionierung kann die Rechtsordnung einen unerwünschten Erfolg sicher vermeiden.

Nach herrschender Meinung soll § 134 BGB allerdings auch dann zur Anwendung kommen, wenn (nur) die Vornahme des Rechtsgeschäfts gegen ein gesetzliches Verbot verstößt¹³³. Jenes Vornahmeverbot würde die Missbilligung der Rechtsordnung bezüglich der Existenz des Rechtsgeschäfts zum Ausdruck bringen.

Allerdings ist bei der Untersuchung, wann die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB Anwendung findet, stets danach zu fragen, ob diese vom Verbotsgesetz als bezweckte Folge intendiert ist¹³⁴. Mit anderen Worten ist daher stets folgendes zu prüfen: Will die Verbotsnorm nur eine bestimmte Art und Weise der Vornahme des Rechtsgeschäftes verbieten oder soll das Rechtsgeschäft insgesamt nichtig sein?

Aufgabe des BDSG ist es, den Betroffenen vor der Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts¹³⁵ (vgl. den Wortlaut des § 1 Abs. 1 BDSG) zu schützen. Dies soll dadurch geschehen, dass das BDSG „Regeln für den ‚Umgang‘ durch andere mit seinen personenbezogenen Daten“¹³⁶ trifft, so dass jede „*verarbeitungsbedingte* Störung“¹³⁷ des Persönlichkeitsrechts möglichst ausgeschlossen wird. Hierdurch soll die Art und Weise des Umgangs mit den persönlichen Daten des Betroffenen geregelt werden. Bei einem Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften soll die Sanktionierung – wie bereits oben¹³⁸ erwähnt – durch zivilrechtliche

¹³¹ *Sack* in: Staudinger BGB, § 134 Rn 1.

¹³² *Sack* in: Staudinger BGB, § 134 Rn 1.

¹³³ *Sack* in: Staudinger BGB, § 134 Rn 1.

¹³⁴ So zum „Normzweckvorbehalt“ auch *Sack* in: Staudinger BGB, § 134 Rn 4.

¹³⁵ Zum Schutzgegenstand des BDSG „Persönlichkeitsrecht“ und die Nicht-Übernahme des vom BVerfG geprägten Begriff „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ vgl. beispielhaft *Gola/Klug/Körffler*, BDSG, § 1 Rn 6.

¹³⁶ *Gola/Klug/Körffler*, BDSG, § 1 Rn 2.

¹³⁷ *Simitris* in: *Simitris* BDSG, § 1 Rn 24 (Hervorhebung vom Verfasser).

¹³⁸ Hierzu oben § 2 C II 2 b.

Schadenersatzansprüche, Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 43, 44 BDSG erfolgen. Damit wird auch dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ausreichend Rechnung getragen. Eine Nichtigkeitsfolge aus § 134 BGB herzuleiten, erscheint vor diesem Hintergrund als nicht erforderlich.

Ebenso können die weiter vorgebrachten Argumente, die für den Verbotscharakter der Norm sprechen sollen, nicht überzeugen. Die Annahme der Parallelität zwischen einem Verbotsnormcharakter im Sinne des § 134 BGB und dem Schutzzweckcharakter im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB vermischt zu sehr Elemente der Rechtsgeschäftslehre und den Schutz von absolute Rechte. Ob der Schutz eines Verhaltens (hier die „*verarbeitungsbedingte Störung*“ des Persönlichkeitsrechts) neben einem möglicherweise gegebenen strafrechtlichen Schutz auch eine aus § 134 BGB resultierende Nichtigkeitsfolge erfordert, ist das Ergebnis der Auslegung und nicht deren Ausgangspunkt.

d.) Zwischenergebnis zu § 2 C II 2

Zusammenfassend ist die Frage, ob § 28 BDSG ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist, zu verneinen. Demzufolge ließe sich, selbst wenn die Abtretung einer Darlehensforderung gegen § 28 BDSG verstoßen sollte, eine mögliche Nichtigkeit der Abtretung hieraus nicht herleiten¹³⁹.

3. § 134 BGB in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG

Des Weiteren könnte sich ein auf dinglicher Ebene wirkendes gesetzliches Abtretungsverbot von Darlehensforderungen aus § 134 BGB in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG¹⁴⁰ ergeben. Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bedarf, wer im Inland¹⁴¹ gewerbsmäßig oder in

¹³⁹ Dieses Ergebnis ist verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG Beschl. v. 11.07.2007 – 1 BvR 1025/07 (NJW 2007, 3707)).

¹⁴⁰ § 32 Abs. 1 KWG stellt gemäß Art. 2 EGBGB ein Gesetz im Sinne des BGB da.

¹⁴¹ Hat der Investor seinen Sitz im Ausland, so unterfällt er einer Betriebserlaubnis nur, wenn dieser durch „eine wie auch immer geartete physische Präsenz (Niederlassung, Zweigstelle, natürliche Personen als Vertreter des Anbieters) den Geschäftsabschluss im Inland zumindest befördert“ (Fischer in: Boos/ Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 32 Rn 16, der dies m. w. N. als „noch herrschende Meinung“ bezeichnet). Wie noch genauer zu zeigen sein wird, stellt § 32 Abs. 1 KWG eine gewerberechtlich-präventive Erlaubnispflicht dar. Diese präventive Erlaubnispflicht stellt der Gesetzgeber auf, damit die Behörde im Einzelfall vorweg prüfen kann, dass ein bestimmtes Verhalten gegen bestimmte materiell-rechtliche Rechtsvorschriften verstößt (hierzu statt aller Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn 51). Die Aufstellung eines solchen Kontrollmechanismus ist jedoch Ausübung von Staatsgewalt, definiert als die Summe aller legislativen, exekutiven und judikativen Funktionen (hierzu Grzeszick in: Maunz/Dürig GG, Art. 20 Rn 90). Die Ausübung von Staatsgewalt muss jedoch grundsätzlich auf Rechtssubjekte beschränkt bleiben, die der deutschen Staatsgewalt unterliegen. Wieso dies für einen Investor

einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen.

Als Bankgeschäfte gelten unter anderem gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten (Kreditgeschäfte), worunter fraglicher Weise auch die Abtretung von Darlehensforderungen zu fassen sein könnte¹⁴².

Ob dies der Fall ist, bedürfte dann keiner Erörterung, wenn ein Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG die Wirksamkeit von Abtretungsverträgen nicht berühren würde, es sich mithin nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB handeln würde.

a.) § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB

Der Rechtsnatur nach handelt es sich bei § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG um ein einseitiges Verbotsgesetz, das sich nur gegen diejenige Partei richtet, welche die Bankgeschäfte ohne die erforderliche Erlaubnis betreibt, in diesen Fällen gegen den Investor¹⁴³. Das Gesetz richtet sich daher gegen eine bestimmte Art und Weise der Vornahme des Rechtsgeschäfts selbst, namentlich mit oder ohne ggf. erforderliche Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen¹⁴⁴. Wie bereits oben erörtert ist bei der Prüfung, ob die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB Anwendung findet, stets danach zu fragen, ob dies die vom Verbotsgesetz bezweckte Folge ist¹⁴⁵. Im Gegensatz zu § 3 KWG, welches die dort genannten Geschäfte verbietet, bestimmt § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG nicht, dass das Betreiben von Bankgeschäften ohne erforderliche Erlaubnis verboten ist, sondern stellt diese „lediglich“ unter eine gewerberechtlich-präventive Erlaubnispflicht¹⁴⁶. Somit dient die Vorschrift in ihrer primären Zielrichtung dem Schutz der öffentlichen Ordnung. Darüber hinaus ist auch ein anderer Aspekt zu berücksichtigen. Der Kunde wird in der Regel nicht wissen, ob sein Kontrahent die erforderliche Erlaubnis erhalten hat oder nicht. Somit würde es zu einer unbilligen Härte führen, wenn man

im Ausland gelten soll ist nicht ersichtlich. Dass ein Unternehmen mit Sitz im Ausland grundsätzlich nicht der Erlaubnispflicht des § 32 Abs. 1 KWG unterliegt, ist auch dem systematischen Vergleich mit den Regelungen der §§ 53 ff KWG zu entnehmen.

¹⁴² Zum Streitstand vgl. die Nachweise in BGH Urt. v. 19.04.2011 – XI ZR 256/10 – Rn 18 (NJW 2011, 3024, 3024).

¹⁴³ Wie bereits in der Einleitung erwähnt, sind diese Investoren in der Regel privatrechtlich (in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft) organisiert und nicht im Besitz einer Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG sein.

¹⁴⁴ BGH Urt. v. 19.04.2011 – XI ZR 256/10 – Rn 19 (NJW 2011, 3024, 3024).

¹⁴⁵ Hierzu oben § 2 C II 2 c.

¹⁴⁶ BGH Urt. v. 19.04.2011 – XI ZR 256/10 – Rn 20 (NJW 2011, 3024, 3025).

den etwaig getätigten Geschäften die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB auferlegen würde¹⁴⁷.

b.) Zwischenergebnis zu § 4 2 C II 3

Folglich ist mit dem *Bundesgerichtshof* anzunehmen, dass ein etwaiger Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG nicht zu der Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB führt. Somit erübrigt sich die Frage, ob die Abtretung von Darlehensforderungen unter dem Begriff der Kreditgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG zu fassen ist.

4. Zwischenergebnis zu § 2 C II

Ein auf dinglicher Ebene wirkendes gesetzliches Abtretungsverbot von Darlehensforderungen ist somit nicht ersichtlich.

III. Keine Inhaltsveränderung nach § 399, 1. Fall BGB

Ferner ist die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass die Abtretung der Forderung gemäß § 399, 1. Fall BGB wegen Inhaltsänderung unwirksam sein könnte¹⁴⁸. § 398 BGB enthält den Grundsatz der freien Abtretbarkeit von Forderungen, so dass § 399, 1. Fall BGB schon deswegen als Ausnahmevorschrift tendenziell eng auszulegen ist. Anerkannt sind drei, teilweise nicht streng voneinander trennbare, Fallgruppen¹⁴⁹:

1. Die Person des Gläubigers ist wesentlich für den Inhalt und die Identität der Forderung
2. Die Abtretung würde die Forderung aus ihrem rechtlichen Zusammenhang lösen
3. Die Forderung ist zweckgebunden oder ein höchstpersönliches Recht.

¹⁴⁷ *Szagunn/Haug/Ergenzinger*, KWG, § 32 Rn 21.

¹⁴⁸ Bei § 399 BGB handelt es sich nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. Hier wird im Gegensatz zu § 134 BGB, in dem das rechtliche *Dürfen* eingeschränkt wird, das rechtliche *Können* als solches eingeschränkt.

¹⁴⁹ OLG Köln Urt. v. 28.04.1999 – 13 U 199/98 – Rn 16 (NJW 2000, 295, 295); *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472, 473.

Unter Zugrundelegung dieser Fallgruppen wird teilweise die Unwirksamkeit der Abtretung von grundpfandrechtl. gesicherten Darlehensrückzahlungsansprüchen von Banken gegen ihre Kunden vertreten¹⁵⁰.

Grund hierfür sei eine nicht übertragbare Eigenschaft, die ausschließlich in der Person des Gläubigers angelegt wäre und mithin inhalts- und identitätsprägend für die Forderung wirke (Fallgruppe 1). Weitere Begründungsansätze meinen, durch die Abtretung der Darlehensrückzahlungsforderung würde diese aus ihrem rechtlichen Zusammenhang herausgelöst (Fallgruppe 2). Weiterhin wird versucht, das auf diese Weise gefundene Ergebnis durch verfassungsrechtliche Wertungen zu untermauern (verfassungskonforme Auslegung des § 399, 1. Fall BGB).

1. Inhalts- und identitätsprägende Eigenschaft des Gläubigers

a.) Argumente für eine Inhalts- und Identitätsprägung der Forderung durch die Eigenschaft des Zedenten als Bank

Die soeben genannte nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers sei jene des Zedenten als Bank, welche der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen und der Deutschen Bundesbank (vgl. § 7 KWG) unterstellt ist. Diese Eigenschaft wirke mithin inhalts- und identitätsprägend. Der zessionsempfangende Investor wird – wie bereits erwähnt – in der Regel nicht dieser staatlichen Aufsicht unterstehen.

Weiterhin wird angeführt, dass die Rechtsordnung das Interesse des Kunden an einem unter staatlicher Aufsicht stehenden Gläubiger an verschiedenen Stellen anerkenne. Zunächst wird in diesem Zusammenhang § 32 Abs. 1 KWG als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB angeführt¹⁵¹. Im Übrigen werde dem Schuldner das Recht zur außerordentlichen Kündigung¹⁵² bzw. das Recht zur Anfechtung des Geschäfts eingeräumt¹⁵³, falls der Gläubiger wider Erwarten nicht unter staatlicher Aufsicht steht.

¹⁵⁰ Die folgende Prüfung folgt *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472, 473.

¹⁵¹ Zur Anerkennung des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB vgl. BGH VU v. 21.04.2005 – III ZR 238/03 – LS (NJW 2005, 2703, 2703).

¹⁵² SchiedsG Hamburg – Schiedsspruch vom 20.11.2000 – LS 3 und unter II 1 e aa ccc der Gründe (NJOZ 2001, 1073, 1073 und 1079 f)

¹⁵³ *Fischer* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 32 Rn 30.

b.) Analyse der vorgebrachten Argumente

Fraglich ist jedoch, ob sich diese Argumente als stichhaltig erweisen. Selbst das Gesetz erkennt punktuell ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners an der Beibehaltung eines bestimmten Gläubigerkreises, etwa im Dienstleistungsrecht (§ 613 Abs. 1 BGB) oder im Auftragsrecht (§ 664 Abs. 2 BGB), an¹⁵⁴. Bei der Begründung dieser Vorschriften ist zu beachten, dass die Trennung der durch „Dienstverhältnis geschaffenen persönlichen Beziehungen“¹⁵⁵ regelmäßig den Parteiinteressen zuwiderlaufen wird. Grundsätzlich wird – nicht zuletzt aufgrund des Bankgeheimnisses – eine enge persönliche Bindung der Vertragsparteien bestehen. Doch in der Regel vertraut ein Kunde sein Geld einer (von ihm gewählten) Bank an und erhofft sich die sichere Anlage seines Geldes. Weniger wichtig wird es ihm sein, ob er ein Darlehen an „seine“ Bank zurückzahlen hat oder an einen zessionempfangenden Investor. Dies wird jedenfalls solange der Fall sein, wie er gegenüber seiner Bank von der Rückzahlungspflicht befreit wird. Des Weiteren wird durch die Zession des Darlehensrückzahlungsanspruches auch das Vertragsverhältnis zwischen Kunden und Bank nicht gänzlich aufgelöst. Der Kunde kann sich daher immer noch an seine Bank halten, falls es bei der Abwicklung mit dem Investor zu Schwierigkeiten kommen sollte, welche auch dem Verantwortungsbereich der Bank unterfallen. Die aufgeführten Rechte, die der Kunde bei verletztem Vertrauen auf dessen Bankeigenschaft (außerordentliche Kündigung, Anfechtung, Schadensersatz) gegen seinen Vertragspartner geltend machen kann, sind Ausdruck der Relativität des geschaffenen Vertragsverhältnisses zwischen Kunde und Bank. Schlussendlich darf nicht vergessen werden, dass die Vorschriften des KWGs und allgemein das Bankaufsichtsrecht dem Schutz von öffentlichen Interessen, insbesondere der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der gesamten Volkswirtschaft und der Stabilisierung des nationalen und internationalen Finanzsystems¹⁵⁶, dient.

c.) Zwischenergebnis zu § 2 C III 1

Nach all dem erweist sich die Auffassung, die nicht übertragbare Eigenschaft des Zedenten als Bank sei inhalts- und identitätsprägend für einen Darlehensrückzahlungsanspruch, als nicht überzeugend.

¹⁵⁴ Auf diesen Aspekt macht aufmerksam *Roth* in: MüKo BGB, § 399 Rn 8.

¹⁵⁵ BGB Prot II, Seite 279 zu dem heutigen § 613 Abs. 1 BGB. Ähnlich spricht *Martinek* in: Staudinger BGB, § 664 Rn 3 bei § 664 BGB vom „persönlichen Vertrauensverhältnis“.

¹⁵⁶ *Fischer* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, Einf. Rn 120ff.

2. Kein Herauslösen aus ihrem rechtlichen Zusammenhang

Weiter wird versucht die Nichtigkeit der Abtretung der Darlehensrückzahlungsforderung dadurch zu begründen, dass die Forderung aus ihrem rechtlichen Zusammenhang herausgelöst werde.

a.) Argumente für ein Herauslösen aus ihrem rechtlichen Zusammenhang

Argumentiert wird, dass die Trennung zwischen der „dinglichen Forderung“¹⁵⁷ und der ihr zu Grund liegenden *causa* einschließlich des zu schützenden Bankgeheimnisses zu einer künstlichen Trennung von bisher aufeinander bezogenen Rechtsverhältnissen führe¹⁵⁸. Dies sei zwar rechtlich zulässig und entspreche der Konzeption des § 398 BGB, diese künstliche Trennung sei jedoch gerade bei grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensrückzahlungsforderungen nicht zulässig¹⁵⁹. Insoweit wird angeführt, dass die §§ 404 ff BGB nur einen unvollständigen Schutz böten¹⁶⁰. Dieser unvollständige Schutz ergebe sich aus einem Vergleich zwischen den §§ 404 ff BGB und dem mithilfe des allgemeinen Bankvertrages bzw. der AGB-Banken umfassend geregelten Bankverhältnis mit all ihren Nebenpflichten¹⁶¹.

b.) Voraussetzungen für ein Herauslösen aus ihrem rechtlichen Zusammenhang

Zunächst ist festzustellen, dass eine Forderung aus ihrem rechtlichen Zusammenhang herausgelöst wird, wenn durch einen Wechsel der Person des Gläubigers zwar nicht notwendigerweise eine Inhaltsänderung der Forderung herbeigeführt wird, es deren Natur nach jedoch nicht gleichgültig ist, an wen die Leistung erfolgen soll¹⁶². Der Natur nach ist es für eine Forderung nur dann nicht gleichgültig, an wen die Leistung zu erfolgen hat, wenn zwischen dem Forderungsinhaber und Forderungsschuldner und den einzelnen zwischen ihnen bestehenden

¹⁵⁷ Schwintowski/Schantz sprechen bei der Darlehensrückzahlungsforderung in diesem Zusammenhang von einer „dinglichen Forderung“. Nach der Konzeption der §§ 398 ff BGB ergibt sich systematisch, dass das Recht *an* der Forderung absolut (dinglich) ausgestaltet ist, während das Recht *aus* der Forderung relativ (obligatorisch) ausgestaltet ist (zur Vertiefung Picker, Festschrift Canaris, S. 1001, 1003 (unter I 2)). Da eine Forderung in der Regel aus einem relativen Schuldverhältnis stammt, mag die insoweit von Schwintowski/Schantz getroffene Wortwahl auf den ersten Blick befremdlich wirken, erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung als korrekt.

¹⁵⁸ Schwintowski/Schantz, NJW 2008, 472, 474.

¹⁵⁹ Schwintowski/Schantz, NJW 2008, 472, 474.

¹⁶⁰ Schwintowski/Schantz, NJW 2008, 472, 473.

¹⁶¹ Schwintowski/Schantz, NJW 2008, 472, 473.

¹⁶² Busche in: Staudinger BGB, § 399 Rn 22.

Forderungen ein derart konnexes Verhältnis besteht, dass eine Abtretung der fraglichen Forderung diesem Verhältnis selbst nicht gerecht wird¹⁶³.

c.) Anwendung der Voraussetzungen auf grundpfandrechtlich gesicherten Forderungen

Um festzustellen, ob ein derart konnexes Verhältnis besteht, muss zunächst der Zweck einer grundpfandrechtlichen Sicherung einer Darlehensrückzahlungsforderung dargelegt werden. Dieser Zweck liegt darin, den Kreditgläubiger vor der Zahlungsunfähigkeit des Kreditschuldners zu schützen und ist allen (dinglichen) Sicherungsrechten gemeinsam. Eine weitere Gemeinsamkeit aller dinglichen Sicherungsrechte ist, im Fall einer Verwertung der Sache, die Duldungspflicht des Sicherungsgebers, die sich auf deren Liquidierung und vorrangige Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlös erstreckt. Da auch unbewegliche körperliche Gegenstände Sachen im Sinne des § 90 BGB sind, ist im Fall einer Sicherungsgrundschuld das Grundstück haftendes Objekt¹⁶⁴.

Gegen das Argument von *Schwintowski/Schantz*, die §§ 404 ff BGB böten nur einen unvollständigen Schutz, sei lediglich daran erinnert, dass durch die Zession des Darlehensrückzahlungsanspruches das Vertragsverhältnis zwischen Kunden und Bank nicht gänzlich aufgelöst wird¹⁶⁵.

d.) Zwischenergebnis zu § 2 C III 2

Vor diesem Hintergrund kann ein derart konnexer, rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Darlehensrückzahlungsanspruch und dem Verhältnis Bank-Kunde, der es von Natur aus nicht als gleichgültig erscheinen lässt an wen das Darlehen zurückgezahlt wird, nicht angenommen werden¹⁶⁶.

¹⁶³ Beispiele bei *Busche* in: Staudinger BGB, § 399 Rn 26.

¹⁶⁴ Neben diesem, selbstverständlich alle im Haftungsverband eingeschlossenen Gegenstände (vgl. §§ 20 Abs. 2, 55 ZVG; §§ 1192 Abs. 1, 1113 Abs. 1, 1120 ff BGB).

¹⁶⁵ Insoweit wird auf die Ausführungen in § 2 C III 1 b verwiesen.

¹⁶⁶ Insoweit wird nochmals auf die Ausführungen in § 2 C III 1 b verwiesen.

3. Verfassungsrechtliche Wertungen

Letztlich wird versucht, durch verfassungsrechtliche Wertungen (verfassungskonforme Auslegung des § 399, 1. Fall BGB) die Unwirksamkeit einer Abtretung einer Darlehensrückzahlungsforderung zu begründen¹⁶⁷.

a.) Argumente für eine verfassungsrechtlich gebotene Vinkulierung von Forderungen aus Immobiliendarlehen

Durch die Abtretung einer Forderung werde in die Privatautonomie des Schuldners, welche die „Kontrahentenwahlfreiheit“, also die Freiheit selbst seinen Vertragspartner zu wählen, mitumfasse, eingegriffen¹⁶⁸. Dieser Eingriff werde in der Regel durch die Schutzmechanismen der §§ 404 ff BGB gerechtfertigt bzw. kompensiert. Dies gelte jedoch nur, soweit der Schuldner durch diese auch tatsächlich hinreichend geschützt sei. Allerdings seien die §§ 404 ff BGB nicht geeignet „dem Interesse des Kunden, dass sein Vertragspartner eine Bank ist und bleibt, Rechnung zu tragen“¹⁶⁹. Begründet wird dies durch einen Vergleich mit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit der Übertragbarkeit von Lebensversicherungsverträgen¹⁷⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat dort ausgeführt, dass Lebensversicherungsverträge für die weitere Lebensgestaltung besonders wichtige bzw. auf lange Zeit ausgerichtete Vertragsverhältnisse seien und daher einer besonderen staatlichen Aufsicht unterstehen müssten. Diese besondere staatliche Aufsichtspflicht gelte insoweit nicht nur für Lebensversicherungsverträge, sondern, aufgrund deren besonderen Bedeutung für die Lebensgestaltung bzw. deren langer Laufzeiten, ebenso für Immobiliendarlehen.

b.) Analyse der vorgebrachten Argumente

Es sind an dieser Stelle jedoch zwei entscheidende Gesichtspunkte gegen die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Abtretung von Darlehensrückzahlungsansprüchen anzubringen:

1. Der erste Leitsatz der genannten Entscheidung lautet im Original: „*Bedarf es für die Übertragung des Bestands von Lebensversicherungsverträgen auf ein anderes Unternehmen keiner Genehmigung durch den Versicherungsnehmer (Ausschluss des § 415 BGB durch § 14 Abs. 1 Satz 4 VAG), ist der Gesetzgeber durch Art. 2*

¹⁶⁷ Schwintowski/Schantz, NJW 2008, 472, 474.

¹⁶⁸ Busche in: Staudinger BGB (2006), § 399 Rn 11.

¹⁶⁹ So wörtlich Schwintowski/Schantz, NJW 2008, 472, 474.

¹⁷⁰ Die genannte Entscheidung ist BVerfG Urt. v. 26.07.2006 – 1 BvR 957/96 (BVerfGE 114, 1 ff). Die genauen Zusammenhänge sind vorliegend nicht von Bedeutung.

*Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG verpflichtet, den dadurch bewirkten Verlust der Möglichkeit, die vertragsmäßigen Rechte eigenständig und individuell durchzusetzen, auszugleichen.*¹⁷¹. Hier zeigt sich bereits deutlich der erste Unterschied. Schließlich ging es in der genannten Entscheidung um Fragen im Zusammenhang mit einer Vertragsübernahme und nicht nur um die Abtretung gewisser Forderungen aus einem Vertragsverhältnis.

2. Des Weiteren erklärt das *Bundesverfassungsgericht* die Bedeutung von Lebensversicherungsverträgen: *„Den Versicherungsunternehmen wird durch die Prämienzahlungen Vermögen anvertraut, das in ihr Eigentum übergeht und über dessen Nutzung sie in eigener unternehmerischer Verantwortung zu entscheiden haben, dessen Erträge aber größtenteils zur Absicherung der wirtschaftlichen Existenz der Versicherten gedacht sind. Die Versicherungsnehmer gehen ein auf lange Zeit ausgerichtetes, für die weitere Lebensgestaltung besonders wichtiges Vertragsverhältnis ein. Sein Inhalt ist weitgehend durch allgemeine Geschäftsbedingungen vorgeprägt. Im Übrigen fördert der Staat nicht nur auf vielfältige Weise, so auch durch steuerliche Vergünstigungen, diese Art privater Risikovorsorge; zugleich verspricht er über die Einrichtung und Ausübung der Versicherungsaufsicht Schutz. Insofern vertraut sich der Versicherungsnehmer einem gesetzlich ausgestalteten System der privaten Zukunftssicherung an.*¹⁷². Es lässt sich diesem Absatz entnehmen, dass der Kunde dem Unternehmen Geld anvertraut. Primär handelt es sich somit um die Sicherung einer getätigten Investition, mithin um die Frage, wer aus einem Lebensversicherungsvertrag, bzw. unter Umständen in sonstiger Weise vergleichbaren Vertragsverhältnissen, als Schuldner hervorgeht. Nachrangig ist daher, anders als bei der Abtretung von Darlehensrückzahlungsansprüchen, die Frage, an welchen Gläubiger zu leisten ist. Ähnliche Überlegungen, die bereits oben zur „nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers“¹⁷³ angestellt wurden, gelten insoweit auch hier.

¹⁷¹ BVerfG Urt. v. 26.07.2006 – 1 BvR 957/96 (BVerfGE 114, 1, 1).

¹⁷² BVerfG Urt. v. 26.07.2006 – 1 BvR 957/96 – Rn 138 (BVerfGE 114, 1, 37).

¹⁷³ Hierzu oben § 2 C III 1.

c.) Zwischenergebnis zu § 2 C III 3

Somit erweist sich der Versuch, die Unwirksamkeit der Abtretung einer Darlehensrückzahlungsforderung durch verfassungsrechtliche Wertungen (verfassungskonforme Auslegung des § 399, 1. Fall BGB) zu begründen, als nicht stichhaltig.

4. Zwischenergebnis zu § 2 C III

Die Abtretung einer grundpfandrechlich gesicherten Darlehensrückzahlungsforderung erweist sich somit nicht gemäß § 399, 1. Fall BGB wegen Inhaltsänderung als unwirksam.

IV. Kein stillschweigender Abtretungsausschluss aus § 399, 2. Fall BGB

Fraglich ist darüber hinaus, ob die Abtretung einer grundpfandrechlich gesicherten Darlehensrückzahlungsforderung gemäß § 399, 2. Fall BGB unwirksam ist. Eine Forderung kann gemäß § 399, 2. Fall BGB nicht abgetreten werden, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner vertraglich ausgeschlossen wird.

Ein solcher vertraglicher Ausschluss könnte sich aus dem gemäß Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken vereinbarten Bankgeheimnis ergeben. Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken lautet: „*Die Bank ist zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt (Bankgeheimnis)*“¹⁷⁴

1. Die befürwortenden Argumente des Oberlandesgerichts Frankfurt

Das Oberlandesgericht Frankfurt ist der Auffassung, aus dem gemäß Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken vereinbarten Bankgeheimnis folge ein stillschweigender, vertraglicher Abtretungsausschluss¹⁷⁵. Begründung hierfür sei die anderenfalls gegenüber dem Zessionar entstehende Rechtspflicht des § 402 BGB. Schließlich ist im Fall einer wirksamen Abtretung der Zedent gemäß § 402 BGB dem Zessionar zur Offenlegung aller Tatsachen verpflichtet, die dieser für die Geltendmachung der Forderung benötigt. Im Übrigen müssten Zedent und der Zessionar zwangsläufig über die Identität der Forderung und mithin über Name und weitere persönliche Daten des Schuldners (Bankkunden) einig sein. Durch diese Offenlegung der kundenbezogenen Daten würde sich dann ein Verstoß gegen Nr. 2 I AGB-Banken ergeben, weswegen be-

¹⁷⁴ AGB-Banken in der Fassung vom Mai 2012.

¹⁷⁵ Vgl. insbesondere die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 25.05.2004 – 8 U 84/04 (NJW 2004, 3266 ff). Der Bundesgerichtshof schließt sich dem in BGH Urt. v. 27.02.2007 – XI ZR 195/05 (NJW 2007, 2106 ff) *nicht* an.

reits die Abtretung der Forderung mit der Verschwiegenheitspflicht nicht in Einklang zu bringen sei. Daher sei eine Forderungsabtretung – soweit die Abtretung ohne Einwilligung des Mandanten erfolge – für Steuerberater, Rechtsanwälte und Verfahrenspfleger unzulässig¹⁷⁶.

2. Die verneinenden Gegenargumente der herrschenden Meinung

Sowohl der *Bundesgerichtshof*¹⁷⁷ als auch breite Teile der Literatur¹⁷⁸ weisen auf gewichtige Argumente gegen ein stillschweigendes vertragliches Abtretungsverbot hin. Zum einen wirke das Bankgeheimnis nur *inter partes*, also auf schuldrechtlicher Ebene zwischen der Bank und dem Kunden, während §§ 398 ff BGB das dingliche Geschäft regele. Zum anderen könne die zivilrechtliche Auskunftspflicht aus § 402 BGB sowohl abbedungen als auch modifiziert werden. Diese für die Geheimhaltung der kreditnehmerbezogenen Daten erforderliche Modifizierung könne in Gestalt eines anonymisierenden Verfahrens erfolgen. Möglich sei dies, indem der Zedent beispielsweise eine Einziehungsermächtigung (§§ 362 Abs. 2, 185 BGB) erhalte¹⁷⁹, dem Zessionar nur anonymisierte (aber eindeutig zuordnungsfähige) Daten übermittelt würden oder durch Zwischenschalten eines Datentreuhänders¹⁸⁰. Ob es dann zu einem späteren Zeitpunkt zu einer Weitergabe von Kundendaten komme oder nicht, wirke sich selbstverständlich nicht mehr auf die Wirksamkeit der Abtretung aus.

3. Wertende Betrachtung der Rechtsfrage

Schließlich ist eine wertende Betrachtung der Rechtsfrage, ob aus dem Bankgeheimnis ein stillschweigender, vertraglicher Abtretungsausschluss folgt, vorzunehmen. Zunächst ist dabei die grundsätzliche Überlegung zu tätigen, dass an die dingliche Unwirksamkeit einer Forderungsabtretung, die aus einem möglichen¹⁸¹ Verstoß gegen eine schuldrechtliche Pflicht (Wahrung des Bankgeheimnisses) resultiert, strenge Anforderungen zu stellen sind. Grund

¹⁷⁶ Das Oberlandesgericht Frankfurt zitiert in diesem Zusammenhang folgende Rechtsprechung: Für Steuerberater BGH Urt. v. 22.05.1996 – VIII ZR 194/95 (NJW 1996, 2087 ff); für Rechtsanwälte BGH Urt. v. 25.03.1993 – IX ZR 192/92 (BGHZ 122, 115 ff) und für Verfahrenspfleger OLG Dresden Beschl. v. 26.01.2004 – 21 (10) WF 783/03 (NJW 2004, 1464 ff).

¹⁷⁷ BGH Urt. v. 27.02.2007 – XI ZR 195/05 (BGHZ 171, 180 ff).

¹⁷⁸ Bitter, ZHR 173 (2009), 379, 404 m. w. N.; Bütter/Aigner, BB 2007, 798, 798f.

¹⁷⁹ BGH Urt. v. 27.02.2007 – XI ZR 195/05 – Rn 19 (BGHZ 171, 180, 185).

¹⁸⁰ Bitter, ZHR 173 (2009), 379, 405 dort mit weiteren Verweisen in dessen Fn 133.

¹⁸¹ Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Bankgeheimnis auf schuldrechtlicher Ebene bei einer Zession des Darlehensrückzahlungsanspruches verletzt wird, wird unterschiedlich beantwortet. Dabei wird teilweise zwischen vertragsgemäß (*performing loans*) und nicht vertragsgemäß (*non-performing loans*) bedienter Kredite unterschieden (zum Meinungsstand Nobbe, WM 2005, 1537, 1545). Diese Frage bedarf hier jedoch keiner Erörterung, da es vorliegend einzig darauf ankommt, ob sich (abstrakt) aus dem Bankgeheimnis ein dinglich wirkender, stillschweigender Abtretungsausschluss ergibt.

hierfür ist die damit einhergehende Ausnahme¹⁸² vom Abstraktionsprinzip. Somit müsste mittelbar aus dem Bankgeheimnis ein stillschweigender Abtretungsausschluss nach § 399, 2. Fall BGB gezogen werden. Diese stillschweigende Vereinbarung setzt auch zwei stillschweigende Willenserklärungen voraus (§ 151 Satz 1 *pr* BGB). Bei einer stillschweigenden Willenserklärung handelt es sich jedoch nur um eine besondere Form einer konkludenten Willenserklärung, so dass diese nach subjektiven und/oder objektiven Maßstäben auszulegen ist¹⁸³. Einer Vertiefung bedarf es vorliegend nicht, da sowohl in subjektiver Hinsicht sicherlich keine Bank daran interessiert sein wird, Forderungen in dieser Weise zu vinkulieren, als auch in objektiver Hinsicht – also aus Sicht des Erklärungsempfängers (§§ 133, 157 BGB) – nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine Bank Forderung dergestalt vinkulieren will. Diese „objektive“ Auslegung ergibt sich aus der für diverse Banken übliche Praxis, Darlehensrückzahlungsansprüche (unter Umständen) abzutreten. Schließlich ist die Darlehensforderung „nicht länger nur ein Instrument zur Regelung einer Zweierbeziehung, vielmehr ist sie ein verkehrsfähiges Gut, von dessen Wertigkeit und Standardisierung die Qualität und Sicherheit des Bankgeschäfts abhängen.“¹⁸⁴ Weiter gilt zu berücksichtigen, dass die Zirkulationsfähigkeit einer Forderung wesentlich von der Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft des Schuldners abhängt. Nur diese Daten können Auskunft darüber geben, wie stark die dahinter zur Verfügung stehende Kaufkraft ist¹⁸⁵. Somit kann kein aus dem Bankgeheimnis resultierender, stillschweigender Abtretungsausschluss angenommen werden. Auch die Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes*, wonach die „*Abtretung von Forderungen gegen den Mandanten (gemeint sind solche von Steuerberatern, Rechtsanwälten und Sozialpädagogen, in jenem Fall als Verfahrenspfleger) ohne Einwilligung desselben [...] für unzulässig gehalten*“ wird¹⁸⁶, führt ebenfalls zu keiner anderen Wertung. Der *Bundesgerichtshof* geht in allen genannten Fällen von einer gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 203 Abs. 1 StGB resultierenden Nichtigkeit entsprechender Vereinbarungen bei Verletzung von Privatgeheimnissen aus. Allerdings geht der *Bundesgerichtshof* in keinem der zitierten Fälle darauf ein, ob sich aus einer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht stillschweigend ein dinglich wirkender Abtretungsausschluss ergeben kann. Vielmehr verneint er diese Frage – wie erwähnt – in seinem bereits mehrfach zitierten Urteil vom 27.02.2007¹⁸⁷.

¹⁸² *Bütter/Aigner*; BB 2007, 798, 799, sprechen sogar von einer „Durchbrechung“ des Abstraktionsprinzips, welche allerdings „hier völlig unangemessen und deshalb unvertretbar“ sei.

¹⁸³ Zum Streitstand und zur Vertiefung *Armbrüster* in: MüKo BGB, Vorb. zu §§ 116 – 144 Rn 6.

¹⁸⁴ *Stürner*; JZ 2010, 774, 775.

¹⁸⁵ *Reifner*, BKR 2008, 142, 146.

¹⁸⁶ Quellennachweis in Fn 176.

¹⁸⁷ BGH Urt. v. 27.02.2007 – XI ZR 195/05 (BGHZ 171, 180 ff).

4. Zwischenergebnis zu § 2 C IV

Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass ein stillschweigender, vertraglicher Abtretungsausschluss gemäß § 399, 2. Fall BGB nicht hergeleitet werden kann.

V. Ergebnis zu § 2 C

Die Abtretung eines noch nicht erfüllten Darlehensrückzahlungsanspruches erweist sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt als unwirksam. Somit kann – selbst wenn einst eine Sicherungsgrundschuld und die dazugehörigen Kreditportfolios oder auch nur einzelne zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordene Darlehensrückzahlungsansprüche zusammen abgetreten werden – die Unwirksamkeit einer Abtretung der Sicherungsgrundschuld nicht aus § 139 BGB hergeleitet werden.

§ 3 Neudefinition von Bösgläubigkeit?

Falls der bisherige Gläubiger die Sicherungsgrundschuld – gegebenenfalls isoliert – wirksam an einen Investor abtritt¹⁸⁸ (was wie festgestellt möglich ist), hat der Inhalt des Sicherungsvertrages nach erfolgter Abtretung für das Verhältnis zwischen Grundstückseigentümer und Zessionar, aufgrund seines schuldrechtlichen Charakters, grundsätzlich keine unmittelbare Bedeutung mehr¹⁸⁹. *Baur/Stürner* sind allerdings der Ansicht, dieser Grundsatz gelte insoweit

¹⁸⁸ Hatte der Schuldner (= Grundstückseigentümer) auch vollständig auf die Grundschuld geleistet, so wäre unstrittig eine Eigentümergrundschuld entstanden (zur dogmatischen Herleitung jeweils mit weiteren Nachweisen *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 18; *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn 1826 (jeweils analoge Anwendung der §§ 1142 Abs. 1, 1143 Abs. 1 BGB oder §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB oder §§ 1168, 1170, 1171 BGB)). *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn 1827, 1781 weist darauf hin, dass dies unüblich sein dürfte, da im Sicherungsvertrag in der Regel die Leistung auf die Forderung vereinbart wird (so auch in Nr. 7 des Formulars eines Sicherungsvertrages des Bank-Verlages Köln, in Nr. 1.3 des Formulars eines Sicherungsvertrages des Deutschen Sparkassenverlages und in Nr. 1.2 des Formulars eines Sicherungsvertrages des DG Verlages (bereits zitiert in Fn 31)). Dieses Ergebnis, dass ein getilgtes abstraktes Grundpfandrecht nicht erlöschen darf, sondern als Eigentümerrecht fortbestehen muss, folgt – als allgemeine Systemkorrektur auf Normebene – aus dem grundbuchrechtlichen Rangsystem, da sonst nachrangige Rechte aufrücken würden (hierzu *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, Einl. zu §§ 1113 ff Rn 153 ff und Rn 232 ff, § 1163 Rn 6, § 1177 Rn 4). Indes könnte der Zessionar diese als (Fremd-)Grundschuld gutgläubig gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 1, (1155), 892 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB zweiterwerben. Für die Bösgläubigkeit des Zessionars wäre hierfür, nach praktisch einhelliger Meinung, erforderlich, dass dieser weiß, dass die Grundschuld nicht mehr dem Zedenten zusteht (statt allen *Krause* in: NommosKo BGB, § 892 Rn 62 m. w. N.).

¹⁸⁹ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 45 Rn 61.

„sehr *cum grano salis*“¹⁹⁰. Zu beachten sei nämlich, dass Einreden des Grundstückseigentümers, die aus dem Sicherungsvertrag mit dem Zedenten resultieren und schon zum Zeitpunkt der Abtretung vorhanden waren, bereits unter der alten Rechtslage *auch* als gegen die Grundschuld gerichtete Einreden galten¹⁹¹. Insoweit könnten diese auch dem Zessionar entgegen gehalten werden. Voraussetzung hierfür ist jedoch gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2 BGB¹⁹², dass sich diese aus dem Grundbuch (oder Grundschuldbrief) ergaben oder dem Zessionar bekannt waren. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so kann der Zessionar die Sicherungsgrundschuld gutgläubig einrededefrei erwerben. Negativ formuliert darf der Zessionar nicht bösgläubig sein. Zweifelhaft und umstritten ist die Frage wie diese Bösgläubigkeit definiert werden muss.

Bösgläubigkeit liegt *jedenfalls* dann vor, wenn der Zessionar den Sicherungscharakter der Grundschuld und den einredebegründenden Tatbestand *positiv kannte*^{193,194}. Beispiele für einredebegründende Tatbestände wären die Nichtvalutierung oder der Einwand des bestehenden Rückübertragungsanspruches¹⁹⁵.

In der Literatur wird erörtert, ob der Zessionar *schon dann* als bösgläubig gilt, wenn er lediglich weiß, dass es sich um eine Sicherungsgrundschuld handelt¹⁹⁶. Diese Kenntnis wird jedenfalls in den Fällen angenommen, in denen sowohl die Abtretung der Forderung sowie die Abtretung der Grundschuld an denselben Gläubiger erfolgt¹⁹⁷. Der *Bundesgerichtshof*¹⁹⁸ hat sich in Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁹⁹ eindeutig gegen diese Auffassung ausgesprochen. Zu berücksichtigen sei vor allem die Tatsache, dass der Erwerber den Sicherungscharakter oft erkenne und somit die Sicherungsgrundschuld praktisch seiner Eigenschaft als Verkehrsgegenstand entkleidet werde. Dies wird durch einen Vergleich mit § 1156 BGB

¹⁹⁰ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 45 Rn 61.

¹⁹¹ BGH Urt. v. 26.11.1982 – V ZR 145/81 – Rn 13 (BGHZ 85, 388, 390); Baur/Stürner, Sachenrecht, § 45 Rn 62 (Hervorhebung im Original).

¹⁹² § 1157 BGB ist grundsätzlich auf die Grundschuld anwendbar, vgl. statt aller Eickmann in: MüKo BGB, § 1157 Rn 22; Wolfsteiner in: Staudinger BGB, § 1157 Rn 21 ff; ausführlich zur Historie des § 1157 BGB vgl. Neef, Zur Eintragungsfähigkeit sicherungsvertraglicher Einreden bei der Grundschuld, S. 42 ff.

¹⁹³ stRspr vgl. BGH Urt. v. 15.01.1988 – V ZR 183/86 – Rn 46 (BGHZ 103, 72, 82) m. w. N.; Hervorhebung vom Verfasser. Diese Kenntnis wird teilweise bei vorangegangener *due diligence* angenommen (Domke/Sperlich, BB 2008, 342, 344), wobei dann die Frage, ob eine *due diligence* durchgeführt wurde, Tatfrage wäre.

¹⁹⁴ Grobe Fahrlässigkeit reicht dabei nicht aus. *De lege ferenda* wird dies teilweise gefordert, was jedoch nicht Gegenstand vorliegender Arbeit ist.

¹⁹⁵ Der Rückübertragungsanspruch ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag (Wilhelm, Sachenrecht, Rn 2381), der unabhängig von dem Darlehensvertrag ist. Hierzu unten § 13 B I 2.

¹⁹⁶ Bülow, ZJS 2009, 1, 3f; Deubner, JuS 2008, 586, 588; Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 55.

¹⁹⁷ Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 55.

¹⁹⁸ BGH Urt. v. 21. 4. 1972 – V ZR 52/70 (BGHZ 59, 1 ff).

¹⁹⁹ RG Urt. v. 24.11.1917 – V 196/17 (RGZ 91, 218 ff).

untermauert. „Selbst bei der – akzessorischen – Hypothek braucht der Erwerber Zahlungen, die der Eigentümer-Schuldner in Unkenntnis der Abtretung an den Zedenten leistet, sich nicht entgegenhalten zu lassen.“²⁰⁰ Würde man für die Bösgläubigkeit des Zessionars schon die Kenntnis der Sicherungsbindung ausreichen lassen, müsste dieser die Erfüllung der Forderung, die der Grundstückseigentümer-Schuldner in Unkenntnis der Abtretung an den Zedenten macht, gegen sich gelten lassen. Schließlich habe er die Sicherungsgrundschuld insoweit nicht gutgläubig einredefrei erworben. Eine neuere Ansicht²⁰¹ differenziert: Bösgläubigkeit wird nur in Fällen bejaht, in denen die konkrete, aus dem Sicherungsvertrag resultierende Einrede eine „dem Anspruch [...] von vornherein innewohnende Beschränkung“²⁰² darstellt. Diese Einrede sei ein der Sicherungsgrundschuld bereits von Anfang an anhaftender Zustand. Typisches Beispiel hierfür wäre die Nichtvalutierung der Sicherungsgrundschuld, da dies kein Ereignis darstellt, sondern vielmehr ein von Anfang an bestehender Zustand.

A. Argumente für eine „Lockerung“ der Erfordernisse für die Bösgläubigkeit

Zwei ernst zu nehmende Argumente werden für die „Lockerung“ der Erfordernisse für die Bösgläubigkeit vorgebracht.

Dem ersten vorgebrachten Argument zufolge würden Einreden durch § 1157 BGB zu einer inhaltlichen Beschränkung des dinglichen Rechts selbst werden²⁰³. Umfasst wären hiervon insbesondere Einreden des Grundschuldbestellers gegen seinen Gläubiger. Im Ergebnis werde damit die Relativität der Einreden im Verhältnis Grundschuldbesteller – erster Grundschuldgäubiger durch § 1157 BGB im Grundsatz überwunden. Zu dieser Tatsache führt *Wilhelm* aus: „dass die Sicherungsgrundschuld jedenfalls zunächst einredebehaftet ist, weil eine Sicherungsgrundschuld nicht sofort, sondern erst bei Fälligkeit der gesicherten Forderung und Nichtbefriedigung des Gläubigers verwertet werden darf. Nach §§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1 aF, 1157 BGB war diese Einrede in das Grundbuch eintragbar. Wenn sie nicht eingetragen war, schadete dem Erwerber die Kenntnis vom Sicherungscharakter der Grundschuld, weil er damit um die jedenfalls zunächst bestehende Einrede der Beschränkung der Grundschuld auf den Sicherungszweck weiß und diese seine Kenntnis die Eintragung der Einrede ersetzt (§ 892

²⁰⁰ *H. Westermann*, Sachenrecht (5. Aufl.), § 116 III b S. 582.

²⁰¹ *Eickmann* in: *Westermann BGB Sachenrecht*, § 115 Rn 10 f; *Lopau*, NJW 1972, 2253, 2254 ff; *Wilhelm*, JZ 1980, 625, 629 ff.

²⁰² *Larenz*, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, § 18 zitiert bei *Eickmann* in *Westermann BGB Sachenrecht* (7. Aufl. 1998), § 116 Fn 6 und *Eickmann* in *Westermann BGB Sachenrecht* (8. Aufl. 2011), § 115 Fn 7.

²⁰³ *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn 1770.

*I). Dass der Erwerber vielleicht darauf vertraut, dass die Voraussetzungen der Verwertung (auch der Verwertung durch Abtretung an ihn) inzwischen eingetreten sind, half ihm nicht, weil er insoweit nicht auf das Grundbuch, sondern auf das Verhalten oder das Wort des Zedenten vertraute und ein guter Glaube auf dieser Grundlage nicht geschützt wird.*²⁰⁴

Das zweite vorgebrachte Argument richtet sich gegen das vom Bundegerichtshof vertretene Argument, die Sicherungsgrundschuld werde durch die „Lockerung“ der Erfordernisse für die Bösgläubigkeit praktisch ihrer Verkehrsfähigkeit entkleidet. Die Sicherungsgrundschuld, die nur der Befriedigung der in der Sicherungsvereinbarung bezeichneten Forderungen dienen soll und zu diesem Zweck dem Sicherungsnehmer anvertraut wird, sei in der Tat kein Verkehrsgegenstand²⁰⁵. Diese Beschränkung²⁰⁶ diene dem Schutz des Sicherungsgebers im Hinblick auf die treuhänderische Bindung des Sicherungsgutes an dem Sicherungszweck²⁰⁷.

B. Analyse der vorgebrachten Argumente

Bei genauer Betrachtung der beiden aufgeführten Argumente, mithin der Anwendung der Verdinglichung schuldrechtlicher Einreden nach § 1157 BGB, geht es schlussendlich um die Frage, wie unabhängig die Sicherungsgrundschuld von der zu sichernden Forderung tatsächlich sein soll oder zur *heimlichen Hypothek*²⁰⁸ wird. Aufgrund dieser Tragweite erstaunt es in der Tat, dass sich in der blühenden Literatur kein dogmatisch einigermaßen stringenter Lösungsansatz findet²⁰⁹. Für die Bewertung der genannten Argumente wird teilweise einem teleologischen und teilweise einem genetischen Begründungsansatz gefolgt.

I. Ein teleologischer Begründungsansatz

Aus teleologischer Sicht kann, bei gebotener Beachtung des sachenrechtlichen Abstraktionsprinzips und der Relativität der schuldrechtlichen Abreden, bei Sicherungsgrundschulden nichts anderes gelten als bei anderen nicht akzessorischen Sicherheiten wie beispielsweise der Sicherungsübereignung. Insoweit trägt die Sicherungsgrundschuld regelmäßig fiduziarische Züge, da dem Sicherungsnehmer zu eigennütziger Treuhand mehr an Rechtsmacht übertragen

²⁰⁴ *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn 1774; dieser Gedanke geht zurück auf *Lopau*, NJW 1972, 2253 ff.

²⁰⁵ *Deubner*, JuS 2008, 586, 588; *Wilhelm*, JZ 1980, 625, 632.

²⁰⁶ *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn 1776, klassifiziert diese Beschränkung wegen §§ 1192 Abs. 1, 1157 BGB als „gesetzliche Regelung der Einrede der Beschränkung auf den Sicherungszweck“.

²⁰⁷ *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn 1776.

²⁰⁸ Zur Darstellung der Problematik vgl. auch *Baden*, JuS 1977, 75, 75ff.

²⁰⁹ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB (2002), § 1157 Rn 17.

wird, als er nach den schuldrechtlichen Abreden mit dem Sicherungsgeber nutzen darf²¹⁰. Dieses Auseinanderfallen von rechtlichem *Können* und vertraglichem *Dürfen* ist im Institut des Vertretungsrechts allgemein anerkannt²¹¹ und dem deutschen Recht damit nicht fremd. Insoweit ist auch die von *Deubner* vertretene Auffassung, die Sicherungsgrundschuld sei „in der Tat kein Verkehrsgegenstand“, zu präzisieren. Sind sich die Vertragsparteien über entsprechende Verwertungsvoraussetzungen einig, wird dadurch das vertragliche *Dürfen* bestimmt. Dieses vertragliche *Dürfen* entfaltet jedoch keinerlei Auswirkungen in Bezug auf das rechtliche *Können*.

II. Ein genetischer Begründungsansatz

Aus genetischer Sicht ist der gesetzgeberische Wille von maßgeblicher Bedeutung. Das BGB spricht im Grundschuldrecht in den §§ 1992 Abs. 1, 1157 BGB von „zustehen“ der Einreden, während § 404 BGB im allgemeinen Forderungsabtretungsrecht von „begründet sein“ der Einwendungen spricht. Allerdings ist hierbei stets zu berücksichtigen, dass im Grundschuldrecht die Vorschrift des § 404 BGB keine Anwendung findet²¹². Grundlage der aufgezeigten Wortdifferenz ist deren herkömmliche Bedeutung. Unter „Begründet“ versteht man „den Grund zu etwas legen, eine Grundlage für etwas schaffen“²¹³, während „zustehen“ die Wortbedeutung „etwas sein, worauf jemand einen (rechtmäßigen) Anspruch hat, was jemand zu bekommen hat“²¹⁴ trägt. So zeigt sich, dass das „begründet sein“ einer Einwendung zeitlich vor dem „zustehen“ derselben möglich ist. Die Einwendung muss demnach im Falle des § 404 BGB lediglich zum maßgeblichen Zeitpunkt (der Forderungsabtretung) begründet sein, d. h., dass die Einwendung ihre Grundlage (ihren Rechtsgrund) im Schuldverhältnis der abgetretenen Forderung haben muss²¹⁵. Im Fall des § 1157 Satz 1 BGB muss die Einrede hingegen dem Schuldner zustehen, was eine Verwirklichung des gesamten Einredetatbestandes zum

²¹⁰ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB (2002), Vorb. zu §§ 1191 ff Rn 21; *Baur/Stürmer*, SachenR (17. Aufl.; 1999), § 45 Rn 39; *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 574 m. w. N.; *Zimmermann*, BKR 2008, 95, 98.

²¹¹ Vgl. z. B. *Studienlexikon-Recht* unter Stichwort „Vertretungsmacht“. Aufgrund dieser Divergenz zwischen rechtlichem *Können* und vertraglichem *Dürfen* ist das Institut des Missbrauchs der Vertretungsmacht entwickelt worden (zur Vertiefung *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 49 Rn 99 ff).

²¹² Die Begründungsansätze, weshalb im Grundschuldrecht die Vorschrift des § 404 BGB keine Anwendung findet, variieren. Man könnte entweder auf einen *e contrario*-Schluss zu § 1156 Satz 1 BGB oder auf das (umstrittene) Verhältnis zwischen § 1157 Satz 1 BGB und § 404 BGB abstellen (zu letzterem Nachweise in *Baden*, JuS 1977, 75, 76 Fn 9).

²¹³ *Der Duden*, Stichwort: „begründet“ (abrufbar unter <http://www.duden.de/>, Zugriff: 04.02.2013).

²¹⁴ *Der Duden*, Stichwort: „zustehen“, Erläuterung im Original (bereits zitiert in Fn 213, Zugriff: 04.02.2013).

²¹⁵ Siehe insoweit *Roth* in: MüKo BGB, § 404 Rn 10.

maßgeblichen Zeitpunkt (der Abtretung des Grundpfandrechts) voraussetzt²¹⁶. Diese sprachliche Unterscheidung wurde von den Gesetzesredakteuren auch willentlich gewählt. Ihr besonderes Anliegen war es, das Missverständnis auszuräumen, dass im Recht der Forderungsabtretung Einwendungen nicht mehr berücksichtigt werden könnten, falls sie nach der Abtretung entstehen²¹⁷. Völlig anders waren die Diskussionen zu § 1157 Satz 1 BGB, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gerade noch zu dem Ergebnis führten, dass Einreden, bei denen der gesamte Einredetatbestand zum genannten Zeitpunkt verwirklicht war, noch berücksichtigt werden können²¹⁸. Im Rahmen des § 1157 Satz 1 BGB sollten somit nach Maßgabe des historischen Gesetzgebers nur solche Einreden umfasst sein, deren Tatbestände zum Zeitpunkt der Abtretung des Grundpfandrechts bereits vollständig verwirklicht waren²¹⁹.

III. Zwischenergebnis zu § 3 B

Nach all dem wird deutlich, dass es keine Einrede des Sicherungsvertrages als solche geben kann. Möglich sind nämlich nur entsprechend der gesetzlichen Anordnung der §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 1 BGB konkrete Einreden, die aus einem konkreten einredebe gründenden Tatbestand heraus erwachsen.

*Lopau*²²⁰ will hingegen die Einrede des Grundstückseigentümers anerkennen, solange nicht aus der Sicherungsgrundschuld in Anspruch genommen zu werden, wie das Schuldverhältnis ordnungsgemäß abgewickelt werde. Mit dieser Auffassung widerspricht er sowohl den teleologischen Überlegungen zur Sicherungsgrundschuld als auch der gesetzgeberischen Motivation zum Hypotheken- und Grundschuldrecht²²¹. Im Ergebnis ist diese von *Lopau* postulierte Einrede abzulehnen.

C. Ergebnis zu § 3

Abschließend ist festzustellen, dass es für den Zessionar unschädlich ist, wenn er zwar von dem Sicherungscharakter der Grundschuld positive Kenntnis hat, nicht hingegen von dem

²¹⁶ Siehe insoweit *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1157 Rn 8.

²¹⁷ BGB Motive II, S. 129; BGB Prot. I, S. 388.

²¹⁸ BGB Prot. III, S. 580, 583; BGB Prot. VI, S. 253 Anm. 1.

²¹⁹ *Baden*, JuS 1977, 75, 76.

²²⁰ *Lopau*, NJW 1972, 2253, 2255.

²²¹ *Baden*, JuS 1977, 75, 77.

konkreten Einredetatbestand²²². Ob sich der Zedent oder der Zessionar in Relation zum Grundschuldbesteller in einem solchen Fall schadensersatzpflichtig macht, ist eine andere Frage²²³. Die Rechtsgüterzuordnung und die Folgen der Verletzung derselben sind zwei voneinander zu trennende Fragen.

Nach all dem ist Bösgläubigkeit des Zessionars im Sinne der §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2 BGB erst dann anzunehmen, wenn er den Sicherungscharakter der Grundschuld *und* den einredebe gründenden Tatbestand *positiv kannte*. Der Grundstückseigentümer ist damit sachenrechtlich vor einer etwaigen Inanspruchnahme seitens des Zessionars nicht geschützt, wenn letzterer nur davon Kenntnis hat, dass die Grundschuld zur Sicherung eines bestimmten Anspruches eingeräumt wurde. Die Rechtsprechung von BGHZ 59, 1 muss daher auch bei der gemeinsamen Abtretung von Forderung und Grundschuld an denselben Gläubiger aufrechterhalten werden²²⁴.

§ 4 „Einwendungsdurchgriff“ im weiten Sinne

Weiter ist zu erörtern, ob es eine materiell-rechtliche Möglichkeit gibt, dem Zessionar, der die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben will, Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Zedent entgegenzuhalten.

A. §§ 404, 413 BGB

Als materiell-rechtliche Möglichkeit kommen zunächst §§ 404, 413 BGB in Betracht. Diese Möglichkeit wurde vom *Oberlandesgericht München*²²⁵ vertreten.

In der Entscheidung musste sich das Oberlandesgericht abstrakt gehalten „mit der Frage [...] befassen, ob ein Kreditschuldner (im Original: „die Kläger“) nach einem Kreditverkauf (im Original durch die X. Bank) auch dem neuen Gläubiger (im Original: „Beklagter zu 1“) Ein-

²²² Wolfsteiner in: Staudinger BGB (2002), § 1157 Rn 23 m. w. N. Dass der Gesetzgeber sich in § 1192 Abs. 1a BGB (nF) für Neufälle anders entschieden hat, ist eben Privileg des Gesetzgebers.

²²³ Hierzu unten § 8 C III 4 cc aaa unter Fall 4b.

²²⁴ Ob, wie bspw. BGH Urt. v. 26.03.1976 – V ZR 247/74 – LS 2 (BGHZ 66, 165, 165); Rohe in: BeckOK BGB, § 1192 Rn 154 meinen, eine Ausnahme für die Fälle gemacht werden muss, bei denen der Zessionar am gesicherten Geschäft eng beteiligt war, wie etwa bei finanzierten Geschäften, bedarf hier keiner Erörterung.

²²⁵ OLG München Urt. v. 26.02.2008 – 5 U 5102/06 (ZIP 2008, 498).

wendungen aus dem Darlehensvertrag und der Sicherungsabrede gem. § 404 BGB entgegenhalten kann sowie ob vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der neue Gläubiger (im Original: „Beklagter zu 1“) auf die Anfrage des Schuldners (im Original: „die Kläger“) nicht den Ablösungsbetrag für den Kredit und die Sicherheit nicht mitteilt, das Betreiben der Zwangsvollstreckung eine unzulässige Rechtsausübung darstellt.“²²⁶

Das Oberlandesgericht München bejaht die Möglichkeit eines materiell-rechtlichen Schutzes über §§ 404, 413 BGB mit folgenden Worten: „Sind aber die Kläger gegenwärtig nicht zur Darlehensrückzahlung nicht²²⁷ verpflichtet, stellt sich das Betreiben der Zwangsvollstreckung durch die Beklagte zu 1) nach den in den Darlehensverträgen mit der X. Bank getroffenen Sicherungsabreden ebenfalls als unzulässige Rechtsausübung dar. Die Kläger können dies über die §§ 404 und 413 BGB rechtshemmend gegen die Zwangsvollstreckung aus den gemäß den Sicherungsabreden gewährten Sicherheiten einwenden, so dass die Zwangsvollstreckung aus den Grundschuldbestellungsurkunden für – gegenwärtig – unzulässig zu erklären war.“²²⁸

Den Ausführungen des *Oberlandesgerichts München* ist deutlich der Versuch zu entnehmen, den Grundstückseigentümer zu schützen. Betrachtet man die Entscheidung jedoch genauer, fällt ins Auge, dass sich das *Oberlandesgericht München* regelrecht zu einem Schutz des Grundstückseigentümers/Schuldners „genötigt“ sieht. Fraglich ist, weshalb dies der Fall ist. Hierzu wird folgendes ausgeführt: „Es drängt sich daher der Eindruck geradezu auf, dass der Beklagten zu 1) ohne jede Rücksicht auf den aktuellen Forderungsstand, eine Darlehensablösung durch Dritte im Auftrag der Kläger und die mit der Vollstreckung einhergehenden wirtschaftlich nachteiligen Folgen für die Kläger allein an der Verwertung der Sicherheiten und Erzielung hoher und intransparenter Erlöse gelegen ist. In der Gesamtschau stellt sich das Verhalten der Nebenintervenientin und erst recht der Beklagten zu 1) mithin als schwere Verletzung der Pflicht zur Rechnungslegung dar. Das führt wiederum dazu, dass diese Pflichtverletzung bei Abwägung mit der von den Klägern verletzten Leistungspflicht auf Rückzahlung der Darlehen nicht mehr als grundsätzlich minder schwer und damit nur ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB auslösend angesehen werden kann, sondern so erheblich wiegt, dass sie die Rückforderung der Darlehen durch Betreiben der Zwangsvollstreckung durch die Beklagte zu 1) zu einer nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gegenwärtig unzulässigen Rechtsausübung werden lässt. Das gilt erst recht, als die Verpflich-

²²⁶ Isaad, notar 2008, 31, 31.

²²⁷ Das doppelte „nicht“ findet sich im Original. Richtigerweise sollte es wohl nur einmal vorkommen.

²²⁸ OLG München Urt. v. 26.02.2008 – 5 U 5102/06 – Rn 50 (ZIP 2008, 498, 500).

tung zur Rechnungslegung gerade nach der Verwertung von Sicherheiten in der Regel eine Vorleistungspflicht ist; die Verwertung liegt ja in den Händen des Sicherungsnehmers (so ausdrücklich Ganter a.a.O.). Immerhin betreibt die Beklagte zu 1) betreibt immerhin²²⁹ seit Oktober 2005 die Zwangsverwaltung und ihr sind hierbei ausgehend von dem von den Klägern genannten Mieteingang in Höhe von 1.300,00 € monatlich mittlerweile namhafte Beträge zugeflossen.“²³⁰

Aufgrund dieser (besonderen) Umstände fühlt sich das Oberlandesgericht München offensichtlich verpflichtet den Grundstückseigentümer zu schützen. Der von ihm eingeschlagene Weg über § 404 BGB übersieht jedoch deren Unanwendbarkeit für Sicherungsgrundschulden²³¹. Sollte sich das Betreiben der Zwangsvollstreckung im Einzelfall als eine „nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gegenwärtig unzulässige Rechtsausübung“ darstellen, so kann ein dogmatisch richtiger Lösungsweg nur über den dilatorischen Einwand der unzulässigen Rechtsausübung²³² gesucht werden.

B. §§ 358 Abs. 3, 359 BGB analog

I. Die Auffassung Zimmermanns

Ein anderer Lösungsansatz wird von Zimmermann²³³ postuliert. Nachgedacht wird hierbei über eine analoge Anwendung der §§ 358 Abs. 3, 359 BGB, gegebenenfalls in Verbindung mit einer vom ihm als neu vorgeschlagenen Gruppe des institutionalisierten Zusammenwirkens. Hierbei sollen jene Fälle behandelt werden, in denen treuwidrig im wirtschaftlichen Dreiecksverbund gehandelt wird. Unter diesen Voraussetzungen erhalte der Darlehensnehmer das Recht, dem Investor sämtliche bisher bestehende Einwendungen im weiteren Sinne aus dem Innenverhältnis zum Zedenten entgegen zu halten. Demnach können dem Zessionar insbesondere auch diejenigen Einwände, die aus dem Kreditvertrag und/oder dem fiduziarischen Sicherungsvertrag resultieren, entgegen gehalten werden.

²²⁹ Die Wortwahlwiederholung „immerhin betreibt“ und „betreibt immerhin“ findet sich im Original. Richtigerweise sollte es wohl nur einmal vorkommen.

²³⁰ OLG München Urt. v. 26.02.2008 – 5 U 5102/06 – Rn 49 (ZIP 2008, 498, 500).

²³¹ Zur Unanwendbarkeit des § 404 BGB auf Sicherungsgrundschulden siehe Fn 212.

²³² Hierzu ebenso unten § 14 D II.

²³³ Zimmermann, BKR 2008, 95, 99.

II. Analyse der Auffassung *Zimmermanns*

Bei genauerer Betrachtung handelt es sich in diesem Fall um eine doppeltanaloge Anwendung der §§ 358 Abs. 3, 359 BGB. Denn zum einen ist Voraussetzung eines verbundenen Vertrages stets die wie auch immer geartete Mitwirkung eines Dritten, die bis zum Abschluss des Darlehensvertrages vorliegen muss²³⁴. Zum anderen muss bei dieser Konstellation ein schuldrechtliches Institut (Einwendungsdurchgriff) zur Durchbrechung der Nichtakzessorietät der Sicherungsgrundschuld benutzt werden. Aufgrund der Tatsache, dass nicht an der Gutgläubigkeit bzw. Bösgläubigkeit des Zessionars angeknüpft wird, wird bei stringenter Betrachtung dieses Konzeptes gegebenenfalls in eine materiell-rechtlich gutgläubig erworbene Rechtsposition (gutgläubig einredefreier Erwerb einer Sicherungsgrundschuld) eingegriffen. Wie bekannt, ist Voraussetzung einer Analogie stets das Vorliegen einer „sogenannten Lücke im Gesetz“²³⁵. Doch gerade für die von *Zimmermann* ins Auge gefassten Fälle des treuwidrig, institutionalisierten Zusammenwirkens von Zedent und Zessionar sind die unter § 4 C IV 4 genannten Überlegungen ausschlaggebend. Eine Gesetzeslücke besteht daher jedenfalls für diese Fälle nicht.

III. Zwischenergebnis zu § 4 B

Als Ergebnis ist der von *Zimmermann* vorgeschlagene Weg, vor diesem Hintergrund, abzulehnen²³⁶.

C. § 826 BGB

Als weiterer materiell-rechtlicher Einwand kommt der *dolo agit* Einwand des § 826 BGB in Betracht.

²³⁴ Vgl. hierzu bereits den Wortlaut des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB, der verlangt, dass der Darlehensgeber das Grundstück oder das grundstücksgleiche Recht selbst verschafft oder über die Zurverfügungstellung des Darlehens hinaus den Erwerb des Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts *durch Zusammenwirken* mit dem Unternehmer *fördert* (Hervorhebung vom Verfasser). Auf diesen Aspekt weisen hin: *Mertins/Gansel*, Abtretung von Kreditforderungen.

²³⁵ *Müller/Christensen*; Juristische Methodik I; Rn 371.

²³⁶ Im Ergebnis so auch *Mertins/Gansel*, Abtretung von Kreditforderungen.

I. Die Auffassung von Schwintowski/Schantz

Nach der Ansicht von Schwintowski/Schantz²³⁷ handelt es sich um eine sittenwidrige, vorsätzliche Schädigung im Sinne des § 826 BGB, wenn der Veräußerer und der Erwerber die Sicherungsgrundschuld gerade deswegen von der zugrundeliegende Forderung trennen, um dem Schuldner die Möglichkeit zu nehmen, dem Grundschuldgläubiger Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegenzuhalten. Diese Schädigung könne der Grundstückseigentümer dem betreibenden Gläubiger dann, im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO, als Einwand entgegenhalten. Als Tatbestandvoraussetzung für § 826 BGB sei ein kollusives Zusammenwirken zwischen Veräußerer und Erwerber erforderlich. Dieses soll schon dann vorliegen, wenn beiden Vertragsparteien gleichermaßen bekannt ist, dass dem Dritten – hier dem Sicherungsgeber – durch die Abtretung der Grundschuld jede Möglichkeit genommen wird, sich gegen eine sicherungsvertragswidrige Verwertung der Grundschuld zu wehren²³⁸. Im Übrigen müsse sich dem Erwerber bereits aufgrund der heftigen Diskussion in der Öffentlichkeit die Tatsache aufdrängen, dass solche Kreditportfolios nicht nur *non-performing loans* enthielten, sondern ebenfalls *performing loans*, aus denen gewisse Einwände aus dem Sicherungsvertrag resultieren. Daher sei, nach Schwintowski/Schantz, im Einzelfall²³⁹ ein Einwand aus § 826 BGB zuzulassen.

Bevor jedoch näher auf deren Ansicht eingegangen werden kann, sind zunächst allgemeine Überlegungen zu den Rechtsfolgen beziehungsweise zu den Voraussetzungen des § 826 BGB anzustellen.

II. Einwand als eine mögliche Rechtsfolge des § 826 BGB

Zu erörtern ist hierbei eingangs, ob ein Einwand überhaupt aus § 826 BGB resultieren kann. Ausweislich des Wortlautes des § 826 BGB ist, wer einem Anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zufügt, diesem zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Der Einwand des § 826 BGB schützt den Anspruchsbe-

²³⁷ Schwintowski/ Schantz, NJW 2008, 472, 476.

²³⁸ Schwintowski/Schantz, NJW 2008, 472, 476 unter Berufung auf OLG Dresden, Urt. v. 22. 1. 2003 – 11 U 28/02 (VIZ 2003, 429). In dieser Richtung auch Oechsler in: Staudinger BGB § 826 Rn 243 unter Berufung auf Rspr.-Übersicht des RG in: Das Recht, Beilage-Band zum 12. Jhrg. 1908 zu § 826 BGB Nr. 1968 m. w. N.

²³⁹ Fallgruppen, oder gar Voraussetzungen wann dieser „Einzelfall“ vorliegen soll, werden nicht gebildet.

rechtigten jedoch nicht nur nach Eintritt eines Schadens, sondern bereits vor sittenwidriger Durchsetzung bzw. Befriedigung von Ansprüchen²⁴⁰.

III. Voraussetzungen des § 826 BGB

Voraussetzungen des § 826 BGB sind eine objektiv sittenwidrige²⁴¹ Handlung und eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens des Handelnden nebst dessen Vorsatz²⁴². Objektiv sittenwidrig ist eine Handlung, die durch zusammenfassende Würdigung von Inhalt, Beweggründen²⁴³ und Zweck gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt, d. h. mit grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht vereinbar ist²⁴⁴. Entsprechende Gedanken hatte bereits die Erste Kommission in ihrem Entwurf zu Generalnormen des Deliktsrechts. Der Entwurf des § 705 Abs. 1 enthielt folgenden Wortlaut: „Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt“²⁴⁵. Dieser Gedanke ist heute noch allgemein anerkannt²⁴⁶. Darüber hinaus ist die besondere Verwerflichkeit des Verhaltens des Handelnden weitere Voraussetzung des § 826 BGB. Diese besondere Verwerflichkeit kann sich entweder aus dem verfolgten Ziel, dem eingesetzten Mittel, der zutage tretenden Gesinnung oder den eintretenden Folgen ergeben²⁴⁷.

²⁴⁰ Oechsler in: Staudinger BGB, § 826 Rn 125.

²⁴¹ Zur Unterscheidung des Begriffes der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB und im Sinne des § 826 BGB vgl. Spindler in: BeckOK BGB § 826 Rn 3 m. w. N.

²⁴² Zum Vorsatz nach § 826 vgl. bspw. Oechsler in: Staudinger BGB, § 826 Rn 61 ff; Wagner in: MüKo BGB § 826 Rn 23 ff.

²⁴³ Immer wieder (vgl. statt vieler Spindler in: BeckOK BGB § 826 Rn 8) findet sich zur Bestimmung der objektiven Sittenwidrigkeit nach § 826 BGB der Verweis auf den vom Handelnden verfolgten Zweck. Dabei wird die Finalität einer Handlung (d. h. der verfolgte Zweck), die im Gegensatz zum Erfolg einer Handlung, eigentlich subjektiver Natur ist, Bestandteil der objektiven, also *per definitionem* subjektlosen, Sittenwidrigkeit. Diese Vorgehensweise entspricht gefestigter Rechtsanwendung und soll hier nicht hinterfragt werden.

²⁴⁴ Sprau in: Palandt BGB, § 826 Rn 4.

²⁴⁵ Oechsler in: Staudinger BGB § 826 Rn 6.

²⁴⁶ Die zweite BGB-Kommission hat dann den Anwendungsbereich dieser Generalnorm auf vorsätzliches Handeln beschränken wollen. Sie ging davon aus, dass eine Ausdehnung dieser auf Fahrlässigkeit zu einer „ungebührlichen Beschränkung der persönlichen Freiheit“ führt. Darüber hinaus hielt sie diese Ausdehnung nicht für erforderlich, da fahrlässige Vermögensverletzungen praktisch nicht vorkämen. Näher hierzu Oechsler in: Staudinger BGB § 826 Rn 2 ff.

²⁴⁷ Sprau in: Palandt BGB, § 826 Rn 4.

IV. Analyse der Argumentation von *Schwintowski/Schantz*

Unter Zugrundelegung genannter Rechtsfolgen bzw. Voraussetzungen des § 826 BGB kann nun näher auf die Argumentation von *Schwintowski/Schantz* eingegangen werden.

1. Die Argumentation von *Schwintowski/Schantz*

Wie bereits erwähnt sind sie der Auffassung, dass es sich um eine sittenwidrige, vorsätzliche Schädigung im Sinne des § 826 BGB handelt, wenn der Veräußerer und der Erwerber die Sicherungsgrundschuld gerade deswegen von der zugrundeliegenden Forderung trennen, um dem Schuldner die Möglichkeit zu nehmen, dem Grundschuldgläubiger Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegenzuhalten²⁴⁸. Begründet wird dies mit der Annahme, dass es sich hierbei um ein „kollusives Zusammenwirken eines Treuhänders mit einem Dritten zur Vereitelung einer dinglichen Rechtsposition“²⁴⁹ handle. Diese Konstellation sei im Übrigen schließlich als Fallgruppe des § 826 BGB anerkannt.

2. *Schwintowski/Schantz* Hauptbeleg

Schwintowski/Schantz stützen ihre Auffassung unter anderem auf die Entscheidung des *Oberlandesgerichts Dresden vom 23.01.2003*²⁵⁰, worauf im Folgenden einzugehen ist. Bei der Entscheidung handelt es sich maßgeblich um die Frage einer vorsätzlich-sittenwidrigen Schädigung bei Grundschuldbestellung trotz unklarer Restitutionslage.

Der Entscheidung des *Oberlandesgerichts Dresden* lag folgender Sachverhalt²⁵¹ zugrunde: „Der Kl. nimmt die Bekl. wegen Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einer Grundschuld in Anspruch. [...] Nach Lage der Akten ist er bislang noch nicht selbst als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, hat aber [...] Forderungsabtretungen durch die Mitglieder der Erbengemeinschaft O vorgelegt. Das Grundstück war 1954 in Volkseigentum überführt worden, Rechtsträger war (zuletzt) der VEB Kraftverkehrskombinat, Instandsetzungsbetrieb „E“ Karl-Marx-Stadt. [...] 1991 wurde die E-GmbH als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, die aus dem VEB Kraftverkehrskombinat hervorgegangen war und mittlerweile insolvent ist. Durch Bescheid des Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen der Stadt Chemnitz [...] wurde das Grundstück [...] an die Erbengemeinschaft O rückübertragen. Die Erben

²⁴⁸ *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472, 476.

²⁴⁹ *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472, 476.

²⁵⁰ OLG Dresden Urt. v. 22.1.2003 – 11 U 28 /02 (VIZ 2003, 429).

²⁵¹ Der Sachverhalt wird in vereinfachter Form wiedergegeben.

wurden [...] als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. [...] (Die) E-GmbH (hatte bereits) der Bekl. an dem Grundstück eine Grundschuld [...] bestellt. Daraus betreibt die Bekl. die Zwangsvollstreckung. Der Kl. hat erstinstanzlich beantragt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Das LG hat die Klage abgewiesen. Mit der hiergegen gerichteten Berufung verfolgt der Kl. sein erstinstanzliches Begehren weiter. Er meint insbesondere, dass die Bekl. gemäß § 826 BGB sittenwidrig gehandelt habe. Sie habe sich von der E-GmbH die Grundschuld bestellen lassen, obwohl ihr bekannt gewesen sei, dass für das Grundstück Restitutionsansprüche angemeldet sind. Das Rechtsmittel war erfolgreich.“²⁵²

Restitutionsansprüche bestanden gemäß §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 Satz 1 VermG im Grundsatz ausweislich des Wortlautes des § 1 Abs. 1 a-d VermG für Vermögenswerte, die

- a) entschädigungslos enteignet und in Volkseigentum überführt wurden
- b) gegen eine geringere Entschädigung enteignet wurden, als sie Bürgern der früheren Deutschen Demokratischen Republik zustand
- c) durch staatliche Verwalter oder nach Überführung in Volkseigentum durch den Verfügungsberechtigten an Dritte veräußert wurden oder
- d) auf der Grundlage des Beschlusses des Präsidiums des Ministerrates vom 9. Februar 1972 und im Zusammenhang stehender Regelungen in Volkseigentum überleitet wurden.

Das *Oberlandesgericht Dresden* argumentiert auf Grundlage dieses Sachverhalts wie folgt: „Nach § 3 III 1 VermG darf bei Vorliegen eines Restitutionsantrags der Verfügungsberechtigte (Eigentümer) des betroffenen Grundstücks keine dinglichen Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung des Berechtigten eingehen. In dieser Verpflichtung liegt - wie sich bereits aus den Gesetzesmaterialien ergibt (dokumentiert in: Erläuterungen zum EinigungsV, 1990, S. 312) - kein gesetzliches Verbot gemäß §§ 134, 135 BGB, sondern nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Verfügungsberechtigten im Verhältnis zum Berechtigten. Das bedeutet, dass Verfügungen des Verfügungsberechtigten über den betroffenen Vermögenswert dem Berechtigten gegenüber wirksam sind. (2.) Wenn allerdings der Verfügungsberechtigte und dessen Vertragspartner kollusiv zum Nachteil des Berechtigten zusammenwirken, ergibt sich daraus ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB, gerichtet auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands. Das ist in Rechtsprechung und Literatur im Ergebnis einhellige Auffassung [...]“²⁵³. (3.) Ein kollusives Zusammenwirken liegt bereits dann vor, wenn dem Verfü-

²⁵² OLG Dresden Urt. v. 22.1.2003 – 11 U 28 /02 – Rn 1-15 (hier zitiert nach VIZ 2003, 429, 429f).

²⁵³ An dieser Stelle stehen im Original verschiedene Fundstellen, die das VermG und daraus resultierende Rechtsfragen kommentieren.

*gungsberechtigten und dessen Vertragspartner bei Vornahme des dinglichen Rechtsgeschäfts die Restitutionsanmeldung bekannt war; weitere Umstände für eine Sittenwidrigkeit müssen nicht vorliegen. [...]*²⁵⁴

3. Schwintowski/Schantz Schlussfolgerungen aus dem genannten Urteil

Schwintowski/Schantz wollen durch Zitierung dieser Entscheidung wohl folgende Parallelen ziehen: Wenn durch Bestellung einer Grundschuld – die grundsätzlich dinglich gegenüber dem Restitutionsgläubiger wirksam ist – der schuldrechtliche Restitutionsanspruch des Restitutionsgläubigers in seinem wirtschaftlichen Wert gemindert wird, so soll daraus ein Anspruch aus § 826 BGB resultieren. Parallel hierzu soll ebenso bei Abtretung einer einredebehafteten Grundschuld an einen gutgläubigen Zessionar, der die Grundschuld insoweit einredefrei erwirbt, ein Anspruch aus § 826 BGB resultieren.

4. Betrachtung der Schlussfolgerungen von Schwintowski/Schantz

Diese Parallele könnte sich aus folgender wirtschaftlichen Betrachtung ergeben: Ein Grundstück ohne Grundschuldlast ist im Vergleich zu einem Grundstück mit Grundschuldlast wirtschaftlich wertvoller. Ebenso könnte für den Grundstückseigentümer ein mit einer einredebehafteten Grundschuld belastetes Grundstück wirtschaftlich wertvoller sein als ein mit einer einredefreien Grundschuld belastetes Grundstück. Ein mit einer einredebehafteten Grundschuld belastetes Grundstück könnte deswegen als „wirtschaftlich wertvoller“ angesehen werden, da die Vollstreckung in das Grundstück an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist. Jedoch braucht es hier keinen Rückgriff auf solche wirtschaftliche Überlegungen. *Schwintowski/Schantz* wollen den Einwand des § 826 BGB nämlich nur in den Fällen anerkennen, in denen dem Erwerber sehr wohl bekannt war, dass die Abtretung gerade deswegen erfolgt ist, um dem Grundstückseigentümer entgegenstehende Einreden abzuschneiden. Nur dann kann ein Vorsatz im Sinne eines *kollusiven* Zusammenwirkens angenommen werden. Dies bestätigt sich, wenn man die in den anderen Fußnoten genannten Quellen verfolgt, die schlussendlich alle auf folgendes Zitat verweisen: *„Gegen die guten Sitten verstößt, wer sich eine Grundschuld zedieren läßt, obwohl er weiß, daß der vermögenslose Zedent diese Zession nur vornimmt, weil er selbst die Grundschuld infolge entgegenstehender Einrede nicht geltend machen kann. Der Schadensersatzanspruch besteht namentlich (§ 249 BGB) darin, daß der Zes-*

²⁵⁴ OLG Dresden Urt. v. 22.1.2003 – 11 U 28 /02 – Rn 17-19, Unterstreichung im Original (VIZ 2003, 429, 430).

*tionar die Grundschuld nicht geltend macht.*²⁵⁵. Es zeigt sich, dass es dem Zessionar positiv bekannt sein muss, dass der Grundschuld irgendwelche Einreden entgegenstehen. Weiß nun der Zessionar von diesen Einreden, so ist denklogisch ein gutgläubiger einredefreier Erwerb gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1157 S. 2 BGB ausgeschlossen²⁵⁶.

V. Entbehrlichkeit des Rückgriffes auf § 826 BGB

Es ist damit festzuhalten, dass im Falle eines *kollusiven Zusammenwirkens* von Zedent und Zessionar letzterer eine Grundschuld erwirbt, die nicht einredefrei ist. Somit könnte in diesem Fall der Grundstückseigentümer dem Zessionar die entsprechende Einrede entgegen halten. Einer Korrektur über den *dolo agit* Einwand des § 826 BGB – der ebenfalls wie eine Einrede eine dilatorische Wirkung entfalten würde – bedarf es nicht.

D. Ergebnis zu § 4

Im Ergebnis können Einwendungen im Verhältnis Grundstückseigentümer und Zedent dem gutgläubigen Zessionar unter keinem materiell-rechtlichen Gesichtspunkt entgegengehalten werden.

§ 5 Gesetzliche Rückwirkung des § 1192 Abs. 1a BGB

Vollständigkeitshalber soll kurz erwogen werden, ob der Gesetzgeber den Grundstückseigentümer vor dem Zessionar schützen könnte, indem er den zeitlichen Anwendungsbereich des § 1192 Abs. 1a BGB auch auf Altfälle ausdehnen würde, insbesondere auf solche Sicherungsgschulden, deren Erwerb vor dem 19. August 2008 stattfand.

²⁵⁵ Rspr.-Übersicht des RG in: Das Recht, Beilage-Band zum 12. Jhrg. 1908 zu § 826 BGB Nr. 1968 m. w. N.

²⁵⁶ So zutreffend *Oechsler* in: Staudinger BGB § 826 Rn 243.

A. Telos des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 1192 Abs. 1a BGB

Grund für den beschränkten zeitlichen Anwendungsbereich des § 1192 Abs. 1a BGB ist, dass es sich bei Grundschulderwerbsvorgängen, die vor dem besagten Termin stattfanden, um abgeschlossene Tatbestände handelt, in die nicht nachträglich eingegriffen werden soll²⁵⁷. Dies ist dem Bericht des Finanzausschusses des Bundestages zu entnehmen, welcher Stellung zu der jetzt geltenden Fassung des Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB nimmt.

B. Verfassungsrechtliche Würdigung einer etwaigen zeitlichen Rückextension des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 1192 Abs. 1a BGB

Wäre es dem Gesetzgeber aber tatsächlich verwehrt eine gesetzliche zeitliche Ausweitung des § 1192 Abs. 1a BGB anzuordnen?

I. Definition einer echten (retroaktiven) bzw. unechten (retrospektiven) Rückwirkung

Verfassungsrechtlich unterscheidet man zwischen echter (retroaktiver) Rückwirkung und unechter (retrospektiver) Rückwirkung.

1. Echte (retroaktive) Rückwirkung

Eine echte Rückwirkung²⁵⁸ liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber nachträglich in Tatbestände eingreift, die in der Vergangenheit begonnen haben und abgeschlossen wurden. An diesen abgeschlossenen Sachverhalt werden neue Rechtsfolgen geknüpft, weshalb auch von Rückbewirkung von Rechtsfolgen gesprochen wird²⁵⁹.

²⁵⁷ BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 18 I. Sp.

²⁵⁸ BVerfG Urt. v. 19.12.1961 – 2 BvL 6/59 – unter B III der Gründe – Rn 48 ff (BVerfGE 13, 261, 270 ff); Degenhart, Staatsrecht I, Rn 375; Fischer, JuS 2001, 861, 862.

²⁵⁹ Eine ausdrückliche Gleichstellung von „echter Rückwirkung“ und „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ erfolgt durch BVerfG Beschl. v. 03.12.1997 – 2 BvR 882/97 – unter C I 1 a der Gründe – Rn 35 (BVerfGE 97, 67, 78).

2. Unechte (retrospektive) Rückwirkung

Eine unechte Rückwirkung²⁶⁰ liegt hingegen dann vor, wenn das Gesetz ein Geschehen betrifft, das in der Vergangenheit begonnen hat, aber noch nicht abgeschlossen ist. Die Rechtsfolgen dieses Sachverhalts treten somit erstmalig mit der rückwirkend geänderten Regelung ein.

II. Betrachtung einer zeitlichen Extension des § 1192 Abs. 1a BGB

Eine zeitliche Extension des § 1192 Abs. 1a BGB würde an den unter Umständen gutgläubig einredefreien Erwerb von Sicherungsgrundschulden anknüpfen. Dies stellt jedoch einen Sachverhalt dar, der in der Vergangenheit vollständig abgeschlossen wurde. Gegebenenfalls würden dabei die Wirkungen des gutgläubig einredefreien Erwerbs einer Sicherungsgrundschuld ausgehöhlt werden. Damit würde in solch einem Fall die Rechtsfolge des Sachverhalts geändert werden und es läge eine echte Rückwirkung vor.

Diese ist nach der Konzeption des *Bundesverfassungsgerichts* wegen des im Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) verankerten Grundsatzes des Vertrauensschutzes grundsätzlich nicht zulässig²⁶¹. Das *Bundesverfassungsgericht* führt aus: Die „Rückwirkung von Rechtsfolgen wirft generell die Frage nach dem Schutz des Vertrauens in den Bestand der ursprünglich geltenden Rechtsfolgenlage auf, welche nunmehr nachträglich geändert wird. Eine solche Rückbewirkung von Rechtsfolgen muß sich damit vorrangig an den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen insbesondere des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit messen lassen“²⁶².

Fraglich ist jedoch, ob hier möglicherweise eine Ausnahme von der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer echten Rückwirkung gemacht werden kann.

Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer echten Rückwirkung ist dann zulässig, wenn die Gründe des Vertrauensschutzes nicht dagegen sprechen, mithin das Vertrauen der Rechtsnormunterworfenen nicht schutzwürdig erscheint²⁶³. Diese fehlende

²⁶⁰ BVerfG Beschl. v. 23.03.1971 – 2 BvL 17/69 – unter C II der Gründe – Rn 32 ff (BVerfGE 30, 392, 402); *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn 376.

²⁶¹ BVerfG Urt. v. 19.12.1961 – 2 BvL 6/59 – unter B III der Gründe – Rn 48 ff (BVerfGE 13, 261, 271).

²⁶² BVerfG Beschl. v. 14.05.1986 – 2 BvL 2/83 – unter C I 1 c aa der Gründe – Rn 85 ff (BVerfGE 72, 200, 242).

²⁶³ *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, § 10 Rn 181. Darüber hinaus wird die Zulässigkeit einer echten Rückwirkung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls angenommen (*Kloepfer*, Verfassungsrecht I, § 10 Rn 184). Solche Gründe sind vorliegend nicht ersichtlich, so dass auf diese Fallgruppe nicht weiter eingegangen wird.

Schutzwürdigkeit ist für die Fälle angenommen worden, bei welchen mit einer Rechtsänderung zu rechnen war oder die fragliche Regelung ungültig, unklar oder verworren war²⁶⁴.

Würde man dem BGB-Gesetzgeber erlauben, an abgeschlossene Erwerbstatbestände anzuknüpfen und diese später in ihren Rechtsfolgen zu ändern, so entstünde eine große Rechtsunsicherheit. Kein Privatrechtssubjekt würde darauf vertrauen dürfen, dass sein Rechtsgeschäft, welches heute bestimmte Rechtsfolgen auslöst, morgen noch immer die gleichen Rechtsfolgen auslösen würde²⁶⁵. Doch gerade im Sachenrecht und insbesondere im Immobiliensachenrecht ist Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung. Schließlich müssen die Parteien auf ihre erworbenen Rechtspositionen vertrauen dürfen, um mit ihnen sodann wirtschaftlich zu disponieren. Damit stellt eine zeitliche Extension des § 1192 Abs. 1a BGB keine Ausnahme der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer echten Rückwirkung dar.

III. Zwischenergebnis zu § 5 B

Eine zeitliche Extension des § 1192 Abs. 1a BGB wäre als also mithin nicht zulässig²⁶⁶.

C. Ergebnis zu § 5

Dem Gesetzgeber wäre es damit tatsächlich verwehrt, eine zeitliche Ausweitung des § 1192 Abs. 1a BGB auf Altfällen anzuordnen.

§ 6 Scheitern von materiell-rechtlichen Schutzmechanismen

In Altfällen kann insoweit festgehalten werden, dass materiell-rechtliche Schutzmechanismen, die den Grundstückseigentümer vor Inanspruchnahme durch den Zessionar bewahren, scheitern²⁶⁷.

²⁶⁴ Kloepfer, Verfassungsrecht I, § 10 Rn 182 f m. w. N.

²⁶⁵ Die Ausübungskontrolle von Rechtsgeschäften nach § 242 BGB wird hiervon nicht tangiert. Eine Änderung der Rechtsfolgen (wie bei einer echten Rückwirkung) ist nicht mit der inhaltlichen Beschränkung der Ausübungsfreiheit gleichzusetzen.

²⁶⁶ Damit erübrigt sich die Frage, ob ein solches rückwirkendes Gesetz mit Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar wäre. Die Einredefreiheit einer Sicherungsgrundschuld hat vermögenswerten Charakter und könnte als „Vermögen“ im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gesehen werden.

Kapitel 2

Prozess-rechtliche Schutzmechanismen zu Gunsten des Grundstückseigentümers

In der Regel unterwirft sich der Grundstückseigentümer formularmäßig in der notariellen Urkunde, in der die Sicherungsgrundschuld bestellt wird, der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Dies hat zur Folge, dass der Grundschuldgläubiger sofort, d. h. ohne vorausgehendes Erkenntnisverfahren, mit der Zwangsvollstreckung in das Grundstück beginnen kann, diese wirkt also insoweit als Titelfunktion.

Tritt der ursprüngliche Grundschuldgläubiger die Sicherungsgrundschuld dann ab, so wird der Erwerber diese wie gezeigt²⁶⁸ *in der Regel* frei von Einreden aus dem Sicherungsvertrag erwerben. Der Erwerber kann damit ungeachtet etwaiger Einreden aus dem Sicherungsvertrag mit dem Zedenten materiell-rechtlich aus der Sicherungsgrundschuld vollstrecken. Unter Berücksichtigung des oben²⁶⁹ gefundenen Ergebnisses, dass dem Grundschuldschuldner materiell-rechtlich keine Möglichkeit vor der Inanspruchnahme seitens des Zessionars zusteht, hat man versucht, den Schuldner zumindest auf der Ebene der Zwangsvollstreckung zu schützen.

§ 7 Übertragung auch der Titelfunktion des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

*Reifner*²⁷⁰ wirft die Frage auf, ob der Erwerber einer Sicherungsgrundschuld auch das (vorausgesetzt wirksam zustande gekommene) Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung aus § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erwirbt. Wäre dies nicht der Fall, müsste dieser vorerst auf Duldung der Zwangsvollstreckung klagen und sich somit einen (neuen) Titel holen. Freilich könnte der Zwangsvollstreckungsvorgang so nur verlangsamt werden. Wie gesehen erwirbt der Gläubiger in der Regel eine einredefreie Sicherungsgrundschuld. Dem Anspruch aus §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB dürfte somit für Altfälle nichts entgegenstehen, so dass ein Duldungstitel wohl der

²⁶⁷ Dass dem Grundschuldbesteller ein Befriedigungsrecht gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1142 Abs. 1 BGB zustehen kann, kann ihn allenfalls vor der Verwertung des Grundstückes schützen, indes jedoch nicht vor der Inanspruchnahme selbst. Letztlich wird er durch diesen Mechanismus „zur Kasse“ gebeten. Hierauf wird unter § 10 B und § 10 C genauer eingegangen.

²⁶⁸ Hierzu oben § 3 C.

²⁶⁹ Hierzu oben §§ 2 bis 3.

²⁷⁰ *Reifner*, BKR 2008, 142, 148.

Ausgang eines solchen Prozesses wäre. Indes würde dies dem Schuldner (etwas) Zeit geben, sich eine ggf. hohe Befriedigungssumme zu besorgen und somit den Zwangsvollstreckungsvorgang zumindest ohne Verwertung des Grundstückes zu beenden²⁷¹.

A. Die Meinung von *Reifner*

Reifner argumentiert, dass ein „Recht zur *kontrollfreien* Ausnutzung der eingeräumten überschießenden Rechtsmacht einer Grundschuld“²⁷² nicht einem vom Schuldner nicht gewollten Dritten übertragen werden kann. Die Unterwerfungserklärung sei besonderer Ausdruck eines Vertrauensverhältnisses und damit stark an die Person desjenigen gebunden, dem dieses Zugeständnis gemacht wurde. In diesem Ausdruck des Vertrauensverhältnisses sieht er einen besonderen Charakter im Sinne des § 399, 1. Fall BGB. Insoweit kommt *Reifner* zum Ergebnis, dass der Investor die Grundschuld ohne Unterwerfungserklärung erhält.

B. Analyse der Auffassung *Reifners*

Zur Beantwortung der Frage, ob der Zessionar ebenfalls das Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung erwirbt, bedarf es einer näheren Analyse.

I. § 401 Abs. 2 BGB

Vorerst ist anzumerken, dass § 401 Abs. 2 BGB zur Beantwortung dieser Frage nicht weiterhilft. Vorzugsrechte, die für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Insolvenzverfahrens gelten, können nach dieser Vorschrift im Fall der Abtretung einer Forderung auch vom Zessionar geltend gemacht werden. Ein Vorzugsrecht ist ein Recht, das dem Gläubiger einen Anspruch auf Befriedigung vor den übrigen Gläubigern gibt²⁷³. So sind für § 401 Abs. 2 BGB als Vorzugsrechte allgemein²⁷⁴ die §§ 49 – 51, 53 – 55, 123 Abs. 2 InsO, §§ 804 Abs. 2, 850d ZPO, §§ 10, 155 ZVG anerkannt. Doch der Rang im Verteilungsverfahren wird nach

²⁷¹ Hierzu genauer unter § 10 C.

²⁷² *Reifner*, BKR 2008, 142, 148 (Hervorhebung vom Verfasser).

²⁷³ *Deutsches Rechts-Lexikon*, Vorzugsrechte unter „B.“ und dort „Sicherungsrechte“.

²⁷⁴ Statt aller vgl. *Busch* in: Staudinger BGB, § 401 Rn 26 f; *Roth* in: MüKo BGB, § 401 Rn 16.

erfolgter Zwangsvollstreckung von dem Rang der Grundschuld²⁷⁵ bestimmt und nicht danach, ob diese sofort vollstreckbar war oder nicht.

II. Keine kontrollfreie Ausnutzung

Reifner argumentiert, die Vollstreckungsunterwerfung begründe ein „Recht auf *kontrollfreie* Ausnutzung der eingeräumten überschießenden Rechtsmacht einer Grundschuld“²⁷⁶, die eben nicht einem vom Schuldner nicht gewollten Dritten übertragen werden kann. Dabei scheint er jedoch zu vergessen, dass er selbst einen Satz zuvor anmerkt, dass die „Vollstreckungsunterklärung [...] die gerichtliche Kontrolle *vor* der einschneidenden Vollstreckungshandlung [...]“²⁷⁷ nehme und nicht die gesamte gerichtliche Kontrolle. Berücksichtigt man noch die vielfältigen vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe mit ihren vielfältigen Möglichkeiten, ggf. die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen (§§ 767, 769, 797 Abs. 3 - 5 ZPO), so kann ungeachtet des Rollenverhältnisses der Parteien nicht von einem Recht auf *kontrollfreie* Ausnutzung der eingeräumten Rechtsmacht gesprochen werden. Somit zeigt sich, dass *Reifner* voreilige Schlüsse zieht und dadurch seine Wortwahl überspannt wirkt.

III. Die Bedeutung des Treuhandverhältnisses

Weiter argumentiert *Reifner*, die Unterwerfungserklärung sei besonderer Ausdruck eines Vertrauensverhältnisses und trage fiduziarische Elemente in sich. Folge fiduziarischer Elemente ist jedoch nicht die dingliche Vinkulierung des Treugutes, sondern allein eine schuldrechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Treugeber und Treunehmer. Der Grundstückseigentümer, der eine sofort vollstreckbare Grundschuld bestellt, vertraut darauf, dass der Grundschuldinhaber von dieser nur dann Gebrauch macht, wenn er hierzu im Innenverhältnis berechtigt ist.

IV. Zur Frage der Trennbarkeit von Sicherungsgrundschuld und Unterwerfungserklärung

Die Frage, ob der Erwerber einer Sicherungsgrundschuld auch das (vorausgesetzt wirksam zustande gekommene) Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung aus § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

²⁷⁵ §§ 10 Abs. 1 Nr. 4, 11 Abs. 1 ZVG in Verbindung mit § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn 308.

²⁷⁶ *Reifner*, BKR 2008, 142, 148 (Hervorhebung vom Verfasser).

²⁷⁷ *Reifner*, BKR 2008, 142, 148 (Hervorhebung vom Verfasser).

erwirbt, entspricht analytisch der Frage, worauf sich die erklärte Abtretung der Sicherungsgrundschuld bezieht. Anders formuliert ist fraglich, ob die Sicherungsgrundschuld und die Vollstreckungsunterklrung, nach deren Wirksamwerden, voneinander getrennt zu betrachten sind.

1. Das Verhältnis von materiellem und prozessuellem „Recht“

Möglich erschiene dies bei einer „eigenständigen“ Betrachtung von materiellem und prozessuellem „Recht“. Genau dieses Verständnis schreibt *Windscheid* der römisch-rechtlichen *actio* zu. Er führt aus: „Es ist möglich, daß die einem Rechte entsprechende Actio auf Jemanden übergeht, ohne daß das Recht auf ihn übergeht. Wäre die Actio Mittel zur Geltendmachung, oder auch nur Ausfluß des Rechtes, so wäre dies nicht möglich. Möglich ist es durch die *Selbstständigkeit der Actio*, dadurch, daß dieselbe ihr eigenes Recht in sich trägt, nicht Ausfluß, sondern Ausdruck des Rechtes ist. In einem solchen Falle ist Derjenige, dem die Actio zusteht, zwar *nicht für das Recht, aber doch für das Gericht, der Berechtigte* geworden. [...] Realisiert wird nicht der Wille des ruhenden Rechtes, sondern der Wille des thätigen Gerichtes.“²⁷⁸ Es ist jedoch gerade *Windscheid*, der dieses „Actionendenken“ zugunsten des materiell-rechtlichen Anspruchsdenkens berwindet²⁷⁹. So findet sich in der heutigen Rechtslehre praktisch einhellig die Erkenntnis, dass Zivilrecht und Zivilprozessrecht aufeinander bezogen sind und nicht voneinander unabhängig betrachtet werden knnen²⁸⁰. Insoweit erscheint die Unterscheidung zwischen materiell-rechtlichem Anspruch und dessen prozessualer Durchsetzbarkeit als zeit- und sachgerecht²⁸¹.

2. Ebenen eines Anspruches

Der Anspruch, als subjektives Recht ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 I BGB) hat demzufolge eine materiell-rechtliche Ebene und eine prozess-rechtliche Ebene. Die materiell-rechtliche Ebene bestimmt, was der Anspruchsberechtigte (Gläubiger) von dem Anspruchsverpflichteten (Schuldner) verlangen kann. Die prozess-rechtliche Ebene regelt hingegen, wie der Anspruchsberechtigte seinen Anspruch durchsetzen kann, falls sich der Anspruchsschuldner weigert, diesen zu erfüllen.

²⁷⁸ *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts, § 14 S. 119 (Hervorhebung vom Verfasser).

²⁷⁹ *Bork*, BGB AT, Rn 291; *Kaufmann*, JZ 1964, 482, 487 ff.

²⁸⁰ *Rauscher* in: MüKo ZPO, Einl. Rn 25 ff; *Vollkommer* in: Zöller ZPO, Einl. Rn 92, 99.

²⁸¹ *Rauscher* in: MüKo ZPO, Einl. Rn 25 formuliert zutreffend: „Zivilprozessrecht und Zivilrecht [...] stehen [...] nicht beziehungslos nebeneinander; vielmehr hat das Zivilprozessrecht insofern eine dienende Funktion, als es die Verwirklichung des Privatrechts erst ermöglicht.“

3. Anwendung auf die Sicherungsgrundschuld

Angewendet auf die Sicherungsgrundschuld ergibt sich folgende Rechtslage. Zur zwangsweisen Durchsetzung des Duldungsanspruches aus §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB benötigt der Anspruchsberechtigte einen Vollstreckungstitel (§§ 16 Abs. 1, 146 Abs. 1 ZVG). Den wichtigsten Vollstreckungstitel stellt das Urteil dar. Der Anspruch kann also grundsätzlich nur nach erfolgtem Erkenntnisverfahren und streitigem Endurteil (§ 704 ZPO) zwangsweise (prozessual) durchgesetzt werden. Falls der Anspruchsverpflichtete allerdings eine Unterwerfungserklärung abgibt, d. h. sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, kann der Anspruch ohne Erkenntnisverfahren direkt mithilfe staatlicher Organe durch Zwangsversteigerung oder -verwaltung (§§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 869 ZPO in Verbindung mit §§ 1ff, 15ff oder 16 ff ZVG) durchgesetzt werden. Die Unterwerfungserklärung führt daher zu einer Inhaltsänderung des Rechts auf prozessualer Ebene, da dessen Durchsetzungsmodalitäten modifiziert werden²⁸². In der Literatur findet sich insoweit eine weitere Überlegung. Der Schuldner soll allein mittels seiner Unterwerfungserklärung bestimmen können, inwieweit der Titel vollstreckbar sein soll. Damit einhergehend soll er zeitliche, örtliche und gegenständliche Beschränkungen der Vollstreckung treffen können²⁸³. Dies führe dazu, dass er auch bestimmen darf, dass nur „der Bank“, nicht aber einem unbekanntem Dritten, eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden darf²⁸⁴. In den bankenüblichen formulargemäßen Vollstreckungsunterwerfungen finden sich jedoch keine derartigen Einschränkungen.

4. Folgen der Abtretung der Sicherungsgrundschuld

a.) Der Übergang der Titulierung

Die Abtretung der Sicherungsgrundschuld führt dazu, dass beide ihr innewohnenden Ebenen abgetreten werden. Wie bereits erwähnt, ist ihr Inhalt nämlich durch eine materiell-rechtliche Ebene und durch eine prozessuale Ebene bestimmt. Nach alldem geht mit der Abtretung der Sicherungsgrundschuld, um in den Worten Reifners zu sprechen, auch das Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung auf den Zessionar über. Das „Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung“ stellt aber nach dem hier Geschilderten lediglich die prozessuale Ebene des Rechts

²⁸² *Lindemeier*, Die Unterwerfungserklärung, S. 87; ausführlich und zum gleichen Ergebnis mit der nach h. M. zu bejahenden Frage, ob der „Anspruch“ im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 ZPO der „materiell-rechtliche Anspruch“ ist: *Gaul*, Festschrift Lücke, S. 81, 102 ff, 117f und die umfassende Nachweise in *Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, § 4 III (S. 72 ff) zur Literatur und § 4 IV (S. 82 ff) zur Rechtsprechung.

²⁸³ *Wolfsteiner* in: MüKo ZPO § 794 Rn 176.

²⁸⁴ *Clemente*, ZfIR 2008, 545, 547.

dar. Selbst wenn man die Sicherungsgrundschuld und deren Titulierung mittels einer Unterwerfungserklärung getrennt betrachten möchte, wird man bei der Abtretung eines titulierten Anspruches die Erklärung der Parteien im Zweifel dahingehend auszulegen zu haben, dass auch der prozessuale Anspruch (gemeint ist dann wohl die Titulierung) als abgetreten gilt²⁸⁵.

b.) Zum Übergang des Rechts auf Klauselerteilung

Erhält nun der Zessionar eine bereits titulierte Grundschuld, stellt sich noch eine weitere Problematik im Zusammenhang mit der Frage, ob dieser aus ihr vollstrecken kann. Ausweislich des Wortlautes des § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung nur dann beginnen, wenn die Personen, für und gegen die, die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, in dem Urteil oder in der ihm beigelegten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und ihnen das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Diese Vorschrift normiert eine *Bedingung* für den Beginn der Zwangsvollstreckung²⁸⁶. § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO findet dabei sowohl bei Urteilen als auch bei anderen ZPO-Titeln nach § 794 Abs. 1 ZPO Anwendung²⁸⁷ und gilt grds. für alle Arten der Vollstreckung²⁸⁸, also auch für die nach dem ZVG²⁸⁹. Demnach muss § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorliegen berücksichtigt werden.

Vor diesem normativen Hintergrund und unter Berücksichtigung der in §§ 727, 731 ZPO geregelten Möglichkeit zur Klauselerteilung an einen Rechtsnachfolger des ersten Titelgläubigers stellt sich die Frage, ob der Zessionar, der eine titulierte Grundschuld erwirbt, auch automatisch das Recht erwirbt, eine auf ihn als neuen Gläubiger hinweisende, vollstreckbare Ausfertigung des noch auf den früheren Grundschuldinhaber lautenden Vollstreckungstitels zu verlangen. Diese Frage ist grundsätzlich bereits ausweislich des Wortlautes der genannten Bestimmungen zu bejahen²⁹⁰. Freilich bleibt dort eine Ausnahme zu machen, in denen der Schuldner in seiner Unterwerfungserklärung die Bestimmung getroffen hat, dass nur „der Bank“, nicht aber einem unbekanntem Dritten, eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden darf²⁹¹.

²⁸⁵ Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, § 43 Rn 42.

²⁸⁶ Münzberg in: Stein/Jonas ZPO, § 750 Rn 1 (Hervorhebung vom Verfasser).

²⁸⁷ § 795 Satz 1 ZPO; Heßler in: MüKo ZPO, § 750 Rn 13.

²⁸⁸ Wegen den Modifikationen im einstweiligen Rechtsschutz und bei der Vollstreckung eines auf Abgabe einer Willenserklärung gerichteten Urteils vgl. Heßler in: MüKo ZPO, § 750 Rn 14 m. w. V.

²⁸⁹ Münzberg in: Stein/Jonas ZPO, § 750 Rn 2.

²⁹⁰ Münzberg in: Stein/Jonas ZPO, § 727 Rn 12.

²⁹¹ Hierzu oben § 7 B IV 3.

V. Zwischenergebnis zu § 7 B

Die gegen den Übergang des „Rechts auf sofortige Zwangsvollstreckung“ vorgebrachten Argumente überzeugen demnach nicht. Vielmehr zeigt die ausdrückliche gesetzliche Regelung der §§ 727 Abs. 1, 795 ZPO, dass die Titelfunktion auf den Rechtsnachfolger des titulierten Anspruches übergeht²⁹². Bei dieser ausdrücklichen gesetzlichen Regelung verbleibt es auch abschließend. Einer Korrektur dieses Ergebnisses bedarf es nicht.

C. Ergebnis zu § 7

Abschließend ist die von *Reifner* aufgeworfene Frage, ob der Erwerber einer Sicherungsschuld auch das (vorausgesetzt wirksam zustande gekommene) Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung aus § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erwirbt, zu bejahen²⁹³.

§ 8 Zulässigkeit der formularmäßigen Unterwerfungserklärung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Es ist jedoch zunächst noch die Vorfrage zu klären, ob das „Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung“ durch eine formularmäßige Unterwerfungserklärung begründet werden kann. Dies wäre dann der Fall, wenn die formularmäßige Unterwerfungserklärung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig ist. Diese ABG-rechtliche Zulässigkeitsprüfung kann dahingehend präzisiert werden, ob die formulargemäß erklärte Unterwerfungserklärung bei frei abtretbarer Kreditforderung und/oder Grundschuld an Dritte und mithin auch an Investoren in der notariellen Urkunde gemäß §§ 305 ff BGB (früher: §§ 1 ff AGBG²⁹⁴) wirksam ist. Verneint man diese Frage müsste auch in diesem Fall der Zessionar vorerst auf Duldung der Zwangsvollstreckung klagen und sich somit ein (neuen) Titel holen²⁹⁵.

²⁹² *Volmer*, ZfIR 2008, 634, 635.

²⁹³ *Dieckmann*, BWNotZ 2011, 42, 58.

²⁹⁴ Auf Unterwerfungserklärungen, die vor dem 01.01.2001 abgegeben wurden, ist gemäß Art 229 § 5 EGBGB das alte Recht, mithin insoweit das AGBG, anwendbar.

²⁹⁵ Somit gelten auch hier die in Fn 271 angestellten Erwägungen in gleichem Maße.

A. Keine Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB (früher: §§ 1 ff AGBG)

Umstritten ist bereits, ob die Unterwerfungserklärung als Prozessklärung²⁹⁶ dem AGB-Recht untersteht²⁹⁷.

I. Meinungsstand

Die Rechtsprechung geht zumeist von einer Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB (früher: §§ 1 ff AGBG) aus²⁹⁸. Die Meinungen in der Literatur gehen jedoch auseinander. Dabei geht das materiell-rechtliche Schrifttum weitestgehend von einer Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB (analog) aus²⁹⁹, während das prozess-rechtliche Schrifttum diese Frage weitestgehend verneint³⁰⁰.

II. Auslegung des § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB (früher: § 1 Abs. 1 AGBG)

Um diese Frage zu beantworten, muss eine Auslegung des § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB (früher: § 1 Abs. 1 AGBG, der den wortgleichen Text hat) erfolgen.

1. Wortlautauslegung

Zunächst muss es sich bei den fraglichen Klauseln, dem Wortlaut zufolge, um *Vertragsbedingungen* handeln. Hiermit sind nicht etwa Bedingungen im Sinne des § 158 BGB gemeint, sondern alle Bestimmungen zur Ausgestaltung privatrechtlicher Vertragsverhältnisse³⁰¹. Dabei muss diese Ausgestaltung der privatautonomen Rechte und Pflichten nicht notwendigerweise unmittelbar durch die entsprechende Bestimmung entfaltet werden. Ausreichend ist es,

²⁹⁶ Heutzutage kann dies wohl als ganz h. M. (wenn nicht gar als allg. M.) in Rechtsprechung und Literatur gelten; vgl. die Nachweise bei *Wolfsteiner* in: MüKo ZPO § 794 Rn 145 und dort Fn 392; *Lindemeier*, Die Unterwerfungserklärung, S. 61.

²⁹⁷ Zum Streitstand *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht*, § 305 Rn 19.

²⁹⁸ Bspw. zum neuen Recht: BGH VU v. 30.03.2010 – XI ZR 200/09 – Rn 23 ff (BGHZ 185, 133, 141 ff); BGH Ur. v. 27.09.2001 – VII ZR 388/00 – Rn 19 ff (NJW 2002, 138, 139); LG Hamburg Beschl. v. 09.07.2008 – 318 T 183/07 – Rn 13 ff (NJW 2008, 2784, 2785); bspw. zum alten Recht: BGH Ur. v. 02.07.1987 – III ZR 219/86 – Rn 13 ff (BGHZ 101, 271, 273 f).

²⁹⁹ *Basedow* in: MüKo BGB § 305 Rn 10; *Grüneberg* in: Palandt, BGB § 305 Rn 3; *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht*, § 305 Rn 19; *Pfeiffer* in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht*, § 305 Rn 11; *Roloff* in: *Erman BGB*, § 305 Rn 6; *Stürmer*, JZ 1977, 431 und 639.

³⁰⁰ *Wolfsteiner* in: MüKo ZO § 794 Rn 130 m. w. N.; so auch *Dietlein* JZ 1977, 637; tendenziell in diese Richtung, in dessen Ergebnis die Frage als „dahingestellt“ definiert wird *Kümpel*, WM 1978, 746, 747; zweifelnd *Habersack*, NJW 2008, 3173, 3174.

³⁰¹ *Schippel/Brambring*, DNotZ 1977, 131, 139.

wenn diese Ausgestaltung nur mittelbar entfaltet wird³⁰². So fallen auch Tatsachenbestätigungen, Leistungsbeschreibungen und Auftragsbestätigungen unter den Begriff der AGB³⁰³. Folgerichtig bestimmt § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB (früher: § 8 AGBG), dass Bestimmungen, die nicht von Rechtsvorschriften abweichende bzw. diese ergänzende Regelungen vereinbaren³⁰⁴, nicht der Inhaltskontrolle unterliegen³⁰⁵. Die besagten Bestimmungen unterliegen aber sehr wohl der restlichen AGB-Kontrolle³⁰⁶.

Darüber hinaus muss diese Bestimmung *vertraglicher* Art sein. Damit sind alle Bestimmungen erfasst, die nach dem Willen des Verwenders zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarung gemacht werden sollen, ohne dass es auf die äußere Form ankäme³⁰⁷. Maßgeblich ist lediglich der Umstand, dass das materielle Recht für das in Frage stehende Rechtsgeschäft die Form des Vertrages vorschreibt³⁰⁸. Einseitige Rechtsgeschäfte sind vom Wortlaut der Norm *nicht* mehr erfasst³⁰⁹. Überholt ist indes die vor Einführung des AGBG geführte Frage, ob die notarielle Beurkundung Auswirkungen auf die Anwendbarkeit des AGB Rechts hat³¹⁰. Seit Einführung des AGBG ist nämlich anerkannt, dass die *Form* des Rechtsgeschäfts unbeachtlich ist, so dass auch notariell beurkundete Formularverträge dem Recht der AGB unterstehen können³¹¹.

Obleich notariell beurkundete Formularverträge dem Recht der AGBs unterliegen können, lässt sich jedoch im Ergebnis eine formulargemäß abgegebene Vollstreckungsunterwerfung nicht unter den Wortlaut des § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB (früher: § 1 Abs. 1 AGBG) subsumieren.

³⁰² Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht, § 305 Rn 7.

³⁰³ Beispiele folgen Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht, § 305 Rn 7.

³⁰⁴ Anwendungsfälle sind insbesondere preis- und leistungsbestimmende Klauseln.

³⁰⁵ § 307 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 2 BGB (früher § 8 AGBG).

³⁰⁶ Coester in: Staudinger BGB, § 307 Rn 288; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht (9. Aufl., 2001), § 8 Rn 2, 8, 8a.

³⁰⁷ Schippel/Brambring, DNotZ 1977, 131, 139f.

³⁰⁸ Dietlein, JZ 1977, 637, 638; Schippel/Brambring, DNotZ 1977, 131, 140; demzufolge geht die herrschende materiell-rechtliche Literaturmeinung von einer analogen Anwendung der §§ 305 ff BGB aus (vgl. die Nachweise in Ulmer/Habersack in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, § 305 Fn 48). Zu dieser Frage wird unter § 8 A III Stellung genommen.

³⁰⁹ Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht, § 305 Rn 11.

³¹⁰ Schlosser in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba AGB, § 1 Rn 26 mit weiterführenden Nachweisen.

³¹¹ Zum AGBG siehe Schlosser in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba AGB, § 1 Rn 26; zum heutigen Stand statt aller Schippel/Brambring, DNotZ 1977, 131, 144.

2. Systematische Auslegung

Ob die systematische Auslegung eine andere Beurteilung zulässt, ist höchst fraglich.

Vorgetragen wird, dass selbst die Klauselverbote der §§ 308 f BGB (früher: §§ 10 f AGBG) auch Beweislastvereinbarungen in § 309 Nr. 12 lit. a BGB (früher: § 11 Nr. 15 lit. a AGBG) oder Tatsachenfiktionen nach §§ 309 Nr. 12 lit. b, 308 Nr. 6 BGB (früher: §§ 11 Nr. 15 lit. b, 10 Nr. 6 AGBG) enthalten³¹². Dabei wird nicht primär auf die Rechtsnatur (materiell-rechtliche oder prozess-rechtliche Verträge³¹³) der entsprechenden Bestimmungen abgestellt, sondern vielmehr auf deren ausschließliche Bedeutung für die gerichtliche Rechtsverfolgung³¹⁴. Dies soll auch als Indiz für die Notwendigkeit der Einbeziehung prozessualer Vereinbarungen im Recht der AGB gelten. Jedoch kann dies nur ein (sehr) schwaches Indiz sein, schließlich ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, an systematisch falscher Stelle ausnahmsweise gewisse auf die gerichtliche Rechtsverfolgung gerichtete Bestimmungen aufzunehmen. Eine gerichtliche Rechtsverfolgung wird in aller Regel nur dann Erfolg haben, wenn der eingeklagte Anspruch auch materiell-rechtlich besteht. Ob ein Anspruch materiell-rechtlich besteht, bestimmt sich nach materiell-rechtlichen (gesetzlichen oder vertraglichen) Bestimmungen. Somit haben alle materiell-rechtlichen Bestimmungen zumindest mittelbaren Einfluss auf die gerichtliche Rechtsverfolgung. Es überzeugt daher nicht, aus genannten Klauselverböten die Anwendbarkeit der AGB-Vorschriften auf prozessuale Vereinbarungen herzuleiten.

Darüber hinaus ist nicht zu übersehen, dass § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB im zweiten Abschnitt des zweiten Buches des BGB steht. Das zweite Buch des BGB regelt, wie auch die amtliche Überschrift desselben wiedergibt, das „Recht der Schuldverhältnisse“. Hierbei trägt der zweite Abschnitt die amtliche Überschrift „Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch

³¹² *Stürmer*, JZ 1977, 431, 431.

³¹³ Betreffen Beweislastregeln Vorschriften des materiellen Rechts, so sind diese nach zutreffender h. M. dem materiellen Recht zuzuordnen. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: Nur eine Gleichbehandlung der systematischen Einordnung der Beweislastregeln und des betreffenden Rechtsatzes wird dessen gegenseitigem Verhältnis gerecht. Eine Beweislastregel gibt schließlich dem Richter die Anweisung, bei seiner Entscheidung die tatsächlichen Voraussetzungen eines Elements eines Rechtssatzes als gegeben zu unterstellen (ausführlich und weiterführend *Musielak*, Beweislast, Seite 23 ff, 26 ff (30)).

Auch Tatsachenfiktionen haben eine ähnliche Wirkung. Auch im Falle von unwiderlegten Tatsachenfiktionen hat der Richter bestimmte Elemente eines Rechtssatzes als gegeben zu unterstellen (zur grundsätzlichen Widerlegbarkeit einer Tatsachenfiktion siehe § 292 Satz 1 ZPO, *Huber* in: *Musielak* ZPO, § 292 Rn 5). Im Ergebnis kann daher für die systematische Einordnung von Tatsachenfiktionen nichts anderes gelten als für Beweislastregeln.

Es kann daher festgehalten werden, dass Beweislastregeln oder Tatsachenfiktionen, welche Vorschriften des materiellen Rechts betreffen, dem materiellen Recht zuzuordnen sind.

³¹⁴ *Stürmer*, JZ 1977, 431, 431 Fn 1.

Allgemeine Geschäftsbedingungen“. Wie hierunter eine rein prozessuale Erklärung zu fassen sein soll, bleibt offen³¹⁵.

Damit lässt sich aus der systematischen Auslegung des § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB keine Anwendbarkeit des ABG-Rechts auf eine formulargemäß abgegebene Vollstreckungsunterwerfung herleiten. Demgegenüber ist eine systematische Auslegung des alten AGBG schon überhaupt nicht möglich, da das AGBG ein eigenes Sondergesetz ist.

3. Teleologische Auslegung

Schlussendlich bleibt zu analysieren, ob eine teleologische Auslegung zu einer Anwendbarkeit der AGB Vorschriften führt. Nach § 306a BGB (früher: § 7 AGBG) finden die AGB Vorschriften auch dann Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltung umgangen werden (Umgehungsverbot). Dieser Vorschrift kann entnommen werden, dass der von § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB (früher: § 1 Abs. 1 AGBG) intendierte Schutz effektiv erreicht werden soll, weswegen nach dem Schutzzweck dieser Vorschrift gefragt ist. Die Ermittlung des Schutzzwecks soll durch eine genetische Auslegung des § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB (früher: § 1 Abs. 1 AGBG) erfolgen³¹⁶. Dabei wird ein kurzer Blick auf den rechtspolitischen Anlass und die rechtspolitische Zielsetzung der Kodifikation des AGB-Rechts, in den 1977 noch als Sondergesetz erlassenen AGBG, geworfen.

Schon vor Einführung des AGBG war es gefestigte Rechtsprechung, dass gegenüber AGB eine nach Maßstäben von Treu und Glauben (§ 242 BGB)³¹⁷ ausgerichtete richterliche Inhaltskontrolle stattfindet³¹⁸. Unter diesem Gesichtspunkt war einseitig aufgestellten Klauseln die Anerkennung zu versagen, wenn sie den im dispositiven Recht enthaltenen ausgewogenen Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragspartner verdrängen, ohne dem Kunden in anderer Weise einen angemessenen Schutz zu sichern³¹⁹. Die Rechtsprechung versuchte damit, auf einen Missbrauch der Überlegenheit des AGB-Verwenders gegenüber dem Kunden

³¹⁵ Wolfsteiner in: MüKo ZPO, § 794 Rn 130.

³¹⁶ Die teleologische Auslegung ist kein selbstständiges Element der Normkonkretisierung. Vielmehr muss die Bedeutung der Norm mithilfe anderer Faktoren ermittelt und qualifiziert werden (hierzu Müller/Christensen; Juristische Methodik I; Rn 364). Freilich kann sich der Sinn und Zweck des Gesetzes wandeln und damit vom ursprünglichen Willen des Autors abweichen und sich schließlich zu einer objektiven Bedeutung verselbstständigen. Anhaltspunkte für einen solchen Wandel sind im AGB Recht nicht ersichtlich.

³¹⁷ Nach der Grundkonzeption des BGB werden die materiellen Schranken der Vertragsfreiheit (als Ausdruck des Grundsatzes der Privatautonomie) primär durch §§ 134, 138 BGB konstituiert. Darüber hinaus führt die Rechtsprechung nicht selten eine inhaltliche Kontrolle von Rechtsgeschäften an den Maßstäben des § 242 BGB durch (Looschelders/Olzen in: Staudinger BGB, § 242 Rn 458 ff).

³¹⁸ BGH Urt. v. 08.05.1973 – IV ZR 158/71 – Rn 20 (BGHZ 60, 377, 380).

³¹⁹ BGH Urt. v. 08.05.1973 – IV ZR 158/71 – Rn 20 (BGHZ 60, 377, 380).

zu reagieren, wobei die richterliche Rechtsfortbildung nicht ausreichend war, um Missbräuche bei der Verwendung von AGB nachhaltig zu unterbinden³²⁰. Der Gesetzgeber war somit zum Eingreifen angehalten und versuchte, diesem Konflikt durch Einführung des AGBG gerecht zu werden. Damit kann zusammenfassend gesagt werden, dass der Gesetzgeber den Missbrauch der Vertragsfreiheit bei der inhaltlichen Ausgestaltung von AGB durch den wirtschaftlich stärkeren AGB Verwender, verhindern wollte³²¹. Aufgrund dieser spezifischen unbestrittenen Zielsetzung der Gesetzesreform wurde auch unter anderem gefordert, dass die wirklich dringlichen Regelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vertragsgestaltung, durch Einführung neuer zwingender Vorschriften im BGB zu treffen seien³²². Der Gesetzgeber entschied sich anders. Heute finden sich die relevanten AGB Vorschriften indes systematisch korrekter im BGB.

Die AGB Vorschriften wollen daher im rechtsgeschäftlichen Wirtschaftsverkehr, im Fall der Verwendung von AGB, dem Prinzip des angemessenen Ausgleichs der beidseitigen Interessen Geltung verschaffen. Dieser Ausgleich wird bei zu starker einseitiger Bestimmung seitens eines wirtschaftlich stärkeren Subjektes gefährdet³²³.

Auch auf den Sinn und Zweck des § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB (früher: § 1 Abs. 1 AGBG) kann daher keine Anwendung des AGB Rechts auf einseitige Rechtsgeschäfte gestützt werden. Begründung hierfür ist, dass eine einseitige Erklärung im Grundsatz nur von der Willensentscheidung des Erklärenden abhängt³²⁴ und somit das Prinzip des angemessenen Ausgleichs der beidseitigen Interessen nicht betroffen ist, welchem jedoch durch den Sinn und Zweck des § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB (früher: § 1 Abs. 1 AGBG) zur Geltung verholfen werden muss. Darüber hinaus entzieht ein Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO dem Schuldner nicht den materiell-rechtlichen Schutz der Rechtsordnung, sondern zwingt ihn lediglich zu einer rechtzeitigen Verteidigung³²⁵.

4. Auslegungsergebnis

Nach all dem kann festgehalten werden, dass eine Auslegung des § 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB (früher: § 1 Abs. 1 AGBG) zum Ergebnis einer Unanwendbarkeit des ABG-Rechts auf einseitig erklärte Unterwerfungserklärung führt.

³²⁰ Schippel/Brambring, DNotZ 1977, 131, 132.

³²¹ Schippel/Brambring, DNotZ 1977, 131, 134.

³²² Schippel/Brambring, DNotZ 1977, 131, 134 m. w. N.

³²³ Schippel/Brambring, DNotZ 1977, 131, 132.

³²⁴ Dietlein, JZ 1977, 637, 638.

³²⁵ Kümpel, WM 1978, 746, 747.

III. Auch keine analoge Anwendung der AGB Vorschriften

Fraglich ist, ob eine Anwendung der AGB-Vorschriften aus anderen Gründen hergeleitet werden kann oder, ob zumindest über eine analoge Anwendung der AGB-Vorschriften bei Feststellung einer Gesetzeslücke nachgedacht werden kann.

Der *Bundesgerichtshof* begründet die Anwendbarkeit der AGB-Vorschriften stets mit dem Gedanken der im Vordergrund stehenden materiell-rechtlichen Bedeutung der Unterwerfungserklärung³²⁶. Im Übrigen stehe der prozessrechtliche Charakter der Unterwerfungserklärung der Anwendbarkeit der AGB Vorschriften nicht entgegen³²⁷. Davon abgesehen, dass diese Rechtsprechung widersprüchlich ist³²⁸, ist ohnehin unklar, welche materiell-rechtliche Bedeutung die Unterwerfungserklärung als solche haben soll. Die Unterwerfungserklärung ist nämlich lediglich darauf gerichtet, einen Vollstreckungstitel zu schaffen³²⁹ und führt zu keiner Änderung des materiellen Inhalts der Grundsuld³³⁰. Auch der sachliche Zusammenhang der Unterwerfungserklärung mit dem materiell-rechtlichen Rechtsgeschäft erscheint nicht ausreichend, um die Anwendbarkeit der AGB Vorschriften zu bejahen³³¹.

Ebenso unergründet ist die nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB (früher: § 8 AGBG) erhebliche Frage, von welchem dispositivem Gesetzesrecht nun tatsächlich mit der formulargemäßen Unterwerfungserklärung abgewichen wird³³². Da ein dispositives Gesetzesrecht, von welchem abgewichen werden könnte, ebenfalls nicht ersichtlich ist, erweist sich diese Frage auch als unergründlich. Doch das Hauptargument für die alleinige Anwendung prozessualer Grundsätze besteht darin, dass im titelschaffenden Verfahren vor einem Notar nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sich der Erklärungsempfänger auf die Wirksamkeit des so geschaffenen Titels verlassen muss³³³. Demgegenüber muss derjenige, der eine notarielle Unterwerfungserklärung abgibt, mit einer Zwangsvollstreckung rechnen. Ist der Erklärende jedoch der Meinung, die Zwangsvollstreckung sei, aus welchen Gründen auch immer, nicht zulässig, so muss er die einschlägigen Rechtsbehelfe der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO oder der Titelgegenklage (sog. erweiterte Vollstreckungsabwehrklage) nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5,

³²⁶ BGH Urt. v. 27.09.2001 – VII ZR 388/00 – Rn 24 (NJW 2002, 138, 139).

³²⁷ BGH Urt. v. 27.09.2001 – VII ZR 388/00 – Rn 24 (NJW 2002, 138, 139).

³²⁸ *Wolfsteiner* in: MüKo ZPO § 794 Rn 130.

³²⁹ Hierzu oben § 7 B IV.

³³⁰ BGH Beschl. v. 28.09.1989 – V ZB 17/88 – Rn 14 (NJW 1990, 258, 259).

³³¹ *Kniffka*, ZfBR 1992, 195, 197.

³³² *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816, 1822.

³³³ *Paulus/Henkel*, NJW 2003, 1692, 1692.

795, 797 ZPO analog wählen, um sich dagegen zu wehren³³⁴. Damit bleibt es bei dem bereits gefundenen Ergebnis, dass die AGB Vorschriften weder direkt noch analog auf die formulargemäße Unterwerfungserklärung anzuwenden sind.

B. Kurze Begründung der hier vorgenommenen kompletten AGB-Prüfung und Aufteilung der verschiedenen Fallkonstellationen

Im Folgenden soll trotz der Nichtanwendbarkeit der AGB-Vorschriften auf die formulargemäße Unterwerfungserklärung eine komplette AGB-Prüfung vorgenommen werden. Dies soll insbesondere aus drei Gründen erfolgen. Einerseits nimmt die ständige Rechtsprechung bedenkenlos eine vollständige AGB-Kontrolle vor³³⁵, so dass im Rahmen dieser Untersuchung hinterfragt werden muss, ob die von der Rechtsprechung vorgenommene Wertung mit dem Gesetz in Einklang steht. Andererseits muss für den Fall, dass die formulargemäße Unterwerfungserklärung nicht mit den AGB-Vorschriften in Einklang zu bringen ist, darüber nachgedacht werden, ob die formulargemäße Unterwerfungserklärung einer richterlichen Inhaltskontrolle nach § 242 BGB³³⁶ standhalten würde³³⁷. Schlussendlich könnte man im Fall, dass die AGB Prüfung zu einem negativen Ergebnis führen sollte, überlegen, ob diese Gründe zur Nichtigkeit der *causa* der Unterwerfungserklärung führen können. Bejaht man sodann die Unwirksamkeit der *causa* der Unterwerfungserklärung, könnte eine Kondizierbarkeit der Unterwerfungserklärung die Folge sein³³⁸. Erweist sich jedoch die AGB-Prüfung positiv, d. h. ist die formularmäßige Unterwerfungserklärung mit dem AGB-Recht in Einklang zu bringen, bedarf es wegen fehlender Relevanz hier keiner Vertiefung dieser wenig beleuchteten Fragen.

³³⁴ *Paulus/Henkel*, NJW 2003, 1692, 1692.

³³⁵ Zuletzt BGH VU v. 30.03.2010 – XI ZR 200/09 – LS 3 (BGHZ 185, 133, 133 f) m. w. N.

³³⁶ Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) enthält verallgemeinerungsfähige Wertungsgrundsätze, die praktisch die gesamte deutsche Rechtsordnung beeinflussen. So gilt dieser Grundsatz auch im Zivilprozessrecht. Ein prozessrechtlicher Vertrag oder eine prozessrechtliche Handlung müssen daher ebenfalls mit den Grundsätzen von Treu und Glauben in Einklang zu bringen sein. Zum Anwendungsbereich allgemein *Roth/Schubert* in: MüKo BGB § 242 Rn 1 ff; zur grundsätzlichen Anwendbarkeit im Zivilprozessrecht *Looschelders/Olzen* in: Staudinger BGB, § 242 Rn 1062 ff.

³³⁷ Hierauf weist *Grziwotz*, NotBZ 2002, 51, 53 m. w. N. hin. Zum allgemeinen Zusammenspiel von § 242 BGB und der AGB Kontrolle siehe *Looschelders/Olzen* in: Staudinger BGB, § 242 Rn 381 ff.

³³⁸ Vgl. zur *causa* einer Unterwerfungserklärung und zu der Kondizierbarkeit der Unterwerfungserklärung bei Fehlen oder Unwirksamkeit der *causa* die Ausführungen von *Wolfsteiner* in: MüKo ZPO, § 794 Rn 261 f.

In der Praxis werden formulargemäß in der Regel folgende – vorliegend relevante – Erklärungen abgegeben³³⁹:

1. Unterwerfung des Grundschuldbestellers unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück³⁴⁰.
2. Im Zusammenhang mit der Bestellung der Grundschuld wird in Höhe des Grundschuldbetrages (und der vereinbarten Grundschuldzinsen samt Nebenleistungen) die persönliche Haftung (abstraktes Schuldversprechen) übernommen und wegen dieser Haftung die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen erklärt.

Solche Klauseln entsprechen jahrzehntelanger Praxis und gelten im Hinblick hierauf grundsätzlich als nicht überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB (früher: § 3 AGBG), zumal der beurkundende Notar nach § 17 Abs. 1 BeurkG die Pflicht hat, die Vertragsparteien über den Vertragsinhalt zu belehren³⁴¹. Im Folgenden soll zuerst die AGB-rechtliche Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung in die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld selbst geprüft werden (unter C.). Im zweiten Schritt soll dann gefragt werden, ob sich das Ergebnis, aufgrund der zusätzlich übernommenen persönlichen Haftung und der sofortigen Zwangsvollstreckung wegen dieser zusätzlich übernommenen persönlichen Haftung in das gesamte Vermögen, ändert (unter D.).

C. Die AGB-rechtliche Zulässigkeit der Unterwerfungserklärung

Zunächst ist die isolierte AGB-rechtliche Zulässigkeit der Unterwerfungserklärung in die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld selbst zu prüfen.

³³⁹ Die folgenden Erklärungen finden sich übereinstimmend in den Formularabdrucken des Bank-Verlages Köln, des Deutschen Sparkassenverlages und des DG Verlages (bereits zitiert in Fn 31).

³⁴⁰ Die Formulare enthalten die Maßgabe, dass die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Diese Maßgabe beruht auf § 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Dieser Maßgabe soll in der vorliegenden Arbeit, aufgrund fehlender Bedeutsamkeit für die hier zu behandelnde Fragestellung, nicht nachgegangen werden.

³⁴¹ stRspr BGH Urt. v. 22.05.2007 – XI ZR 338/05 – Rn 16 (NotBZ 2008, 27, 28) m. w. N.; Bork, ZIP 2008, 2049, 2052; Hottenbacher, BWNotZ 1979, 73, 75.

I. Keine Änderung der Beweislast nach § 309 Nr. 12 lit. a BGB (früher: § 11 Nr. 15 lit. a AGBG)

Diese Unterwerfungserklärung könnte gemäß § 309 Nr. 12 lit. a BGB (früher: § 11 Nr. 15 lit. a AGBG) unwirksam sein. § 309 Nr. 12 lit. a BGB wäre dabei direkt anwendbar, falls als Kreditnehmer ein Verbraucher mitbeteiligt ist. Anderenfalls wäre § 309 Nr. 12 lit. a BGB nur indiziell auf § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) anzuwenden, falls der Kreditnehmer Unternehmer ist. Die Unwirksamkeit der Klausel könnte sich aufgrund der Änderung der Beweislast ergeben.

1. Grundsatz der Rosenberg'schen Beweislastregel

Grundsätzlich hat nach der Rosenberg'schen Beweislastregel derjenige die Tatsachen zu beweisen, die seinen Anspruch stützen³⁴². Ohne Unterwerfungserklärung müsste der Grundschuldgläubiger ein Erkenntnisverfahren durchlaufen, in dem er sämtliche anspruchsbegründende Tatsachen des Anspruches aus §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB darlegen und beweisen müsste. Wie gezeigt³⁴³ führt nun die Unterwerfungserklärung dazu, dass der Grundschuldgläubiger ohne Erkenntnisverfahren mit der Zwangsvollstreckung beginnen kann. Falls der Grundschuldschuldner sich gegen die Zwangsvollstreckung wehren will, muss er daher prozessual tätig werden. In der Regel wird dies mittels einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO erfolgen. Nach dem Wortlaut des § 767 Abs. 1 ZPO muss nun der Schuldner die Einwendungen, die den festgestellten (titulierten) Anspruch selbst betreffen, geltend machen. Es stellt sich somit die Frage, wer die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen des Anspruches aus §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB hat. Mit anderen Worten ist fraglich, ob den Schuldner, falls er der Vollstreckungsabwehrklage zum Erfolg verhelfen will, die Darlegungs- und Beweislast der Nichtexistenz der anspruchsbegründenden Tatsachen des Anspruches aus §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB trifft.

2. Die Auffassung des III. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes im Urteil vom 25.06.1981

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat in seinem Urteil vom 25.06.1981³⁴⁴ die Auffassung vertreten, dass bei einer Klage gegen die Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde

³⁴² Rosenberg, Die Beweislast, S. 98.

³⁴³ Hierzu oben § 7 B IV 3.

³⁴⁴ BGH Urt. v. 25.06.1981 – III ZR 179/79 (NJW 1981, 2756 ff).

der Kläger (Vollstreckungsschuldner) auch die Nichtexistenz des titulierten Anspruches beweisen muss. In der Sache ging es um die Frage, wer die erfolgte Hingabe eines Darlehens zu beweisen habe, wenn sich der Darlehensschuldner gegen die Vollstreckung aus einer notariellen Unterwerfungserklärung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wehrt. Der *III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes* argumentiert, dass es sich bei vollstreckbaren Urkunden im Sinne des § 794 Abs. 1 ZPO wie bei Urteilen um vollwertige und endgültige Vollstreckungstitel handle und diese damit derselben Behandlung wie Urteile unterfielen. Den Schuldner treffe daher die Beweislast für die nicht erfolgte Hingabe des Darlehens als Einwendung gegen den titulierten Anspruch.

3. Aufgabe dieser Rechtsprechung durch Urteil des XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 03.04.2001

Der nach Änderung des Geschäftsverteilungsplans für Darlehenssachen damals allein zuständige *XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes* hat sich in seinem Urteil vom 03.04.2001³⁴⁵ ausdrücklich vom *III. Zivilsenat* distanziert und judiziert, dass bei einer Klage gegen die Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde der Beklagte (Vollstreckungsgläubiger) die Existenz des titulierten Anspruches beweisen müsse. Auch in dieser Sache ging es um die Frage, wer die erfolgte Hingabe eines Darlehens zu beweisen habe, wenn sich der Darlehensschuldner gegen die Vollstreckung aus einer notariellen Unterwerfungserklärung nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO wehrt. Der *XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes* distanziert sich ausdrücklich von der Auffassung des *III. Zivilsenates* und begründet dies mit folgender Argumentation.

Der Gläubiger habe die Voraussetzungen seines Rechts stets darzulegen und zu beweisen. Dies gelte unabhängig von der Parteirolle im Prozess und sei im Fall einer Feststellungsklage allgemeine Ansicht. So habe der vermeintliche Gläubiger stets die Voraussetzungen des behaupteten Rechts darzulegen und zu beweisen. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich um eine positive oder negative Feststellungsklage handle³⁴⁶. Im Fall der Vollstreckungsabwehrklage könne nichts anderes gelten, was sich aus folgender Überlegung ergebe. Wollte man für die Vollstreckungsabwehrklage etwas anderes annehmen als für die Feststellungsklage, würde dies, nach Ansicht des *XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes*, zu einem inneren Entscheidungswiderspruch führen. Als Beispiel führt der *Bundesgerichtshof* folgende Fallkonstellation an: Betreibt der Kläger nebst der Vollstreckungsabwehrklage auch eine negative Feststel-

³⁴⁵ BGH Urt. v. 03.04.2001 – XI ZR 120/00 (BGHZ 147, 203 ff).

³⁴⁶ Vgl. BGH Urt. v. 03.04.2001 – XI ZR 120/00 – Rn 19 (BGHZ 147, 203, 208) für weitere Nachweise.

lungsklage auf das Nichtbestehen des Anspruches, so gilt für diese negative Feststellungsklage nach allgemeiner Ansicht, dass der Beklagte (Vollstreckungsgläubiger) die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen des Anspruches trägt. Misslingt dem Beklagten (Vollstreckungsgläubiger) dieser ihm obliegende Nachweis, so müsse man das Nichtbestehen der Forderung feststellen und der negativen Feststellungsklage stattgeben. Infolgedessen wäre eine Abweisung der Vollstreckungsabwehrklage, mit der Begründung der Kläger (Vollstreckungsschuldner) habe das Nichtbestehen der zu Grunde liegenden Forderung nicht nachgewiesen³⁴⁷, nicht mit der Notwendigkeit, der negativen Feststellungsklage stattzugeben, zu vereinbaren³⁴⁸.

Weiter sei unter Berücksichtigung, dass Beweislastregeln und materielle Rechtssätze aufs engste miteinander verbunden seien, die Beweislast dem materiellen Recht zuzuordnen. Allerdings sei die Vollstreckungsunterwerfung eine ausschließlich auf das Zustandekommen eines Vollstreckungstitels gerichtete, einseitige prozessuale Willenserklärung, die nicht auf die Änderung der materiellen Rechtslage gerichtet sei und somit auch keine materiellrechtlichen Auswirkungen habe. Demnach sei diese auch nicht geeignet, Beweislastregeln zu modifizieren³⁴⁹.

Im Übrigen bestünden fundamentale Unterschiede zwischen einem Urteil und einer notariellen Vollstreckungsunterwerfung. Diese fundamentalen Unterschiede würden es „gebieten“, hinsichtlich ihrer materiell-rechtlichen Kontrolle im Verfahren nach § 767 Abs. 1 ZPO Urteile und notarielle Vollstreckungsunterwerfungen unterschiedlich zu behandeln³⁵⁰. So erwachsen vollstreckbare Urkunden nach § 794 Abs. 1 ZPO nicht in Rechtskraft, welche das Entstehen der titulierten Forderung zwischen den Parteien grundsätzlich endgültig feststellt. So soll eine Vollstreckungsabwehrklage gegen eine vollstreckbare Urkunde, als Kompensation, dass dem

³⁴⁷ Nochmals die Situation: Der Kläger (Vollstreckungsschuldner) erhebt eine Vollstreckungsgegenklage und klaghäufend eine negative Feststellungsklage auf das Nichtbestehen des zu Grunde liegenden Anspruches. Der Kläger kann nicht nachweisen, dass der Anspruch nicht besteht. Der Beklagte (Vollstreckungsgläubiger) kann aber auch nicht das Bestehen des Anspruches nachweisen. Es ergeht eine Beweislastentscheidung. Der negativen Feststellungsklage des Klägers müsste nach allgemeiner Meinung stattgegeben werden, da der Beklagte für das Bestehen des Anspruches die Darlegungs- und Beweislast trägt (und *nicht* der Kläger für das Nichtbestehen des Anspruches). Damit stünde fest, dass der Anspruch *nicht* besteht. Die Vollstreckungsgegenklage nun mit der Begründung abzuweisen, den Kläger träfe die Darlegungs- und Beweislast für das Nichtbestehen des Anspruches, und dem Beklagten die Möglichkeit zu geben mit der Zwangsvollstreckung fortzufahren, würde zu einem inneren Entscheidungswiderspruch führen.

³⁴⁸ So auch *Wolfsteiner*, NJW 1982, 2851, 2851; *Münch*, NJW 1991, 795, 803.

³⁴⁹ Zu diesem Argument beruft sich der BGH Ur. v. 03.04.2001 – XI ZR 120/00 – Rn 21 f (BGHZ 147, 203, 209) insoweit auf seine frühere Rechtsprechung und nennt weitere Fundstellen.

³⁵⁰ Methodisch wäre dies zulässig. In § 795 ZPO heißt es: „Auf die Zwangsvollstreckung aus den in § 794 erwähnten Schuldtiteln sind die Vorschriften der §§ 724 bis 793 *entsprechend* anzuwenden [...]“. Die vom Verfasser durchgeführte Hervorhebung zeigt, dass die Vorschrift des § 767 Abs. 1 ZPO gegebenenfalls gewisser norm- und sinnentsprechenden Modifizierungen unterliegen kann.

Titel kein Erkenntnisverfahren vorgeschaltet war, die materiell-rechtlichen Beziehungen in vollem Umfang ermöglichen.

4. Analyse der Argumentation des III. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes

Das Hauptargument des *III. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes* in seinem genannten Urteil aus dem Jahre 1981 bestand darin, dass es sich bei vollstreckbaren Urkunden im Sinne des § 794 Abs. 1 ZPO ebenso wie bei Urteilen um vollwertige und endgültige Vollstreckungstitel handle und diese daher auch gleich behandelt werden müssten. Der *III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes* wollte aus diesem Grund daraus schlussfolgern, dass den Schuldner die Beweislast für die Nichtexistenz des titulierten Anspruches, in Form einer Einwendung gegen diesen Anspruch, treffe³⁵¹.

Schon der Ansatz dieser Argumentation birgt jedoch gewisse Ungenauigkeiten. Bereits die Parallele zwischen vollstreckbaren Urkunden im Sinne des § 794 Abs. 1 ZPO und Urteilen ist mit der Vorschrift des § 797 Abs. 4 Satz 2 ZPO nicht zu vereinbaren. Die Unvereinbarkeit dieser Parallele ergibt sich aufgrund der aus § 797 Abs. 4 Satz 2 ZPO resultierenden Unanwendbarkeit des § 767 Abs. 2 ZPO. Die in diesem Fall unanwendbare Norm präkludiert gewisse Einwendungen, die im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO nicht mehr geltend gemacht werden können. Im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO sind demnach nur Einwendungen gegen den titulierten Anspruch zu berücksichtigen, soweit diese Einwendungen erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften der ZPO³⁵² spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden konnten.

Der *III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes* scheint zusätzlich zu übersehen, dass für die Zwangsvollstreckung grundsätzlich rechtskräftige und für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteile gleich zu behandeln sind (§ 704 ZPO). Vorläufig vollstreckbar erklärte Urteile sind gerade solche, die nicht rechtskräftig sind und noch in einem Rechtsbehelfsverfahren aufgehoben werden können (§§ 708f ZPO in Verbindung mit § 705 ZPO *e contrario*). Unabhängig davon, ob es sich bei einem Rechtsbehelfsverfahren um ein echtes Rechtsmittel oder um einen Einspruch handelt, sind unproblematisch die Beweislastregeln des Ausgangsverfahrens anzu-

³⁵¹ Freilich argumentiert der Bundesgerichtshof fallbezogen und spricht daher stets von der Frage nach der „Beweislast für die Auszahlung des Darlehens“. Vorliegend wird jedoch für die hiesigen Zwecke diese konkrete Argumentation komplett abstrahiert und eine allgemeine Sprache gewählt.

³⁵² Mit „diesem Gesetz“ im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO ist die ZPO gemeint. Vgl. hierzu *Lackmann* in: *Musielak ZPO*, § 767 Rn 30.

wenden. Bei der Frage, wer die Beweislast für die Existenz (Bestehen) oder die Nichtexistenz (Nichtbestehen) des titulierten Anspruches trägt, handelt es sich bei genauer Betrachtung auch nicht um „Einwendungen“ im Sinne des § 767 Abs. 1 ZPO. Es kommen vielmehr als „Einwendungen“ im Sinne des § 767 Abs. 1 ZPO nur rechtshemmende und rechtsvernichtende materiell-rechtliche Einwendungen in Betracht³⁵³. Dabei handelt es sich stets um Umstände, die kraft Gesetzes entweder die Anspruchsentstehung verhindern (z. B. § 1004 Abs. 2 BGB) oder einen bereits entstandenen Anspruch untergehen lassen (z. B. § 362 Abs. 1 BGB). Diese Einwendungen stehen dann dem in Anspruch genommenen vermeintlichen Schuldner zu Verteidigung bereit. Bei der hier zu analysierenden Frage geht es jedoch um die Problematik, wer die Beweislast für die Entstehung des Anspruches selbst trägt. Insoweit handelt es sich um eine den Einwendungen vorgelagerte Frage.

Nach bisher Vorgebrachtem erweist sich die Argumentationslinie des *III. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes*, in seinem genannten Urteil aus dem Jahre 1981, als nicht stichhaltig. Die Argumentation des *XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes* hingegen überzeugt durch dessen schlüssige Erklärung. Die nach diesem Urteil, sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur, wohl zwischenzeitig fast einhellige Auffassung³⁵⁴, eine Unterwerfungserklärung habe keine Auswirkung auf die Beweislast, erweist sich demnach als richtig.

5. Zwischenergebnis zu § 8 C I

Eine Änderung der Beweislast geht damit nicht einher.

II. Vereinbarkeit mit § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 AGBG)

Wenn die formulargemäß erklärte Unterwerfungserklärung mit einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von welcher abgewichen wird, nicht vereinbar ist, ist diese gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 AGBG) unwirksam. Somit ist die gesetzliche Regelung, gemeint ist damit das dispositive Recht, das ohne AGB gelten würde, Kontrollmaßstab.

³⁵³ Schmidt in: MüKo ZPO § 767 Rn 58.

³⁵⁴ Statt aller Schmidt in: MüKo ZPO § 767 Rn 57.

1. Kein Grundsatz „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckung“

Als solcher Vergleichspunkt wird hier der Grundsatz „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckung“, oder nach Worten von Stürner die „ZPO-Regel Klage vor Titel“³⁵⁵, vorgebracht.

a.) Die Systematik der ZPO

Dernburg führte bereits zur Vorgängernorm des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO dem § 702 Nr. 5 RCPO aus: „Zu den bedenklichen Neuerungen C.=P.=O gehört auch die Einführung der „exekutiven“ Urkunden, welche dem deutschen Leben abgesehen vom Rheinlande fremd waren. Es findet hiernach ohne vorgängiges Urtheil unmittelbar und ohne weiteres die Zwangsvollstreckung aus Urkunden statt.“³⁵⁶ Dabei kritisiert *Dernburg* auch, dass eine Übereilung der Subhastation³⁵⁷ zu Härten und wirtschaftlichen Gefahren für den Staat führe.

Zur jetzigen Regelung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO meint *Stürner*, die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des rechtlichen Gehörs würden es nahe legen, dass in § 704 Abs. 1 ZPO die Regel und in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO³⁵⁸ die Ausnahme zu sehen wäre. Diese Ausnahme solle nur dann soziale Wirklichkeit werden, falls es sich dabei um eine wirklich freie Entscheidung des Unterworfenen handle, nicht aber bei formularmäßiger Gestaltung durch Banken oder Bankengruppen. *Hottenbacher* bemerkt in seinen Ausführungen jedoch, dass *Stürner* eine Begründung hierfür schuldig bleibt³⁵⁹. In seiner Erwiderung³⁶⁰ nennt *Stürner* nunmehr diese

³⁵⁵ *Stürner*, BNotZ 1979, 76,76; *idem*, JZ 1977, 431, 432. *Stürner* problematisiert die Harmonisierung der formulargemäß erklärten Unterwerfungserklärung in der notariellen Urkunde mit § 9 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 AGBG. Diese Problematisierung nimmt er unter dem von ihm nahe gelegten Grundgedanken der gesetzlichen Regelung „ZPO-Regel Klage vor Titel“ erst unter der Frage der doppelten formulargemäßen Vollstreckungsunterwerfung vor. In der doppelten formulargemäßen Vollstreckungsunterwerfung unterwirft sich der Schuldner unter der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dem Grundpfandrecht und unter der sofortigen Zwangsvollstreckung wegen der Darlehensforderung bzw. dem abstrakten Schuldanerkenntnis in das gesamte Vermögen. *Stürner* begründet diese systematische Einordnung mit dem Gedanken, dass die Umverteilung von Risiken und Lasten für die dingliche Haftung fruchtbar gemacht werden könne. Falls jedoch das gesamte Vermögen der sofortigen Vollstreckung unterworfen sei wäre dieser Gedanke obsolet. Allerdings erscheint es aber systematisch richtig, diese Frage bereits bei der „einfachen“ Vollstreckungsunterwerfung aus der Grundschuld zu erörtern. Sollte sich die gesetzliche „ZPO-Regel Klage vor Titel“ finden, so müsste auch die „einfache“ Vollstreckungsunterwerfung mit dieser harmonisieren. Die Umverteilung von Risiken und Lasten ist hingegen eine Frage von Treu und Glauben im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und nicht eines möglichen gesetzlichen Leitbildes „Klage vor Titel“.

³⁵⁶ *Dernburg*, Das preussische Hypothekenrecht, Abt. 2, 1891 § 45, S. 353 in *Meibom*, Deutsches Hypothekenrecht zitiert nach *Dieckmann*, WM 2010, 1254, 1256.

³⁵⁷ Subhastation stammt aus dem Lateinischen „*sūbhastātīo*“ aus dem *Codex theodosianus* und steht als Überbegriff zu Zwangsversteigerung und -verwaltung. Zum Ursprung desselben vgl. *Serafini*, Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio, 160 Istituzioni di Diritto Romano, Libro II, Sectio venditio sub hasta emiio sub corona.

³⁵⁸ Im Original *Stürner*, JZ 1977, 431, 432 wird „§ 794 Nr. 5 ZPO“ zitiert. Selbst zu jener Zeit musste es richtig „§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO“ lauten, womit es sich dabei wohl im Original um einen Tippfehler handeln muss.

³⁵⁹ *Hottenbacher*, BWNNotZ 1979, 73, 74.

³⁶⁰ *Stürner*, BNotZ 1979, 76,76.

sog. ZPO-Regel „Klage vor Titel“, ohne sich mit einem Wort dazu zu äußern, woran diese festzumachen sei. Er meint in diesem Zusammenhang nur noch, dass es mit dem AGBG schwerlich vereinbar wäre, von dieser ZPO-Regel abzuweichen. An anderer Stelle wiederum fügt *Stürner* hinzu: „Das vorhergehende Erkenntnisverfahren soll den Schuldner nach Maßgaben rechtstaatlicher Garantien vor ungerechtfertigten Vollstreckungseingriffen schützen“³⁶¹. Doch weder aus den Anmerkungen von *Dernburg* noch aus denen von *Stürner* lässt sich eine Begründung der vorgebrachten sog. ZPO-Regel „Klage vor Titel“ finden. *Dernburg* kritisiert die Entscheidung des RCPO-Gesetzgebers, eine sofort vollstreckbare Urkunde einzuführen, als „bedenklich“³⁶² und als mit „wirtschaftlichen Gefahren für den Staat“³⁶³ verbunden. Unabhängig davon, ob diese Kritik berechtigt ist, muss sie jedoch als Kritik an der *gesetzgeberischen* Entscheidung qualifiziert werden. Doch gerade die *gesetzgeberische* Entscheidung, sofort vollstreckbare Urkunden auf Reichsebene³⁶⁴ einzuführen, spricht schon gegen das gesetzliche Leitbild „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckung“.

Stürner vertritt die Auffassung, dass § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO die Ausnahme sei, die nur bei wirklich freier Entscheidung des Unterworfenen gelte, nicht aber bei formularmäßiger Gestaltung durch Banken oder -gruppen. Hierbei handele es sich im Original grammatikalisch um einen Nebensatz, der die Ausnahme charakterisiert, also den Anwendungsbereich definiert, aber nicht den angegebenen Ausnahmecharakter begründet. Zur Befestigung seiner Auffassung bemüht *Stürner* die Grundsätze der Rechtstaatlichkeit und des rechtlichen Gehörs und betont, dass ein vorhergehendes Erkenntnisverfahren den Schuldner nach Maßgaben rechtstaatlicher Garantien vor ungerechtfertigten Vollstreckungseingriffen schützen solle. Mag man ihm auch in dem Punkt zustimmen, dass ein Vollstreckungszugriff ohne vorheriges gerichtliches Erkenntnisverfahren ein Risiko darstellt, so wird dieses Risiko auch beim Versäumnisurteil vom Gesetzgeber in Kauf genommen³⁶⁵. Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass beim Versäumnisurteil eine schlüssige Klage erforderlich sei. Die hier relevante Tatsache, das fehlende gerichtliche Erkenntnisverfahren vor der Vollstreckung, bleibt. Auf der anderen Seite wehrt der Gesetzgeber dieses Risiko durch verschiedene Rechtsbehelfe innerhalb des Vollstreckungsverfahrens (z. B. §§ 766, 767, 768, 769, 797 Abs. 3 - 5 ZPO) ab.

³⁶¹ *Stürner*, JZ 1977, 637, 639.

³⁶² *Dernburg*, Das preussische Hypothekenrecht, Abt. 2, 1891 § 45, S. 353 in *Meibom*, Deutsches Hypothekenrecht zitiert nach *Dieckmann*, WM 2010, 1254, 1256.

³⁶³ *Dernburg*, Das preussische Hypothekenrecht, Abt. 2, 1891 § 45, S. 356 in *Meibom*, Deutsches Hypothekenrecht zitiert nach *Dieckmann*, WM 2010, 1254, 1256.

³⁶⁴ Vor der Einführung eines einheitlichen Sachenrechts auf deutschem Boden waren die „Grundpfandrechte“ als Partikularrecht der verschiedenen Gebiete unterschiedlich gestaltet. Ein rechtshistorischer Exkurs mit weiterführenden Verweisen findet sich bei *Dieckmann*, WM 2010, 1254, 1257.

³⁶⁵ *Kümpel*, WM 1978, 746, 747.

So kann auch die Zwangsvollstreckung noch im Vollstreckungsverfahren geprüft werden und somit können auch „ungerechtfertigte Vollstreckungseingriffe“ gestoppt werden.

b.) Funktionale Betrachtung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Nach §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB kann der Grundschuldinhaber einseitig initiativ von seinem Recht *nur* im Wege Zwangsvollstreckung Gebrauch machen. Unter Berücksichtigung, dass jede mithilfe staatlicher Organe durchgesetzte Vollstreckung eines sie rechtfertigenden Vollstreckungstitels bedarf³⁶⁶, benötigt der Grundschuldinhaber einen Titel, wenn er sein Grundpfandrecht einseitig initiativ realisieren möchte. Eben ein solcher Titel ist die – vom Schuldner freiwillig erklärte – Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Die Funktion der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist demnach in der Ermöglichung der Verwertung des Grundpfandrechtes zu sehen³⁶⁷.

aa.) Vergleich mit weiteren Realsicherheiten

Fraglich ist, ob zur einseitig initiativen Durchsetzung einer Realsicherheit stets ein Titel erforderlich ist. Ein rascher Blick auf einige weitere Realsicherheiten zeigt, dass das Erfordernis eines Titels zur initiativen Durchsetzung einer Realsicherheit eine Besonderheit der gesetzlichen Normierung des § 1147 BGB darstellt³⁶⁸.

Ein Pfandgläubiger ist dinglich berechtigt, die bewegliche Sache, auf die er ein Pfandrecht hat, ohne Duldungs- oder Zahlungstitel (und freilich ohne staatliche Unterstützung) zu verkaufen bzw. zu übereignen (§§ 1204 Abs. 1, 1228 Abs. 1, 2 BGB). Ein Sicherungseigentümer³⁶⁹ kann die ihm – wenngleich fiduziarisch – gehörende bewegliche Sache vindizieren (§ 985 BGB) und sie dann sachenrechtlich schlicht als Eigentümer verkaufen, behalten oder anderweitig verwerten (§ 903 BGB). Ein Vorbehaltsverkäufer kann vom Kaufvertrag zurücktreten und die Sache vindizieren (§§ 985, 449 Abs. 2 BGB).

³⁶⁶ Eickmann in: MüKo BGB, § 1147 Rn 6.

³⁶⁷ Im Ergebnis ebenso Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 51.

³⁶⁸ Die folgende Auflistung folgt Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 51f; und ausführlich *idem*, WM 2010, 1254, 1258 ff.

³⁶⁹ Ob das Sicherungseigentum vollwertiges Eigentum gewährt oder nur analog nach den Regeln des Pfandrechts zu behandeln ist, ist umstritten (Wieling, Sachenrecht, § 18 Rn 2). Die hier interessierende Frage, ob ein Titel zur initiativen Durchsetzung dieser Realsicherheit erforderlich ist, wird davon nicht tangiert. Wiedergegeben ist hier die h. M., zu deren Gültigkeit der Verfasser ausdrücklich keine Stellung nimmt.

bb.) Eine Titulierung spielt im Verteilungsverfahren keine Rolle

Der Gesetzgeber bekennt sich darüber hinaus auch im Gesetz über die Zwangsversteigerung und die -verwaltung (hierauf wird in § 869 ZPO verwiesen) nicht zu dem Leitbild „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckung“. So werden gemäß § 114 ZVG bei der Verteilung des Versteigerungserlöses das Kapital der Grundschuld und die laufenden Zinsen, soweit aus dem Grundbuch ersichtlich, ohne Anmeldung berücksichtigt. Diese Berücksichtigung setzt eine Titulierung unstreitig nicht voraus³⁷⁰. Gleiches gilt gemäß §§ 12, 13, 49 Abs. 1 ZVG für die „laufenden Zinsen“ der Rechte, die dem betreibenden Gläubiger vorgehen und die der Ersteigerer zu bezahlen hat³⁷¹. Reicht der Versteigerungserlös aus, so werden auch nachrangige, titulierte oder nicht titulierte, Rechte befriedigt³⁷². Somit kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber in § 1147 BGB i. V. m. den Vorschriften über die Zwangsversteigerung und -verwaltung beschlossen hat, es sei lediglich für die Verfahrensinitiative ein Titel erforderlich. Eine Titulierung ist im Verteilungsverfahren selbst jedoch keine Voraussetzung mehr für die Berücksichtigung von Grundpfandrechten. Das Leitbild „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckung“ als eine wesentliche Orientierung für die Art und Weise der Berücksichtigung von Grundpfandrechten ist daraus nicht zu entnehmen.

cc.) Keine Wertungsunterschiede zwischen den verschiedenen Vollstreckungstiteln

Nach der logischen Konsequenz einer möglichen ZPO-Regel „Klage vor Titel“ wäre das Urteil wertungsgemäß, für die Zwecke der Zwangsvollstreckung, über die vollstreckbare Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO zu stellen. Doch wie gezeigt, sieht gerade der Gesetzgeber alle Vollstreckungstitel als gleichrangig an. Jedwedes Indiz für einen möglichen Wertungsunterschied ist nicht ersichtlich³⁷³.

c.) Zwischenergebnis zu § 8 C II 1

Aus der Systematik der ZPO und der funktionalen Betrachtung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung zur Ermöglichung der Verwertung des Grundpfandrechtes, im Vergleich mit den

³⁷⁰ Dieckmann, WM 2010, 1254, 1256.

³⁷¹ Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rn 815 ff.

³⁷² Dieckmann, WM 2010, 1254, 1257.

³⁷³ BGH VU v. 30.03.2010 – XI ZR 200/09 – Rn 27 (BGHZ 185, 133, 142); Baur/Stürmer/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, § 1 Rn 6; Dieckmann, WM 2010, 1254, 1256; Hottenbacher, BWNotZ 1979, 73, 74; Dietlein, JZ 1977, 637, 638.

Möglichkeiten der Verwertung anderer Realsicherheiten, lässt sich ein Grundsatz „Erkenntnisverfahren vor Zwangsvollstreckung“ nicht entnehmen.

2. Zwischenergebnis zu § 8 C II

Eine Unwirksamkeit der formulargemäß erklärten Unterwerfungserklärung in der notariellen Urkunde ergibt sich daher nicht aus § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 AGBG).

III. Vereinbarkeit mit § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG)

Eine weitere Möglichkeit zur Begründung der Unwirksamkeit einer formulargemäß erklärten Unterwerfungserklärung in der notariellen Urkunde könnte sich aus § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) ergeben. Voraussetzung hierfür wäre eine unangemessene Benachteiligung des Vollstreckungsschuldners entgegen den Geboten von Treu und Glauben.

1. Stand der Rechtsprechung

Es entsprach jahrzehntelanger Praxis der Rechtsprechung, die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das belastende Grundstück, bei frei abtretbarer Kreditforderung und/oder Grundschuld an Dritte und mithin auch an Investoren, nicht als unangemessene Benachteiligung des Schuldners im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) anzusehen³⁷⁴.

a.) Der Beschluss der 18. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 09.07.2008

Dieser von *Habersack* als „heile Welt“³⁷⁵ definierte Zustand kam durch den Beschluss der 18. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 09.07.2008³⁷⁶ heftig aus der Ruhe. Bei Störungen der Abwicklung des Kreditverhältnisses, die sich typischerweise aus Vermögensverschlechterungen des Darlehensnehmers ergeben, erkennt die 18. Zivilkammer ein berechtigtes Interesse eines raschen Gläubigerzugriffs der Banken an. Allerdings könne diese Möglichkeit zu einem äußerst wirksamen Druckmittel werden. Falls sich die Sicherheit nämlich in den Händen eines Investors befinde, der weniger an einer langjährigen Geschäftsbeziehung son-

³⁷⁴ Grundlegend hierzu BGH Urt. v. 18.12.1986 - IX ZR 11/86 (BGHZ 99, 274 ff).

³⁷⁵ *Habersack*, NJW 2008, 3173, 3174.

³⁷⁶ LG Hamburg Beschl. v. 09.07.2008 – 318 T 183/07 (NJW 2008, 2784 ff mit krit. Anm. v. *Dümmig*).

dem mehr an einer raschen Verwertung der Sicherheit interessiert wäre, transformiere sich die Möglichkeit zu einem raschen Gläubigerzugriff zu einem äußerst wirksamen Druckmittel, dem ein beträchtliches Missbrauchspotenzial inhärent sei. Diesem Missbrauchspotenzial komme ein erhebliches Gewicht zu. Dieses resultiert aus der Tatsache, dass Investoren keine Bankerlaubnis nach § 1 Abs. 3 KWG benötigen und nicht der strengen staatlichen Aufsicht und Kontrolle nach § 6 KWG unterliegen. Etwaige Schadensersatzansprüche wegen missbräuchlicher Ausnutzung der Vollstreckungsmöglichkeit durch Investoren seien somit in ihrer Durchsetzbarkeit nicht in derselben Weise gesichert wie dies bei Banken der Fall sei. Die von der Rechtsprechung bis dato vorgenommene Abwägung habe das in neuerer Zeit auftretende Phänomen des massenhaften Verkaufs von Krediten durch Banken an Investoren und dessen geschilderte Risiken nicht berücksichtigt, sodass „dem bislang gültigen Abwägungsergebnis die Grundlage entzogen“ sei³⁷⁷. Im Schrifttum stieß dieser Beschluss praktisch einhellig auf Ablehnung³⁷⁸. Gegen diesen Beschluss richtete sich zudem die vom Landgericht zugelassene Rechtsbeschwerde.

b.) Der Beschluss des VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes vom 16.04.2009

Daraufhin hob der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes den genannten Beschluss des Landgerichts Hamburg auf und entschied in der Sache selbst³⁷⁹. Allerdings befasste sich der *Bundesgerichtshof* nicht mit der materiell-rechtlichen Frage, ob die vorformulierte Unterwerfungserklärung eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) darstelle. Er beschäftigte sich vielmehr mit der verfahrensrechtlichen Frage, ob der Notar eine etwaige unangemessene Benachteiligung vor Erteilung der Klausel zu prüfen habe (§ 797 Abs. 2, Abs. 3 ZPO) und ob eine etwaige rechtsfehlerhafte Prüfung vom Schuldner im Klauselerinnerungsverfahren nach § 732 Abs. 1 ZPO gerügt werden könne. Dies sei dann der Fall, wenn es sich um Einwendungen gegen eine dem Gläubiger zu erteilende Klausel formeller Art handele. Diese Frage wurde vom Landgericht Hamburg bejaht³⁸⁰, und demzufolge musste das Landgericht Hamburg dann in die materiell-rechtliche Prüfung einsteigen, ob eine vorformulierte Unterwerfungserklärung eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) darstellt.

³⁷⁷ Insoweit beruft sich die 18. Zivilkammer des LG Hamburg auf den ehemaligen Vorsitzenden des unter anderem für das Bankrecht zuständigen XI. Zivilsenates des BGH *Schimansky*. Hierzu *ebender*, WM 2008, 1049, 1050.

³⁷⁸ Beispielhaft *Bachner*, DNotZ 2008, 644, 649ff.; *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2051ff.; *Freitag*, WM 2008, 1813; *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816, 1818ff.; *Habersack*, NJW 2008, 3173, 3175.

³⁷⁹ BGH Beschl. v. 16.04.2009 – VII ZB 62/08 (NJW 2009, 1887).

³⁸⁰ LG Hamburg Beschl. v. 09.07.2008 – 318 T 183/07 – Rn 14 (NJW 2008, 2784, 2785).

Dieser Ansicht schließt sich der *Bundesgerichtshof* nicht an. Ob eine vorformulierte Unterwerfungserklärung eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) darstelle und somit unwirksam sei, bedürfe einer eingehenden materiell-rechtlichen Prüfung. Im Übrigen erstrecke sich die (formelle) Prüfungsbefugnis des Notars nicht auf diese Frage. Der *Bundesgerichtshof* lässt dabei ausdrücklich offen, ob der Notar evident vorliegende materiell-rechtliche Einwendungen berücksichtigen muss. Die Beurteilung, ob die Anwendbarkeit der AGB Vorschriften eröffnet sei und ob eine Klausel mit den AGB Vorschriften in Einklang zu bringen sei, erfordere eine eingehende materiell-rechtliche Beurteilung, die sich ohnehin einer möglichen Evidenzkontrolle des Notars verschließen würde. In der Sache wurde somit aus verfahrensrechtlichen Gründen entschieden, dass der Notar unbeachtet der vorgebrachten Argumente die Klausel hätte erteilen müssen.

c.) *Der Beschluss der 28. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 07.11.2008*

Die 28. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg distanzierte sich relativ bald, im Beschluss vom 07.11.2008³⁸¹, von der 18. Zivilkammer. Die Frage, ob sich die (formelle) Prüfungsbefugnis des Notars auf die Prüfung der Wirksamkeit einer vorformulierten Unterwerfungserklärung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) erstreckt, prüft das *Landgericht Hamburg* nicht. Nach seiner Auffassung sei eine vorformulierte Unterwerfungserklärung ohnehin wirksam, es komme daher nicht darauf an, ob sich die (formelle) Prüfungsbefugnis des Notars auf die Prüfung der Wirksamkeit einer vorformulierten Unterwerfungserklärung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) erstrecke. In der Sache teilt die Kammer die Ansicht, ein Investor sei weniger an einer langjährigen Geschäftsbeziehung als mehr an einer raschen Verwertung der Sicherheit interessiert, nicht, vielmehr würdige sie die Interessen des neuen Gläubigers. Selbst wenn der neue Gläubiger ein Investor ist, würde dieser im Regelfall die gleichen Interessen wie die abtretende Bank verfolgen. Schließlich sei auch dieser primär an der fristgerechten Tilgung des gewährten Kredites interessiert und habe ebenfalls, im Falle der Störung des Abwicklungsverhältnisses, die sich aus einer Vermögensverschlechterung des Kunden ergibt, ein berechtigtes Interesse an einem schnellen Gläubigerzugriff³⁸². Die Zivilkammer erachtet die Frage der Wirksamkeit von formulargemäß vereinbarten Vollstreckungsunterwerfungen bei frei abtretbaren Kreditforderungen an Dritte von grundsätzlicher Bedeutung und lässt daher gemäß § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Rechtsbeschwerde zum *Bundesgerichtshof* zu.

³⁸¹ LG Hamburg Beschl. v. 07.11.2008 – 328 T 79/08 (NJW 2008, 2784)

³⁸² Insoweit beruft sich die 28. Zivilkammer des LG Hamburg auf *Schulz*, ZIP 2008, 1858, 1862f.

d.) *Der Beschluss des V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes vom 07.05.2009*

Doch auch diesmal nutzt der *Bundesgerichtshof* die anhängig gemachte Rechtsbeschwerde nicht, auch nicht *obiter dictum*, um der Frage der Wirksamkeit von formulargemäß vereinbarten Vollstreckungsunterwerfungen nachzugehen. In knappen Worten schließt sich der angerufene *V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes*³⁸³ dem VII. Zivilsenat insoweit an, als dass er feststellt, dass derartige Einwendungen nicht im Vollstreckungserinnerungsverfahren³⁸⁴ geltend gemacht werden können.

e.) *Das Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig vom 26.02.2009*

Gegen die Argumentation von Schimansky und gegen das Landgericht Hamburg urteilte *expressis verbis* das *Oberlandesgericht Schleswig* in seinem Urteil vom 26.02.2009³⁸⁵. Im vorliegenden Fall wehrte sich der Schuldner gegen die Zwangsvollstreckung, unter anderem mit der Vollstreckungsabwehrklage § 767 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 794 I Nr. 5, 795, 797 ZPO), mit der eine materiell-rechtliche Einwendung gegen die Wirksamkeit des Titels geltend gemacht wird³⁸⁶. Der Senat hält den Ausgangspunkt der genannten Argumentation für zweifelhaft. Gegen die Lösung von Schimansky spreche vor allem, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung einer Klausel allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei und spätere Änderungen der Geschäftsverhältnisse entweder zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) führen oder als Frage der ggf. treuwidrigen Vollstreckung durch den Investor, als Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) der innehabenden Rechtsmacht, zu beurteilen sind. Der Senat erinnert an die Differenzierung zwischen der *exceptio doli generalis* und der

³⁸³ BGH Beschl. v. 07.05.2009 – V ZB 180/08 (JurBüro 2009, 442 f).

³⁸⁴ Diesmal ging es um ein Vollstreckungserinnerungsverfahren (§ 766 ZPO) und nicht wie im zitierten Fall des VII. Zivilsenates des BGH um das Klauselerinnerungsverfahren. Das Vollstreckungserinnerungsverfahren richtet sich gegen Verfahrensfehler, wobei Gegenstand der Nachprüfung nur die von dem Vollstreckungsorgan einzuhaltenen Vorschriften sind und sich daher aufgrund der Formalisierung des Zwangsvollstreckungsverfahrens grundsätzlich auf keine materiell-rechtlichen Umstände erstreckt (zu diesem *Lackmann* in: Musielak ZPO, § 766 Rn 1). So sind das Klauselerinnerungsverfahren nach § 732 Abs. 1 ZPO und das Vollstreckungserinnerungsverfahren nach § 766 Abs. 1 ZPO insoweit beide auf formelle Einwendungen beschränkt.

³⁸⁵ OLG Schleswig Urt. v. 26.02.2009 – 5 U 71/08 (WM 2009, 1193 ff).

³⁸⁶ Die materiell-rechtlichen Einwendungen werden hier nicht gegen den titulierten Anspruch selbst, sondern gegen den *Titel* geltend gemacht, so dass eigentlich die Titelgegenklage (sog. erweiterte Vollstreckungsabwehrklage) nach § 767 Abs. 1 ZPO analog statthaft wäre (erstmal erwähnt in BGH Urt. v. 14.05.1992 – VII ZR 204/90 – OS 1 und Rn 22 (BGHZ 118, 229, 236); anerkannt in BGH Urt. v. 18.11.1993 – IX ZR 244/92 – Rn 22 ff (BGHZ 124, 164, 170 ff); *Schmidt* in: MüKo ZPO § 767 Rn 6). Die zitierte Rechtsprechung geht auf dies überhaupt nicht ein. Richtig ist, dass die Klage gegen die Vollstreckungsklausel (§§ 795 Satz 1, 768 ZPO) hier nicht statthaft wäre, da jene nur die dort genannten Einwendungen gegen eine qualifizierte Vollstreckungsklausel betrifft.

*exceptio doli specialis*³⁸⁷. Bei der Abwägung, ob eine unangemessene Benachteiligung vorliege, müsse noch berücksichtigt werden, dass die Verfahrenskosten zur nachträglichen Schaffung eines Titels ein Vielfaches der Gebühren für die Beurkundung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung betragen. Im Falle eines Streitwertes von 100.000 Euro betrüge ersteres rund 5.500 Euro, während letzteres bei nur rund 210 Euro (dies entspricht etwa 3,82 %) läge. Schließlich sei noch die gesetzgeberische Wertung im Gesetzgebungsverfahren zum Risikobegrenzungsgesetz zu berücksichtigen, wonach Einschränkungen von Zwangsvollstreckungsunterwerfungen abgelehnt wurden. Demnach habe auch der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er keine unangemessene Benachteiligung in dieser Sache sehe. Das Oberlandesgericht ließ Revision gemäß § 542 Abs. 2 ZPO nicht zu. Zur Begründung dieser Nebenentscheidung führte es unter anderem aus, dass die Revision aus Gründen der Rechtsfortbildung auch insofern nicht erforderlich sei, als die Wirksamkeit von formularmäßiger Vollstreckungsunterwerfung in Rede stehe. Der *Bundesgerichtshof* habe, in Kenntnis der gegen die Wirksamkeit der formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung vorgebrachten Bedenken, in seinen neueren Entscheidungen an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten. Die hiergegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom *XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes* ohne Begründung zurückgewiesen³⁸⁸. Somit wurde das Urteil des *Oberlandesgerichts Schleswig* rechtskräftig.

f.) Die Auffassung des XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes

Der *XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes* folgte damit weiterhin seiner nur wenige Monate³⁸⁹ früher *expressiv verbis* bestätigten Auffassung, wonach formulargemäß erklärte Vollstreckungsunterwerfungen nicht unangemessen seien.

2. Definition der unangemessenen Benachteiligung

Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) liegt vor, wenn „der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen an-

³⁸⁷ Lat. *exceptio doli* = Arglistenrede; wobei die *exceptio doli generalis (exceptio doli praesentis)* sich auf gegenwärtige Arglistatbestände bezieht und die *exceptio doli specialis (exceptio doli praeteriti)* sich auf vergangene Arglistatbestände bezieht.

³⁸⁸ BGH Beschl. v. 04.05.2010 – XI ZR 121/09 (nicht veröffentlicht; dem Verfasser liegt eine Bestätigung des BGH in Textform vor, die die hier vorgebrachten Fakten bestätigt).

³⁸⁹ BGH VU v. 30.03.2010 – XI ZR 200/09 – Rn 28 ff (BGHZ 185, 133, 143 ff).

gemessenen Ausgleich zuzugestehen³⁹⁰. Mit anderen Worten ist eine umfassende Abwägung der beidseitigen Interessen der Vertragsparteien durchzuführen³⁹¹.

3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die AGB-rechtliche Beurteilung

Als maßgeblicher Zeitpunkt für die AGB-rechtliche Beurteilung ist stets der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausschlaggebend³⁹². Sieht die höchstrichterliche Rechtsprechung zu diesem Zeitpunkt bestimmte Klauseln als wirksam an, so ist sie in der Regel auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht gehindert, zum Zeitpunkt der Entscheidung eine andere rechtliche Wertung vorzunehmen. Höchststrichterliche Urteile sind kein Gesetzesrecht und erzeugen damit keine vergleichbare Rechtsbindung. Dieser unechten Rückwirkung sind nur im Einzelfall unter dem genannten Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes aus dem Prinzip der Rechtssicherheit Schranken gesetzt³⁹³. Vorliegend wollen *Schimansky* und die ihm folgende 18. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg jedoch die nach dem Vertragsschluss eintretenden Tatsachen, namentlich das in neuerer Zeit auftretende Phänomen des massenhaften Verkaufs von Krediten durch Banken an Investoren und dessen innewohnenden Risiken, berücksichtigen. Gefahren, die erst während der Vertragslaufzeit für den Kunden entstehen, können dazu führen, dass die Angemessenheitskontrolle zwar zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht negativ ausfällt, dafür aber später. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass dies allenfalls zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) führen kann oder als Frage der ggf. treuwidrigen Vollstreckung durch den Investor, als Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) der innehabenden Rechtsmacht, zu beurteilen sein wird³⁹⁴. Allerdings kann sich das Verdikt der Wirksamkeit der entsprechenden AGB Klausel nicht ändern.

In der Argumentation von *Schimansky*, die Angemessenheitskontrolle könne zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht negativ, wohl aber erst später negativ ausfallen, übersieht er nicht die mögliche Relevanz der Frage nach dem Vertrauensschutz. Dem begegnet er jedoch damit, dass er dem Klauselverwender für den Regelfall keinen Vertrauensschutz zubilligen möchte, zumal dieser durch einen nachträglichen individualvertraglichen Abtretungsausschluss die

³⁹⁰ BGH Urt. v. 03.11.1999 – VIII ZR 269/98 – Rn 31 (NJW 2000, 1110, 1112).

³⁹¹ Allgemeine Meinung; statt aller *Coester* in: Staudinger BGB, § 307 Rn 96 m. w. N.

³⁹² Allgemeine Meinung; BGH VU v. 30.03.2010 – XI ZR 200/09 – Rn 30 (BGHZ 185, 133, 145) m. w. N.; *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, § 307 Rn 117; *Grüneberg* in Palandt BGB, § 307 Rn 7; vgl. auch Art. 4 Nr. 1 Klausel-RL (RL 93/13/EWG über missbräuchliche Ausnutzung in Verbraucherverträgen vom 05.04.1993, ABl. EG Nr. L 95 S. 29 vom 21.04.1993) „[...] at the time of conclusion of the contract“.

³⁹³ Zu allem dem BGH Urt. v. 05.03.2008 – VIII ZR 95/07 – Rn 19f (NJW 2008, 1438, 1439).

³⁹⁴ OLG Schleswig-Holstein Urt. v. 26.02.2009 – 5 U 71/08 – Rn 65 (WM 2009, 1193, 1196 f); *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, § 307 Rn 117.

formulgemäße Unterwerfungserklärung nunmehr wieder „ins Leben rufen kann“. Allerdings ist die Rechtsfolge der Unangemessenheit einer AGB Klausel deren Nichtigkeit³⁹⁵. Zu beachten ist der nach allgemeinen Regeln geltende Grundsatz der endgültigen Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, so dass dieses nur in Ausnahmefällen Rechtswirkungen entfalten kann³⁹⁶. Dies führt dazu, dass unwirksame AGB Klauseln nur durch nachträgliche Bestätigung (§ 141 Abs. 1 BGB) wirksam werden können. Daher ist Voraussetzung für eine erneute Entfaltung von Rechtswirkungen eines nichtigen Rechtsgeschäfts die erneute Vereinbarung (Bestätigung) zwischen dem Verwender und dem Vertragspartner. Diese Vereinbarung muss jedoch sicherstellen, dass der Vertragspartner die Bedeutung der Bestätigung überblicken kann. Aus diesem Grund kann die Vereinbarung gemäß § 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO analog nur dann als wirksam angesehen werden, wenn die Bestätigung erst getroffen wird, nachdem die jeweilige Klausel im Einzelfall Bedeutung erlangt hat³⁹⁷. Demzufolge kann eine unwirksame (da unangemessene) Klausel nicht (nur) durch eine nachträgliche Vereinbarung eines Begleitumstandes, durch den die Angemessenheitsprüfung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, also hier ein vertragliches Abtretungsverbot, wirksam werden.

Somit verbleibt es bei dem eingangs bereits erwähnten maßgeblichen Zeitpunkt für die AGB-rechtliche Beurteilung, namentlich den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

4. Umfassende Interessenabwägung

Bezogen auf den festgestellten maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist nun eine umfassende Abwägung der beidseitigen Interessen der Vertragsparteien durchzuführen.

Vorerst wird vorgetragen, der etwaige Missbrauch einer für sofort vollziehbar erklärten Sicherungsschuld könne zu Schadensersatzansprüchen führen. Die Durchsetzbarkeit dieser etwaigen Schadensersatzansprüche sei vor dem Hintergrund, dass Investoren keine Bankerlaubnis nach § 32 KWG benötigen und auch nicht der staatlichen Aufsicht nach § 6 KWG unterliegen, im Gegensatz zu Banken nicht gesichert³⁹⁸. Dabei wird jedoch die fehlende Kontrolle der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen über Kreditinstitute in Bezug auf Geltendmachung und Durchsetzung von Rechten gegen den Kunden übersehen³⁹⁹. Diese Kontrol-

³⁹⁵ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, vorb. v. § 307 Rn 98; *Wolf* in: Wolf/Lindacher/ Pfeiffer, AGB-Recht, § 307 Rn 344.

³⁹⁶ *Studienlexikon-Recht* unter Stichwort „Nichtigkeit“.

³⁹⁷ *Wolf* in: Wolf/Lindacher/ Pfeiffer, AGB-Recht, § 307 Rn 350.

³⁹⁸ LG Hamburg Beschl. v. 09.07.2008 – 318 T 183/07 (NJW 2008, 2784, 2785).

³⁹⁹ *Schulz*, ZIP 2008, 1858, 1861.

le liegt allein bei Gerichten⁴⁰⁰. Grund für die Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen nach § 6 KWG über die Institute ist die Stärkung des Vertrauens der Bürger in die Solvenz der Banken nach der Weltwirtschaftskrise 1931⁴⁰¹, bzw. der Schutz der Funktionsfähigkeit des Kredit- und Finanzdienstleistungswesens⁴⁰². Die Erlaubnispflicht des § 32 KWG dient, vor dem Hintergrund des allgemeinen Schutzzweckes des KWG, allein dem öffentlichen Interesse und schützt nicht vor unrechtmäßiger sofortiger Zwangsvollstreckung. Allenfalls wenn eine Bank es sich zum „Geschäftsprinzip“⁴⁰³ machen würde, unrechtmäßig sofortige Zwangsvollstreckungen zu betreiben, könnte daran gedacht werden, ihr die Erlaubnis zu entziehen⁴⁰⁴. Ein in der Praxis kaum vorstellbarer Fall. Das vorgebrachte Argument, dass die Durchsetzbarkeit etwaiger Schadensersatzansprüche bei Banken besser gesichert sei als bei privaten Investoren, erweist sich als unschlüssig und kann daher nicht berücksichtigt werden.

a.) Argumente für eine unangemessene Benachteiligung

Für eine unangemessene Benachteiligung durch formulargemäß erklärte Unterwerfungserklärungen, bei frei abtretbarer Kreditforderung und/oder Grundschuld an Dritte und mithin auch an Investoren, werden verschiedene Interessensgesichtspunkte vorgetragen.

Die Möglichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung könne zu einem äußerst wirksamen Druckmittel werden. Falls sich die Sicherheit nämlich in den Händen eines Investors befinden würde, der weniger an einer langjährigen Geschäftsbeziehung als mehr an einer raschen Verwertung der Sicherheit interessiert wäre, so transformiere sich die Möglichkeit eines raschen Gläubigerzugriffs zu einem äußerst wirksamen Druckmittel, dem ein beträchtliches Missbrauchspotenzial inhärent wäre. Diesem Missbrauchspotenzial käme ein erhebliches Gewicht zu⁴⁰⁵. Schlussendlich werde der Grundschuldschuldner, falls er sich gegen die Zwangsvollstreckung wehren möchte, gezwungen eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO zu erheben. Damit werde er schließlich in die aktive Rolle des Klägers gedrängt⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ *Schulz*, ZIP 2008, 1858, 1861.

⁴⁰¹ *Fischer* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 32 Rn 4; *Schulz*, ZIP 2008, 1858, 1861.

⁴⁰² BVerfG Urt. vom 24.07.1962 – 2 BvF 4/61, 2 BvF 5/61, 2 BvF 1/62, 2 BvF 2/62 – Rn 1 (BVerfGE 14, 197, 197); *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816, 1821.

⁴⁰³ *Schulz*, ZIP 2008, 1858, 1862.

⁴⁰⁴ Jahresbericht der BaFin 2002 (abrufbar unter http://www.bafin.de/DE/DatenDokumente/Dokumentlisten/ListeJahresberichte/liste_jahresberichte_node.html, Zugriff 14.08.2013), S. 27.

⁴⁰⁵ LG Hamburg Beschl. v. 09.07.2008 – 318 T 183/07 – Rn 19 (NJW 2008, 2784, 2785); *Schimansky*, WM 2008, 1049, 1050.

⁴⁰⁶ *Schimansky*, WM 2008, 1049, 1051.

b.) Argumente gegen eine unangemessene Benachteiligung

Gegen eine unangemessene Benachteiligung, die durch eine formulargemäß erklärte Unterwerfungserklärung bei frei abtretbarer Kreditforderung und/oder Grundschuld an Dritten und mithin auch an Investoren entstehen kann, werden weitaus mehr⁴⁰⁷ Interessensgesichtspunkte vorgetragen.

Zunächst wird darauf hingewiesen, die Ursprungsbank habe im Fall einer Störung des Darlehensverhältnisses, die typischerweise bei Vermögensverschlechterung des Kunden eintritt, ein Interesse an einem raschen Zugriff auf das Vermögen des Kunden. Dieses Interesse bestünde in gleichem Umfang auch bei einer dritten Bank, Nichtbank oder einem Finanzinvestor⁴⁰⁸.

Überdies sei der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld, auch wenn diese für sofort vollstreckbar erklärt wurde, weniger an einer raschen Sicherheitsverwertung interessiert als vielmehr an hohen Geldströmen. Dies sei unabhängig davon der Fall, ob die Geldströme in Form der Darlehensrückzahlung, -ablösung oder durch die Verwertung der Sicherheit selbst stammen⁴⁰⁹. In diesem Rahmen könne der Gläubiger selbst wählen, für welchen Weg er sich entscheidet. Handelt der Gläubiger dabei im Einklang mit dem Gesetz, habe der Schuldner keinen Anspruch auf eine wohlwollende Behandlung und Schonung⁴¹⁰. Entscheidet sich der Gläubiger für eine Sicherheitsverwertung, ist jedoch zu differenzieren. Handelt der Gläubiger im Einklang mit dem Gesetz, erweist sich die Zwangsvollstreckung somit als rechtmäßig und erweist sich die Sicherheitsverwertung zusätzlich nicht als Verstoß gegen den ursprünglichen Sicherungsvertrag mit dem Zedenten, so bringe die Vollstreckungsunterwerfung einen monetären Vorteil für den Schuldner. Grund hierfür seien die Verfahrenskosten zur nachträglichen Schaffung eines Titels, die ein Vielfaches der Gebühren für die Beurkundung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung betragen würden. Beispielweise würden die Verfahrenskosten im Fall eines Streitwertes von 100.000 Euro bei nachträglicher Schaffung eines Titels rund 5.500 Euro betragen, während sie sich bei Beurkundung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung nur auf rund 210 Euro belaufen würden (dies entspricht etwa 3,82 %)⁴¹¹. Handelt der Gläubiger hingegen im Einklang mit dem Gesetz, erweist sich die Zwangsvollstreckung somit

⁴⁰⁷ Die *Quantität* der vorgebrachten Argumente (oder der sie vertretende (namhafte) Autoren) kann nicht ausschlaggebend sein, ob eine unangemessene Benachteiligung vorliegt oder nicht. Es muss stets eine Abwägung anhand des *Gewichtes* der Argumente durchgeführt werden.

⁴⁰⁸ *Koser/Werner-Jensen*, BKR 2008, 340, 341.

⁴⁰⁹ *Selke*, EWiR 2008, 543, 544.

⁴¹⁰ *Habersack*, NJW 2008, 3173, 3175; *Nobbe*, ZIP 2008, 97, 98; *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2008, 363, 365.

⁴¹¹ OLG Schleswig-Holstein Urt. v. 26.02.2009 – 5 U 71/08 – Rn 68 (WM 2009, 1193, 1197).

als rechtmäßig, verstößt die Sicherungsverwertung aber gegen den Sicherungsvertrag⁴¹² zwischen Grundschuldschuldner und Zedenten, führe dies zu Schadensersatzansprüchen gegen den Zedenten. Der Zedent sei dem Grundschuldschuldner gegenüber verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass der Zessionar dem Sicherungsvertrag beitritt und nur bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen vollstreckt⁴¹³.

Als besonders gewichtig erscheint das vom *Bundesgerichtshof* vorgebrachte Argument, dass, falls sich der Gläubiger für eine Sicherheitenverwertung entscheidet, die ZPO die Zwangsvollstreckung aus Urteilen (§ 704 Abs. 1 ZPO) und aus vollstreckbaren notariellen Urkunden (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) gleichermaßen gestatte. Sie stelle damit die freiwillige Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung grundsätzlich mit der nach gerichtlicher Prüfung des Anspruchs ergangenen gerichtlichen Entscheidung gleich. Der Schutz des Schuldners sei bei den vollstreckbaren Urkunden durch das Erfordernis notarieller Beurkundung und die damit verbundenen notariellen Belehrungspflichten, sowie durch die gegenüber Urteilen erweiterten Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners (vgl. § 797 Abs. 4 ZPO) in ausgewogener Weise gewährleistet⁴¹⁴. Liegt eine freiwillige Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung vor und möchte er sich gegen die Sicherheitenverwertung wehren, wird er gezwungen, eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO zu erheben und somit formal in die aktive Rolle des Klägers gedrängt. Allerdings sei die materiell-rechtliche Betrachtung wichtiger als die formale. Materiell-rechtlich erfolge untechnisch gesprochen dieser Rollentausch bereits durch die Bestellung der Grundschuld. Denn bereits hier werde durch die Wahl eines abstrakten Kreditsicherungsmittels faktisch die Beweislast umgekehrt. Die Tatsache, dass ohne Zwangsvollstreckungsunterwerfung ein Duldungstitel erstritten werden müsse, sei daneben sekundär⁴¹⁵. Ebendiese Möglichkeit des Schuldners, sich durch eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO (oder den anderen zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen der §§ 768, 769, 797

⁴¹² In Art. 4 I Klausel-RL (bereits zitiert in Fn 392), die nach dem amtlichen Hinweis zu Buch 2 Abschnitt 2 (§§ 305 - 310) des BGBs durch ebendiese Vorschriften umgesetzt wurde, heißt es: „Die Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird unbeschadet des Artikels 7 unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluß begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines *anderen* Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt.“ (Hervorhebung vom Verfasser). Damit sind wie *Gladdenbeck*, BB 2008, 1867, 1868 herausarbeitet auch die Wirkungen des Sicherungsvertrages zwischen Grundschuldschuldner und Zedenten bei der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen.

⁴¹³ *Habersack*, NJW 2008, 3173, 3175f; *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, 273 f.; *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 599.

⁴¹⁴ BGH Urt. v. 18. 12. 1986 – IX ZR 11/86 – Rn 24 (BGHZ 99, 274, 283); insoweit übernimmt der BGH implizit die Argumentation vom OLG Celle als Berufungsgericht und stimmt dieser damit zu.

⁴¹⁵ *Bachner*, DNotZ 2008, 644, 650.

Abs. 3 - 5 ZPO) zur Wehr zu setzen, sei angemessen, um dem Missbrauchspotenzial eines abstrakten Kreditsicherungsmittels gegenüberzutreten. Daher sei es somit nicht erforderlich und demnach nicht zulässig, das Verdikt der Unwirksamkeit aller formularmäßigen erklärten Vollstreckungsunterwerfungen, unabhängig davon, ob der ursprüngliche Gläubiger oder ein Rechtsnachfolger die Vollstreckung betreibt, auszusprechen⁴¹⁶.

In neuester Zeit sei diese Diskussion auch dem Gesetzgeber zum Risikobegrenzungsgesetz bekannt geworden, dieser habe jedoch keinen Anlass gesehen, sich gegen die Zulässigkeit von formulargemäß erklärten Zwangsvollstreckungsunterwerfungen zu entscheiden.⁴¹⁷ Gegenläufige Anträge⁴¹⁸ wurden während des Gesetzgebungsverfahrens nicht umgesetzt.

c.) Umfassende Interessenabwägung

Zur Beantwortung der Frage, ob die fragliche Klausel unangemessen ist, ist eine umfassende Interessenabwägung dieser gegenseitigen Interessen durchzuführen. Die Unangemessenheit kann sich dabei entweder aus dem Zusammenspiel des gesamten Vertragsinhaltes als solchen, aus der abstrakten Gefahr des Missbrauchs der Unterwerfungserklärung oder aus den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinne ergeben.⁴¹⁹

aa.) Zusammenspiel des gesamten Vertragsinhaltes

Zuerst ist das Zusammenspiel des gesamten Vertragsinhaltes als solches zu würdigen. Hierbei erweist sich der Vorschlag von *Bork*, hierfür eine Differenzierung nach den einzelnen denkbaren Fallkonstellationen⁴²⁰ vorzunehmen, als zweckmäßig.

Fall 1: Die darlehensgebende Bank vollstreckt bei Verwertungsreife

In diesem Fall ist der zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordene Kredit notleidend geworden und die darlehensgebende Bank hat aus dem Sicherungsvertrag das Recht, die Sicherungsgrundschuld (ggf. nach erfolgter Kündigung gemäß § 1193 Abs. 1, 2 aF BGB) zu

⁴¹⁶ *Habersack*, NJW 2008, 3173, 3176.

⁴¹⁷ *Bredow/Vogel*, BKR 2009, 333, 336.

⁴¹⁸ BT-Drucksache 16/8182 (Antrag der Abgeordneten Dr. Barbara Höll, Karin Binder, Heidrun Bluhm, Werner Dreibus, Ulla Lötzer, Ulrich Maurer, Dr. Herbert Schui, Dr. Axel Troost und der Fraktion DIE LINKE) vom 25.06.2008 S. 4; BT-Drucksache 16/5595 (Antrag der Abgeordneten Dr. Gerhard Schick, Kerstin Andreae, Cornelia Behm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) vom 20.02.2008, S. 6.

⁴¹⁹ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, § 307 Rn 105; *Coester* in: Staudinger BGB § 307 Rn 98, 162 m. w. N.

⁴²⁰ Die folgende Prüfung der Unangemessenheit folgt dem Aufbau von *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2054 f.

verwerten. Die Vorgaben des Sicherungsvertrages werden eingehalten und die Zwangsvollstreckung ist unter allen Gesichtspunkten rechtmäßig. Eine etwaige Vollstreckungsabwehrklage wäre somit erfolglos. Der durch die Unterwerfungserklärung geschaffene Titel erweist sich als richtig und mithin stellt sich die fragliche Klausel als angemessen dar.

Fall 2: Die darlehensgebende Bank vollstreckt vor Verwertungsreife

Hier ist es Sache des Schuldners, sich gegen die materiell-rechtlich, nicht jedoch prozessual, unberechtigte Inanspruchnahme durch den Darlehensgeber mithilfe der Vollstreckungsabwehrklage zu wehren. Eben hier erfolgt also ein „Rollentausch“ von Kläger und Beklagtem, da nun der Schuldner prozessual initiativ tätig werden muss. Dieser Rollentausch führt zwar einerseits zu einer Gerichtskostenvorschusspflicht des Schuldners gemäß § 12 Abs. 1 GKG, andererseits darf nicht übersehen werden, dass in diesem Fall die Vollstreckungsabwehrklage Erfolg haben wird. Damit geht in Folge dessen ein Kostenerstattungsanspruch des Schuldners gegen den Darlehensgeber einher. Darüber hinaus wird der Schuldner aufgrund von § 797 Abs. 4 ZPO mit alle ihm zur Verfügung stehenden Einwendungen ohne zeitliche Präklusion gehört. Bei Betrachtung dieses Zusammenspiels ist eine unangemessene Benachteiligung auch in dieser Fallkonstellation, wie selbst das *Landgericht Hamburg* nicht verkennt, zu verneinen.

Fall 3: Ein Zessionar vollstreckt bei Verwertungsreife

Wie in Fall 1 werden hier die Vorgaben des Sicherungsvertrages zwischen Grundschuldschuldner und Zedenten beachtet. Die Zwangsvollstreckung aus der Sicherungsgrundschuld ist auch hier unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten rechtmäßig. Eine etwaige Vollstreckungsabwehrklage wäre erfolglos. Der Zessionar hat bei dieser Tatsachenlage *das Recht*, aus der Sicherungsgrundschuld zu vollstrecken. Wenn nun eingewendet wird, der Zedent hätte, um langfristige Geschäftsbeziehungen zu pflegen, vom Recht zur Zwangsvollstreckung keinen Gebrauch gemacht, mag dies möglicherweise wirtschaftlich sinnvoll erscheinen. Allerdings geht es hierbei nur um Zweckmäßigkeitserwägungen des Zedenten (oder des Zessionars) bzw. um Kulanz des Zedenten gegenüber seinen Kunden. Ein Recht auf eine kulante Umgangsweise gibt es jedoch nicht.

Fall 4: Ein Zessionar vollstreckt vor Verwertungsreife

In dieser letzten logisch denkbaren Fallkonstellation betreibt der Zessionar die Zwangsvollstreckung aus der Sicherungsgrundschuld, obgleich der zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordene Kredit nicht notleidend ist, also der Sicherungsfall mithin nicht eingetreten ist. Wie in Fall 2 wird auch hier demnach nicht nach den Vorgaben des Sicherungsvertrages zwischen dem Grundschuldschuldner und dem Zedenten gehandelt. Bei der Interessenabwägung muss daher noch einmal differenziert werden, ob der Zessionar an den Sicherungsvertrag gebunden ist oder nicht.

Fall 4a: Der Zessionar ist an den Sicherungsvertrag gebunden

Ist der Zessionar an den Sicherungsvertrag gebunden, kann ihm der Grundschuldschuldner alle daraus resultierenden Einreden in gleicher Weise wie gegen die darlehensgebende Bank geltend machen. Der Fall entspricht in seiner rechtlichen Behandlung dem Fall 2.

Fall 4b: Der Zessionar ist nicht an den Sicherungsvertrag gebunden

In dieser – in der Praxis zum Glück eher seltener anzutreffenden – Konstellation kam es zu einem gutgläubig einredefreien Erwerb seitens des Zessionars⁴²¹. Die aus dem Sicherungsvertrag sich ergebende Einrede der fehlenden Verwertungsreife (Fall 2) kann dem Zessionar aufgrund des gutgläubig einredefreien Erwerbs nicht entgegengehalten werden. Der Zessionar ist daher berechtigt, aus der Sicherungsgrundschuld (ggf. nach erfolgter Kündigung gemäß § 1193 Abs. 1, 2 aF BGB), unabhängig ob der zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordene Kredit notleidend geworden ist oder nicht, zu vollstrecken. Der mit der Unterwerfungserklärung geschaffene Titel ist ebenso richtig wie ein entsprechendes Duldungsurteil. Wie in den Fällen 1 und 3 kann eine AGB Klausel, die zu einem richtigen Titel führt, nicht als „unangemessen“ angesehen werden, nur weil ein „Rollentausch“ zur Überprüfung der Richtigkeit der Vollstreckung erfolgt. Schlussendlich hat der Grundschuldschuldner gegen den Zedenten einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Sicherungsvertrag sowie aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 Abs. 1, 2. Fall StGB⁴²². Eine Pflichtverletzung lässt sich insoweit auch dann bejahen, wenn der Sicherungsvertrag keine Regelung enthält, die dem Grundschuldgläubiger vor Verwertungsreife untersagen

⁴²¹ Hierzu oben § 3 C.

⁴²² Zum Treubruchtatbestand der Untreue im Falle einer vertragswidrigen Verfügung über eine Grundschuld siehe *Clemente*, *wistra* 2010, 249, 251ff (254).

würde, die Grundsuld derart zu veräußern, dass die Zweckbindung zwischen gesicherter Forderung und Grundsuld wegfällt. Dies ergibt sich aus dem Treuhandverhältnis, welches den Sicherungsnehmer verpflichtet, die Zweckbindung zwischen gesicherter Forderung und Grundsuld zu erhalten⁴²³. Die fragliche Klausel erweist sich auch in dieser Fallkonstellation nicht als unangemessen.

Bei der Würdigung des Zusammenspiels des gesamten Vertragsinhaltes als solches ergibt sich, dass in allen denkbaren Fallkonstellationen die formulargemäß erklärte Vollstreckungsunterwerfung keine unangemessene Benachteiligung darstellt.

bb.) Keine Gefahr des Missbrauchs durch die Unterwerfungsklausel selbst

Die Unangemessenheit der Klausel kann sich darüber hinaus aus der Gefahr des Missbrauchs der Unterwerfungsklausel als solcher ergeben. Dabei wird jedoch nicht vorrangig das Missbrauchspotenzial der Unterwerfungsklausel in den Händen der darlehensgebenden Bank verstanden, sondern vielmehr jenes in den Händen des Investors. Hier wird als Missbrauch erwartet, dass der Investor das Bestehen des Vollstreckungstitels dazu benutzt, sich Geld zu verschaffen, das ihm nicht zusteht. Bei genauerer Betrachtung wird deutlich, dass die Unterwerfungserklärung als solche nicht als besonders gefährlich eingestuft wird, sondern erst nach erfolgter Abtretung an einen (ausländischen) Investor als besonders gefährlich gilt⁴²⁴. Wie in den oben beschriebenen Fallmöglichkeiten 3 und 4 (sowohl in der Konstellation 4a als auch in der Konstellation 4b) analysiert, birgt die Unterwerfungserklärung als solche auch in den Händen eines Investors im Ergebnis keine zusätzliche Gefahr, die nicht schon in den Händen der darlehensgebenden Bank vorhanden wäre. *Bork* schlussfolgert richtigerweise, dass die Unterwerfungserklärung somit – anders als der vom *Bundesgerichtshof*⁴²⁵ entschiedene Fall betreffend einer Bürgschaft auf erstes Anfordern⁴²⁶ – nicht das Risiko der Durchsetzung einer

⁴²³ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 1191 ff Rn 164; *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rn 306; *Eickmann*, Gefährliche Grundschuld?, Festschrift Westermann, Seite 175, 176; *Herrler*, NJW 2011, 2762, 2764; *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 551.

⁴²⁴ OLG München Urt. v. 26.02.2008 – 5 U 5102/06 – Rn 49 (WM 2008, 688, 690); *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2056; *Weller*, Aktuelle Gefahren für „Häuslebauer“, S. 3.

⁴²⁵ BGH Urt. v. 18.04.2002 – VII ZR 192/01 – Rn 24 ff (BGHZ 150, 299, 303).

⁴²⁶ Bei der „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ besteht ein Dreieckverhältnis. Hauptschuldner – Bürgschaftsgläubiger – Bürgschaftsschuldner. Zur Sicherung einer Verbindlichkeit des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger schließen der Bürgschaftsgläubiger und der Bürgschaftsschuldner eine Bürgschaft, in der der Bürgschaftsschuldner sich für die Schuld des Hauptschuldners verbürgt, d. h. sich verpflichtet dafür einzustehen. Die Besonderheit einer „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ besteht darin, dass der Bürge sofort mit der ersten Zahlungsaufforderung des Bürgschaftsgläubigers zahlen muss, ohne jede Möglichkeit, Einreden aus dem Ver-

materiell-rechtlich nicht bestehenden Forderung verbirgt. Allenfalls kann es durch die Kombination der Unterwerfungserklärung mit einer Abtretung, die zu einem einredefreien Erwerb der Sicherungsgrundschuld führt, dazu kommen, dass der Schuldner, trotz Rückzahlung des zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordenen Kredits, nochmals in Anspruch genommen wird. Doch dann liegt das Problem hier in dem durch die Abtretung materiell-rechtlich ermöglichten einredefreien Erwerb der Sicherungsgrundschuld und nicht in der Unterwerfungserklärung an sich.

cc.) *Verhältnismäßigkeit im weiten Sinne*

Die Unangemessenheit der Unterwerfungserklärung kann sich allenfalls aus den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit⁴²⁷ ergeben.

Ein *legitimer Zweck*, namentlich der rasche Zugriff auf das Vermögen des Darlehensnehmers bei dessen Vermögensverschlechterung, ist gegeben.

Zur Erreichung des legitimen Zweckes muss die fragliche Klausel zunächst *geeignet* sein. Da mit dem durch die fragliche Klausel geschaffenen Titel sofort mit der Zwangsvollstreckung begonnen werden kann, wird deren Zweck erreicht, sie ist daher mithin geeignet.

Ferner muss die fragliche Klausel auch *erforderlich* sein. Dies wäre dann der Fall, wenn kein milderer jedoch gleich effektives Mittel zur Verfügung steht. Ohne die fragliche AGB Klausel müsste sich der Darlehensgeber im Sicherungsfall einen Duldungstitel verschaffen. Dies bedarf allerdings eines nicht nur zeitraubenden, sondern auch kostspieligen Prozesses. Dieses Kostenrisiko und der mit dem Zeiterfordernis möglicherweise verbundene Wertverlust am fraglichen Grundstück⁴²⁸ könnte indes nur durch weitere Sicherheitsleistungen des Darlehensnehmers (oder Dritter) abgesichert werden. Dies würde aber nicht milder wirken als die auf rein prozessualer Ebene wirkende Unterwerfungserklärung⁴²⁹.

Schlussendlich müsste die fragliche AGB Klausel *verhältnismäßig im engeren Sinne (angemessen)* sein. Hierbei sind direkt die mit dieser AGB Klausel verbundenen Vor- und Nachtei-

hältnis Hauptschuldner – Bürgschaftsgläubiger nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB erheben zu können. Das Risiko, dass der Bürgschaftsgläubiger sich vom Bürgschaftsschuldner für eine Forderung befriedigen lässt, die rechtlich nicht besteht, wird auf einen Rückforderungsprozess Bürgschaftsschuldner – Hauptschuldner verlagert. Der Bürgschaftsschuldner hat hier sowohl das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners zu tragen als auch die Gefahr, dass er seinen Rückforderungsanspruch gegen den Hauptschuldner (z. B. im Ausland) nicht durchsetzen kann (*Büschel*, Die Rechtsprechung zur Bürgschaft auf erstes Anfordern, S. 8).

⁴²⁷ Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip allgemein siehe *Bleckmann*, JuS 1994, 177 ff; zum Prüfungsaufbau desselben siehe bspw. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn 229 ff.

⁴²⁸ Auf diesen Aspekt weisen *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816, 1820 hin.

⁴²⁹ *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2058.

le gegeneinander abzuwägen. Betrachtet man die oben genannten Gründe, die für eine unangemessene Benachteiligung zu berücksichtigen sind, so stellt man fest, dass diesen jeweils ein Grund gegen eine unangemessene Benachteiligung gegenübersteht. Dem Argument, dass der Möglichkeit einer sofortigen Zwangsvollstreckung in den Händen eines Investors ein erhebliches Missbrauchspotenzial inhärent sei, kann entgegengehalten werden, dass der Zessionar weniger an einer raschen Sicherheitsverwertung interessiert ist, als vielmehr an hohen Geldströmen. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Geldströme in Form von Darlehensrückzahlung bzw. -ablösung oder durch die Verwertung der Sicherheit fließen. Dem Argument, dass der Grundschuldschuldner, falls er sich gegen die Zwangsvollstreckung wehren will, in die aktive Rolle des Klägers gedrängt wird, kann entgegengehalten werden, dass dem Schuldner durch die vielfältigen vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe ein breites Spektrum an Verteidigungsmöglichkeiten offen steht. Doch selbst für den Fall einer berechtigten Inanspruchnahme seitens des Grundschuldgläubigers bleibt dem Grundschuldschuldner stets der Vorteil der verminderten Verfahrenskosten zur Schaffung des Titels erhalten. Nach all dem erweist sich die fragliche AGB Klausel als angemessen und mithin verhältnismäßig im engeren Sinne.

d.) Zwischenergebnis zu § 8 C III 4

Nach dieser umfassenden Abwägung der beidseitigen Interessen der Vertragsparteien kann damit festgehalten werden, dass eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) nicht festgestellt werden kann.

5. Zwischenergebnis zu § 8 C III

Eine formulargemäß erklärte Unterwerfungserklärung in der notariellen Urkunde ist nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) unwirksam.

IV. Zwischenergebnis zu § 8 C

Isoliert betrachtet ist die Unterwerfungserklärung in die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld in AGBs wirksam.

D. Änderung des Ergebnisses aufgrund des abstrakten Schuldversprechens

Fraglich ist, ob sich dadurch etwas an der AGB-rechtlichen Wirksamkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld ändert, dass zusätzlich die persönliche Haftung (abstraktes Schuldversprechen⁴³⁰) in Höhe des Grundschuldbetrages übernommen wird und die sofortige Zwangsvollstreckung wegen dieser zusätzlich übernommenen persönlichen Haftung im gesamten Vermögen erklärt wird. Gegenstand einer Inhaltskontrolle sind zwar immer nur einzelne, ganz bestimmte Klauseln, dies bedeutet jedoch nicht, dass die Würdigung derselben unter vollständiger Ausblendung aller anderen Klauseln (oder Individualabreden) zu erfolgen hat. Vielmehr kann eine isoliert betrachtet noch hinnehmbare Klausel durch eine oder mehrere andere Vertragsbestimmungen, die im „inneren Sachzusammenhang“ stehen, derart verstärkt werden, dass der Vertragspartner im Ergebnis unangemessen benachteiligt wird (Summierungs- oder Verstärkungseffekt)⁴³¹. In diesem Fall wären grundsätzlich beide (bzw. alle) sich gegenseitig verstärkenden Klauseln unwirksam⁴³². Es ist aber keine Voraussetzung, dass beide Klauseln für sich genommen wirksam wären. Daher kommt es nicht darauf an, ob eine dieser beiden Klauseln für sich gesehen unwirksam ist⁴³³. Eine vertiefte isolierte Auseinandersetzung zur Wirksamkeit einer formularmäßig abgegebenen persönlichen Haftung (abstraktes Schuldversprechen) ist somit vorliegend nicht erforderlich. Schließlich ist sie isoliert betrachtet im Rahmen dieser Arbeit kein Untersuchungsgegenstand.

Allerdings soll aufgrund des Sachzusammenhanges kurz Stellung genommen werden, ob ein abstraktes Schuldversprechen in den AGB gemäß § 309 Nr. 12 BGB (früher: § 11 Nr. 15 AGBG) unwirksam ist. § 309 Nr. 12 BGB (früher: § 11 Nr. 15 AGBG) verbietet umfassend Beweislastregelungen in AGB, durch die der Verwender die nach Gesetz oder Gerichtspraxis bestehende Beweislastlage zum Nachteil des anderen Vertragsteils verändert⁴³⁴. Die Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens führt dazu, dass ein selbstständiger

⁴³⁰ In diesem Zusammenhang wird teilweise von Schuldversprechen (§ 780 BGB) und teilweise von Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) gesprochen. Diese Unterscheidung wirkt sich jedoch in der Sache nicht aus und ist rein sprachlicher Natur (*Marburger* in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 780-782 Rn 4).

⁴³¹ Allgemeine Meinung; *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, § 307 Rn 116, 155 m. w. N.; siehe auch Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL (bereits zitiert in Fn 392): „Die Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird [...] unter Berücksichtigung [...] aller anderen Klauseln desselben Vertrages [...] von dem die Klausel abhängt [...] beurteilt“ (Hervorhebung vom Verfasser).

⁴³² Verallgemeinerungsfähig insoweit BGH Urt. v. 14.05.2003 – VIII ZR 308/02 – Rn 20 (NJW 2003, 2234, 2235).

⁴³³ BGH Urt. v. 14.05.2003 – VIII ZR 308/02 – Rn 21 (NJW 2003, 2234, 2235); *Coester* in: Staudinger BGB, § 307 Rn 140.

⁴³⁴ *Habersack* in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, § 309 Rn 1.

materieller Schuldgrund geschaffen wird, bei dessen Geltendmachung der Schuldner im Wege der Bereicherungseinrede des § 821 BGB⁴³⁵ das Nichtbestehen oder das Erlöschen seiner Schuld⁴³⁶ bzw. das Fehlen des Eintritts der Voraussetzungen des Sicherungsvertrages⁴³⁷ beweisen muss. Dies führt *insoweit* zu einer ungünstigeren Beweislastverteilung als für das zugrundeliegende Kreditverhältnis⁴³⁸. Es ist daher vertreten worden, dass ein solches abstraktes Schuldversprechen in den AGB aufgrund seiner Beweislastverschiebung unwirksam sein soll⁴³⁹. Demgegenüber weist die ganz h. M. zu Recht darauf hin, dass diese Beweislastverteilung nicht Folge einer unzulässigen Beweislaständerung in den AGB ist, sondern der Beweislastlage aufgrund des vorformulierten abstrakten Schuldversprechens entspricht⁴⁴⁰. Demnach ist ein abstraktes Schuldversprechen in den AGB nicht gemäß § 309 Nr. 12 BGB (früher: § 11 Nr. 15 AGBG) unwirksam.

Hier stellt sich nun die Frage, ob die gewählte Konstruktion (Kumulation von Vollstreckungsunterwerfung und abstraktes Schuldversprechen) den Grundschuldbesteller im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) unangemessen benachteiligt⁴⁴¹.

I. Die Auffassung der Rechtsprechung

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird eine unangemessene Benachteiligung verneint und somit die Wirksamkeit dieser „doppelten“ formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung bejaht⁴⁴².

II. Keine rechtswidrige Übersicherung

Eine unangemessene Benachteiligung könnte sich aus einer rechtswidrigen Übersicherung⁴⁴³ ergeben, sofern eine „doppelte“ formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung dazu führen

⁴³⁵ Zur dogmatischen Einordnung der „Bereicherungseinrede des § 821 BGB“ siehe Fn 697.

⁴³⁶ BGH Urt. v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86 – Rn 24 (BGHZ 99, 274, 284); *Habersack* in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, § 309 Rn 13 m. w. N.

⁴³⁷ *Stürmer*, JZ 1977, 431, 432.

⁴³⁸ BGH Urt. v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86 – Rn 24 (BGHZ 99, 274, 284).

⁴³⁹ Insbesondere *Stürmer*, JZ 1977, 431, 432.

⁴⁴⁰ BGH Urt. v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86 – Rn 24 (BGHZ 99, 274, 284); *Coester-Waltjen* in: Staudinger BGB, § 309 Nr. 12 Rn 5; *Habersack* in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, § 309 Rn 13 jew. m. w. N.

⁴⁴¹ Zur Definition der unangemessenen Benachteiligung siehe bereits oben § 8 C III 2.

⁴⁴² BGH Urt. v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86 – Rn 25 (BGHZ 99, 274, 284 ff); ohne auf die Wirksamkeit einer solchen Klausel eingehend und somit diese unterstellend BGH Urt. v. 22.10.2003 – IV ZR 398/02 (NJW 2004, 59 ff)

⁴⁴³ Zur Problematik der Übersicherung allgemein *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn 2411 ff; und hier ebenso zur Deckungsgrenze in Rn 2420-2430.

würde⁴⁴⁴. In der formularmäßigen Erklärung heißt es, der Schuldner übernehme die persönliche Haftung für eine Geldsumme, deren Höhe sich nach Höhe des Grundschuldbetrages und der vereinbarten Grundschuldzinsen bemisst⁴⁴⁵. Durch diese Bezugnahme auf den Grundschuldbetrag erreicht der Klauselverwender jedenfalls, dass die Höhe des abstrakten Schuldversprechens bestimmt wird, ohne dass die konkrete Nennung nochmals in das Formular eingesetzt zu werden braucht⁴⁴⁶. Einer genaueren Analyse bedarf die Frage, ob durch diese Erklärung eine Verbindung zwischen Grundschuld und Schuldversprechen auch insoweit geschaffen wird, als dass der Gläubiger aus der Urkunde nur einmal den angegebenen Betrag vollstrecken darf⁴⁴⁷. Diese Frage wird erst im Vollstreckungsverfahren relevant. Bis zu diesem Zeitpunkt behält der Schuldner im Gegensatz zu einer Pfandbestellung die volle Verfügungsfreiheit über die dem Vollstreckungszugriff gegebenenfalls ausgesetzten Werte⁴⁴⁸. Was geschieht jedoch, wenn der Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren einen (Teil-)Betrag leistet? Bleibt dann das abstrakte Schuldversprechen in der ursprünglichen Höhe erhalten und kann demzufolge der Gläubiger weiter vollstrecken? Seit⁴⁴⁹ den Entscheidungen des *III. Zivil-*

⁴⁴⁴ In diesem Sinne wird auf *Stürner*, JZ 1977, 431 (z. B. von *Hottenbacher*, BWNotZ 1979, 73,75) verwiesen, der diese doppelte formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung gerade wegen dieser möglichen rechtswidrigen Übersicherung für höchst fragwürdig erachtet. In der einschlägigen Passage von *Stürner* heißt es wörtlich: „Die Umverteilung von Risiken und Lasten mag für die dingliche Haftung angehen, die nur den Zugriff auf das Grundstück gestattet, auf dem vielfach das Gebäude als Darlehensgegenwert steht. Wird aber neben dem Grundstück das *gesamte* Vermögen der Vollstreckung unterworfen, so liefert sich der Darlehensnehmer dem Zugriff des Gläubigers in einer umfassenden Weise aus, die mit dem gesetzlichen Leitbild – Rechtsstreit vor Vollstreckung – *nicht* harmonisiert [...]“ (Hervorhebungen jeweils im Original). Der Verfasser bezweifelt, dass *Stürner* davon ausgeht, dass ein Fall der rechtswidrigen Übersicherung vorliegt. *Stürner* sagt, dass sich der Schuldner der Vollstreckung in sein *gesamtes* Vermögen unterwirft. Dies bedeutet jedoch nur, dass dieser Titel (Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) im Sinne der allgemeinen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen die Funktion „Titel“ übernimmt und die Vollstreckung auch in das restliche Vermögen des Schuldners ermöglicht. Zum einen wird hier die allgemeine Vorschrift des § 803 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht außer Kraft gesetzt, zum anderen besitzt dieser Titel keinen materiell-rechtlichen Charakter wie bspw. das Pfandrecht nach §§ 1204 Abs. 1, 1228 Abs. 1 BGB. Die Frage in welcher Höhe nun der Gläubiger vollstrecken darf, scheint *Stürner* nicht aufgegriffen zu haben. *Stürner* scheint sich nur mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein solcher Titel gegen den seiner Ansicht nach bestehenden Grundsatz „Rechtsstreit vor Vollstreckung“ verstößt. Nichtsdestoweniger stellt sich die Frage, in welcher Höhe vollstreckt werden darf und ob ein Fall der rechtswidrigen Übersicherung vorliegt.

⁴⁴⁵ Diese Formulierung ist die heute übliche Formulierung, vgl. etwa Nr. IV des Formulars einer Grundschuldbestellungsurkunde des Bank-Verlages Köln, in Nr. 3 des Formulars einer Grundschuldbestellungsurkunde des Deutschen Sparkassenverlages und in Nr. 1.1 des Formulars einer Grundschuldbestellungsurkunde des DG Verlages (abgedruckt als Anhang bei *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, S. 447 ff).

⁴⁴⁶ BGH Urt. v. 2.10.1990 – XI ZR 306/89 – Rn 18 (WM 1990, 1927, 1928).

⁴⁴⁷ So BGH Urt. v. 3.12.1987 – III ZR 261/86 (NJW 1988, 707 f); BGH Urt. v. 2.10.1990 – XI ZR 306/89 – Rn 19 (WM 1990, 1927, 1928); BGH Urt. v. 10.12.1991 – XI ZR 48/91 – Rn 8 (ZIP 1992, 104, 105); *Hottenbacher*, BWNotZ1979, 73, 75.

⁴⁴⁸ *Hottenbacher*, BWNotZ1979, 73, 75.

⁴⁴⁹ Bejaht wurde diese Frage – wenngleich ausdrücklich nur fallbezogen – noch in BGH Urt. v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86 – Rn 18 (NJW 1987, 904, 905f); zum damaligen Streitstand vgl. die Nachweise in BGH Urt. v. 3.12.1987 – III ZR 261/86 – Rn 18 (NJW 1988, 707 f).

senates des Bundesgerichtshofes vom 17.04.1986⁴⁵⁰ und vom 3.12.1987⁴⁵¹ scheint diese Frage geklärt zu sein. Die Wirkungen einer Zahlung sollen sich nicht auf die Grundsuld beschränken, sondern sollen darüber hinaus auch das abstrakte Schuldversprechen ergreifen. Aufgrund des Trennungs- und Abstraktionsprinzips darf jedoch bei der Beantwortung dieser Frage nicht darauf abgestellt werden, dass der Rechtsgrund möglicherweise für das abstrakte Schuldversprechen nicht in dem Grundsuldanspruch selbst zu finden sei, sondern in dem Darlehensrückzahlungsanspruch der Bank⁴⁵². Es ist vielmehr auf die Auslegung des Haftungsumfangs derjenigen Urkunde abzustellen, in der sowohl die Grundsuld als auch das abstrakte Schuldversprechen erfolgt. Unstreitig sind die Grundsuld und das abstrakte Schuldversprechen von ihrem Bestand her voneinander unabhängig, so dass z. B. das abstrakte Schuldversprechen auch dann wirksam zustande kommt, wenn in der Grundsuldbestellung irgendwelche Mängel vorhanden sind. Die beiden Sicherheiten stehen jedoch nicht kumulativ sondern nur alternativ zur Verfügung. Der Schuldner darf davon ausgehen, dass seine Haftung für die Grundsuldsumme nur gegenständlich über das belastete Grundstück hinaus auf sein gesamtes Vermögen erweitert wird, jedoch nicht betragsgemäß verdoppelt wird⁴⁵³. Hiervon darf der Schuldner auch im Hinblick auf § 305 Abs. 2 BGB, wonach Zweifel bei der Auslegung von AGBs zu Lasten des Verwenders gehen, ausgehen. Eine Übersicherung ist demnach nicht gegeben, so dass eine unangemessene Benachteiligung unter diesem Gesichtspunkt ausscheidet.

III. Zwischenergebnis zu § 8 D

Eine Änderung der AGB-rechtlichen Wirksamkeit der formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung aus der Grundsuld tritt, aufgrund der zusätzlich in Höhe des Grundsuldbetrages übernommenen persönlichen Haftung (abstraktes Schuldversprechen) und der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, wegen dieser zusätzlich übernommenen persönlichen Haftung in das gesamte Vermögen nicht ein⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ BGH Urt. v. 17.04.1986 – III ZR 246/84 – Rn 24 (NJW-RR 1987, 59).

⁴⁵¹ BGH Urt. v. 3.12.1987 – III ZR 261/86 – Rn 18 (NJW 1988, 707 f).

⁴⁵² So aber BGH Urt. v. 10.12.1991 – XI ZR 48/91 – Rn 8 (ZIP 1992, 104, 105); BGH Urt. v. 2.10.1990 – XI ZR 306/89 – Rn 19 (WM 1990, 1927, 1929).

⁴⁵³ Dies ist heute allgemeine Meinung; BGH Urt. v. 28.03.2000 - XI ZR 184/99 – Rn 13 (WM 2000, 1058, 1059); BGH Urt. v. 3.12.1987 – III ZR 261/86 – Rn 18 (NJW 1988, 707 f); *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 1191 ff Rn 194; *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rn 389 m. w. N.

⁴⁵⁴ Dieses Ergebnis wird in Fällen von Personendivergenz zwischen Grundstückseigentümer und persönlichem Schuldner nicht haltbar sein. Auf diesem Umweg würde nämlich der Grundstückseigentümer als bloßer Sicherungssteller, der auch nur beschränkt mit der gestellten Sicherheit haften soll, quasi gleich dem persönlichen Schuldner gestellt. Er müsste nun die Vollstreckung in sein gesamtes Vermögen dulden (BGH Urt. v. 18.05.1995

E. Ergebnis zu § 8

Eine in der notariellen Urkunde formulargemäß erklärte Unterwerfungserklärung, bei frei abtretbarer Kreditforderung und/oder Grundschuld an Dritte und mithin auch an Investoren, ist nicht gemäß §§ 305 ff BGB (früher: §§ 1 ff AGBG) unwirksam.

§ 9 Bezieht sich die formularmäßige Unterwerfungserklärung gemäß § 305 c Abs. 2 BGB (bzw. nach §§ 133, 157 BGB) nur auf treuhänderisch gebundene Sicherungsgrundschulden?

Aufgrund der Feststellung, dass die formulargemäß erklärte Unterwerfungserklärung wirksam ist, stellt sich eine weitere Problematik. Im Falle der Anwendung der AGB Vorschriften gehen nach § 305c Abs. 2 BGB Zweifel bei der Auslegung von AGBs zu Lasten des Verwenders. Denkbar wäre, dass die formulargemäß erklärte Unterwerfungserklärung zugunsten des Schuldners nach § 305c Abs. 2 BGB (früher: § 5 AGBG und im Falle der Nicht-Anwendung von AGB Vorschriften nach §§ 133, 157 BGB) dahingehend auszulegen ist, dass sich diese nur auf eine treuhänderisch gebundene Sicherungsgrundschuld erstreckt⁴⁵⁵.

Eingehend gilt zu präzisieren, dass diese Problematik auch nicht der unter § 7 erörterten Frage widerspricht. In § 7 ging es darum, ob der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld auch das Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung erwirbt. Es ging also *abstrakt* um die Frage, ob ein Zessionar vom Zedenten einer Sicherungsgrundschuld auch die mit dieser Sicherungsgrundschuld verbundene Vollstreckungsunterwerfung erwirbt. Hier hingegen geht es ganz *konkret* darum, ob die Vollstreckungsunterwerfung sich auch auf nicht treuhänderisch gebundene Sicherungsgrundschulden erstreckt. Bejaht man dies, erwirbt der Zessionar die Vollstreckungs-

– IX ZR 108/94 – LS 1 (NJW 1995, 2553, 2553) noch zu § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGBG (heute: § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB) für den Fall einer Bürgschaft für einen betragsmäßig limitierten Kontokorrentkredit, bei dem die Bürgenhaftung über das Kreditlimit hinaus erweitert wird; BGH Urt. v. 05.03.1991 – XI ZR 75/90 – LS 1 (NJW 1991, 1677, 1677); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 45 Rn 15; *Wenzel* in: Erman BGB, § 1191 Rn 111; *Westermann*, Sachenrecht, Rn 605).

⁴⁵⁵ *Herrler*, BB 2010, 1931, 1932 Fn 12 merkt an, dass ein Auslegungsergebnis wonach die Vollstreckungsunterwerfung unter der auflösenden Bedingung der Abtretung des titulierten Anspruchs stehe, nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen sei. Dieses Ergebnis wird – soweit ersichtlich – in dieser Form von niemandem vertreten.

unterwerfung unter Zugrundelegung des unter § 7 C gefundenen Ergebnisses. Verneint man dies, kann der Zessionar die Vollstreckungsunterwerfung auch nicht erwerben.

Bejaht man nun im Ergebnis diese Frage und bedenkt man, dass der Zessionar die Grundschuld frei von jeglicher Bindung an den Sicherungsvertrag zwischen Zedenten und Schuldner erwirbt, so könnte sich daraus die Folge ergeben, dass der Zessionar nunmehr in den Sicherungsvertrag eintreten muss, um Rechtsnachfolger in der Vollstreckungsunterwerfung zu werden. Dieser Eintritt in den Sicherungsvertrag wäre nötig, da sich die Unterwerfungserklärung, in vorliegender Unterstellung, nur auf treuhänderisch gebundene Sicherungsgrundschulden erstrecken würde. Unter Umständen müsste dieser Eintritt sogar nach § 727 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 795, 797 Abs. 2 ZPO durch öffentlich oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Könnte der Zessionar diesen Nachweis nicht durch öffentlich oder öffentlich beglaubigte Urkunden vorbringen, oder würde dies im Klauselerteilungsverfahren nicht unstrittig werden bzw. trete dies nicht nachweislich ein, so müsste der Zessionar sogar auf Klauselerteilung nach § 731 in Verbindung mit §§ 795, 797 Abs. 2 ZPO klagen. Einer Vertiefung dieser Fragen bedarf es hingegen nur, wenn die noch zu erfolgende Auslegung der formularmäßigen Unterwerfungserklärung zu dem Ergebnis führen sollte, dass nur sicherungsvertraglich gebundene Grundschuldansprüche umfasst sind (hierzu unten § 9 D).

A. Stand der Rechtsprechung

I. Das aufsehenerregende Versäumnisurteil des XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 30.03.2010

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hatte in seinem aufsehenerregenden Versäumnisurteil vom 30.03.2010⁴⁵⁶, wengleich *obiter dictum*⁴⁵⁷, entschieden, dass bei der „kunden-

⁴⁵⁶ BGH VU v. 30.03.2010 – XI ZR 200/09 (BGHZ 185, 133 ff).

⁴⁵⁷ „Der XI. Zivilsenat hatte über eine Gestaltungsklage in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO u.a. darüber zu entscheiden, ob eine formularmäßige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung des Kreditschuldners in einem Vertrag über die Bestellung einer Grundschuld für eine Bank der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG Stand hält. Er hat für diese Prüfung die "kundenfeindlichste" Auslegung zugrunde gelegt, wonach die Vollstreckungsunterwerfung für sämtliche Grundschuldansprüche unabhängig von deren Bindung an den Sicherungszweck erfolgt ist, und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Unterwerfungserklärung den Schuldner nicht unangemessen benachteilige. Er hat deshalb die Abweisung der in analoger Anwendung des § 767 ZPO erhobenen Gestaltungsklage (teilweise) bestätigt. Die weiteren Erwägungen zur "kundenfreundlichsten" Auslegung und zur Berücksichtigung des Eintritts in die Sicherungsvereinbarung im Klauselerteilungsverfahren waren für die Entscheidung des XI. Zivilsenates, die Revision zurückzuweisen, ohne Bedeutung.“ (BGH 29.06.2011 – VII ZB

freundlichsten“ Auslegung die formularmäßige Unterwerfungserklärung dahingehend zu verstehen sei, dass nur Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld tituliert seien. Drei Argumente führt er hierzu auf: Zum einen entspräche die zeitgleiche Abgabe der Unterwerfungserklärung, anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld, dieser vom *Bundesgerichtshof* vertretenen „kundenfreundlichsten“ Auslegung. Zum anderen begründe der bei der Bestellung der Sicherungsgrundschuld zustande gekommene Sicherungsvertrag ein Treuhandverhältnis. Dies sei unweigerlich. Der Grundschuldgläubiger erhalte nach außen immer eine überschießende Rechtsmacht⁴⁵⁸. Schlussendlich seien die aus dem materiellen Recht resultierenden rechtlichen Nachteile zu berücksichtigen, die für den Schuldner entstünden, falls sich die Unterwerfungserklärung auch auf Grundschuldansprüche aus einer nicht treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld bezieht. Hierzu führt der *XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes* insbesondere auf, dass der Zessionar die Sicherungsgrundschuld in aller Regel frei von allen Einwendungen und Einreden aus dem Sicherungsvertrag zwischen dem Zedenten und dem Schuldner erwirbt. Zudem könne sich der Schuldner somit in aller Regel dann auch nicht gegen die Zwangsvollstreckung durch den Zessionar wehren. Folge dieses Verständnisses der Vollstreckungsunterwerfung ist demzufolge die Notwendigkeit für den Zessionar, in den Sicherungsvertrag einzutreten, wenn dieser aus der Sicherungsgrundschuld vollstrecken möchte. Diesen Eintritt müsste er darüber hinaus nach Maßgaben des § 727 Abs. 1 ZPO durch öffentlich oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen.

II. Das Urteil des V. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 03.12.2000

Dem XI. Zivilsenat folgte der V. Zivilsenat des *Bundesgerichtshofes* in seinem Urteil vom 03.12.2010⁴⁵⁹ ohne nähere Begründung. Auch für diesen sind formularmäßige Unterwerfungserklärungen dahingehend zu verstehen, dass hiermit nur Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld tituliert seien. Dabei macht sich der V. Zivilsenat des *Bundesgerichtshofes* die Argumentation des XI. Zivilsenates komplett zu Eigen und verweist hierauf *in toto*.

89/10 – Rn 31 (BGHZ 190, 172, 185)). Wenngleich diese Entscheidung nur *obiter dictum* war, musste die Praxis trotzdem darauf reagieren, da nicht vorherzusehen war, ob der BGH diese Trendlinie dann offiziell übernehmen würde.

⁴⁵⁸ Hierzu oben § 7 B III.

⁴⁵⁹ BGH Urt. v. 03.12.2010 – V ZR 200/09 (BKR 2011, 291-293).

III. Der Beschluss des VII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 29.06.2011

Nachdem die Entscheidung des XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes im Schrifttum auf erhebliche Kritik gestoßen ist⁴⁶⁰, distanzierte sich der für Rechtsbehelfe in allgemeinen Zwangsvollstreckungssachen originär zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes von dieser Rechtsprechung in seinem Beschluss vom 29.06.2011⁴⁶¹. Rechtsnachfolger in die Gläubigerstellung der Grundschuld im Sinne des § 727 Abs. 1 ZPO werde im Falle rechtsgeschäftlicher Rechtsnachfolge derjenige, dem die Grundschuld abgetreten worden sei. Für die Auffassung des XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes, die Rechtsnachfolge in die Unterwerfungserklärung hänge vom Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag ab, fehle jedwede Grundlage. Es bestehe kein schutzwürdiges Bedürfnis des Schuldners, die sicherungsvertragliche Bindung auf die Unterwerfungserklärung auszudehnen. Vielmehr sei die Frage, ob der Zessionar in die Sicherungsvereinbarung eingetreten sei, eine materiell-rechtliche Vollstreckungsbedingung. Schließlich sei die Vollstreckung von der Bedingung eines Eintritts des Zessionars in die Sicherungsvereinbarung abhängig. Aufgrund der Formalisierung der Zwangsvollstreckung sei es jedoch dem klauselerteilenden Notar nach §§ 797 Abs. 2, 795, 726 Abs. 1 ZPO verwehrt zu prüfen, ob diese Vollstreckungsbedingung eingetreten ist. Lediglich in den Fällen, in denen eine solche Vollstreckungsbedingung ihren Niederschlag im Wortlaut des Titels gefunden hat oder sich in anderer Weise aus dem Titel selbst ergibt, muss der Notar diese Bedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO beachten. Schlussendlich werde der Schuldner durch diese Entscheidung auch nicht schutzlos, es stehe ihm nämlich ohne Einschränkungen die Klage gegen die Vollstreckungsklausel nach § 768 ZPO zur Verfügung.

IV. Das Urteil des V. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 11.05.2012

Diese sehr begrüßte Entscheidung des VII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes konnte die erhoffte Rechtssicherheit indes nicht erwirken. Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes legt weiterhin in seinem Urteil vom 11.05.2012⁴⁶² die Auffassung zugrunde, dass für den Übergang der Rechte aus einer Vollstreckungsunterwerfung auf den Zessionar einer Grundschuld, der Eintritt in den Sicherungsvertrag erforderlich ist. Hierbei beruft er sich sowohl auf den

⁴⁶⁰ In *juris* finden sich mehr als 50 überwiegend ablehnende Literaturnachweise. Beispielshaft seien aufgeführt: *Bork*, WM 2010, 2057, 2061; *Dieckmann*, BWNNotZ 2011, 42, 59; *Everts*, NJW 2011, 567, 568 f.; *Herrler*, BB 2010, 1931, 1934; *Kessler*, WM 2011, 486, 487; *Skauradszun*, JURA 2011, 128, 130; *Sommer*, RNotZ 2010, 378, 381 f.; *Stürmer*, JZ 2010, 774, 776; *Vollmer*, MittBayNot 2010, 378, 383; *Wolfer*, GWR 2010, 278.

⁴⁶¹ BGH Beschl. v. 29.06.2011 – VII ZB 89/10 (BGHZ 190, 172 ff), zuletzt bestätigt durch BGH Beschl. v. 27.10.2011 – VII ZB 100/19 (ZfIR 2011, 898).

⁴⁶² BGH Urt. v. 11.05.2012 – V ZR 237/11 (NJW 2012, 2354 ff).

XI. Zivilsenat in dem bereits zitierten aufsehenerregenden Versäumnisurteil vom 30.03.2010 als auch – vollkommen zu Unrecht – auf den Beschluss des VII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 29.06.2011⁴⁶³. Diese aus der Praxis stammende Entscheidung des *Bundesgerichtshofes* trennt folgende rechtsdogmatische Fragen nicht explizit. Zum einen, ob der Zessionar mit einer Sicherungsgrundschuld auch das Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung erwirbt, und zum anderen, ob sich die Vollstreckungsunterwerfung auch auf nicht treuhänderisch gebundene Sicherungsgrundschulden erstreckt. Der Passus „[...] die Beklagte ist nicht nur [...] Rechtsnachfolger der Grundschuldgläubigerin. Sie ist auch in die Sicherungsvereinbarungen für die Grundschulden "eingetreten"“ könnte den Schluss nahe legen, dass der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes es, wie Reifner⁴⁶⁴, für möglich hält, die Grundschuld und die Vollstreckungsunterwerfung voneinander zu trennen. An dieser Stelle ist es nicht erforderlich diesen Gedankengang zu vertiefen. Wichtig für die hiesigen Zwecke, ist es festzuhalten, dass der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes nach wie vor, als Voraussetzung für die Rechtsnachfolge im Sinne des § 727 Abs. 1 ZPO in die formulargemäße Vollstreckungsunterwerfung, einen „Eintritt“ des Zessionars in den Sicherungsvertrag für nötig hält⁴⁶⁵.

B. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Rechtsprechung des

XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes im Versäumnisurteil vom 30.03.2010

I. Kritik an der Rechtsprechung des XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes im Versäumnisurteil vom 30.03.2010

In der Literatur wurde die Auslegung, wonach sich die formularmäßige Unterwerfungserklärung nur auf Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstrecke, im Lichte des Risikobegrenzungsgesetzes und dessen Überleitungsvorschrift in Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB für nicht überzeugend gehalten⁴⁶⁶. Durch den neu eingefüg-

⁴⁶³ Der V. Zivilsenat des BGH scheint in dieser zitierten Entscheidung tatsächlich vom Gleichlauf der Rechtsprechung des XI. und des VII. Zivilsenates des BGH auszugehen. Jedenfalls zieht er (vielleicht deswegen) in keinem Wort die Einleitung eines Vorlageverfahrens nach § 132 Abs. 2 bis Abs. 4 GVG an den Großen Senat für Zivilsachen in Erwägung.

⁴⁶⁴ Hierzu oben § 7 A.

⁴⁶⁵ Für den „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ lässt er dann auch einen Vertrag zu Gunsten Dritter zwischen Zedenten und Zessionar, zu Gunsten des Schuldners, ausreichen. Begründet wird dies damit, dass der Schuldner durch einen Vertrag zu Gunsten Dritter in ausreichendem Maß geschützt sei. Dies ergebe sich daraus, dass der Zessionar die Verpflichtungen des Sicherungsvertrages gegenüber dem Schuldner einzuhalten habe und der Zedent dies ggf. auch gegen den Willen des Schuldners verlangen könne (§§ 333, 335 BGB).

⁴⁶⁶ *Kraayvanger/Günther*, BB 2010, 1499, 1500; *Skauradszun*, JURA 2011, 128, 131; *idem*, MDR 2010, 845, 847, *Sommer*, RNotZ 2010, 378, 383.

ten § 1192 Abs. 1a BGB könne der Schuldner, nach Abtretung der Grundschuld, dem neuen Gläubiger auch Einreden aus dem Sicherungsvertrag mit dem Zedenten entgegen halten, unabhängig ob dieser in den Sicherungsvertrag eintritt oder nicht. Diese Norm fände allerdings, laut gesetzgeberischer Entscheidung, nur auf Neufälle Anwendung. Durch seine einschränkende Klauselauslegung ließe der *XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes* diesen gesetzgeberischen Willen außer Acht⁴⁶⁷. *Stürner* spricht sogar von „gesetzesdurchbrechende[r] Rechtsfortbildung“⁴⁶⁸ und verweist darauf, dass es damals im Gesetzgebungsverfahren schließlich verfassungsrechtliche Erwägungen gewesen seien, die gegen eine zeitliche Rückbeziehung des neu eingefügten § 1192 Abs. 1a BGB auf Altfälle gesprochen haben⁴⁶⁹. Soweit ersichtlich spricht zwar niemand *expressiv verbis* davon, dass die genannte Auslegung der formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung *contra constitutionem* sei, indes ist aber eine sehr deutliche Tendenz der genannten Erwägungen in diese Richtung ersichtlich.

II. Bewertung dieser Kritik

Diese Kritik leidet jedoch an zwei grundlegenden systematischen Defiziten, weshalb sie im Ergebnis nicht durchgreifen kann.

Zum einen geht der *Bundesgerichtshof* in seiner einschränkenden Klauselauslegung auf die Neuregelung des § 1192 Abs. 1a BGB überhaupt nicht ein. Vielmehr versucht der *Bundesgerichtshof* unter Bezugnahme auf die Interessenlage zum Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung den maßgeblichen Parteiwillen zu ermitteln⁴⁷⁰. Innerhalb der möglichen Auslegungsergebnisse wird dann gemäß § 305c Abs. 2 BGB (früher: § 5 AGBG) die „kundenfeindlichste Auslegung“ zugrunde gelegt, die zu dem in Frage stehenden Ergebnis führt. Eine unzulässige echte Rückwirkung⁴⁷¹ ist darin aber nicht zu sehen, da der *Bundesgerichtshof* lediglich versucht, den maßgeblichen Inhalt der Unterwerfungserklärung zu ermitteln und keine rechtlichen Rahmenbedingungen rechtsfortbildend neu definiert⁴⁷².

Zum anderen normiert § 1192 Abs. 1a BGB auf materiell-rechtlicher Ebene, dass dem Zedenten einer Sicherungsgrundschuld auch Einreden aus dem Sicherungsvertrag zwischen Schuld-

⁴⁶⁷ *Kraayvanger/Günther*, BB 2010, 1499, 1500; *Skauradszun*, JURA 2011, 128, 131.

⁴⁶⁸ *Stürner*, JZ 2010, 774, 777.

⁴⁶⁹ Zu den angestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen im Gesetzgebungsverfahren siehe BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 18.

⁴⁷⁰ *Herrler*, BB 2010, 1931, 1934.

⁴⁷¹ Zur Definition vgl. schon oben § 5 B I 1.

⁴⁷² *Bolkart*, DNotZ 2010, 483, 487; *Herrler*, BB 2010, 1931, 1935.

ner und Zessionar entgegen gehalten werden können⁴⁷³. Das Versäumnisurteil des *Bundesgerichtshofes* ist demgegenüber nur der Ansicht, die prozessuale Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erstrecke sich nur auf eine treuhänderisch gebundene Grundschuld. Daraus folge die fehlende Erstreckung der prozessualen Unterwerfungserklärung auf die Grundschuld, sobald diese von dem Sicherungsvertrag losgelöst wird. Daraus ergibt sich, nach Auffassung des *Bundesgerichtshofes*, folgende Situation für den Zessionar, der in einem sog. Altfall vollstrecken will, ohne in den Sicherungsvertrag einzutreten. Der Zessionar benötigt einen Vollstreckungstitel, da sich die Vollstreckungsunterwerfung nach dem genannten Versäumnisurteil hierauf nicht bezieht. Der Vollstreckungstitel wird (ggf. im Urkundenprozess (vgl. § 592 Satz 2 ZPO)) in der Regel ungeachtet etwaiger Einreden zwischen Schuldner und Zedenten erteilt, da der Zessionar in der Regel die Sicherungsgrundschuld nach §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2, 892 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB einredefrei erworben hat⁴⁷⁴. Die Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB kommt nicht zur Anwendung. Die oben genannte Kritik geht auf materiell-rechtlicher Ebene ins Leere.

III. Zwischenergebnis zu § 9 B

Damit ist die vom *Bundesgerichtshof* im Versäumnisurteil vom 30.03.2010 durchgeführte Auslegung der formularmäßigen Unterwerfungserklärung in die sofortige Zwangsvollstreckung aus verfassungsrechtlicher Sicht – im Ergebnis – nicht zu beanstanden. Nach all dem ist die genannte Entscheidung des *Bundesgerichtshofes* „nur“ falsch, nicht aber verfassungswidrig.

C. Auswirkungen und Anwendungsbereich der Rechtsprechung des

XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes im Versäumnisurteil vom 30.03.2010

I. Wen es wirklich trifft

Indem der *Bundesgerichtshof* im Rahmen einer Klauselerteilung nach § 727 Abs. 1 ZPO grundsätzlich vom Zessionar verlangte, er müsse den Eintritt in den Sicherungsvertrag durch öffentlich oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen, war es intendiertes Ziel des *Bundesgerichtshofes*, die Vollstreckung aus titulierten Sicherungsgrundschulden grundsätz-

⁴⁷³ Näheres hierzu unten § 13.

⁴⁷⁴ Bork, WM 2010, 2057, 2058; Freckmann, BKR 2010, 275, 280; Herrler, BB 2010, 1931, 1934; vgl. im Übrigen zum einredefreien Erwerb bereits oben § 3.

lich nach einem Gläubigerwechsel zu erschweren. Dass dabei Schuldnerschutzgesichtspunkte im Vordergrund standen, wurde bereits des Öfteren betont. Dabei nahm der *Bundesgerichtshof* stillschweigend etwaige zusätzliche Belastungen der Zessionare in Kauf. Vermutlich weder intendiert noch durchdacht waren die sich dadurch für die gesamte Kreditwirtschaft zusätzlich ergebenden finanziellen Belastungen. Diese Belastungen würden sich aus der für viele (regionale) Genossenschaftsbanken und Sparkassen nunmehr bestehenden Notwendigkeit ergeben, der Beglaubigung von Sicherungsverträgen „hinterherlaufen“ zu müssen⁴⁷⁵. Freilich gelte dies nur für die in der Vergangenheit durch Abtretung erworbenen Sicherungsgrundschulden und wenn die Genossenschaftsbanken oder Sparkassen ihre Ansprüche nicht klageweise durchsetzen wollen⁴⁷⁶.

II. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der zeitliche Anwendungsbereich dieser Entscheidung wird, obwohl der *Bundesgerichtshof* dies nicht ausdrücklich erwähnt, nach praktisch allgemeiner Meinung auf Altfälle beschränkt⁴⁷⁷. Dabei scheint stets die folgende – überzeugende – Überlegung im Vordergrund zu stehen. Der *Bundesgerichtshof* sagt: „Ein vom Sicherungscharakter der Grundschuld losgelöstes Verständnis der Vollstreckungsunterwerfung ließe zudem außer Acht, dass sich die *Rechtsposition des Schuldners dann erheblich verschlechtert*, wenn die Zwangsvollstreckung von einem *nachfolgenden Grundschuldinhaber* betrieben wird, der – wie hier die Beklagte – *die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht übernommen hat*.“⁴⁷⁸ Dabei stellt der *Bundesgerichtshof* darauf ab, dass der Schuldner nach erfolgter Zession seine Einwendungen und Einreden aus dem Sicherungsvertrag in aller Regel dem Zessionar, wegen des erfolgten gutgläubig einredefreien Erwerbs nach §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2, 892 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB, nicht entgegen halten kann. Dieser Grund entfällt für Neufälle vollständig. Gemäß § 1192 Abs. 1a BGB können die Einreden, die dem Grundstückseigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschuld entge-

⁴⁷⁵ Volmer, MittBayNot 2010, 378, 388.

⁴⁷⁶ Erneut sei auf folgendes hingewiesen: Wenn der Zessionar die Sicherungsgrundschuld gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2, 892 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB gutgläubig einredefrei erworben hat, dann belastet diese Möglichkeit den Schuldner noch zusätzlich mit den Prozesskosten, die dieser dann als unterlegene Partei tragen muss (§ 91 Abs. 1 ZPO).

⁴⁷⁷ Statt aller Herrler, BB 2010, 1931, 1935; soweit ersichtlich sprechen lediglich Kraayvanger/Günther, BB 2010, 1499, 1500 zu Unrecht davon, dass durch diese vom *Bundesgerichtshof* durchgeführte Auslegung „§1192 Abs. 1a BGB seiner praktischen Bedeutung“ beraubt wäre; zur Abgrenzung Alt- und Neufälle siehe oben § 1 D.

⁴⁷⁸ BGH VU v. 30.03.2010 – XI ZR 200/09 – Rn 36 (BGHZ 185, 133, 148 f) (Hervorhebungen vom Verfasser).

engesetzt werden. Dabei findet die Gutgläubensvorschrift des § 1157 Satz 2 BGB jedoch ausdrücklich keine Anwendung. Damit entfällt für Neufälle die Notwendigkeit des vom *Bundesgerichtshof* gewollten Schutzes des Schuldners.

III. Sachlicher Anwendungsbereich

Schwieriger ist die Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs dieser Entscheidung. Problematisch ist, für welche Sicherungsrechte (außer der Sicherungsgrundschuld) der Zessionar den Eintritt in den Sicherungsvertrag nach Maßgabe des § 727 Abs. 1 ZPO, also durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, nachweisen muss bzw. für welche Erwerbsarten (außer der Abtretung) den Erwerber, wenn er direkt aus einem vollstreckbar erklärtem Sicherungsrecht vorgehen will, die gleiche Pflicht trifft⁴⁷⁹. Der Leitgedanke zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs dieser Entscheidung kann, unter Beachtung des vom Bundesgerichtshof geforderten Schuldnerschutzes, nur die Frage sein, in welchen Fällen der Schuldner vor einer nicht durch den Sicherungsvertrag gedeckten Inanspruchnahme seitens des Zessionars geschützt werden muss.

1. Sachlicher Anwendungsbereich in folgenden Fällen eröffnet

Bejaht wird diese Frage – und somit der sachliche Anwendungsbereich dieser Entscheidung gefordert – zum einen, aufgrund der Gefahr eines gutgläubigen forderungsentkleideten Erwerbs nach § 1138 BGB, *bei Hypotheken*⁴⁸⁰. Zum anderen, aufgrund der Möglichkeit eines vorangegangenen gutgläubig einredefreien Erwerbs nach §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2, 892 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB, *bei vorangegangenen Abtretungen und Umschreibungen auf einen früheren Zessionar*, ohne dass damals der „Eintritt“ in den Sicherungsvertrag vom Notar geprüft worden war⁴⁸¹. Im Übrigen auch *im Fall einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge im Wege einer Spaltung nach §§ 123 ff UmwG*, da hier nicht ausgeschlossen werden kann,

⁴⁷⁹ Die Analyse dieser Problematik ist nicht mehr vom Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit umfasst. Ausführungen hierzu werden daher recht kurz gehalten, sollen aber einen Überblick über die Reichweite des Versäumnisurteils geben. Freilich wird auf weiterführende Literatur verwiesen.

⁴⁸⁰ *Herrler*, BB 2010, 1931, 1936; a. A. *Bolkart*, DNotZ 2010, 483, 496, der zwar erkennt, dass der Schutz bei der akzessorischen Hypothek nicht hinter dem der nicht-akzessorischen Grundschuld liegen sollte, jedoch darauf abstellt, dass die Abtretung von Verkehrshypotheken kein Massenphänomen sei. Er weist auch auf die Unzulänglichkeit des Eintritts in den Sicherungsvertrag, um einen etwaig erfolgten gutgläubigen forderungsentkleideten Erwerb zu neutralisieren, hin. Diese Unzulänglichkeit ergebe sich daraus, wenn man bedenke, dass die Rückgewähr der Hypothek gesetzlich fixiert sei und daraus keine „Einrede aus dem Sicherungsvertrag“ resultieren kann. Vielmehr müsste der Zessionar neben den Eintritt in den Sicherungsvertrag noch versprechen, die Verkehrshypothek nur insoweit in Anspruch zu nehmen, wie die ursprünglich gesicherte Forderung besteht.

⁴⁸¹ *Herrler*, BB 2010, 1931, 1936 m. w. N.

dass im Spaltungs- und Übernahmevertrag bzw. im Spaltungsplan, der Sicherungsvertrag nicht dem übernehmenden Rechtsträger zugeordnet wird⁴⁸².

2. Sachlicher Anwendungsbereich in folgenden Fällen nicht eröffnet

Verneint wird diese Frage – und somit der sachliche Anwendungsbereich dieser Entscheidung abgelehnt – zum einen, aufgrund der Schuldnerschutzvorschrift des § 404 BGB, *bei abstrakten Schuldanerkenntnissen*⁴⁸³. Zum anderen, aufgrund der normierten strengen Akzessorietät nach § 1185 Abs. 2 BGB, *bei Sicherungshypotheken*⁴⁸⁴. Zudem, aufgrund des gesetzlichen Übergangs der Rechte und Pflichten des Sicherungsvertrages, *in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge* (im Einzelnen: Erbfolge nach § 1922 BGB und Verschmelzung nach §§ 2 ff UmwG)⁴⁸⁵. Schlussendlich, aufgrund der fehlenden Schutzbedürftigkeit des Schuldners, wenn er die Abtretung selbst initiiert hat, da er in diesem Fall mit dem Zessionar vor der Abtretung etwaige schuldrechtliche Abreden hätte treffen können, *in den Fällen der Neuvaluierung und Umschuldung*⁴⁸⁶.

3. Vertiefung: Die Fälle der Neuvaluierung und Umschuldung

Betrachtet man die Fälle der Neuvaluierung und Umschuldung genauer, so erschließt sich die fehlende Schutzwürdigkeit *eo ipso*.

Im Falle einer Neuvaluierung handelt es sich um einen Fall völliger Neufinanzierung. Das zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordene Darlehen wurde bereits vollständig zurückbezahlt. Zur Sicherung eines vom Zessionar gewährten Kredites wird vom Zedenten auf Initiative des Schuldners diesem die Sicherungsgrundschuld übertragen⁴⁸⁷. Die Sicherungsgrundschuld erhält einen neuen Sicherungszweck, wobei es auch hier in der Hand des Schuldners liegt, auf einen neuen Sicherungsvertrag zwischen Zessionar und ihm hinzuwir-

⁴⁸² Herrler, BB 2010, 1931, 1936; dieser weist darauf hin, dass für die redlichen Beteiligten ohnehin kein Mehraufwand entsteht, da der Spaltungs- und Übernahmevertrag, bzw. der Spaltungsplan, gemäß §§ 125, 6 UmwG ohnehin die in § 727 Abs. 1 ZPO erforderliche Form aufweist.

⁴⁸³ Herrler, BB 2010, 1931, 1936 m. w. N. und Hinweis auf die Gegenauffassung.

⁴⁸⁴ Herrler, BB 2010, 1931, 1936.

⁴⁸⁵ Herrler, BB 2010, 1931, 1936.

⁴⁸⁶ Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 59; Stürner, JZ 2010, 774, 778. Problematisch ist ferner, dass das Klauselorgan der dem Gläubigerwechsel zugrundeliegenden Urkunde kaum je zuverlässig entnehmen kann, ob der Schuldner die Grundschuldabtretung initiiert hat oder nicht. Um diese Frage, die analytisch der Frage des Eintritts des Zessionars in den Sicherungsvertrag vorgelagert ist, zu beantworten, stellt sich die Problematik, ob das Klauselorgan der Beweismittelbeschränkung der §§ 726, 727 ZPO unterworfen ist. Hierzu haben sich diametral entgegengesetzte Auffassungen gebildet (zum Streitstand *DNotI-Gutachten*, DNotI-Report, 2010, 192, 193).

⁴⁸⁷ Bork, WM 2010, 2057, 2061, Fn 42 m. w. N.

ken. Weiter muss in solchen Fällen berücksichtigt werden, dass dann eine Zustimmung der nachrangigen Gläubiger nach §§ 1192 Abs. 1, 1179a Abs. 1 BGB erforderlich ist, wenn die an den Zedenten erfolgten Zahlungen nebst dem Zweck der Tilgung des Darlehens auch auf die Grundsuld getätigt wurden⁴⁸⁸ oder wenn ein Dritter auf die Grundsuld geleistet hat⁴⁸⁹.

Im Fall einer Umschuldung gewährt der Zessionar dem Schuldner hingegen ein Darlehen. Mit diesem Darlehen wird das zum Anlass der Sicherungsgrundsuld gewordene Darlehen abgelöst. Im Zuge der Ablösung wird die Sicherungsgrundsuld rangwährend auf den neuen Kreditgeber (dem Zessionar) vom Zedenten auf Initiative des Schuldners übertragen⁴⁹⁰. Der Sicherungszweck der Sicherungsgrundsuld ändert sich, wobei es in der Hand des Schuldners liegt, auf einen neuen Sicherungsvertrag zwischen Zessionar und ihm hinzuwirken.

In beiden Fällen, sowohl im Fall der Neuvaluierung als auch der Umschuldung, liegt es deziert in den Händen des Schuldners, mit dem Zessionar einen neuen Sicherungsvertrag zu schließen. Ein Eintritt in den alten Sicherungsvertrag zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten, seitens des Zessionars, wäre zwecklos⁴⁹¹. Hier zeigt sich wieder, dass die genannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in seinem Versäumnisurteil vom 30.03.2010 schließlich die Fallkonstellationen als schutzwürdig betrachtet, in denen dem Grundstückseigentümer ein neuer Grundschuldgläubiger „aufgedrängt“ wird.

IV. Zwischenergebnis zu § 9 C

Allein diese kurze Übersicht zeigt, dass es äußerst kompliziert sein kann zu bestimmen, wann die Anforderungen des Bundesgerichtshofes in seinem Versäumnisurteil vom 30.03.2010 eingehalten werden müssen und wann nicht. Insgesamt scheint dieses Urteil mehr Fragen als Klarheiten aufgeworfen zu haben.

⁴⁸⁸ Dies wird, wie unter Fn 188 gezeigt, eher selten der Fall sein.

⁴⁸⁹ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1179a Rn 75, 77.

⁴⁹⁰ *Bork*, WM 2010, 2057, 2061.

⁴⁹¹ Erfolgt jedoch nach der Umschuldung- oder Neuvaluierung eine Abtretung, stellt sich erneut die Frage der Schutzwürdigkeit des Schuldners.

D. Auslegung der formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung

I. Wortlautauslegung

Nach dem Wortlaut der formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung unterwirft sich der Schuldner wegen des Grundschuldkapitals nebst Zinsen (und ggf. weiteren Nebenleistungen) der sofortigen Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück. Der Wortlaut macht insofern keine Einschränkung, ob die Ansprüche sicherungsvertraglich gebunden sind oder nicht⁴⁹².

II. Die formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung im Lichte der Nichtakzessorietät der Grundschuld

Doch selbst wenn man, entgegen dem eindeutigen Wortlaut, die behauptete Mehrdeutigkeit der Unterwerfungserklärung hinnimmt, stellt sich die Frage, ob die Auslegung, wonach nur sicherungsvertraglich gebundene Grundschulden titulierte seien, mit dem Verständnis der Grundschuld als nicht akzessorisches Recht vereinbar ist. So geht die herrschende Meinung⁴⁹³ davon aus, dass eine Eintragung der Grundschuld im Grundbuch als „Sicherungsgrundschuld“ unzulässig ist. Dies wird damit begründet, dass die Widmung der Grundschuld als Sicherungsrecht nicht Inhalt des dinglichen Rechts werde und somit nicht dargetan sei, warum ausgerechnet bei der Auslegung der Unterwerfungserklärung hiervon abgewichen werden müsste⁴⁹⁴. Zu analysieren bleibt freilich, ob diese Argumentationslinie in sich schlüssig ist.

1. Meinungsstand zur Eintragungsfähigkeit als „Sicherungsgrundschuld“

Wie bereits erwähnt ist nach herrschender Meinung die Eintragung im Grundbuch als „Sicherungsgrundschuld“ nicht zulässig. Die herrschende Meinung begründet dies überwiegend mit einem Verstoß gegen den Typenzwang des Sachenrechts bei Eintragung der Grundschuld als „Sicherungsgrundschuld“. Weiterhin ginge der nicht akzessorische Charakter der Grundschuld bei Eintragung als „Sicherungsgrundschuld“ verloren⁴⁹⁵.

⁴⁹² Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 57.

⁴⁹³ BGH Urt. v. 30.04.1985 – X ZR 34/84 – unter 3b der Gründe (NJW 1986, 53, 54); Bassenge in: Palandt BGB, § 1191 Rn 13; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rn 141.

⁴⁹⁴ Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 58.

⁴⁹⁵ Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 58. Dieckmann spricht in diesem Zusammenhang vom abstrakten Charakter der Grundschuld. Bereits oben § 1 B III wurde jedoch gezeigt, dass dies eine Frage der Nichtakzessorietät und nicht der Abstraktion ist.

Die Gegenauffassung⁴⁹⁶ weist darauf hin, dass die Sicherungsgrundschuld als Rechtstyp zwischenzeitlich unstreitig anerkannt ist, und zieht eine Parallele zu § 1157 BGB. Aus dieser Norm ergebe sich eine dingliche Beschränkung der Geltendmachung des Grundpfandrechts. Wenn die herrschende Meinung somit nachträglich erwachsende „konkrete Einreden“ aus dem „einredebe gründenden Rechtsverhältnis“ (d. h. dem Sicherungsvertrag) als eintragungsfähig ansieht, während das einredebe gründende Rechtsverhältnis als solches nicht eintragungsfähig sein soll, so wird diese Unterscheidung als nicht sachlich gerechtfertigt betrachtet, zumal die Nichtvalutierung der Grundschuld nach weit überwiegender Meinung wiederum eintragbar sein soll.

2. Die Sicherungsgrundschuld dinglich als „normale“ Grundschuld

In der Tat wäre es zumindest nicht unproblematisch mit dem Typenzwang des Sachenrechts⁴⁹⁷ vereinbar, eine neue selbstständige dingliche Rechtsfigur der „Sicherungsgrundschuld“ einzuführen.

Als erstes ist in diesem Zusammenhang nach der Rechtsnatur der Sicherungsgrundschuld gefragt. Anders als die Sicherungshypothek nach § 1184 Abs. 1 BGB, die *ipso iure* ein besonderes Rechtsinstitut, namentlich eine Unterart der Hypothek, darstellt⁴⁹⁸, ist die Sicherungsgrundschuld nichts anderes als das dingliche Recht Grundschuld, das nach Maßgaben eines schuldrechtlichen Vertrages (dem Sicherungsvertrag) zur Sicherung bestimmter Ansprüche dienen soll⁴⁹⁹.

Ist die Sicherungsgrundschuld trotz schuldrechtlicher Zweckbindung ein nicht akzessorisches Sicherungsrecht, stellt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich der §§ 1192 Abs. 1, 1157 BGB⁵⁰⁰. Betrachten wir vorerst die jeweils einleitenden Normen zur Grundschuld (§ 1191 Abs. 1 BGB) im Gegensatz zur Hypothek (§ 1113 Abs. 1 BGB). Es fällt auf, dass § 1191 Abs. 1 BGB ausdrücklich davon spricht, dass die Grundschuld keine Forderung voraussetzt, während in § 1113 Abs. 1 BGB davon die Rede ist, dass die Hypothek gerade eine

⁴⁹⁶ Eickmann in: MüKo BGB, § 1191 Rn 83 m. w. N.

⁴⁹⁷ Freilich kann der „*numerus clausus* des Sachenrechts“ bzw. der „Typenzwang des Sachenrechts“ nicht als allgemein unstreitig geltender Grundsatz des Sachenrechts angesehen werden. So spricht z. B. Westermann in: Westermann BGB Sachenrecht, § 2 Rn 17 von „Abschwächungen des *numerus clausus*“ sowohl im Mobilien- als auch im Immobiliensachenrecht, während Wieling, Sachenrecht, § 1 II 3e die Auffassung des *numerus clausus* der dinglichen Rechte im Bereich der beweglichen Sachen nach dem BGB für unhaltbar hält.

⁴⁹⁸ Wolfsteiner in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 1113 ff Rn 11 ff.

⁴⁹⁹ Wolfsteiner in: Staudinger (2002) BGB, Vorb. zu §§ 1191 ff Rn 19 ebenso in: Staudinger (2009) BGB, § 1192 Rn 35; Wilhelm, Sachenrecht, Rn 1733.

⁵⁰⁰ Zur Anwendbarkeit des § 1157 auf Grundschulden vgl. bereits Fn 192.

dem Gläubiger zustehende Forderung sichern will. Will man diese gesetzlich normierte grundsätzliche Unterscheidung, nachdem eine Grundschuld ein nicht akzessorisches Sicherungsmittel und die Hypothek ein akzessorisches Sicherungsmittel darstellen, nicht gänzlich aufgeben, so muss sichergestellt werden, dass durch die Anwendung des § 1157 im Grundschuldrecht eine Grundschuld nicht zu einer heimlichen Hypothek wird⁵⁰¹. Bei der Beantwortung der Frage nach dem Anwendungsbereich der §§ 1192 Abs. 1, 1157 BGB ist somit nach einem Lösungsweg gefragt, der zu einem Mittelweg führt⁵⁰².

Unter einer Einrede im Sinne des § 1157 BGB versteht das Gesetz stets solche Tatbestände, die zu einer Reduzierung des sachlichen Umfangs des Grundpfandrechts führen⁵⁰³. Aus dem Satz 2 des § 1157 BGB ergibt sich ferner ihre Eintragungsfähigkeit. Demnach fallen unter § 1157 BGB keine Tatsachen, die nicht Inhalt einer Grundschuld sein können. Eine solche Tatsache wäre insbesondere die dem § 1191 Abs. 1, 2. HS BGB widersprechende Vereinbarung, wonach die Grundschuld eine Forderung voraussetze⁵⁰⁴.

Mithin war die Eintragung einer Grundschuld als „Sicherungsgrundschuld“ nach richtiger herrschender Meinung nicht zulässig. Richtig ist weiterhin, dass die „Sicherungsgrundschuld“, die ihrer Rechtsnatur nach eine echte Grundschuld bleibt, ihrer Abstraktion dadurch weitestgehend entkleidet wird, dass sie jeglicher Einreden aus Schuldverhältnissen ausgesetzt wird⁵⁰⁵.

3. Zwischenergebnis zu § 9 D II

Berührt aber die schuldrechtliche Zweckbindung der Grundschuld über den Sicherungsvertrag nicht den dinglichen Inhalt der Grundschuld selbst, ist nicht dargetan (und auch nicht ersichtlich), warum ausgerechnet bei der Auslegung der Unterwerfungserklärung hiervon abgewichen werden sollte⁵⁰⁶. Freilich gilt etwas anderes, wenn der Schuldner ausdrücklich etwas anderes bestimmt, was jedoch – wie gesehen⁵⁰⁷ – bislang (noch) nicht geschieht⁵⁰⁸.

⁵⁰¹ Diese Erkenntnis wurde bereits oben in § 3 B angesprochen.

⁵⁰² Wolfsteiner in: Staudinger BGB, § 1157 Rn 22.

⁵⁰³ Wolfsteiner in: Staudinger BGB, § 1157 Rn 23; Wilhelm, Sachenrecht, Rn 1650, 1769.

⁵⁰⁴ Wolfsteiner in: Staudinger BGB, § 1157 Rn 23; Baden, JuS 1977, 75.

⁵⁰⁵ Wolfsteiner in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 35; Wolfsteiner spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die Grundschuld dadurch, dass sie jeglicher Einreden aus dem Schuldverhältnis ausgesetzt ist, ihrer Abstraktion weitestgehend entkleidet wird. Bereits oben § 1 B III wurde jedoch gezeigt, dass dies eine Frage der Nichtakzessorietät und nicht der Abstraktion ist.

⁵⁰⁶ Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 58.

⁵⁰⁷ Hierzu oben § 7 B IV 4 b.

⁵⁰⁸ Insoweit die Empfehlung unten § 17, 1. Aufzählungszeichen.

III. Zwischenergebnis zu § 9 D

Die formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung bezieht sich nicht nur auf treuhänderisch gebundene Grundschulden.

E. Ergebnis zu § 9

Die Auslegung der formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung hat zu dem Ergebnis geführt, dass sich diese nicht nur auf treuhänderisch gebundene Grundschulden bezieht. Ein Zessionar, der eine Grundschuld gutgläubig einredefrei erwirbt, erwirbt auch den Vollstreckungstitel, der sich auf die *nicht* sicherungsvertraglich gebundene Grundschuld bezieht^{509,510}. Anzumerken bleibt noch, dass dieses Ergebnis den neuen Grundschuldgläubiger nicht davon entbindet, eine mit einer Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung des Titels (vollstreckbare Ausfertigung, §§ 797 Abs. 2, 795 Satz 1, 724 Abs. 1 ZPO) zu beantragen. Diese wird er jedoch unter Berücksichtigung des gefundenen Ergebnisses – entgegen der Auffassung des *XI. Zivilsenats* des BGH⁵¹¹ – ohne den Nachweis des „Eintritts in den Sicherungsvertrag“ erhalten⁵¹².

⁵⁰⁹ In Fällen von Personendivergenz zwischen Grundstückseigentümer und persönlichem Schuldner als Sicherungsgeber hat sich diese Problematik auch nach der Rechtsprechung des *XI. Zivilsenates des BGH* im genannten Versäumnisurteil vom 30.03.2010 nicht gestellt. Es besteht in diesen Fällen kein Sicherungsvertrag zwischen Grundstückseigentümer und Zedent, so dass ein Eintritt in denselben überhaupt nicht möglich ist (*Kessler*, WM 2011, 486, 492 f).

⁵¹⁰ Damit gibt es keine (hybride) Vollstreckungsvoraussetzung des „Eintritts in den Sicherungsvertrag“. § 795 Satz 1 ZPO in Verbindung mit §§ 726, 727 ZPO finden somit keine Anwendung. Die oben erwähnte Auslegung des *XI. Zivilsenates des BGH* (dem folgend der *V. Zivilsenat des BGH*), wonach bei der „kundenfreundlichsten“ Auslegung die formularmäßige Unterwerfungserklärung dahingehend zu verstehen sei, dass nur Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld tituliert seien, mit der Folge dass der Zessionar in den Sicherungsvertrag eintreten muss, um Rechtsnachfolger in der Vollstreckungsunterwerfung zu werden und dies nach Maßgaben des § 727 Abs. 1 ZPO nachweisen muss, ist demnach abzulehnen.

Ebenso ist die Auslegung des *VII. Zivilsenates* des BGH in seinem bereits erwähnten Beschluss (BGH Beschl. v. 29.06.2011 – VII ZB 89/10 – LS 4 (BGHZ 190, 172, 173)), dass es eine Vollstreckungsvoraussetzung „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ gäbe und diese Vollstreckungsvoraussetzung im Klauselerteilungsverfahren nach §§ 724, 726 Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen sei, aber vom Schuldner im Wege der Klauselgegenklage nach § 768 ZPO geltend gemacht werden könne, abzulehnen. *Wolfsteiner*, ZfIR 2012, 681, 682f, lehnt die Rechtsfigur einer „vollstreckungsbeschränkende[n] Klausel in der Unterwerfungserklärung, die aber nicht nach § 726 ZPO, sondern nur durch Klage zur Geltung zu bringen ist“ aus dogmatischen Gründen ab. Auf diese Frage kommt es indes nicht mehr an.

⁵¹¹ Eben BGH VU v. 30.03.2010 – XI ZR 200/09 (BGHZ 185, 133 ff)

⁵¹² Hierzu nochmals § 9 D in Verbindung mit § 7 B IV 4 b und Fn 510.

Kapitel 3

Beschreibung eines Schutzmechanismus' zu Gunsten des Grundstückseigentümers

§ 10 Vorschlag eines Schutzmechanismus' zu Gunsten des Grundstückseigentümers

A. Eine als unbefriedigend empfundene Sachlage

An dieser Stelle ist es erforderlich, noch einmal die hier relevanten Fakten des oben⁵¹³ beschriebenen Missbrauchsszenarios kurz zu exzerpieren. Die Hausbank tritt die Sicherungsgrundschuld, mit oder ohne den dadurch gesicherten Darlehensrückzahlungsanspruch, mittels Abtretung an den Investor ab. Diese Abtretung geschieht, obgleich der Eigentümer seiner Rückzahlungspflicht aus dem Darlehen stets vertragsgemäß nachgekommen ist. Es stellt sich nun folgende prekäre Situation. Der Investor (Zessionar) erwirbt die Sicherungsgrundschuld materiell-rechtlich frei von jeglichen schuldrechtlichen Zweckbindungen. Etwaige Einwände (die wichtigsten hiervon sind die Nichtvalutierung, die Einrede der fehlenden Verwertungsreife, und der Tilgungseinwand) zwischen der ursprünglichen Gläubigerbank (dem Zedenten) und dem Schuldner können diesem wegen des erfolgten gutgläubig einredefreien Erwerbs nicht mehr entgegen gehalten werden. Der Investor erwirbt ebenfalls den Vollstreckungstitel und könnte damit im Grundsatz sofort⁵¹⁴ vollstrecken.

Eben diese Sachlage wird als unbefriedigend angesehen. Insbesondere liege das Problem darin, dass mit der Abtretung der Grundschuld diese von ihrer ursprünglichen Zweckbindung herausgelöst werde und dem Schuldner somit alle Einreden aus dem ursprünglichen Sicherungsvertrag verloren gingen⁵¹⁵. Im Folgenden stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage,

⁵¹³ Hierzu oben § 1 C.

⁵¹⁴ Das „sofort“ bezieht sich auf die fehlende Notwendigkeit eines vorangehenden (prozessuales) Erkenntnisverfahrens (siehe oben § 1 B III). Freilich entbindet dies den neuen Gläubiger nicht, vor der Notwendigkeit eine mit einer Vollstreckungsklausel versehenden Ausfertigung des Titels (vollstreckbare Ausfertigung, §§ 797 Abs. 2, 795 Satz 1, 724 Abs. 1 ZPO) zu beantragen. Dies stellt jedoch – nach der hier vertretenen Auffassung – für den Zessionar kein Hindernis dar, da er eine vollstreckbare Ausfertigung – entgegen der Auffassung des XI. Zivilsenats des BGH – ohne den Nachweis des „Eintritts in den Sicherungsvertrag“ erhalten wird (siehe oben § 9 E mit weiteren Verweise).

⁵¹⁵ Herrler, BB 2010, 1930, 1931; Skauradszun, JURA 2011, 128, 131; Volmer, MittBayNot 2010, 378, 383; Wolfsteiner, ZfIR 2012, 681, 684ff.

ob der Schuldner irgendwelche Verteidigungsmöglichkeiten bei Inanspruchnahme durch den neuen Grundschuldgläubiger hat. Dabei soll hier lediglich die Frage beantwortet werden, ob und welche Verteidigungsmöglichkeiten sich aufgrund der bereits zum Zeitpunkt der Abtretung bestehenden Einreden ergeben.

B. Abwehr vor der Inanspruchnahme als solche

Der Schuldner könnte sich dann gegen die Vollstreckung seitens des Investors⁵¹⁶ mittels der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO wehren, wobei die beschränkende Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO nach § 797 Abs. 4 ZPO hierbei keine Anwendung fände. Kumulativ hierzu könnte sich der Schuldner mit dem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO zur Wehr setzen. Beide Rechtsbehelfe könnten jedoch nur dann erfolgreich sein, wenn der Schuldner dem Duldungsanspruch des Investors nach §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB irgendwelche Einreden entgegen halten kann.

Fallgruppe 1: Der Investor ist gutgläubig⁵¹⁷

Ist der Investor gutgläubig, können ihm etwaige Einreden aufgrund des gutgläubig einrededfreien Erwerbs nach §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2, 892 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB nicht entgegen gehalten werden. Der Schuldner kann sich gegen die Inanspruchnahme als solche nicht wehren⁵¹⁸.

Fallgruppe 2: Der Investor ist bösgläubig

Ist der Investor jedoch bösgläubig, bleiben dem Schuldner die dem Investor bekannten Einreden erhalten. Der Schuldner könnte in diesem Falle mit Erfolg die Vollstreckungsabwehrkla-

⁵¹⁶ Der Investor hat – wie gesehen – den Vollstreckungstitel erlangt (hierzu § 7 B IV 4 a) und erhält ohne weiteres auch eine Vollstreckungsklausel (hierzu § 7 B IV 4 b, § 9 D, E und Fn 514). Von der notwendigen *Zustellung* aller relevanten Unterlagen kann ausgegangen werden.

⁵¹⁷ Zur Definition von Gut- und Bösgläubigkeit siehe § 3.

⁵¹⁸ Freilich vertreten der *XI. Zivilsenat* des BGH etwas anderes, wenn sie nur Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld als tituliert ansehen, mit der Folge dass der Zessionar in den Sicherungsvertrag eintreten muss, um Rechtsnachfolger in der Vollstreckungsunterwerfung zu werden und dies nach Maßgaben des § 727 Abs. 1 ZPO nachweisen muss (hierzu oben § 9 A I). Tritt nämlich der Zessionar in den Sicherungsvertrag ein, stehen dem Schuldner nun alle Einwände aus diesem offen. Diese Auffassung ist jedoch *nicht* zu folgen (hierzu oben § 9 D, E).

ge erheben. Für diese Fallgruppe stellt sich daher nicht das Problem, dass mit der Abtretung der Grundschuld dem Schuldner irgendwelche Einreden gegen den Zedenten verloren gingen. Diese Fallgruppe ist demnach weder problematisch noch war diese Anlass für die Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB und soll im Folgenden nicht weiter berücksichtigt werden.

Der Schuldner kann sich damit für die problematischen Fälle der ersten Fallgruppe nicht vor der Inanspruchnahme als solche wehren⁵¹⁹. Aus Schuldnersicht stellt sich die Frage, ob er nicht zumindest die Verwertung des Grundstückes verhindern kann.

C. Abwehr vor der Verwertung des Grundstückes

Der Schuldner könnte die Verwertung des Grundstückes verhindern, wenn es ihm gelingen würde, wirksam auf die Grundschuld zu leisten.

I. Abwehr der Grundstücksverwertung durch Erfüllung des dinglichen Anspruches

Der Grundstückseigentümer kann den dinglichen Anspruch (§§1192 Abs. 1, 1147 BGB) durch Leistung des vollen Nominalbetrages erfüllen⁵²⁰. Zur Annahme von Teilleistungen ist der Gläubiger nach § 266 BGB nicht verpflichtet. Erfüllt der Grundstückseigentümer die Grundschuld nun in voller Höhe, erwirbt er die Grundschuld als Eigentümergrundschuld⁵²¹. Dieser Erwerb kann nun dem ehemaligen Gläubiger im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO (bzw. ggf. wegen besonderer Dringlichkeit im Wege der einstweiligen Anordnung nach §§ 769 Abs. 1, 767 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO) entgegen gehalten werden.

II. Geldmittelbeschaffung mittels einer einstweiligen Verfügung gegen den Zedenten

Der Grundstückseigentümer wird allerdings selten eine so hohe Geldsumme (rechtzeitig) zur Verfügung haben. Damit stellt sich die Frage, ob der Grundstückseigentümer (rechtzeitig) das Geld von dem Zedenten erhalten kann⁵²². Fraglich ist, ob der Grundstückseigentümer im We-

⁵¹⁹ Vgl. erneut Fn 518.

⁵²⁰ Allgemeine Meinung, vgl. nur *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1142 Rn 27.

⁵²¹ Zur dogmatischen – im Ergebnis aber nicht relevanten Herleitung – siehe bereits Fn 188.

⁵²² Selbstverständlich könnte ein Dritter freiwillig dem Grundstückseigentümer die benötigte Geldsumme zeitweise überlassen. Eine befriedigende Lösung erscheint dies jedoch nicht zu sein.

ge des einstweiligen Rechtsschutzes gegen den Zedenten rechtzeitig die benötigte Geldsumme erlangen kann.

1. Ermittlung der „einschlägigen“ Maßnahme

Fraglich ist vorerst, welche Maßnahme innerhalb des einstweiligen Rechtsschutzes die „einschlägige“ wäre. Die Ermittlung der „einschlägigen“ Maßnahme soll dazu dienen, diese inhaltlich zu konkretisieren⁵²³. Das dogmatische Verhältnis der verschiedenen Maßnahmen innerhalb des einstweiligen Rechtsschutzes spielt dabei eine nur untergeordnete Rolle, weshalb dieses hier nur angedeutet wird.

Wie bereits im Missbrauchsszenario⁵²⁴ und unter Fall 4b⁵²⁵ der möglichen verschiedenen denkbaren Fallkonstellationen gesehen, erweist sich eine angehende Zwangsvollstreckung nur dann als problematisch, wenn der Zessionar vor Vollstreckungsreife vollstrecken will. Mit anderen Worten muss der Zessionar die Zwangsvollstreckung aus der Sicherungsgrundschuld betreiben, obgleich der durch die Sicherungsgrundschuld gesicherte Kredit nicht notleidend ist und der Sicherungsfall mithin nicht eingetreten ist. Der Zedent hat diese Lage ermöglicht, indem er eine Sicherungsgrundschuld abgetreten hat, obgleich es sich bei dem durch die Sicherungsgrundschuld gesicherten Kredit um einen *performing loan*, also einen vertragsgemäß bedienten Kredit, gehandelt hat. Damit hat sich dieser schadensersatzpflichtig gemacht. Der Grundstückseigentümer hat gegen den Zedenten einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Sicherungsvertrag. Der Inhalt des Schadensersatzanspruches ist nach § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich darauf gerichtet, dass der Geschädigte so gestellt wird, als ob der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand, die Abtretung der Sicherungsgrundschuld trotz fehlender Verwertungsreife, nicht eingetreten wäre, würde der Grundstückseigentümer keine Zwangsvollstreckung in seinem Grundstück dulden müssen. Demnach müsste der Zedent auf den Zessionar (versuchen) in der Weise einzuwirken, dass dieser die Zwangsvollstreckung nicht fortführt. Diese Einwirkung könnte insbesondere durch Zahlung des vollen Grundschuldbetrages auf die Grundschuld mit Tilgungsbestimmung für den Grundstückseigentümer erfolgen, so dass eine

⁵²³ Zum dogmatischen Verhältnis der verschiedenen Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zueinander siehe *Drescher* in: MüKo ZPO, Vorb. zu §§ 916 ff Rn 6 m. w. N, §§ 935 Rn 1 ff; *Huber* in: Musielak ZPO, § 940 Rn 1; zur Unterscheidung zwischen „einstweiligem Rechtsschutz“ und „vorläufigem Rechtsschutz“ siehe *Drescher* in: MüKo ZPO, Vorb. zu §§ 916 ff Rn 9, *Heinze*, Festschrift Zeuner, S. 369, 371 ff.

⁵²⁴ Hierzu oben § 1 C.

⁵²⁵ Hierzu oben § 8 C III 4 cc aaa.

Eigentümergrundschuld entstehen würde⁵²⁶. Diese Zahlung müsste der Zessionar nach § 267 Abs. 2 BGB annehmen⁵²⁷. Nur für den Fall, dass die Zahlung nicht (mehr) möglich sein sollte, würde sich dieser Anspruch auf einen noch zu beziffernden Schadensersatz in Geld nach § 251 Abs. 1 BGB wandeln.

Zu beachten ist hierbei, dass der Zessionar materiell-rechtlich einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus §§ 1192 Abs.1, 1147 BGB gegen den Grundstückseigentümer hat. Wie bereits gesehen, bestehen gegen den Zessionar keine etwaigen in dieser Fallkonstellation einschlägigen Einreden. Der Zessionar kann daher in keiner Weise verpflichtet werden, irgendwelche vorläufigen Sicherungsmaßnahmen zu akzeptieren. Aus diesem Grund muss es sich unabhängig von der Form der Befriedigung des Gläubigers (Zwangsvollstreckung ins Grundstück, Zahlung auf die Grundschuld, Hinterlegung nach §§ 1192 Abs. 1, 1142 Abs. 2, 372 ff BGB) stets um eine endgültige handeln.

Innerhalb des einstweiligen Rechtsschutzes dient der Arrest zur Sicherung einer Geldsumme (§ 916 Abs. 1 ZPO), während die einstweilige Verfügung zur Sicherung sonstiger Ansprüche (§§ 935, 940 ZPO) dient⁵²⁸.

Vorliegend soll gerade keine Geldforderung gegen den Zedenten gesichert werden (es ist *in der Regel* nicht zu besorgen, dass der Zedent (eine Bank) insolvent wird⁵²⁹ oder ein vollstreckbares (End-)Urteil aus sonstigen Gründen nicht abgewartet werden kann)⁵³⁰. Vorliegend soll der Zustand „keine Vollstreckung im Grundstück des Eigentümers“ gesichert werden. Der Arrest wäre daher nicht die richtige Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes.

Die „einschlägige“ Maßnahme ist daher die einstweilige Verfügung. Als Arten der einstweiligen Verfügung sind die Sicherungs-, die Regelungs- und die Leistungsverfügung anerkannt⁵³¹. Die Sicherungsverfügung will verhindern, dass „die Verwirklichung des Rechtes

⁵²⁶ Zur dogmatischen – im Ergebnis aber nicht relevanten Herleitung – siehe bereits Fn 188.

⁵²⁷ Nach § 267 Abs. 2 BGB kann der Gläubiger (Zessionar) die Leistung nur dann ablehnen, wenn der Schuldner (Grundstückseigentümer) widerspricht.

⁵²⁸ *Drescher* in: MüKo ZPO, Vorb. zu §§ 916 ff Rn 33 ff.

⁵²⁹ Freilich kann es durchaus vorkommen, dass eine Bank insolvent wird. In aller Regel ist aber nicht diese die Besorgnis, die mittels der einstweiligen Verfügung, geregelt werden muss.

⁵³⁰ Hierauf verweist *Herrler*, NJW 2011, 2762, 2764.

⁵³¹ Zum umstrittenen dogmatischen Verhältnis dieser verschiedenen Arten der einstweiligen Verfügung siehe *Drescher* in: MüKo ZPO, § 935 Rn 3; *Huber* in: Musielak ZPO, 940 Rn 1. Zu den Ursprüngen der Leistungsverfügung siehe *Schilken*, Die Befriedigungsverfügung, S. 30ff. Zu den verschiedenen Begriffen der Leistungsverfügung (Leistungsverfügung oder Befriedigungsverfügung und den ohne Anhängerschaft gebliebene Begriffe der Angriffsverfügung und der einstweiligen Verurteilung) siehe *Walker*, Einstweiliger Rechtsschutz, Rn 84, der

einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte“ und besitzt daher bloße Sicherungsfunktion⁵³². Die Verfügungsverfügung will einen Streit zwischen Beteiligten, dessen Fortdauer bis zur Entscheidung in der Hauptsache unzumutbar wäre, vorläufig regeln⁵³³. Hingegen will die Leistungsverfügung eine vorläufige (zum Teil auch endgültige) Befriedigung des Antragstellers erreichen⁵³⁴. Dem Rechtsschutzziel des Grundstückseigentümers⁵³⁵ würde – wie einleitend festgestellt – nur gebührend Rechnung getragen, wenn der Zedent auf die Grundschild mit befreiender Wirkung für den Grundstückseigentümer leisten würde. Mithin kommt vorliegend nur eine Leistungsverfügung in Betracht.

2. Prüfung Voraussetzungen einer Leistungsverfügung

Ein entsprechender Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, in Form der Leistungsverfügung, wäre dann begründet und hätte Aussicht auf Erfolg, wenn der Grundstückseigentümer glaubhaft⁵³⁶ machen könnte, dass ihm gegen den Zedenten ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund zustehen würde. Darüber hinaus müsste das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache beachtet werden.

a.) Der Verfügungsanspruch

Der Verfügungsanspruch ist der materiell-rechtliche Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den Zedenten. Der Grundstückseigentümer hat gegen den Zedenten einen Anspruch aus

auch darauf hinweist, dass allein aus der Bezeichnung derselben ohnehin keine rechtlichen Folgen hergeleitet werden dürfen.

⁵³² Huber in: Musielak ZPO, § 935 Rn 1.

⁵³³ Huber in: Musielak ZPO, § 940 Rn1.

⁵³⁴ Grunsky in: Stein/Jonas ZPO, vor § 935 Rn 31ff; Huber in: Musielak ZPO, § 940 Rn 12.

⁵³⁵ Zur Terminologie der Beteiligten im gerichtlichen Verfahren zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung: Ergeht eine Entscheidung des Gerichts aufgrund mündlicher Verhandlung (Regelfall der §§ 936, 922 Abs. 1 Satz 1 ZPO) heißen die Parteien „Verfügungskläger“ und „Verfügungsbeklagter“. Ergeht indes eine Entscheidung des Gerichts ohne mündliche Verhandlung (Ausnahmefall im Falle besonderer Dringlichkeit nach §§ 936, 922 Abs. 1 Satz 1aE ZPO) heißen die Parteien „Antragsteller“ und „Antragsgegner“. Im Folgenden soll zur sprachlichen Vereinheitlichung stets vom „Grundstückseigentümer“ als Antragsteller bzw. Verfügungskläger und vom „Zedenten“ als Antragsgegner bzw. Verfügungsbeklagter gesprochen werden (zu den Bezeichnungen Steinert/Theede/Knop, Zivilprozess, Kap. 9 Rn 90).

⁵³⁶ Die Glaubhaftmachung ist nach § 294 Abs. 1 ZPO eine besondere Form der Beweisführung, die dann erfolgreich erbracht ist, wenn für die behauptete Tatsache eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft (BGH Beschl. v. 21.10.2010 – V ZB 210/09 – Rn 7 (NJW-RR 2011, 136, 137); Bacher in: BeckOK ZPO, § 294 Rn 2 f). In der vorliegenden Untersuchung wird unterstellt, dass es dem Grundstückseigentümer gelingen würde, eine solche zu erbringen. Hier soll lediglich geprüft werden, ob die Voraussetzungen der Begründetheit des Antrages gegeben sind.

§ 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Sicherungsvertrag. Ein Verfügungsanspruch ist daher gegeben.

b.) Der Verfügungsgrund

Ein Verfügungsgrund besteht im Falle einer Leistungsverfügung unter folgenden drei Voraussetzungen⁵³⁷: Zum einen müsste der Antragsteller dringend der sofortigen Erfüllung des Anspruches bedürfen (personelle Notlage). Zum anderen dürfte die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren wegen der unvermeidlichen zeitlichen Verzögerung nicht zumutbar sein. Diese Unzumutbarkeit würde sich aus zwischenzeitlich irreversibel eintretenden Tatsachen ergeben, durch welche die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren sinnlos erscheinen würde (zeitliche Notlage). Schlussendlich müssen die dem Antragsteller aus der Nichtleistung drohenden Nachteile verhältnismäßig schwer zu dem Schaden, den der Antragsgegner erleiden kann, wiegen (sachliche Notlage)⁵³⁸.

aa.) Vorliegen einer personellen Notlage

Vorerst ist zu prüfen ob eine personelle Notlage besteht, der Grundstückseigentümer demnach auf eine sofortige Erfüllung des Anspruches angewiesen ist. Wird sein Schadensersatzanspruch gegen den Zedenten nicht sofort erfüllt, so kann er den Zessionar nicht befriedigen und setzt sich somit einer Zwangsvollstreckung in sein Grundstück aus. Eine personelle Notlage ist damit gegeben.

bb.) Vorliegen einer zeitlichen Notlage

Weiterhin stellt sich die Frage nach der zeitlichen Notlage. Diese wäre dann gegeben, wenn dem Grundstückseigentümer das Abwarten bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Schadensersatzprozesses nicht zugemutet werden könnte. Dies wäre dann der Fall, wenn die Zwangsvollstreckung in das Grundstück des Grundstückseigentümers schneller mittels dem Zuschlag nach §§ 864 Abs. 1, 869 ZPO in Verbindung mit § 90 Abs. 1 ZVG zum Verlust der Eigentümerstellung führen würde als mittels des Schadensersatzprozesses der Grundstücksei-

⁵³⁷ OLG Köln, Beschl. v. 08.08.1994 – 5 W 60/94 – Rn 12 (NJW-RR 1995, 546, 546f); *Huber* in: *Musielak ZPO*, § 940 Rn 14.

⁵³⁸ Die abkürzende Bezeichnung „Notlage“ steht, worauf *Schilken*, *Die Befriedigungsverfügung*, Seite 139 Fn 12 hinweist, als Abkürzung für die „Notwendigkeit zur Abwendung wesentlicher Nachteile“ im Sinne des § 940 ZPO. Bei den Bezeichnungen „personell, zeitlich und sachlich“ handelt es sich lediglich um eine synthetische Beschreibung derselben.

gentümer zu der benötigten Geldsumme käme. Dem (nunmehr ehemaligen) Grundstückseigentümer stünde „nur“ noch der Schadensersatz in Geld nach § 251 Abs. 1 BGB zu. Obgleich – wie jede Statistik – auch Statistiken über die verschiedenen Verfahrenslängen sehr *cum grano salis* zu genießen sind, geben diese doch einen ersten Anhaltspunkt zur Beantwortung dieser Frage.

Eine Zwangsvollstreckung in ein Grundstück dauert in den verschiedenen Ländern unterschiedlich lang. So dürfte die Dauer einer Zwangsversteigerung zwischen der kürzesten Dauer in Baden-Württemberg mit 500 Tagen und der längsten Dauer in Thüringen mit 1.400 Tagen liegen^{539,540}. Die Dauer eines Schadensersatzprozesses dürfte im Durchschnitt bis zu dessen rechtskräftigem⁵⁴¹ Abschluss zwischen 327 Tagen und 1.095 Tagen liegen⁵⁴². Bei näherer Betrachtung dieser Zeitspannen dürfte es fast dem Zufall überlassen sein, ob ein Schadensersatzprozess (und gegebenenfalls das darauf folgende Vollstreckungsverfahren) schnell genug

⁵³⁹ *Trentmann, Nina*; Wenn der Traum vom eigenen Haus zerbricht, Zeitungsartikel erschienen in „Die Welt“ vom 29.04.2012.

⁵⁴⁰ Eine Verlängerung des Zwangsvollstreckungsverfahrens um 180 Tage (bzw. um 360 Tage) mittels einer (zweimaligen) einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Antrag des Schuldners nach § 30a ZVG (bzw. § 30 c ZVG) würde insbesondere voraussetzen, dass durch diese Aussicht bestehen sollte, dass die Versteigerung vermieden werden würde. Durch die Einstellung müsste es dem Schuldner möglich sein, das Verfahren des betreibenden Gläubigers – in der Regel durch Befriedigung – abzuwenden. Dies hat das Vollstreckungsgericht mittels einer hinreichend sicheren Prognose festzustellen (*Hintzen* in: *Dassler/Schiffhauer ZVG*, § 30a, Rn 6; *Mark/Noethen* in: *Kindl/Bendtsen, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, § 30a ZVG, Rn 6,7). Selbst wenn das Gericht eine sichere Prognose über den Ausgang eines Schadensersatzprozesses auf Grundlage des vorliegenden Sachverhalts treffen wird, stellt sich immer noch die zeitliche Problematik. Die einstweilige Einstellung kann bis zu 360 Tage dauern. Bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Schadensersatzprozesses können aber auch 1.095 Tage vergehen. Es erscheint unsicher, ob es dem Schuldner durch die Einstellung möglich sein wird, den betreibenden Gläubiger zu befriedigen. Unter Beachtung, dass § 30a ZVG (bzw. § 30c ZVG) restriktiv handzuhaben ist (hierzu *Mark/Noethen* in: *Kindl/Bendtsen, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, § 30a ZVG, Rn 2), wird eine Verlängerung des Zwangsvollstreckungsverfahrens mittels eines Antrages auf einstweilige Einstellung derselben kaum erreicht werden können.

⁵⁴¹ Nicht rechtskräftige Urteile können (und werden in der Regel) nach § 704, 2. Fall ZPO für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Allerdings wird nach § 709 ZPO grundsätzlich eine Sicherheitsleistung festgelegt, zu deren Erbringung der Grundstückseigentümer nicht imstande sein wird. Sehr unsicher ist natürlich, ob das Gericht die strengen Ausnahmenvoraussetzungen von dem Erfordernis einer Sicherheitsleistung nach § 710 ZPO als gegeben ansehen würde. Unter diesen Umständen ist – in dem hier theoretisch zu bildenden *schlimmsten Fall* – das Abwarten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Schadensersatzprozesses erforderlich.

⁵⁴² Ein Zivilprozess, für den aufgrund des in aller Regel über 5.000,00 Euro liegenden Streitwerts gemäß §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG das Landgericht erstinstanzlich zuständig sein wird, dauert durchschnittlich im erstinstanzlichen Verfahren 402 Tage (in BW 327 Tage) einschließlich Berufung vor dem Oberlandesgericht 891 Tage (in BW 795 Tage) und einschließlich Revision zum Bundesgerichtshof 3 Jahre (1.095 Tage). Entnommen aus *Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare*, § 1 Rn 53 aktualisiert – mit Ausnahme der Revisionsdauer – durch das Statistische Bundesamt 2011, Fachserie 10, Reihe 2.1 Statistiken 5.2, 8.2 (abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte.html>, Zugriff: 15.08.2013). Zur Frage des Zeitpunktes des Eintritts der (formellen) Rechtskraft siehe *Musielak, Grundkurs ZPO*, Rn 576.

zum Abschluss gelangt. Eine zeitliche Notlage ist demnach in Bezug auf die Vermeidung des Grundstücksverlustes gegeben⁵⁴³.

cc.) Vorliegen einer sachlichen Notlage

Schlussendlich ist zu prüfen, ob eine sachliche Notlage vorliegt. Diese läge dann vor, wenn die drohenden Nachteile der Nichtleistung für den Grundstückseigentümer verhältnismäßig schwer im Vergleich zu dem Schaden, den der Zedent erleiden kann, wiegen würden.

Wird die Leistungsverfügung nicht erlassen, erweist sich jedoch später, dass der Schadensersatzanspruch besteht, droht dem Grundstückseigentümer aus der Nichtleistung der Verlust des Grundstücks, obgleich er sich gegenüber dem Zedenten vertragsgemäß verhalten hat. Selbst wenn der Verlust des Grundstückes später im Hauptsacheverfahren durch einen Schadensersatzanspruch in Geld wirtschaftlich kompensiert werden sollte, sind die sich aus einem erzwungenen Umzug (und Verlust des eigenen Wohnheimes) resultierenden psychologischen, sozialen und organisatorischen Folgen zu beachten.

Wird hingegen die einstweilige Verfügung erlassen und erweist sich diese als unrechtmäßig, müsste der Grundstückseigentümer die erbrachten Zahlungen zurückerstatten bzw. wäre er zum Schadensersatz (§ 945 ZPO) verpflichtet. In aller Regel wird der Grundstückseigentümer aufgrund seiner wirtschaftlichen Notlage hierzu kaum in der Lage sein⁵⁴⁴, weshalb der Richter unter anderem zu einer sehr sorgfältigen Prüfung der Glaubhaftmachung der sachlichen Notlage berufen wäre. Der Ausgang einer reinen Abwägung wäre, insbesondere im Hinblick auf eine spätere wirtschaftliche Kompensation, sehr fraglich. Zugunsten des Grundstückseigentümers würde die Abwägung jedenfalls dann ausfallen, wenn dieser im Stande wäre, eine Sicherheit für die unter Umständen zu erbringenden Zahlungen zu stellen.

In der Tat steht dem Grundstückseigentümer hierzu eine Möglichkeit, namentlich ein Grundpfandrecht auf sein Grundstück, bereit. Diese Möglichkeit ergibt sich aus folgender Überlegung. Der Grundstückseigentümer kann die Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 1184 Abs. 1 BGB) des Ranges hinter der zedierten Grundschuld zugunsten des Zedenten bewilligen⁵⁴⁵. Diese Sicherungshypothek würde zur Sicherung etwaiger Zahlungsansprüche dienen, die sich ergeben würden, sofern die einstweilige Verfügung zu Unrecht erlassen wer-

⁵⁴³ Siehe auch *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 549 und 551.

⁵⁴⁴ Auf diese besonders sensible Problematik einer Leistungsverfügung weist *Huber* in: Musielak ZPO, § 940 Rn 14 hin.

⁵⁴⁵ Freilich bedarf die Entstehung einer Sicherungshypothek der Einigung zwischen Grundstückseigentümer und Zedent. Es wäre jedoch treuwidrig seitens des Zedenten, ein ihm angebotenes Sicherungsmittel nicht anzunehmen. Tut er dies, so wäre er nicht mehr schutzwürdig.

den würde⁵⁴⁶. Nachdem der Zedent durch Zahlung des vollen Grundschuldbetrages auf die Grundschuld mit Tilgungsbestimmung für den Grundstückseigentümer geleistet hat, wird aus der Fremdgrundschuld nun eine Eigentümergrundschuld. Der Zedent hätte gegen den Grundstückseigentümer nun einen Löschungsanspruch nach § 1179a Abs. 1 BGB⁵⁴⁷. Der Zedent wäre vollumfänglich geschützt, da er jetzt wieder ein dingliches Recht an dem Grundstück hätte⁵⁴⁸.

Zusammenfassend droht dem Grundstückseigentümer bei Nichterlass der Leistungsverfügung der Verlust seines Grundstücks, obgleich er sich gegenüber der darlehensgebenden Bank vertragsgemäß verhalten hat. Andererseits steht dem Grundstückseigentümer ein sicheres Mittel zu, den Zedenten in ausreichender Weise für den Fall zu schützen, dass eine Leistungsverfügung zu Unrecht erlassen wird. Im Ergebnis verlagert sich der Streit wieder zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien. Eine sachliche Notlage ist zu bejahen.

dd.) Zwischenergebnis § 10 C II 2 b

Ein Verfügungsgrund ist demnach gegeben.

c.) Grundsätzliches Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache

Wie bereits die Bezeichnung dieses Grundsatzes ausdrückt, will das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache⁵⁴⁹ dafür Sorge tragen, dass die Offenheit der Entscheidungsfähigkeit des Hauptsacheverfahrens⁵⁵⁰ gewahrt wird.

⁵⁴⁶ Eine Sicherungshypothek kann auch zur Sicherung einer aufschiebend bedingten Forderung bestellt werden (§§ 1184 Abs. 1, 1113 Abs. 1, Abs. 2 BGB, *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1113 Rn 45, 52; *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1113 Rn 35).

⁵⁴⁷ Zu Anwendung des 1179a Abs. 1 BGB auf Grundschulden siehe *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1179a Rn 71 ff. Der Löschungsanspruch ist nach § 1179a Abs. 1 Satz 3 BGB gesichert, als ob eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen wäre, so dass nach Eintragung der Sicherungshypothek (die ja auch vor Zahlung seitens des Zedenten möglich ist, da es sich bis zum Eintritt der Zahlung um eine Eigentümerhypothek nach § 1163 Abs. 1 BGB handelt) ein gutgläubig löschungsfreier Erwerb seitens eines Dritten nicht möglich ist (hierzu *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1179a Rn 62).

⁵⁴⁸ Eine Fallkonstellation ist vorliegend nicht behandelt. Namentlich der Fall, dass auf dem Grundstück des Grundstückseigentümers weitere Reallasten vorhanden sind. Hier müsste der Richter tatsächlich eine reine Interessenabwägung vornehmen. Es würde sich dabei um eine richterliche Ermessensentscheidung handeln. Da stark auf den Einzelfall abzustellen sein wird, ist es nicht möglich, hier eine Prognose zu treffen.

⁵⁴⁹ Zum grundsätzlichen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutz vgl. *Mayer* in: BeckOK ZPO, § 916 Rn 11; *Heinze*, Festschrift Zeuner, S. 369, 371ff; zum Umfang des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache spezifisch bei einer einstweiligen Verfügung siehe *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn 1596, 1618.

⁵⁵⁰ *Drescher* in: MüKo ZPO, Vorb. zu §§ 916 ff Rn 9.

Im Hauptsacheverfahren muss sowohl eine zugunsten als auch zuungunsten des Grundstückseigentümers lautende Entscheidung ergehen können. Dies kann jedoch nur dann erfolgen, wenn der Inhalt der einstweiligen Verfügung keine Tatsachenlage schafft, die eine der beiden genannten Möglichkeiten präkludiert. Der Inhalt der einstweiligen Verfügung müsste also neben der Grundverpflichtung, dass der Zedent verpflichtet wird, Zahlung an den Zessionar in Höhe des vollen Grundschuldbetrages auf die Grundschuld mit Tilgungsbestimmung für den Grundstückseigentümer zu leisten, eine Möglichkeit eröffnen, etwaige Zahlungspflichten des Grundstückseigentümers zu sichern. Eine solche Möglichkeit ergibt sich aus der im Gegenzug zur Zahlung eingeräumten Sicherungshypothek, die zur Sicherung etwaiger Rückzahlungs- oder Schadensersatzansprüche im Fall des unrechtmäßigen Erlasses der Leistungsverfügung, dienen soll. Alle Beteiligten sind im ausreichenden Maß geschützt. Das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ist damit gewahrt.

3. Zwischenergebnis zu § 10 C II

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat demzufolge Aussicht auf Erfolg. Dem Grundstückseigentümer steht somit eine effektive Möglichkeit offen, den Zedenten schnell genug auf die Grundschuld leisten zu lassen.

III. Ergebnis zu § 10 C

Damit kann der Grundstückseigentümer die Verwertung des Grundstückes verhindern⁵⁵¹.

⁵⁵¹ Zu der in Fn 548 genannten Fallkonstellation kann hier keine Prognose erstellt werden.

Kapitel 4

Zusammenfassende Gesamtbetrachtung der Altfälle

§ 11 Zusammenfassung der Altfälle

Nach eingehender Bearbeitung der Altfälle kann nun eine zusammenfassende Gesamtbetrachtung erfolgen. Als Ergebnis dieser zusammenfassenden Gesamtbetrachtung kann festgehalten werden, dass jenes Missbrauchsszenario, welches den Gesetzgeber unter anderem zur Einführung der § 1192 Abs. 1a BGB und § 799a Satz 1 ZPO motivierte, eine gesetzliche Regelung nicht erfordert hat. Eine Schutzbedürftigkeit mag für den Eigentümer nur in einem sehr konstruierten Fall vorhanden gewesen sein. Zur Konstruktion dieses Falles wäre es erforderlich, dass

1. auf dem Grundstück des Grundstückseigentümers neben der abgetretenen Sicherungsgrundschuld eine oder mehrere weitere Reallasten vorhanden sind,
2. die Hausbank des Grundstückseigentümers die Sicherungsgrundschuld sicherungsvertragswidrig an einen gutgläubigen Zessionar abgetreten hat, ohne dafür zu sorgen, dass der Zessionar in die Pflichten des Sicherungsvertrags eintritt bzw. diese einhält⁵⁵² und
3. die richterliche Ermessensentscheidung in Bezug auf den Verfügungsgrund zu Lasten des Grundstückseigentümers ausfällt.

Der Leser mag die Wahrscheinlichkeit dieses konstruierten Falles selbst beurteilen.

⁵⁵² Wie oben unten § 8 C III 4 cc aaa unter Fall 4b dargestellt, wird eine Hausbank dies in der Regel wegen der damit einhergehenden Schadensersatzpflicht nicht tun. Die insoweit verbreiteten Befürchtungen haben sich nicht als stichhaltig erwiesen.

ZWEITER TEIL

(Untersuchung der Neufälle)

Kapitel 5

Der neu eingeführte § 1192 Abs. 1a BGB

Aufgrund des allgemeinen Aufruhrs, der aus dem durch die Tagesmedien beschriebenen Missbrauchsszenario herrührte, hielt jedenfalls der Gesetzgeber die Einführung der § 1192 Abs. 1a BGB und § 799a Satz 1 ZPO für erforderlich.

An der grundsätzlichen Möglichkeit der Abtretbarkeit einer Sicherungsgrundschuld ändert sich nichts. Zentral hierfür ist folgender Umstand. Der Gesetzgeber hat die Bedeutung der zustimmungsfreien Abtretbarkeit von grundpfandrechlich gesicherten Darlehensrückzahlungsansprüchen nicht verkannt⁵⁵³. Insoweit bleiben grundpfandrechlich gesicherte Darlehensrückzahlungsansprüche grundsätzlich zustimmungsfrei abtretbar. Eingeführt wurde im Zusammenhang mit der Abtretung von Forderungen eines Darlehensgebers aus einem Darlehensvertrag im Fall von Verbraucherdarlehensverträgen jedoch eine grundsätzliche Informationspflicht bezüglich der erfolgten Abtretung (§ 496 Abs. 2 Satz 1 BGB). Diese Informationspflicht entfällt ihrerseits im Fall einer stillen Zession (§ 496 Abs. 2 Satz 2 BGB). Folge der grundsätzlich weiterhin zustimmungsfreien möglichen Abtretbarkeit von Darlehensrückzahlungsansprüchen ist, dass die Unwirksamkeit der Abtretung einer Sicherungsgrundschuld für Neufälle wie für Altfälle ebenfalls nicht aus § 139 BGB hergeleitet werden kann⁵⁵⁴.

Vielmehr hielt es der Gesetzgeber für erforderlich, Vorschriften für das nach erfolgter Abtretung entstehende Verhältnis zwischen Grundstückseigentümer und Zessionar einzuführen. Zentral hierbei sind die Vorschriften des § 1192 Abs. 1a BGB, welcher die Durchsetzungsakzessorietät der Sicherungsgrundschuld betrifft, und des § 799a S. 1 ZPO, der einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Inanspruchnahme aus der Sicherungsgrundschuld normiert. Diese Vorschriften sind nun Gegenstand der nachfolgenden

⁵⁵³ Hierzu oben § 2 C IV 3 und BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 14.

⁵⁵⁴ Zu den Altfällen vgl. oben § 2 C.

Untersuchung. Dabei wird wegen der zentralen Bedeutung des § 1192 Abs. 1a BGB für Neufälle die Behandlung dieser Norm im Mittelpunkt stehen.

§ 12 Definition des Anwendungsbereichs des § 1192 Abs. 1a BGB

A. Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld

§ 1192 Abs. 1a BGB findet nur dann Anwendung, wenn es sich bei der Grundschuld um eine „Sicherungsgrundschuld“ handelt. Es ist daher begrifflich zu bestimmen, wann es sich um eine Sicherungsgrundschuld handelt und wie lange eine Sicherungsgrundschuld eine solche bleibt.

I. Erwerb der Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld und dogmatische Einordnung der Sicherungsgrundschuld

Die Grundschuld muss „zur Sicherung eines Anspruchs verschafft“ worden sein. Die Sicherungsgrundschuld wird damit von der Eigentümergrundschuld und der isolierten Grundschuld – jedenfalls sprachlich – abgegrenzt.

1. Die terminologische Bedeutung des Begriffes „Anspruch“

Terminologisch fällt auf, dass §§ 1113, 1192 Abs. 1, 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB von „Forderung“ während § 1192 Abs. 1a BGB – in Anlehnung an § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB⁵⁵⁵ – von „Anspruch“ spricht. Es ist zwar richtig, dass der Gesetzgeber trotz dieser unterschiedlichen sprachlichen Verwendung damit keine inhaltliche Differenzierung beabsichtigt hat, es ist aber auch richtig, dass er sich darüber keine Gedanken gemacht hat. Folgt man einer weiten terminologischen Auslegung, können mit der Sicherungsgrundschuld, anders als bei der Hypothek, und auch wenngleich der Anspruch aus der Grundschuld stets eine Geldforderung ist, jedoch auch andere Ansprüche als Geldforderungen gesichert werden, solange diese letztlich in Geld

⁵⁵⁵ BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 16.

umwandelbar sind oder durch einen Geldanspruch ersetzt werden können⁵⁵⁶. Bestehen demnach Zweifel, wie die Wortlautauslegung des Begriffes „Anspruch“⁵⁵⁷ enden soll, kann man den Schutzgedanken des § 1192 Abs. 1a BGB für die Argumentation fruchtbar machen⁵⁵⁸. Durch § 1192 Abs. 1a BGB soll der Grundstückseigentümer vor unberechtigter Inanspruchnahme seitens des Zessionars geschützt werden. Es kann jedoch für den Grundstückseigentümer letztlich keinen – oder allenfalls einen sehr untergeordneten – Unterschied machen, welcher Anspruch durch die Grundschuld gesichert wird. Schließlich ist der Anspruch aus der Grundschuld nach § 1191 Abs. 1 BGB stets auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück gerichtet⁵⁵⁹. Demnach bleibt festzuhalten, dass unter dem Begriff „Anspruch“, unter Zugrundelegung einer weiten terminologischen Auslegung, jeder Anspruch zu verstehen ist, der in Geld umwandelbar ist oder durch einen Geldanspruch ersetzt werden kann⁵⁶⁰.

2. Die Grundschuld muss dem Gläubiger „verschafft“ worden sein

Diese Grundschuld muss dem Gläubiger „verschafft“ worden sein. Unter dem Begriff „verschaffen“ wird man aufgrund der Schutzbedürftigkeit des Grundstückseigentümers jedoch nicht nur die Fälle erfassen müssen, bei denen eine Grundschuld zum hiesigem Zweck erstmals bestellt (oder übertragen) wird⁵⁶¹, sondern auch die Fälle, in denen eine bereits bestehende – aber keinem Sicherungszweck dienende – Grundschuld mit einem Sicherungszweck unterlegt wird⁵⁶².

⁵⁵⁶ § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB *e contrario*; Wolfsteiner in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 1191 ff Rn 43ff.

⁵⁵⁷ Es wird ersichtlich, dass sich die Auslegungsfrage lediglich darauf beschränkt, ob mit Anspruch im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB nur Geldansprüche oder auch andere Ansprüche im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB gemeint sind, solange diese in Geld umwandelbar sind oder durch einen Geldanspruch ersetzt werden können. Der allgemeine Streit um eine mögliche Divergenz zwischen Anspruch und Forderung erweist sich hier nicht zielführend (zu all dem Rümpler, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 202; zum Stand des erwähnten allgemeinen Streites siehe Weller, Die Vertragstreue, S. 231 f m. w. N.).

⁵⁵⁸ So auch Rümpler, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 203.

⁵⁵⁹ Dieser Gedankengang ist entnommen aus Rümpler, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 203.

⁵⁶⁰ Vgl. die in Fn 556 und Fn 559 zitierten Nachweise; zu den Rechtsfolgen in Fällen, in denen dieser Anspruch dann (endgültig) nicht entsteht, siehe unten § 13 B II.

⁵⁶¹ Waldner in: Prütting/Wegen/Weinreich BGB, § 1192 Rn 4; Wolfsteiner in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 35; Rümpler, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 206.

⁵⁶² Meyer, WM 2010, 58, 63; Sokolowski, JR 2009, 309, 311.

3. Wirksamer Sicherungsvertrag kein konstitutives Merkmal einer Sicherungsgrundschuld

Aus dem Wortlaut der Legaldefinition bleibt fraglich, ob konstitutives Merkmal einer Sicherungsgrundschuld ein *wirksamer* Sicherungsvertrag ist. Zur Beantwortung dieser Frage ist teleologisch der Schutzgedanke des § 1192 Abs. 1a BGB herangezogen worden⁵⁶³. Dabei ist mit den Folgen negativer Beantwortung dieser Frage argumentiert worden. Insbesondere wird dann darauf abgestellt, dass im Fall des anfänglich oder nachträglich unwirksamen Sicherungsvertrags mangels Vorliegens einer Sicherungsgrundschuld der Erwerber die Grundschuld trotz des gesetzlichen Rückgewähranspruches aus § 1169 BGB gutgläubig einredefrei nach §§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 BGB erwerben kann. Etwaige Einwände aus der Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages könnten dem Zessionar, mangels Vorliegens einer Sicherungsgrundschuld, nach erfolgtem einredefreiem Erwerb nicht mehr entgegengehalten werden. Dies widerspräche sowohl den teleologischen Erwägungen des § 1192 Abs. 1a BGB als auch dem gesetzgeberischen Willen⁵⁶⁴.

Damit werden meines Erachtens jedoch zwei Ebenen miteinander vermischt. Auf der ersten Ebene stellt sich die Frage, ob ein *wirksamer* Sicherungsvertrag *konstitutiver* Bestandteil der Legaldefinition der Sicherungsgrundschuld ist, d. h., ob im Fall der anfänglichen oder nachträglichen Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages eine Sicherungsgrundschuld überhaupt vorliegt. Wird diese Frage bejaht, ist erst der Anwendungsbereich des § 1192 Abs. 1a BGB eröffnet. Auf zweiter Ebene wird sich dann die Frage stellen, ob etwaige Einwände aus der Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags aus der Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs verschlossen sind⁵⁶⁵.

Die Beantwortung der Frage, ob ein *wirksamer* Sicherungsvertrag *konstitutiver* Bestandteil der Legaldefinition der Sicherungsgrundschuld ist, kann und sollte meines Erachtens allein anhand der *Intention* der Vertragsparteien erfolgen. Die grammatikalische Konstruktion „ist [...] verschafft worden“ ist ein *sein*-Zustandspassiv im eigentlichen Sinne⁵⁶⁶ und legt somit ein *Handeln* der Vertragsparteien nahe. Auf zweiter Ebene ist dann zu fragen, welche Folgen sich aus einem Fehlschlagen der Wirksamkeit des Sicherungsvertrages ergeben.

⁵⁶³ Wolfsteiner in: Staudinger BGB; §1192 Rn 39; Rümpker, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 204 m. w. N.

⁵⁶⁴ Rümpker, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 204f m. w. N.

⁵⁶⁵ Dies ist freilich umstritten. Siehe näher unten § 13 D.

⁵⁶⁶ Ein *sein*-Zustandspassiv im eigentlichen Sinne wird dann verwendet, wenn ein Zustand beschrieben wird, in den ein Objektaktant durch ein Geschehen versetzt wird (hierzu *Der Duden*, Band 4 (Die Grammatik), Rn 812).

Demnach kann es für das Vorliegen einer Sicherungsgrundschuld und der Eröffnung des Anwendungsbereichs nicht darauf ankommen, ob ein *wirksamer* Sicherungsvertrag vorliegt⁵⁶⁷.

4. Die Rechtsnatur der Sicherungsgrundschuld bleibt unverändert

Damit tritt die Sicherungsgrundschuld in eine schuldrechtliche Beziehung zu dem Anspruch, für dessen Sicherung sie vorgesehen war. Dogmatisch fraglich ist, ob hier seitens des Gesetzgebers die Einführung einer neuen eigenständigen Rechtsfigur zu sehen ist⁵⁶⁸. Wie bereits oben⁵⁶⁹ zum Rechtszustand vor dem Risikobegrenzungs-gesetz festgestellt, war die Sicherungsgrundschuld eine ganz „normale“ Grundschuld, die lediglich aufgrund einer schuldrechtlichen Sicherungsvereinbarung in eine besondere schuldrechtliche Beziehung zwischen dem Sicherungsgeber und dem Gläubiger trat. Diese Beziehung blieb jedoch relativer Natur, so dass diese auf Dritte nicht übergang⁵⁷⁰. Diese schuldrechtliche Beziehung modifizierte auch nicht den dinglichen Charakter der Grundschuld als solcher. Allein aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber die Sicherungsgrundschuld nun durch das Risikobegrenzungs-gesetz in § 1192 Abs. 1a BGB legal definiert hat, lässt sich nicht entnehmen, dass dieses einen neuen Typus eines beschränkt dinglichen Rechts schaffen wollte. Hierfür sprechen verschiedene Gründe. Zum einen wurden im Gesetzgebungsverfahren diesbezüglich keine Erwägungen angestellt⁵⁷¹, zum anderen wurde die Sicherungsgrundschuld „lediglich“ in einem Absatz innerhalb des § 1192 BGB (Anwendbare Vorschriften) im 1. Untertitel (Grundschuld) des 2. Titels (Grundschuld, Rentenschuld) des 3. Buches (Sachenrecht) des BGB und nicht in einem gesonderten Untertitel behandelt⁵⁷². Schlussendlich spricht gegen die Einführung eines neuen Typus eines beschränkt dinglichen Rechts die fehlende Notwendigkeit, die Sicherungs-

⁵⁶⁷ Jedenfalls im Ergebnis wie hier *Meyer*, WM 2010, 58, 64; *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 562.

⁵⁶⁸ Bejahend *Meyer*, JURA 2009, 561, 565 und WM 2010, 58, 62; *Niensch*, NJW 2009, 3606, 3606; *Preuß*, Festschrift Kanzleiter, S. 307, 309.

⁵⁶⁹ Hierzu oben § 9 D II 2.

⁵⁷⁰ Etwas anderes konnte allenfalls dann gelten, wenn der neue Grundstückseigentümer als Gläubiger der Pflichten des Sicherungsvertrages mit Zustimmung der darlehensgebenden Bank eintrat oder wenn zwischen dem Sicherungsgeber und der darlehensgebenden Bank der Sicherungsvertrag als Vertrag zu Gunsten (noch nicht näher bezeichneter) Dritter abgeschlossen wurde.

⁵⁷¹ BR-Drucksache 152/08 (Beschluss; Gesetzesentwurf des Bundesrates) vom 25.04.2008, S. 15f und BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 17.

⁵⁷² Man könnte auch meinen, dies sei eine nicht gelungene Positionierung der entsprechenden Vorschrift. Allerdings ist zu beachten, dass der gesamte § 1192 BGB regelt, welche Normen auf die Grundschuld anwendbar sind. Wollte der Gesetzgeber daher für die isolierte Grundschuld und für die Sicherungsgrundschuld verschiedene Regelungen treffen, ohne einen neuen Typus eines beschränkt dinglichen Rechts einführen zu müssen, wäre dies genau die richtige Positionierung der Vorschrift. Genau das ist durch das Risikobegrenzungs-gesetz geschehen.

grundschild als „Sicherungsgrundschild“ im Grundbuch einzutragen⁵⁷³. Nach all dem bleibt die Sicherungsgrundschild dinglich betrachtet eine „normale“ Grundschild. Freilich eine Grundschild die, dadurch dass sie jeglicher Einreden aus dem Schuldverhältnis ausgesetzt ist, ihrer Nichtakzessorietät weitestgehend entkleidet wird⁵⁷⁴.

II. Verlust der Eigenschaft als Sicherungsgrundschild⁵⁷⁵

1. Trennung von Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer (sog. nachträgliche oder sekundäre Divergenz auf der Passivseite⁵⁷⁶)

Der Wortlaut des § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB beantwortet die Frage nicht, ob nur solche Einreden des *Grundstückseigentümers* von dieser Vorschrift umfasst sind, die sich aus einem Rechtsverhältnis zwischen dem *Grundstückseigentümer* und dem Grundschildgläubiger ergeben. Der Verlust ihrer Eigenschaft als Sicherungsgrundschild steht somit für den Fall in Frage, in dem der Grundstückseigentümer und Sicherungsgeber sein Eigentum am Grundstück rechtsgeschäftlich durch Einzelrechtsnachfolge oder originär durch Zwangsversteigerung verliert⁵⁷⁷.

Bejaht man dies, würde der Erwerber eines mit einer Sicherungsgrundschild belasteten Grundstückes im Ergebnis so behandelt, als sei die Sicherungsgrundschild eine isolierte Grundschild. Allerdings kennt der Erwerber, durch die Grundbucheinsicht, die dingliche Belastung des Grundstückes und wird dementsprechend diese Belastung auf den Kaufpreis anrechnen⁵⁷⁸. Die Tatsache, dass die Sicherungsgrundschild als isolierte Grundschild behandelt wird, dürfte ihn deswegen nicht übermäßig belasten.

⁵⁷³ *DNotI-Gutachten* Nr. 11537 vom 22.09.2008, S. 2f; *Rümpker*, Forderungs- und Grundschildzession nach dem RBegrG, S. 190f m. w. N.; insoweit konsequent fordern *Meyer*, JURA 2009, 561, 565 und *Nietsch*, NJW 2009, 3606, 3606; die die Sicherungsgrundschild nunmehr als eigenständigen Typus betrachten, die Eintragung derselben als Sicherungsgrundschild. Insoweit inkonsequent hingegen *Preuß*, Festschrift Kanzleiter, S. 307, 311, der die Sicherungsgrundschild nunmehr als eigenständigen Typus betrachtet, aber eine Eintragung als Sicherungsgrundschild weder fordert noch für möglich hält.

⁵⁷⁴ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 35; *Wolfsteiner* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die Grundschild dadurch, dass sie jeglicher Einreden aus dem Schuldverhältnis ausgesetzt ist, ihrer Abstraktion weitestgehend entkleidet wird. Bereits oben § 1 B III wurde jedoch gezeigt, dass dies eine Frage der Nichtakzessorietät und nicht der Abstraktion ist.

⁵⁷⁵ Hier geht es um die Frage, wann eine Grundschild ihre Eigenschaft als Sicherungsgrundschild verliert und zu einer „normalen“ Grundschild wird. Eine andere Frage ist es, wann eine Grundschild aufhört eine Fremdschild zu sein und zu einer Eigentümergrundschild wird (hierzu ausführlich *Rohe* in: BeckOK § 1192 Rn 167 ff). Der Zeitpunkt des Verlustes der Eigenschaft als Sicherungsgrundschild ist äquivalent mit dem Zeitpunkt, ab welchem der Schutz des Abs. 1a des § 1192 BGB nicht mehr greift.

⁵⁷⁶ Zur anfänglichen oder primären Divergenz auf Passivseite siehe unten § 13 C I.

⁵⁷⁷ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 44 f.

⁵⁷⁸ *Sokolowski*, JR 2009, 309, 311.

Demgegenüber ist überlegt worden, den § 1192 Abs. 1a BGB teleologisch dahingehend auszulegen, dass er mit eigentümerbezogenen Einreden aus dem Sicherungsvertrag nur darauf abstelle, dass sich die Einrede unabhängig von der Frage des Eigentums aus dem Sicherungsvertrag ergebe⁵⁷⁹. Demnach wäre der Sicherungszweck inhaltsbestimmend für das Sicherungsrecht⁵⁸⁰. Als Folge würde die Sicherungsgrundschuld zu einem selbstständigen Typus eines beschränkt dinglichen Rechts werden, dies ist jedoch bereits oben verneint worden⁵⁸¹.

Bleibt die Sicherungsgrundschuld demnach eine „normale“ Grundschuld, ist der Verlust der Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld bei Trennung von Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer für die nicht akzessorisch ausgestaltete Grundschuld dogmatisch konsequent. Eine analoge Anwendung des § 1192 Abs. 1a BGB in Fällen nachträglicher oder sekundärer Divergenz auf Passivseite scheidet wegen deren Ausnahmecharakter *und*⁵⁸² dem hier gefundenen dogmatisch konsequenten Ergebnis, welches gegen einer Analogie spricht, ebenfalls aus⁵⁸³.

2. Freihändige Verwertung

Wird eine Grundschuld nach Fälligkeit der gesicherten Forderung zulässigerweise nach §§ 1228, 1277 BGB analog „freihändig“ verwertet, d. h. wird die Grundschuld zu Befriedigungszwecken verkauft⁵⁸⁴, verwirklicht sich der Sicherungszweck der Sicherungsgrundschuld durch Verwertung⁵⁸⁵.

Wie gesagt muss jedoch diese Verwertung „zulässigerweise“ erfolgen. Unter welchen Voraussetzungen eine freihändige Verwertung zulässig sein soll, ist jedoch umstritten. Damit der Sicherungsgeber vor einer doppelten Inanspruchnahme gesichert ist, hatte die Rechtsprechung

⁵⁷⁹ Rümpker, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 208; Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 557 hier insb. zu § 1192 Abs. 1a, 1.HS, 2. Fall BGB. Zu Letzterem vgl. § 13 C.

⁵⁸⁰ So vertrat schon vor dem Risikobegrenzungs-gesetz zu §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 1 BGB z. B. Ahrens (*ebd.*, AcP 200 (2000), 123, 140 ff) diese Meinung.

⁵⁸¹ Hierzu oben § 12 A I 4. Erneut wird darauf verwiesen, dass unter Umständen dann etwas anderes gelten kann, wenn der ursprüngliche Sicherungsvertrag ausnahmsweise zugunsten weiterer Eigentümern des Grundstücks (§ 328 Abs. 1 BGB) geschlossen wurde.

⁵⁸² Lediglich die Tatsache, dass es sich bei § 1192 Abs. 1a BGB um eine Ausnahmevorschrift handelt, führt nicht notwendigerweise dazu, dass diese nicht analogiefähig wäre. Es gibt keinen methodisch normativen Satz „*exceptiones non sunt extendedae*“ (vgl. Müller/Christensen; Juristische Methodik I; Rn 373).

⁵⁸³ Sokolowski, JR 2009, 309, 311.

⁵⁸⁴ Der Verkauf erfolgt in diesem Fall ausdrücklich zur Befriedigung. Daher kann hier vorausgesetzt werden, dass nur der valutierte Teil der Grundschuld (welcher freilich auch 100% betragen kann) verkauft wird. Hinsichtlich des Restes steht dem Sicherungsgeber ein entsprechender Rückgewähranspruch des rangletzten Teilbetrages zu (Gladenbeck/Gaberdiehl, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rn 724).

⁵⁸⁵ Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rn 630.

eine solche *nur für den Fall einer gemeinsamen Veräußerung von Grundschuld und gesicherter Forderung* bei Eintritt des Sicherungsfalles und, soweit der Sicherungsvertrag nichts Gegenteiliges besagt, schon für Altfälle zugelassen. Im Fall einer *isolierten Abtretung der Grundschuld* hat sie die Zustimmung des Grundstückseigentümers hingegen für erforderlich gehalten⁵⁸⁶. *Unter der Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB* scheint sich die Problematik indes etwas zu entschärfen⁵⁸⁷. Betrachtet man jedoch die noch darzustellenden Folgen, sollte auch für Neufälle in allen Konstellationen eine Zustimmung des Schuldners verlangt werden.

Nach solch einer freihändigen Verwertung wird die Sicherungsgrundschuld zu einer „normalen“ (isolierten) Grundschuld, losgelöst von den Bindungen eines erledigten Sicherungsvertrages⁵⁸⁸. Wenngleich nun die Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB gegenüber dem aus der freihändigen Veräußerung erwerbenden Zessionar zur Anwendung kommt, kommt diese Norm nicht mehr zur Anwendung, wenn dieser Zessionar seinerseits die Grundschuld weiter abtritt.

B. Erwerber

Weitere Voraussetzung für die Anwendung von § 1192 Abs. 1a BGB ist, dass es sich bei dem aktuellen Inhaber der Grundschuld um einen Erwerber der Grundschuld handelt. Damit stellt sich die Frage ob ausnahmslos gegenüber jedem Erwerber, unabhängig von der Art des Erwerbsvorganges, die Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB zur Anwendung gelangt. Der Leitgedanke zur Beantwortung dieser Frage ist wiederum die an dem Sinn der Regelung angelehnte Frage, in welchen Fällen der Schuldner vor einer nicht durch den Sicherungsvertrag gedeckten Inanspruchnahme seitens des Zessionars geschützt werden muss⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ BGH Urt. v. 04.07.1986 – V ZR 238/84 – Rn 22 (NJW-RR 1987, 139, 141); *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rn 638.

⁵⁸⁷ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 1191 ff Rn 114; *Gladenbeck/Gaberdie*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rn 1286.

⁵⁸⁸ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 46.

⁵⁸⁹ Vgl. bspw. die im Bericht des Finanzausschusses wiedergegebenen gesetzgeberischen Erwägungen in BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 16 zu Nummer 7.

I. Kein Erwerber im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB

Unter den Begriff Erwerber fällt *daher nicht* der bei Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetz (Erbfolge nach §§ 1922 ff BGB, Verschmelzung nach §§ 2 ff UmwG) Erwerbende, da die Rechte und Pflichten aus dem Sicherungsvertrag *eo ipso* übergehen⁵⁹⁰.

II. Erwerber im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB

Erwerber im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB ist *daher* der rechtsgeschäftlich Erwerbende⁵⁹¹. Zu beachten gilt, dass das Gesetz davon spricht, dass die Einreden *jedem* Erwerber der Grundschuld entgegengesetzt werden können. Insoweit spielt es keine Rolle, wie viele Zwischenerwerbe stattfinden⁵⁹². Doch auch für denjenigen, der im Wege einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge in Form einer Spaltung nach §§ 123 ff UmwG erwirbt, kann nichts anderes gelten, da hier nicht ausgeschlossen werden kann, dass im Spaltungs- und Übernahmevertrag bzw. im Spaltungsplan der Sicherungsvertrag nicht dem übernehmenden Rechtsträger zugeordnet wird⁵⁹³. Der durch Ablösung (§ 1150 BGB) erwerbende Dritte ist ebenfalls hierunter zu fassen. Der durch Ablösung erwerbende Dritte erwirbt, kraft gesetzlicher Einzelrechtsnachfolge, ausschließlich die Sicherungsgrundschuld, ohne die dadurch gesicherte Forderung und ohne Partei des Sicherungsvertrages zu werden (wobei ihn auch keine Eintrittspflicht in den Sicherungsvertrag trifft)⁵⁹⁴. Unter Beachtung, dass im Fall der gesetzlichen Einzelrechtsnachfolge ein gutgläubiger Erwerb jedoch grundsätzlich ausscheidet⁵⁹⁵, ist freilich der Schuldner vor dem Verlust der Einreden gegen die Grundschuld aus §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 1 BGB geschützt, da §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2 BGB in diesem Fall keine Anwendung finden. Wegen des weitergehenden Schutzes des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS 2. Fall BGB für die zum Zeitpunkt der Abtretung noch nicht voll verwirklichten Einreden gegenüber dem

⁵⁹⁰ Wie hier *Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 209; *Bassenge* in: Palandt BGB, § 1192 Rn 3 wendet die Norm ausnahmslos auf alle Erwerbsvorgänge ohne nähere Problematisierung an. *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 49 bezeichnet die Rechtslage für die Erwerbsvorgänge kraft Gesetzes als unklar.

⁵⁹¹ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 49.

⁵⁹² Zu Recht wohl unstrittig. Siehe nur *Bassenge* in: Palandt BGB, § 1192 Rn 3, *Wellenhofer*, JZ 2009, 1077, 1081; *Weller*, JuS 2009, 969, 974; *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 556.

⁵⁹³ Vgl. insoweit die gleichen Gedanken oben unter § 9 C III.

⁵⁹⁴ *Bassenger* in: Palandt BGB, § 1150 Rn 6; *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1150 Rn 37; *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1150 Rn 48.

⁵⁹⁵ *Wieling*, Sachenrecht, § 10 I a m. w. N. (für §§ 932 ff BGB), § 20 II 3 (für § 892 BGB).

§§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 1 BGB⁵⁹⁶, muss aber auch der aufgrund Ablösung erwerbende Dritte hierunter zu fassen sein⁵⁹⁷.

§ 13 Auslegung des § 1192 Abs. 1a BGB

Zum Verständnis der Frage, welche Einwände⁵⁹⁸ der Grundstückseigentümer dem Zessionar nach § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS BGB entgegenhalten kann und für welche der Zessionar weiterhin die Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs nach §§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 Satz 2 BGB hat, ist es notwendig die verschiedenen Arten von Einwänden zu kategorisieren⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ Zur Auslegung des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS 2. Fall BGB siehe unter § 13 C.

⁵⁹⁷ *Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 209.

⁵⁹⁸ Zur gewählten Terminologie:

Der Begriff „Einwand“ ist ein Oberbegriff und bezeichnet aus rechtsdogmatischer Sicht sowohl Einwendungen als auch Einreden. Der materiell-rechtliche Unterschied zwischen Einwendungen und Einreden besteht darin, dass Einwendungen eine existenzleugnende Wirkung haben. Im Fall einer *rechtshindernden Einwendung* wird bereits die Entstehung des Anspruches vereitelt, während im Fall einer *rechtsvernichtenden Einwendung* der zunächst entstandene Anspruch wieder zum Erlöschen gebracht wird. Einreden haben dagegen nur eine rechtshemmende Wirkung. Im Fall einer *dauernden, sog. peremptorischen Einrede* wird die Geltendmachung des Anspruches für immer verhindert, während im Fall einer *aufschiebenden, sog. dilatorischen Einrede* die Geltendmachung des Anspruches bis zum Eintritt bestimmter Tatsachen zeitlich verhindert wird, während im Fall einer *anspruchsbeschränkenden Einrede* die Geltendmachung des Anspruches zwar sofort, aber nur unter bestimmten Voraussetzungen, möglich ist. Zu all dem *Wolf/Neuner*, BGB AT § 21 Rn 12 ff; dort auch zu den prozess-rechtlichen Unterschieden.

Im Folgenden wird im Fließtext grundsätzlich – sofern das Gesetz nicht wörtlich zitiert wird – in *bewusster Abweichung* von der gesetzlichen Terminologie von *Einwand* gesprochen. Die Begriffe *Einwendungen* und *Einreden* werden nur dann gewählt, wenn aus rechtsdogmatischer Sicht eine solche vorliegt. Es wird dann stets danach gefragt, ob der analysierte Einwand als „Einrede“ im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB zu klassifizieren ist.

⁵⁹⁹ Dieser Gedanke stammt von *Bülow*, ZJS 2009, 1, 3. Für diese Abgrenzung unterscheidet *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 552f und ihm zustimmend *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn 1767 Fn 2760a zwischen Einreden „aus“ oder „aufgrund“ des Sicherungsvertrags und somit *forderungsbezogenen* Einreden (§ 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS BGB, Hervorhebung im Original, so dass § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS BGB funktional dem § 1137 BGB bei der Hypothek entspräche) und Einreden aufgrund *sonstiger* Rechtsverhältnisse „in Ansehung der Grundschuld“ und somit *eigentümerbezogenen* Einreden (§§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 Satz 2 BGB, Hervorhebung im Original). Doch die Einordnung der Einreden aus dem Sicherungsvertrag zu *forderungsbezogenen* Einreden scheint zu übersehen, dass – wenngleich mit geringer praktischer Bedeutung – auch im Hypothekenrecht zwischen der zu sichernden Forderung (für die dann § 1137 Abs. 1 BGB gilt) und dem Sicherungsvertrag als *causa* der Bestellung der Hypothek und als Rechtsverhältnis, welches die Geltendmachung des dinglichen Rechts an bestimmte Voraussetzungen koppelt (für den dann § 1157 Satz 1 BGB gilt), unterschieden wird (hierzu *Eickmann* in: Westermann BGB Sachenrecht, § 110 Rn 4 ff; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn 154 f; *Seckelmann*, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, S. 32; *Weller*, JuS 2009, 969, 973).

A. Grundsätzliche Einteilung der verschiedenen Arten von Einwänden

Nach dem Wortlaut des Gesetzes müssen die Einreden in einer ersten Überklassifizierung in solche eingeteilt werden, die „auf Grund des Sicherungsvertrages mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld *zustehen*“ (§ 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 1. Fall BGB, Hervorhebung vom Verfasser), und in solche, die sich „aus dem Sicherungsvertrag *ergeben*“ (§ 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB, Hervorhebung vom Verfasser). Weiterhin wird der Frage nachzugehen zu sein, was gilt, wenn der Sicherungsvertrag unwirksam ist. Schlussendlich sollen noch einige Sonderkonstellationen dargestellt werden.

B. „Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrages mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld *zustehen*“ (§ 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 1. Fall BGB, Hervorhebung vom Verfasser)

Hier handelt es sich um Einwände, die aus einem Rechtsverhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Grundschuldgläubiger entstehen (eigentümerbezogene Einwände) und gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 1, 1192 Abs. 1a BGB als Einwände *auch* gegen die Grundschuld gelten. § 1192 Abs. 1a BGB nennt als Rechtsverhältnis lediglich den schuldrechtlichen Sicherungsvertrag, so dass zwischen Einwänden aus dem Sicherungsvertrag und Einwänden aufgrund des Gesetzes unterschieden werden muss. Auf letztere wird im späteren Verlauf der Arbeit (unter § 13 D und unter § 13 E) eingegangen.

I. Die klassischen Einwände

Der Wortlaut des § 1192 Abs. 1a BGB beschreibt genau diese Einwände. Sie stammen aus einer obligatorischen Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem bisherigen⁶⁰⁰ Gläubiger, welche die Geltendmachung der Grundschuld, obgleich sie dinglich besteht, für eine bestimmte Zeit ausschließen⁶⁰¹. Die wichtigsten Einwände sind dabei die Einrede der Nichtvaluierung, der Einwand des vollständigen (oder teilweisen) Erlöschens der gesicherten

⁶⁰⁰ Im Fall von Mehrfachabtretungen soll wohl unstreitig mit „bisherigen Gläubiger“ nicht nur der letzte in der Abtreungskette erscheinende Gläubiger gemeint sein, sondern darüber hinaus jeder frühere Gläubiger ebenfalls erfasst sein; vgl. hierzu *Wellenhofer*, JZ 2009, 1077, 1081.

⁶⁰¹ *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1157 Rn 7.

Forderung vor der Übertragung der Grundschuld und die Einrede der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung⁶⁰².

1. Einrede der Nichtvalutierung

Bei der Einrede der Nichtvalutierung, auch Einrede der fehlenden Valutierung genannt, geht es darum, dass der Gläubiger die Grundschuld geltend machen will, obwohl der zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordene Kredit nicht oder nicht vollständig ausbezahlt wurde und daher eine zu sichernde Forderung nicht oder nicht in voller Höhe besteht⁶⁰³.

2. Einwand des vollständigen (oder teilweisen) Erlöschens der gesicherten Forderung

Bei dem Einwand des vollständigen (oder teilweisen) Erlöschens der gesicherten Forderung geht es darum, dass der Gläubiger nicht berechtigt ist, aus der Grundschuld (in voller Höhe) zu vollstrecken. Grund ist das Bestehen eines (teilweisen) Rückübertragungsanspruchs⁶⁰⁴, der in Folge der (teilweisen) Zahlung (oder Aufrechnung nach §§ 387, 389 BGB)⁶⁰⁵ und damit dem Wegfall der gesicherten Forderung entsteht und sich dadurch die Geltendmachung der Grundschuld (in voller Höhe) als eine nach § 242 BGB („*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*“) unzulässige Rechtsausübung darstellt⁶⁰⁶.

⁶⁰² Vgl. hierzu die Gesetzgebungsmaterialien zu § 1192 Abs. 1a BGB abgedruckt u.a. in BR-Drucksache 152/08 (Beschluss; Gesetzesentwurf des Bundesrates) vom 25.04.2008, S. 15f und BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 17; *Rohe* in: BeckOK BGB, § 1192 Rn 145f.

⁶⁰³ *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, § 28 Rn 36; für den Fall, dass eine Valutierung nicht mehr stattfinden kann, diese Einrede also peremptorisch wird, vgl. unten § 13 B II.

⁶⁰⁴ *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, § 28 Rn 28, 37; *Huber*, Die Sicherungsgrundschuld, S. 79, 165 m. v. w. N. Letzterer arbeitet heraus, dass der Rückübertragungsanspruch – vorbehaltlich abweichender vertraglicher, gegebenenfalls formulargemäßer Vereinbarungen – auf drei Wegen erfolgen kann: Aufhebung der Grundschuld, Verzicht auf die Grundschuld oder Rückabtretung der Grundschuld. Weiter weist *Huber* darauf hin, dass eine Anspruchsnormenkonkurrenz zwischen dem Sicherungsvertrag und dem dinglichen Anspruch aus § 1169 BGB besteht (zum dinglichen Charakter des § 1169 BGB vgl. *Wenzel* in: Erman BGB, § 1169 Rn 1; *Otte*, ZGS 2002, 57, 58; *Wolfsteiner*, DNotZ 2003, 321, 324). Beide Anspruchsgrundlagen sollen für die Grundschuld denselben hier beschriebenen Umfang aufweisen. Der Rückübertragungsanspruch ergibt sich indes in dieser Fallkonstellation unstreitig (auch) aus dem Sicherungsvertrag, dessen daraus resultierender Einwand über § 1192 Abs. 1a BGB erfasst wird, so dass es einer Vertiefung an dieser Stelle nicht bedarf.

⁶⁰⁵ Für den Fall einer nach erfolgter Grundschuldzession erfolgten Aufrechnung siehe unter § 13 C II 2.

⁶⁰⁶ *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn 1472; hier findet dieser Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ihre Grundlage im Sicherungsvertrag. Rechtsdogmatisch handelt es sich bei diesem Einwand der allgemeinen Arglist, dem sog. *dolo agit* Einwand, nicht um eine Einrede, sondern um eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung (BGH Urt. v. 29.06.2005 – VIII ZR 299/04 – Rn 27 (NJW 2005, 2991, 2993); *Looschelders/Olzen* in: Staudinger BGB, § 242 Rn 281 m. w. N.). Es bestehen jedoch in Anlehnung an der amtlichen Begründung zum Risikobegrenzungs-gesetz (BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag)

3. Einrede der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung

Bei der Einrede der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung, die auch Einrede der fehlenden Verwertungsreife oder Einrede des mangelnden Sicherungsfalles genannt wird, geht es darum, dass der zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordene Kredit noch nicht fällig ist oder ordnungsgemäß bedient wird⁶⁰⁷. Dabei darf nicht übersehen werden, dass hier auf die gesicherte Forderung und nicht auf die Grundschuld abzustellen ist.

II. Der Einwand der Rückübertragungspflicht wegen endgültiger Nichtvalutierung

Bereits betrachtet wurde die Einrede der Nichtvalutierung, bei der es darum ging, dass der Schuldner einwenden kann, dass der zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordene Kredit nicht oder nicht vollständig ausbezahlt wurde und daher eine zu sichernde Forderung nicht besteht. Bei dieser Einrede handelt es sich um eine dilatorische Einrede. Sobald der Kredit ausbezahlt oder weiter ausbezahlt ist, endet diese Einrede.

Doch welche Rechtsfolge ergibt sich, wenn alle nach dem Sicherungsvertrag zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordenen Forderungen endgültig nicht entstehen, also mithin ein Fall einer endgültigen Nichtvalutierung vorliegt? Gründe für das endgültige Nichtentstehen der zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordenen Forderungen könnten zum einen die Unwirksamkeit der dazugehörenden schuldrechtlichen Verträge sein, sofern ein Neuabschluss von den Parteien nicht erzielt wird, zum anderen wäre ein Rücktritt seitens des Kreditinstituts denkbar. Schlussendlich könnte der Darlehensschuldner den Darlehensvertrag widerrufen und damit seinerseits das endgültige Nichtentstehen der Forderung herbeiführen.

Unstreitig hat der Schuldner in diesen Fällen gegen den Zedenten einen Anspruch auf Rückübertragung⁶⁰⁸ der Grundschuld⁶⁰⁹. Ebenfalls unstreitig kann der Schuldner dem Zedenten dies als Einwand entgegenhalten. Dieser soll im Verlauf der Arbeit „Einwand der Rückübertragungspflicht wegen endgültiger Nichtvalutierung“ genannt werden.

vom 25.06.2008, S. 17) keine Zweifel, dass der Gesetzgeber mit „Einreden [...] auf Grund des Sicherungsvertrags“ auch diese Einwendung gemeint hat.

⁶⁰⁷ *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, §§ 26 Rn 1; 28 Rn 22; nicht anders werden die Fälle zu behandeln zu sein, bei denen die zu sichernde Forderung aufschiebend bedingt oder künftig ist. Solange der Sicherungszweck es nicht erfordert, wird sich auch hier aus dem Sicherungsvertrag eine entsprechende Einrede ergeben (*Kowalski*, Die Grundschuld im modernen Grundbuchverkehr, S. 30).

⁶⁰⁸ Die Grundschuld bleibt wirksam als Fremgrundschuld bestehen. § 1163 Abs. 1 BGB, welcher für die Hypothek anordnet, dass im Falle der Nichtentstehung der Forderung eine Eigentümergrundschuld nach § 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB entsteht, ist wegen seiner Forderungsabhängigkeit nicht anwendbar, vgl. BGH Urt. v. 27.02.1981 - V ZR 9/80 – unter II 1 a der Gründe (NJW 1981,1505, 1505); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 44 Rn 8; *Eickmann* in: MüKo § 1192 Rn 4; *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 17.

⁶⁰⁹ Statt aller *Weber*, AcP (169), 1969, 237, 243f.

1. Rechtsgrundlage des Rückübertragungsanspruches

Streitig ist lediglich, ob es sich bei diesem Rückübertragungsanspruch, der diesen Einwand begründet, um einen vertraglichen Anspruch handelt, der aus dem Sicherungsvertrag stammt, oder ob es sich bei diesem Rückübertragungsanspruch um einen gesetzlichen Anspruch handelt, der aus § 812 Abs. 1 BGB stammt. Dies muss hier vor dem Hintergrund, dass nur dann, wenn dieser Rückübertragungsanspruch aus dem Sicherungsvertrag⁶¹⁰ folgen sollte, der entsprechende Einwand direkt⁶¹¹ vom Wortlaut des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 1. Fall BGB gedeckt wäre, entschieden werden.

a.) Nach ganz herrschender Meinung stammt der Rückübertragungsanspruch aus dem Sicherungsvertrag

Nach ganz herrschender Meinung kann man den Sicherungsvertrag soweit (gegebenenfalls mithilfe der ergänzenden Vertragsauslegung⁶¹²) auslegen, so dass man den Gläubiger im Fall der Nichtenstehung der zu sichernden Forderung(en) zur Rückübertragung der Grundschuld verpflichtet ansieht⁶¹³. Dem sind zwei alternative Lösungsansätze angeboten worden.

b.) Der Ansatz einer Zweckverfehlung auf vertraglicher Ebene mit der Folge eines Rückgewähranspruches aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB

Der erste Lösungsansatz basiert auf dem Gedanken einer Zweckverfehlung auf vertraglicher Ebene. Demnach werde der Sicherungszweck verfehlt, wenn es endgültig keine zu sichernde Forderung(en) gibt. Folge hiervon sei, dass der Sicherungsvertrag mangels erfüllbaren Siche-

⁶¹⁰ Enthält der Sicherungsvertrag entsprechende Regelungen, ist diese Frage obsolet. Hier soll analysiert werden, was gilt, wenn der Text des Sicherungsvertrages hierzu schweigt.

⁶¹¹ Entsprechend zu den Ausführungen zum Einwand der unzulässigen Rechtsausübung im Fall des vollständigen (oder teilweisen) Erlöschens der gesicherten Forderung in Fn 606 handelt es sich bei diesem Einwand rechtsdogmatisch nicht um eine Einrede. Doch ebenfalls bestünden in diesem Fall – wenn sich herausstellen sollte, dass der Rückübertragungsanspruch aus dem Sicherungsvertrag folgt – keine Zweifel, dass unter dem vom Gesetzgeber benutzten Begriff „Einrede“ dieser Einwand direkt erfasst sein wird.

⁶¹² Zur ergänzenden Vertragsauslegung siehe *Roth* in: Staudinger BGB, § 157 Rn 4 m. w. N.

⁶¹³ BGH Urt. v. 11.10.1995 – XII ZR 62/94 – Rn 14 m. w. N.; *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 1191ff Rn 146; *Westermann*, Sachenrecht, Rn 600; *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rn 543, mit einer breiten Rechtsprechungsübersicht; *Lettl*, WM 2002, 788, 790. Dabei geht die *Rechtsprechung* davon aus, dass dieser Anspruch mit Abschluss des Sicherungsvertrages und Eintragung der Grundschuld im Grundbuch angelegt ist – aber aufschiebend bedingt bis zum endgültigen Wegfall des Sicherungszwecks ist – während *Wolfsteiner* vertritt, dass dieser Anspruch zwar vor dem endgültigen Wegfall des Sicherungszwecks besteht, aber noch nicht fällig ist.

rungszwecks als nichtig anzusehen sei, so dass sich der Rückgewähranspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB (*condictio indebiti*) ergebe⁶¹⁴.

Die Problematik bei der Bewertung dieses Lösungsansatzes besteht darin, zu fragen, was mit einem Vertrag geschieht, wenn dessen Zweck nicht mehr erreicht werden kann (Fälle der Zweckverfehlung oder des Zweckfortfalls). Hier bleibt – auch nach der Schuldrechtsreform – umstritten, ob es sich dabei um einen gesetzlich nicht geregelten Erlöschensgrund handelt oder um einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB⁶¹⁵. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass diese Problematik dem Leistungsstörungenrecht zuzuordnen ist⁶¹⁶. Insbesondere sollte man nicht übersehen, dass in den Fällen, in welchen der Zweck des Vertrages objektiv nicht mehr erreichbar ist, sich mithilfe des Unmöglichkeitrechts, des § 313 Abs. 1 BGB oder der ergänzenden Vertragsauslegung interessengerechte Lösungen finden lassen⁶¹⁷. Dem ist zuzustimmen. Mithin bleibt der Sicherungsvertrag auch im Falle einer Zweckverfehlung wirksam.

Nach all dem ist der Lösungsansatz über einen Rückgewähranspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB (*condictio indebiti*) abzulehnen.

c.) Der Ansatz von Weber mit der Folge eines Rückgewähranspruches aus § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Fall BGB

Ein zweiter Lösungsansatz wurde von *Weber*⁶¹⁸ verfolgt. Dieser argumentiert, dass in diesen Fällen der mit der Grundschuldbestellung bezweckte Erfolg (Sicherung der Gläubigerforderung) nicht erreicht wird, dem Grundstückseigentümer somit ein Anspruch aus der Zweckkondition nach § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Fall BGB (*condictio ob rem*) entstehen solle, da eben der mit der Grundschuld bezweckte Erfolg nicht eintreten kann⁶¹⁹.

⁶¹⁴ *Huber*, Die Sicherungsgrundschuld, S. 92; *Jäckle*, JZ 1982, 50, 55f.

⁶¹⁵ *Olzen* in: Staudinger Eckpfeiler des Zivilrechts, G Rn 74.

⁶¹⁶ *Olzen* in: Staudinger Eckpfeiler des Zivilrechts, G Rn 74.

⁶¹⁷ *Finkenauer* in: MüKo BGB, § 313 Rn 156 f.

⁶¹⁸ *Weber*, AcP 169 (1969), 237, 244.

⁶¹⁹ Hierbei beruft sich *Weber*, AcP 169 (1969), 237, 244 in Fn 32 zum einen auf *Gramm* in: Palandt BGB (27. Aufl., 1968), § 812 Anm. 6 A d dd und zum anderen auf *Komanns*, Das Grundpfandrecht als fiduciarische Sicherheit, S. 21. Verfolgt man diese Nachweise, so ergibt sich folgendes: *Gramm* in: Palandt BGB (27. Aufl., 1968), § 812 Anm. 6 A d dd vertritt den Bereicherungsanspruch, verweist hierfür auf RG Urt. v. 18.09.1934 – II 95/34 (RG JW 34, 3124), das unter II. der Gründe jedoch ausdrücklich offen lässt, ob der Anspruch auf Rückübertragung aus der schuldrechtlichen Vereinbarung folgt oder aus §§ 812 ff BGB. *Komanns*, Das Grundpfandrecht als fiduciarische Sicherheit, S. 21, der sich insoweit zu Recht auf *Kowalski*, Die Grundschuld im modernen Grundbuchverkehr, S. 29 beruft, möchte den Anspruch auf Rückübertragung aus der schuldrechtlichen Vereinbarung herleiten und lediglich in den Fällen einen Bereicherungsanspruch einräumen, in denen diese schuld-

Dogmatisch ist dem entgegenzuhalten, dass die Zweckkondition nur dann Anwendung finden kann, wenn eine vertragliche Beziehung nicht vorhanden ist. Es gilt der Grundsatz, dass dem Vertragsregime, das hier aus dem Sicherungsvertrag⁶²⁰ resultiert, Vorrang vor der Zweckkondition zukommt⁶²¹.

d.) Zwischenergebnis zu § 13 B II 1

Demnach kann mit der ganz herrschende Meinung festgehalten werden, dass sich der Rückübertragungsanspruch in diesen Fällen aus dem Sicherungsvertrag ergibt.

2. Zwischenergebnis zu § 13 B II

Der sich daraus ergebende Einwand wird von § 1192 Abs. 1a BGB erfasst.

III. Einrede der Verjährung der gesicherten Forderung

Der Verwertung einer akzessorischen Sicherheit kann grundsätzlich nach § 216 Abs. 1 BGB nicht die Einrede der Verjährung der gesicherten Forderung entgegen gehalten werden. Somit kann eine dinglich gesicherte Forderung wegen ihrer Undurchsetzbarkeit zwar nicht mehr klagweise geltend gemacht werden, sie kann aber gleichwohl als Legitimierungsgrund für die Verwertung von akzessorisch bestellten Sicherheiten dienen⁶²². Bei den nicht akzessorischen Sicherheiten, wie beispielsweise der Grundschild, findet § 216 Abs. 1 BGB keine Anwendung, da das Recht zur Befriedigung aus der Grundschild wegen ihrer Abstraktheit von einer Forderung nicht im Hinblick auf dessen Verjährung in Zweifel gezogen werden kann⁶²³. Wegen der Besonderheiten der Sicherungsgrundschild ist eine analoge Anwendung des § 216 Abs. 1 BGB bejaht worden⁶²⁴. Allerdings muss bei Sicherungsgrundschilden die Regelung des § 216 Abs. 2 BGB beachtet werden. Nach dem engen Wortlaut des

rechtliche Vereinbarung unwirksam ist. Im Ergebnis tragen daher die von *Weber* angegebenen Nachweise seine Auffassung nicht.

⁶²⁰ Zur grundsätzlichen Unabhängigkeit des Sicherungsvertrags vom Bestand des Darlehensvertrags und zu dessen Ausnahmen, vgl. bereits oben § 1 B III 2.

⁶²¹ So zumindest die historische und dogmatische Sicht, welcher in der Rechtspraxis nicht immer gefolgt wird; hierzu *Lorenz* in: Staudinger BGB, § 812 Rn 80, 105 ff m. w. N.; *Sprau* in: Palandt BGB, § 812 Rn 34.

⁶²² *Peters/Jacoby* in: Staudinger BGB, § 216 Rn 1.

⁶²³ BGH Urt. v. 05.10.1993 – XI ZR 180/92 – unter III 2 der Gründe hier noch zur Vorgängervorschrift des § 223 Abs. 1 aF BGB (NJW 1993, 3318, 3320); *Grothe* in: MüKo BGB, § 216 Rn 2. Teilweise wird es jedoch für zulässig erachtet, ausnahmsweise das einredefreie Bestehen einer Forderung zur auflösenden Bedingung der Grundschild zu machen (zum Streitstand *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1191 Rn 19 m. w. N.).

⁶²⁴ *Peters/Jacoby* in: Staudinger BGB, § 216 Rn 2.

§ 216 Abs. 2 BGB kann bei einem Recht, das zur Sicherung eines Anspruches verschafft⁶²⁵ wurde, aufgrund der Verjährung des Anspruches ausdrücklich die Rückübertragung desselben nicht verlangt werden. Wie jedoch bereits die Begründung in den Motiven⁶²⁶ zeigt, will § 216 Abs. 2 BGB die sachliche Gleichstellung von akzessorischen und abstrakten Sicherungsrechten erreichen⁶²⁷. Demnach kann der Inanspruchnahme aus einer Sicherungsgrundschuld nicht die Einrede der Verjährung der gesicherten Forderung entgegen gehalten werden, so dass sie demnach keine nach § 1192 Abs. 1a BGB relevante Einrede darstellen kann⁶²⁸.

C. „Einreden, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben“

(§ 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB; Hervorhebung vom Verfasser)

Der Wortlaut des 2. Falles wirft trotz der klaren gesetzgeberischen Intention bei Einfügung dieser Regelung, namentlich dem Schuldner auch dann einen Einwand aus dem Sicherungsvertrag einzuräumen, wenn dieser nach erfolgter Abtretung in Unkenntnis derselben an den Zedenten leistet⁶²⁹, einige Rechtsfragen auf, die zwischenzeitig auch umstritten sind.

So ist danach zu fragen, ob auch dieser Fall voraussetzt, dass dem Grundschuldschuldner nur dann die Möglichkeit zusteht, solche Einwände zu erheben, wenn er zugleich Partei des Sicherungsvertrages ist.

Sodann wird die Frage beantwortet werden, welche Einwände sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben können. Dabei wird besonders auf den strittigen Fall eingegangen, dass der Schuldner nach erfolgter gemeinsamer Abtretung von Forderung und Grundschuld an den (nunmehr nicht mehr berechtigten) Zedenten in Unkenntnis der erfolgten Abtretung leistet.

⁶²⁵ Die alte Fassung des § 223 Abs. 2 BGB sprach noch davon, dass ein Recht zur Sicherung eines Anspruches „übertragen“ werden musste. Durch die neue Fassung des § 216 Abs. 2 BGB, der davon spricht, dass ein Recht zur Sicherung eines Anspruches „verschafft“ worden sein muss, wollte man sicherstellen, dass auch die erstmalige Begründung der Sicherheit den Tatbestand erfüllt (BT-Drucksache 14/6040 (Gesetzesentwurf verschiedener Abgeordneter und Begründung eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts) vom 14.05.2001 S. 123 l. Sp.; *Grothe* in: MüKo BGB, § 216 Rn 4).

⁶²⁶ BGB Motive I, S. 345 zu § 183 Abs. 3 des 1. Entwurfes (= § 223 Abs. 2 aF BGB = § 216 Abs. 2 BGB).

⁶²⁷ BGH Urt. v. 05.10.1993 – XI ZR 180/92 – unter III 2 der Gründe hier noch zur Vorgängervorschrift des § 223 Abs. 2 aF BGB (NJW 1993, 3318, 3320); *Peters/Jacoby* in: Staudinger BGB, § 216 Rn 6; *Blomeyer*, JZ 1959, 15, 16.

⁶²⁸ *Weller*, JuS 2009, 969, 974.

⁶²⁹ BR-Drucksache 152/08 (Beschluss; Gesetzesentwurf des Bundesrates) vom 25.04.2008, S. 16 und BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 17.

I. Die Kopplung von Eigentum und Sicherungsvertrag wird nicht aufgegeben (Behandlung von Fällen anfänglicher oder primärer Divergenz auf Passivseite⁶³⁰)

Als erstes ist danach zu fragen, ob dem Grundstückseigentümer auch dann die Möglichkeit offen steht, sich auf § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB zu berufen, wenn er nicht zugleich der persönliche Schuldner ist oder der Sicherungsvertrag zwischen persönlichem Schuldner und Grundschuldgläubiger als Vertrag zu Gunsten Dritter ausgestattet ist. In diesem Fall handelt es sich also um eine reine Grundschuldbestellung für fremde Schuld, mithin um eine isolierte oder reine Grundschuld (Drittsicherungsfälle)⁶³¹. Zur Beantwortung dieser Frage ist eine erste – gemessen an dieser Fragestellung orientierte – Auslegung des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB durchzuführen.

1. Wortlautauslegung

Der auszulegende Wortlaut spricht lediglich davon, dass die Einreden „sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben“ müssen. In Abweichung zum 1. Fall des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS BGB – bei dem ausdrücklich davon die Rede ist, dass die Einreden auf Grund des Sicherungsvertrages dem Grundstückseigentümer zustehen müssen – fehlt hier der Grundstückseigentümer. Das würde eine Interpretation ermöglichen, bei der es nur darauf ankommen soll, dass sich die Einrede aus dem Sicherungsvertrag ergibt, unabhängig davon, wer Sicherungsvertragspartei ist⁶³².

⁶³⁰ Zu den Fällen der nachträglichen oder sekundären Divergenz auf Passivseite vgl. oben § 12 A II 1.

⁶³¹ Dieser Fall darf mit folgender Fallvariante nicht verwechselt werden: Der Grundstückseigentümer willigt, zur Sicherung einer persönlichen Forderung des Kreditnehmers gegen ihn, in eine Fremdgrundschuld auf sein Grundstück ein. Ein Sicherungsvertrag (S₁) wird vereinbart. Der Kreditnehmer tritt nun zur Sicherung einer Forderung einer Bank gegen ihn diese Fremdgrundschuld an die Bank ab. Ein Sicherungsvertrag zwischen Bank und Kreditnehmer (S₂) wird geschlossen. Dieser Fall scheint bei erster Lektüre „komplizierter“ als der hier behandelte Fall zu sein, ist es aber nicht. Bei dieser Fremdgrundschuld handelt es sich von Anfang an um eine Sicherungsgrundschuld. Zwischen Grundstückseigentümer und Bank (Zessionar) gilt § 1192 Abs. 1a BGB im Hinblick auf S₁ vollständig. Ob darüber hinaus auch die Einreden aus S₂ von § 1192 Abs. 1a BGB erfasst sind, richtet sich wiederum danach, ob eine Kopplung im hier beschriebenen Umfang von Eigentum und Sicherungsvertrag (hier S₂) von § 1192 Abs. 1a BGB erforderlich ist. Diese Frage wird im Folgenden beantwortet (Fallvariante von *Sokolowski*, JR 2009, 309, 311).

⁶³² *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 43 (der diese Interpretation ebenfalls für möglich hält, diese aber im Ergebnis aufgrund der genetischen Auslegung ablehnt); *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 557.

2. Teleologische Auslegung

In teleologischer Hinsicht will der neue § 1192 Abs. 1a BGB in dieser Sache, wie aus der amtlichen Begründung⁶³³ hierzu bereits ersichtlich, dem Schuldner auch dann eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag einräumen, wenn dieser nach erfolgter Abtretung in Unkenntnis derselben an den Zedenten leistet.

Ebenfalls ist vorgetragen worden, dass nur ein weites Verständnis des auszulegenden Wortlauts zu sachgerechten Ergebnissen in Drittsicherungsfällen führen kann. Für den Erwerber einer Sicherungsgrundschuld sei es zufallsbedingt, ob ein Auseinanderfallen von Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer vorhanden sei⁶³⁴. Ebenso wie in Zweierkonstellationen müsse der Erwerber den Sicherungsvertrag in Drittsicherungsfällen beachten⁶³⁵, zumal es einer Leitprämisse des Risikobegrenzungsgesetzes entspräche, den Gläubigerzugriff auf Sicherheiten für notleidende Kredite zu beschränken⁶³⁶. Auf Seiten des Grundstückseigentümers sei lediglich dieses weite Verständnis des auszulegenden Wortlauts mit dem Kernanliegen des Risikobegrenzungsgesetzes begründbar. Das Kernanliegen bestehe darin, dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit einzuräumen, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergebenden Einreden gegen die Grundschuld auch jedem Erwerber entgegenzuhalten⁶³⁷.

Fraglich ist, ob diesen vorgeschlagenen teleologischen Erwägungen Folge geleistet werden kann. Würde man dem folgen und dem Ergebnis, dass Drittsicherungsfälle hierunter zu subsumieren seien, zustimmen, wäre die Konsequenz, dass die von Ahrens⁶³⁸ behauptete Verdinglichung sicherungsvertraglicher Einreden Gesetz geworden wäre⁶³⁹. Wie jedoch bereits oben⁶⁴⁰ dargelegt, würde dies bedeuten, dass die Sicherungsgrundschuld zu einem selbstständigen Typus eines beschränkt dinglichen Rechts werden würde. Dies wurde jedoch bereits ausführlich abgelehnt⁶⁴¹. Aus diesem Grund sind die vorgeschlagenen teleologischen Erwä-

⁶³³ Vgl. die Nachweise in Fn 629, zu den methodischen Fragen vgl. schon Fn 316.

⁶³⁴ Rümpker, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 208.

⁶³⁵ Rümpker, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 208.

⁶³⁶ Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 556.

⁶³⁷ Hierzu Meyer, JURA 2009, 561, 566; der sich insoweit auf BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 16 zu Nummer 7 beruft, in dem es heißt: „Um den Grundstückseigentümer vor den besonderen Risiken der Übertragung einer Grundschuld, die zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden ist (Sicherungsgrundschuld)(,) zu schützen, ist dafür Sorge zu tragen, dass er die sich aus einem Sicherungsvertrag ergebenden Einreden gegen die Grundschuld auch jedem Erwerber entgegenhalten kann“. Vorliegend soll die Ermittlung der Intention des Gesetzgebers der genetischen Auslegung vorbehalten bleiben, die im Anschluss an diese teleologische Auslegung erfolgen wird.

⁶³⁸ Nachweis in Fn 580.

⁶³⁹ Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 558.

⁶⁴⁰ Hierzu oben § 12 A II 1.

⁶⁴¹ Hierzu oben § 12 A I 4. Wenn Sokolowski, JR 2009, 309, 312 davon spricht, dass der Sicherungsvertrag durch die Neuregelung des § 1192 Abs. 1a BGB eine *erga omnes* Wirkung erhält, so ist dem im Rahmen der hier im

gungen, insbesondere wegen deren damit verbunden Rechtsfolgen, im Ergebnis nicht ausschlaggebend.

Es bleibt bei dem in der amtlichen Begründung⁶⁴² angegebenen Telos des auszulegenden Wortlautes dabei, dem Schuldner auch dann eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag einzuräumen, wenn dieser nach erfolgter Abtretung in Unkenntnis derselben an den Zedenten leistet.

3. Genetische Auslegung

Aufgrund des kurzen Gesetzgebungsverfahrens und der fehlenden Bildung von Sachverständigenkommissionen erweist sich die genetische Auslegung hier als komplizierter und in gewisser Hinsicht als unsicher.

Vorgetragen wurde, dass der Gesetzgeber ausschließlich Zweierkonstellationen vor Augen hatte, in denen keine Divergenz zwischen Grundstückseigentümer und persönlichem Schuldner herrscht⁶⁴³. Nun wurde daraus geschlossen, dass damit der Weg für eine extensive Auslegung des Wortlautes, welche auch Drittsicherungsfälle umfasst, eröffnet sei⁶⁴⁴. Genau diametral entgegengesetzt war demgegenüber die Schlussfolgerung, dass der Gesetzgeber nur die Fälle der Kopplung von Eigentum und Sicherungsvertrag im hier beschriebenen Umfang von der Norm erfasst wissen wollte. Nur diese seien in der Neuregelung berücksichtigt worden, für alle anderen gelte die Norm des § 1157 BGB weiterhin unverändert⁶⁴⁵.

Liest man die Gesetzesbegründung zu § 1192 Abs. 1a BGB⁶⁴⁶, erfährt man, dass der Gesetzgeber eine Regelung finden wollte, um „den Grundstückseigentümer vor den besonderen Risiken der Übertragung einer Grundschuld, die zur Sicherung eines Anspruches verschafft worden ist (Sicherungsgrundschuld) zu schützen“⁶⁴⁷, wobei eine „den § 1157 BGB ergänzende Sonderregelung hinsichtlich des Fortbestehens der Einreden, die der Grundstückseigentü-

Einzelnen herausgearbeiteten Reichweite des § 1192 Abs. 1a BGB zuzustimmen. Dies bedeutet aber nicht automatisch, dass damit ein neuer Typ eines beschränkt dinglichen Rechts entstehen würde (was freilich auch *Sokolowski* nicht vertritt). Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, gewisse Wirkungen eines *inter partes* geschlossenen Sicherungsvertrages gegenüber den Erwerbern einer Sicherungsgrundschuld zuzulassen. Das ist eine gesetzgeberische Prärogative.

⁶⁴² Vgl. die Nachweise in Fn 629.

⁶⁴³ *Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 208; *Sokolowski*, JR 2009, 309, 311.

⁶⁴⁴ *Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 208.

⁶⁴⁵ *Sokolowski*, JR 2009, 309, 311.

⁶⁴⁶ BR-Drucksache 152/08 (Beschluss; Gesetzesentwurf des Bundesrates) vom 25.04.2008, S. 15 und BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 16.

⁶⁴⁷ BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 16.

mer aufgrund des Sicherungsvertrages gegen die Inanspruchnahme aus einer Sicherungsgrundschuld erheben kann⁶⁴⁸ eingeführt werden sollte. Der Gesetzgeber hatte mithin den in der Einleitung geschilderten Fall vor Augen, bei welchem dem Gläubiger die Stellung eines treuhänderischen Sicherungsnehmers eingeräumt wird⁶⁴⁹. In Drittsicherungsfällen, bei denen eine schuldrechtliche Beziehung zwischen Grundstückseigentümer und Grundschuldgläubiger, in Bezug auf den Anspruch, für deren Sicherung diese vorgesehen war, nicht besteht, musste jedoch stets mit der Gefahr gerechnet werden, dass der Grundschuldgläubiger gegen den Grundstückseigentümer bei Fälligkeit der isolierten Grundschuld (und *nicht* der drittgesicherten Forderung)⁶⁵⁰ vorgeht. Im Innenverhältnis musste sich der Grundstückseigentümer dann gegebenenfalls an den persönlichen Schuldner halten. Bei einer isolierten Grundschuld, die freilich sehr selten bis kaum vorkommen dürfte, handelt es sich um ein reines beschränkt dingliches Verwertungsrecht⁶⁵¹, welches keinen Sicherungsvertrag⁶⁵² voraussetzt, so dass es auch keine Einrede des mangelnden Sicherungsfalles geben kann⁶⁵³.

Die genetische Auslegung spricht somit im Ergebnis dafür, dass der Gesetzgeber nur die Fälle regeln wollte, in denen das Grundpfandrecht am Grundstück des persönlichen Schuldners bestellt wird. Der Gesetzgeber ist für Fälle anfänglicher oder primärer Divergenz auf Passivseite nicht eingeschritten⁶⁵⁴. Sollte dies unwillentlich geschehen sein, könnte allenfalls an

⁶⁴⁸ BR-Drucksache 152/08 (Beschluss; Gesetzesentwurf des Bundesrates) vom 25.04.2008, S. 15 und BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 16.

⁶⁴⁹ Hierauf verweist bereits der Vorschlag des Freistaates Bayerns, der, wie gesehen, den Vorschlag zur Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB brachte (BR-Drucksache 152/08 (Beschluss; Gesetzesentwurf des Bundesrates) vom 25.04.2008, S. 7).

⁶⁵⁰ Allgemein zur Unterscheidung der Fälligkeit des dinglichen Rechts und der gesicherten Forderung, vgl. *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1193 Rn 2 f.

⁶⁵¹ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 44 Rn 6; *Gursky* in: Westermann BGB Sachenrecht, § 113 Rn 2.

⁶⁵² Der Sicherungsvertrag ist *causa* der Bestellung eines Sicherungsrechtes wie die Sicherungsgrundschuld (*Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn 26a und 49ff und oben Fn 18). Als *causa* einer isolierten Grundschuld kommen alle schuldrechtlichen Rechtsgeschäfte in Betracht, die eine Verpflichtung zur Bestellung einer Grundschuld begründen können, wie bspw. eine Schenkung oder ein Vermächtnis (*Weber*, Sachenrecht II, § 15 Rn 8f; die Beispiele sind entnommen aus *Bassenge* in: Palandt BGB, § 1191 Rn 3).

⁶⁵³ Bei der Inanspruchnahme aus einer isolierten Grundschuld stehen dem Grundstückseigentümer gegen den Grundschuldinhaber zum einen alle pfandrechtsbezogenen Einwendungen und Einreden gegen die Grundschuld zu und zum anderen muss der freilich anwendbare § 1157 BGB beachtet werden, so dass Einreden aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Grundschuldgläubiger der Inanspruchnahme aus der Grundschuld ebenfalls entgegen gehalten werden können (*Weber*, Sachenrecht II, § 15 Rn 23). Wie bereits dargelegt, wäre der Sicherungsvertrag ein solches besonderes Rechtsverhältnis, der hier aber gerade nicht besteht. Mangels Analogiefähigkeit des § 771 Satz 1 BGB (*Habersack* in: MüKo BGB, § 771 Rn 2) kann der Grundstückseigentümer, mangels anderweitiger vertraglicher Vereinbarung (die dann wieder ein besonderes Rechtsverhältnis im Sinne des § 1157 Satz 1 BGB begründen würde), auch nicht verlangen, dass der Grundschuldinhaber vor der Inanspruchnahme aus der Grundschuld erfolglos einen Befriedigungsversuch gegen den persönlichen Schuldner unternimmt.

⁶⁵⁴ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 43; *Sokolowski*, JR 2009, 309, 311.

eine Analogie gedacht werden, die dann aber im Ergebnis ebenso wie in Fällen nachträglicher oder sekundärer Divergenz auf Passivseite⁶⁵⁵ verneint werden müsste.

4. Auslegungsergebnis

Lediglich der Wortlaut der Norm scheint dafür zu sprechen, dass dem Grundstückseigentümer im Fall einer isolierten Grundschuld die Möglichkeit offen stehen soll, sich auf § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB zu berufen. Das vom Gesetzgeber gewollte und sich in objektiver Hinsicht manifestierende Telos der Vorschrift spricht jedoch dagegen⁶⁵⁶. Die besseren Gründe sprechen gegen die Annahme, dass der Grundstückseigentümer sich auf § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB berufen kann, wenn es sich um Drittsicherungsfälle handelt.

II. Erfasste Einwände

„Aus dem Sicherungsvertrag ergeben sich“ gemäß § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB demnach diejenigen Einreden, die zum Zeitpunkt der Abtretung im Sicherungsvertrag bereits *begründet* waren, d. h., deren Rechtsgrundlage im Sicherungsvertrag liegt⁶⁵⁷, die jedoch noch *nicht vollständig verwirklicht* sind⁶⁵⁸. Die Gesetzesbegründung⁶⁵⁹ nennt hierzu als häufigsten Fall den Einwand, die gesicherte Forderung sei nach Übertragung der Sicherungsgrundschuld in voller Höhe oder teilweise getilgt worden.

1. Nachträgliche Forderungstilgungen

Gerade für diesen vom Gesetzgeber gewollten Fall wurde von der Literatur die Frage gestellt, ob dies sowohl bei isolierter Grundschuldzession als auch im Fall einer gemeinsamen Abtretung von Forderung und Sicherungsgrundschuld gilt.

⁶⁵⁵ Hierzu oben unter § 13 C I.

⁶⁵⁶ Nochmals sei auf folgendes hingewiesen: Mag auch die Schutzbedürftigkeit des Grundstückseigentümers im Fall eines Drittsicherungsfalls höher sein, so verbleibt es für diesen Fall, auf die ebenfalls vor der Einführung des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB bestehende Gefahr, bei Fälligkeit der isolierten Grundschuld (und *nicht* der drittgesicherten Forderung) in Anspruch genommen zu werden. Der Grundstückseigentümer muss sich dann ggf. an den persönlichen Schuldner halten (hierzu oben § 13 C I 3).

⁶⁵⁷ Siehe zum Fall der einvernehmlichen Änderung des Sicherungsvertrages zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten nach erfolgter Zession unter § 13 F I 2.

⁶⁵⁸ Vgl. die gesetzgeberische Vorstellung (Nachweis in Fn 646) und diese ganzheitlich herrschende Definition in der Literatur (u.a. *Bassenge* in: Palandt BGB, § 1192 Rn 3; *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 43; *Nietzsch*, NJW 2009, 3606, 3607; *Wellenhofer*, JZ 2009, 1077, 1081).

⁶⁵⁹ Nachweis in Fn 629.

a.) Nachträgliche Forderungstilgung bei isolierter Sicherungsgrundschuldzession

Im Fall nachträglicher Forderungstilgung bei isolierter Sicherungsgrundschuldzession zahlt der Grundstückseigentümer an den wahren Forderungsinhaber weiter. Die zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordene Forderung wird gemäß § 362 Abs. 1 BGB ganz oder teilweise getilgt, da die Leistung an den wahren und jetzigen Gläubiger bewirkt wird. § 407 Abs. 1, 1. Fall BGB kommt nicht zur Anwendung, somit kann es nicht auf subjektive Elemente des Schuldners in Bezug auf die Sicherungsgrundschuldzession ankommen. Stünde die – nunmehr abgetretene – Sicherungsgrundschuld noch dem Zedenten zu, entstünde aus dem Sicherungsvertrag der Einwand, die gesicherte Forderung sei in voller Höhe oder teilweise getilgt worden⁶⁶⁰. Dieser Einwand kann nun nach § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB auch jedem Erwerber der Sicherungsgrundschuld entgegen gehalten werden⁶⁶¹. Dies hat der Gesetzgeber⁶⁶² freilich nicht übersehen, und es entspricht auch der logischen Konsequenz die Einwände aus einem *inter partes* geschlossenen Sicherungsvertrag gegenüber den Erwerbern einer Sicherungsgrundschuld zuzulassen.

b.) Nachträgliche Forderungstilgung bei gemeinsamer Abtretung von Forderung und Sicherungsgrundschuld

Die ganz herrschende Meinung argumentiert, in Anlehnung an die Gesetzesbegründung⁶⁶³, im Fall der nachträglichen Forderungstilgung bei gemeinsamer Abtretung von Forderung und Sicherungsgrundschuld wie folgt: Erwirbt der Zessionar sowohl Forderung als auch Sicherungsgrundschuld und zahlt der Grundstückseigentümer an den Zedenten, als nunmehriger alter Gläubiger der Forderung auf die Forderung, so muss danach unterschieden werden, ob der Grundstückseigentümer von der Abtretung Kenntnis hatte oder nicht.

aa.) Im Fall des bösgläubigen Grundstückseigentümers

Im Fall, dass der Grundstückseigentümer Kenntnis von der Abtretung hatte (bösgläubiger Grundstückseigentümer), bleibt die Forderung mangels Erlöschens (§§ 362 Abs. 1, Abs. 2,

⁶⁶⁰ Zu diesem Einwand oben § 13 B I 2.

⁶⁶¹ Dies dürfte zu Recht allgemeine Meinung sein. Jedenfalls lassen sich keine Gegenstimmen finden. *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 43; *Lehmann*, ZGS 2009, 214, 219 weisen sehr pointiert auf diese Rechtsfolge hin. Selbst *Kiehnle*, BKR 2009, 157, 160f (der für den Fall einer gemeinsamen Abtretung von Forderung und Grundschuldzession soweit ersichtlich im Fall des redlichen Grundstückseigentümers als einziger eine andere Auffassung vertritt (hierzu unten § 13 C II 1 bb bbb (1))) stimmt dem zu.

⁶⁶² Nachweis in Fn 629.

⁶⁶³ Nachweis in Fn 629.

407 Abs. 1, 1. Fall BGB) bestehen. Es entstehen keine Einwände aus dem Sicherungsvertrag, die dem Erwerber entgegen gehalten werden könnten.

bb.) Im Fall des gutgläubigen Grundstückseigentümers

Hingegen wird für den Fall, in dem der Grundstückseigentümer keine Kenntnis von der Abtretung hatte (gutgläubiger Grundstückseigentümer), der Grundstückseigentümer gegenüber dem Zessionar so behandelt, als sei die Abtretung der Forderung noch nicht wirksam geworden (§ 407 Abs. 1 BGB)⁶⁶⁴. Aus dem Sicherungsvertrag soll demnach der Einwand entstehen, die gesicherte Forderung sei in voller Höhe oder teilweise getilgt worden. Grund hierfür ist, dass der Zessionar gemäß § 407 Abs. 1, 1. Fall BGB die Leistung an den Zedenten gegen sich gelten lassen muss. Dieser Einwand soll nun nach § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB auch jedem Erwerber der Sicherungsgrundschuld entgegen gehalten werden können⁶⁶⁵.

aaa.) Die Gegenauffassung Kiehnles

Gerade für diesen – und nur für diesen – Fall des gutgläubigen Grundstückseigentümers hat sich *Kiehnle*⁶⁶⁶, soweit ersichtlich, als einziger gegen die Berücksichtigung nachträglicher Forderungstilgung an den Zedenten geäußert. Im ersten Schritt arbeitet *Kiehnle* den Sinn und Zweck des § 1156 Satz 1 BGB anhand der genetischen Auslegung heraus. Diese Norm bestimmt, dass nachträgliche Forderungstilgungen an den nicht mehr berechtigten Zedenten in Abweichung von § 407 Abs. 1 BGB in Ansehung der Hypothek gegenüber dem Zessionar keine Wirkung entfalten sollen. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, der Grund der Regelung des § 1156 Satz 1 BGB bestehe darin, „dass sich der Eigentümer hinsichtlich der Hypothek an der Eintragung im Grundbuch oder an dem Hypothekenbrief nebst den öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen gemäß 1155 orientieren kann und auch muss“⁶⁶⁷. Im zweiten Schritt fragt sich *Kiehnle*, ob § 1156 Satz 1 BGB gemäß § 1192 Abs. 1 BGB auf Sicherungsgrundschulden entsprechend anwendbar ist. Dies bejaht er unter dem Hinweis, der Grundstückseigentümer könne vor Zahlung auf die Forderung das Grundbuch einsehen bzw. sich

⁶⁶⁴ Über diese Wirkung von § 407 Abs. 1 BGB besteht Einigkeit. Nach h. M. soll hingegen § 407 Abs. 1 BGB nicht zu einer endgültigen Erfüllungswirkung der Forderung gegen den Willen des Schuldners führen (weiterführend mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum, selbst wenn dort die gegenteilige Ansicht vertreten wird, hierzu *Busche* in: Staudinger BGB, § 407 Rn 7 f).

⁶⁶⁵ Neben vielen anderen *Bassenge* in: Palandt BGB, § 1192 Rn 3; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 45 Rn 67d; *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 594; *Lehmann*, ZGS 2009, 214, 219; *Meyer*, JURA 2009, 561, 565 und WM 2010, 58, 64; *Stadler*, Festschrift Strätz, S. 519, 532.

⁶⁶⁶ *Kiehnle*, BKR 2009, 157, 158 ff.

⁶⁶⁷ *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn 1646, der auch von *Kiehnle*, BKR 2009, 157, 158 zitiert wird.

bei verbrieften Grundschulden den Brief vorzeigen lassen. So könnte er vermeiden, an einen Nicht-Mehr-Berechtigten zu leisten, weshalb eine entsprechende Anwendung von § 1156 Satz 1 BGB dessen Sinn und Zweck entspricht. Nun folgen im dritten Schritt zwei wichtige Passagen. Zum einen weist er darauf hin, dass eine nach § 1192 Abs. 1a BGB gegenüber dem Erwerber wirksame Einrede aus dem Sicherungsvertrag diesen ähnlich beeinträchtigen würde wie ein Verlust der Hypothek nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die entsprechende Anwendung des § 1156 Satz 1 BGB sei deshalb sinnvoll. Freilich erkennt *Kiehnle*, dass er durch diese befürwortete Anwendung des § 1156 Satz 1 BGB auf die Sicherungsgrundschuld möglicherweise mit dem Wortlaut des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB in Konflikt geraten könnte. Um dies zu verhindern, legt *Kiehnle* einen Sicherungsvertrag vorbehaltlich besonderer vertraglicher Absprachen so aus, dass dem Schuldner dann keine Einreden gegen die Grundschuld erwachsen sollen, wenn an einen Nichtberechtigten gezahlt wird.

bbb.) Analyse der Auffassung Kiehnles

Wenn *Kiehnle* im ersten Schritt den Sinn und Zweck des § 1156 Satz 1 BGB herausarbeitet, kommt er zum richtigen Ergebnis. Dies bedarf hier keiner weiteren Vertiefung. Nun bejaht *Kiehnle* im zweiten Schritt die Anwendung des § 1156 Satz 1 BGB gemäß § 1192 Abs. 1 BGB auf Sicherungsgrundschulden. Unschädlich ist es, den § 1156 Satz 1 BGB gemäß § 1192 Abs. 1 BGB grundsätzlich auf Grundschulden anzuwenden⁶⁶⁸. Bei der Grundschuld kann schon wegen ihrer Nichtakzessorietät ein Rückgriff auf Einwendungen und Einreden aus dem schuldrechtlichen Bereich nicht möglich sein (gemeint sind hier diejenigen Einwendungen und Einreden, die ihre Rechtsgrundlage in der Forderung⁶⁶⁹ haben)⁶⁷⁰. Auch *Kiehnle* dürfte nicht übersehen haben, dass § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS 2. Fall BGB gegenüber § 1156 Satz 1 BGB *lex specialis* ist⁶⁷¹.

So gibt er zwei sogleich zu hinterfragende Gründe an, weshalb § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS 2. Fall BGB einer entsprechenden Anwendung des § 1156 Satz 1 BGB nicht entgegenstehen soll.

Zum einen versucht er § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS 2. Fall BGB systematisch dahingehend auszulegen, dass die gesetzgeberische Vorstellung⁶⁷², wonach nachträgliche Forderungstil-

⁶⁶⁸ So dann auch die h. M. BGH Urt. v. 04.07.1986 – V ZR 238/84 – unter II 1 a der Gründe (NJW-RR 1987, 139, 140); *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1156 Rn 15; *Rohe* in: BeckOK BGB, § 1192 Rn 144.

⁶⁶⁹ Diese sind wie bereits unter Fn 599 gezeigt, nicht durch § 1157 Satz 1 BGB erfasst.

⁶⁷⁰ *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1156 Rn 15.

⁶⁷¹ *Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 211; *Weller*, JuS 2009, 969, 974.

⁶⁷² Nachweis in Fn 629.

gungen des gutgläubigen Grundstückseigentümers an den Zedenten gegenüber dem Zessionar zu berücksichtigen seien, zurückzutreten habe, da widrigenfalls ein systematischer Widerspruch entstehen würde. Die Kritik des systematischen Widerspruches zielt darauf ab, dass die Sicherungsgrundschuld durch diese Vorschrift – zumindest in der Durchsetzbarkeit – akzessorischer als die an sich akzessorische Hypothek wird⁶⁷³. Doch wenn der Gesetzgeber es für nötig hält, eine dahingehende Norm zu schaffen, dass die Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld und nicht die der Hypothek erschwert wird, dann ist das eine gesetzgeberische Prärogative^{674,675}.

Zum anderen legt *Kiehnle* einen Sicherungsvertrag vorbehaltlich besonderer vertraglicher Absprachen so aus, dass dem Schuldner dann keine Einreden gegen die Grundschuld erwachsen sollen, wenn an einen Nichtberechtigten gezahlt wird. Doch kann eine (in diesem Fall ergänzende) Vertragsauslegung⁶⁷⁶ nicht vollständig den Blick von den Parteien weg zu einer vom Gericht vorzunehmenden Interessenabwägung auf objektiver Grundlage richten. Vielmehr ist danach zu fragen, welche Lösung den Parteiinteressen gerecht wird und eine angemessene Behandlung des streitigen Punktes darstellt⁶⁷⁷. Somit müsste die Frage lauten: „Welche Pflicht wäre im Sicherungsvertrag zwischen Grundstückseigentümer und darlehensgebender Bank für die darlehensgebende Bank für den Fall statuiert worden, dass der Grundstückseigentümer in Unkenntnis einer erfolgten gemeinsamen Abtretung von Forderung und Siche-

⁶⁷³ Öfters findet sich die rechtspolitische Kritik, die Sicherungsgrundschuld sei nunmehr durch § 1192 Abs. 1a BGB akzessorischer geworden als die an sich akzessorische Hypothek (z. B. *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 31; *Meyer*, WM 2010, 58, 63; *Redeker*, ZIP 2009, 208, 211). Im Verhältnis Zessionar – Grundstückseigentümer ist diese Kritik wegen des ausgeschlossenen einrededefreien Erwerbs (§ 1192 Abs. 1a Satz 1, 2. HS BGB) inhaltlich korrekt. Auch wurde deswegen an die Kreditgeber die Empfehlung ausgesprochen, zukünftig von der Grundschuld abzuweichen und wieder die Hypothek als Sicherungsmittel zu wählen (z. B. *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 31; *Meyer*, WM 2010, 58, 63). Dem ist die Praxis allerdings nicht gefolgt. Die von *Bachner*, DNotZ 2008, 644, 647 als *bekannt* bezeichneten Vorteile der Sicherungsgrundschuld gegenüber der Hypothek bleiben erhalten. Hier sei daran erinnert, dass die Sicherungsgrundschuld in ihrer Entstehung, im Umfang, in der Zuständigkeit und im Erlöschen nicht akzessorisch bleibt (Nachweis in Fn 36). Doch einer der praxiswichtigsten Vorteile der Sicherungsgrundschuld gegenüber der Hypothek ist, dass bei der Sicherungsgrundschuld ein rechtsgeschäftlicher Austausch der zu sichernden Forderung durch einfache Änderung des Sicherungsvertrages möglich ist, während im Fall der Hypothek ein rechtsgeschäftlicher Austausch der zu sichernden Forderung nur durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch (§ 1180 Abs. 1 BGB) möglich ist.

⁶⁷⁴ So z. B. auch *Redeker*, ZIP 2009, 208, 211.

⁶⁷⁵ Wie bereits in Fn 316 erwähnt, kann sich der Sinn und Zweck des Gesetzes vom ursprünglichen Wille seines Autors wandeln und eine objektive Bedeutung erlangen. Anhaltspunkte, dass dies für die hier behandelte Vorschrift der Fall sein würde, sind indes nicht ersichtlich.

⁶⁷⁶ Zur ergänzenden Vertragsauslegung allg. *Rohe* in: Staudinger BGB, § 157 Rn 4; *Bork*, BGB AT, Rn 53 ff.

⁶⁷⁷ *Bork*, BGB AT, Rn 537.

rungsgrundschuld an die nicht *mehr*⁶⁷⁸ berechnigte darlehensgebende Bank die Forderung tilgt?“ Jedenfalls würde sich der Schuldner auf einen Ausschluss des Einwandes des vollständigen oder teilweisen Erlöschens der gesicherten Forderung nicht einlassen, und dieser würde seinen Interessen auch nicht gerecht. Dieser Einwand muss sich daher aus dem Sicherungsvertrag in dieser Konstellation ergeben⁶⁷⁹.

Nach all dem ist *Kiehnles* Auffassung nicht zu folgen.

ccc.) Zwischenergebnis zu § 13 C II 1 bb

Somit können nachträgliche Forderungstilgungen bei gemeinsamer Abtretung von Forderung und Sicherungsgrundschuld an den Zedenten dem Zessionar entgegen gehalten werden, wenn der Grundstückseigentümer keine Kenntnis von der Abtretung hatte.

2. Nachträgliche Aufrechnung

a.) Voraussetzungen für dessen Berücksichtigungsfähigkeit

Nichts anderes als für den Fall von nachträglichen Forderungstilgungen gesagt wurde, kann für den Fall gelten, dass anstelle einer nachträglichen Forderungstilgung in Form einer Zahlung eine nachträgliche Forderungstilgung mithilfe der Aufrechnung nach §§ 387, 389 BGB erfolgt. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass der hieraus resultierende Einwand nur dann bereits im Sicherungsvertrag *begründet* war, wenn die Aufrechnungslage schon zum Zeitpunkt der Abtretung bestand, hier also lediglich die Aufrechnungserklärung nach erfolgter Zession stattfindet⁶⁸⁰.

Dies folgert der Bundesgerichtshof für § 404 BGB aus der Tatsache, dass der Schuldner nur einen Anspruch auf Aufrechterhaltung der Rechte hat, die er zum Zeitpunkt der Abtretung

⁶⁷⁸ Dies verschiebt m. E. die Fragestellung von der von *Kiehnle* durchgeführte Frage, was für den Fall der Zahlung an *den* (d. h. *an einen*) Nichtberechtigten erfolgen soll. Hier soll nicht danach gefragt werden, was geschieht, wenn eine Zahlung an irgendeinen Nichtberechtigten erfolgt, sondern ganz konkret was geschieht, wenn eine Zahlung an den Kontrahenten als *nicht mehr* Berechtigten erfolgt.

⁶⁷⁹ Dies belastet den Zessionar, muss er doch diese Zahlungen gegen sich gelten lassen, so dass man sich durchaus fragen könnte, ob dies ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter oder ein zulässiger Vertrag mit Lastwirkung gegen Dritten darstellt (zu diesen beiden Typen siehe *Jagmann* in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 328 ff Rn 44ff). Diese Komplikation ist indes nicht der Rede wert. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, gewisse Wirkungen eines *inter partes* geschlossenen Sicherungsvertrages gegenüber den Erwerbern einer Sicherungsgrundschuld zuzulassen (siehe Fn 641). Damit hat es sein Bewenden.

⁶⁸⁰ Für § 404 BGB: BGH Urt. v. 28.11.1955 – II ZR 153/54 – Rn 12 (BGHZ 19, 153, 156).

schon besaß, nicht jedoch auf weitergehende Gewährung solcher Rechte, die er ohne die Abtretung später hätte erwerben können⁶⁸¹.

Nun solle durch § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB eine Verlagerung dieses Zeitpunktes auf einen späteren Zeitpunkt wie in § 407 Abs. 1 BGB nicht vorgesehen sein⁶⁸². Nach § 407 Abs. 1, 2. Fall BGB muss der neue Gläubiger jedes Rechtsgeschäft (auch ein einseitiges Rechtsgeschäft wie die Aufrechnung)⁶⁸³, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, solange zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts der Schuldner von der Abtretung keine Kenntnis hatte. Im Fall einer nachträglichen Leistung an den Zedenten in Form der Forderungstilgung mittels einer Zahlung könnte man meinen, dass § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB den relevanten Zeitpunkt auf den in § 407 Abs. 1, 1. Fall BGB bezeichneten Zeitpunkt fixiert, d. h. so lange wie der Schuldner von der Abtretung keine Kenntnis hatte. Dadurch würde man jedoch übersehen, dass es nicht um die Wirkung der Zahlung auf die Forderung selbst geht, sondern auf die sich daraus ergebenden Folgen. Der aus einer Zahlung folgende Anspruch der Rückgewähr einer Sicherungsgrundschuld ist im Sicherungsvertrag bereits vor der Zahlung angelegt und bis zur Zahlung nur aufschiebend bedingt⁶⁸⁴. Der aus diesem Anspruch resultierende Einwand ist daher bereits vor der Zession angelegt und im Sinne des § 404 BGB begründet⁶⁸⁵. Man kann daher problemlos den gesetzgeberischen Willen, nachträgliche Forderungstilgungen mittels einer Zahlung zu berücksichtigen, durch einen Gleichlauf der Bedeutung des Wortlauts von „begründet“ im Sinne des § 404 BGB und „ergeben“ im Sinne des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB zur Geltung bringen.

So bestätigt sich die aus der gesetzgeberischen Vorstellung übernommene Definition der ganz herrschende Meinung zu § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB, wonach sich die Einre-

⁶⁸¹ BGH Urt. v. 28.11.1955 - II ZR 153/54 – Rn 13 (BGHZ 19, 153, 156).

⁶⁸² Rümpker, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 212; Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 555.

⁶⁸³ OLG Schleswig-Holsteinisch, Beschl. v. 27. Januar 2003 – 15 WF 271/02 – Rn 14 (NJW-RR 2004, 717, 718); Busche in: Staudinger BGB, § 407 Rn 14; Müller in: Prütting/Wegen/Weinreich BGB, § 407 Rn 3; Rohde in: BeckOK BGB, § 407 Rn 7.

⁶⁸⁴ Vgl. schon Fn 613; und für § 404 BGB reicht „angelegt sein“ aus (Busche in: Staudinger BGB, § 404 Rn 10). Die Auffassung Wolfsteiners (Fn 613), wonach der Anspruch der Rückgewähr einer Sicherungsgrundschuld bereits vor der Zahlung besteht, aber lediglich noch nicht fällig ist, führt dazu, dass der daraus resultierende Einwand, ohne die von der h. M. gestellte Komplikation der Bedingung im Sinne des § 404 BGB, „begründet“ ist.

⁶⁸⁵ Rümpker, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 211 m. w. N.; Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 555.

den aus dem Sicherungsvertrag nur dann ergeben, wenn sie in diesem bereits begründet, aber noch nicht vollständig verwirklicht sind⁶⁸⁶.

Nachträgliche Aufrechnungen sind demnach nur dann berücksichtigungsfähig, wenn die Aufrechnungslage schon zum Zeitpunkt der Abtretung bestand, hier also lediglich die Aufrechnungserklärung nach erfolgter Zession stattfindet.

b.) Ein für den Grundstückseigentümer interessanter Fall bleibt unberücksichtigt

Folge des hier gefundenen Ergebnisses ist, dass der wohl für den Grundstückseigentümer interessante Fall, dass die Gegenforderung ein Schadensersatzanspruch des Grundstückseigentümers gegen den sicherungsvertragswidrig zedierenden Zedenten ist, demnach nicht erfasst wird. Grund dieser Nichterfassung ist eben das Verbot einer Besserstellung des Grundstückseigentümers durch die Zession. Die Richtigkeit der Nichterfassung dieses für den Grundstückseigentümer interessanten Falls ist, dass die zu verneinende Frage zu stellen wäre, ob die Aufrechnungslage auch ohne die Zession gegeben wäre⁶⁸⁷.

3. Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB

Nur *en passant* sei die Frage erwähnt, ob⁶⁸⁸ und unter welchen Voraussetzungen ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Zessionar geltend gemacht werden kann. Nimmt man den Gleichlauf der Bedeutung des Wortlautes von „ergeben“ im Sinne des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB und „begründen“ im Sinne des § 404 BGB ernst – zumal ein anderer Ansatz zur Beantwortung dieser Frage nicht zu finden ist – so muss ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Zessionar berücksichtigungsfähig sein, wenn der Gegenanspruch entweder schon vor der Abtretung fällig war oder zum Zeitpunkt der Abtretung bereits dem Rechtsgrund nach gegeben war und spätestens gleichzeitig mit der abgetretenen Forderung fällig wird⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Nachweise in Fn 658.

⁶⁸⁷ Hierzu entsprechend die Überlegungen von *Busche* in: Staudinger BGB, § 404 Rn 11.

⁶⁸⁸ Ohne Begründung verneint *Lehmann*, ZGS 2009, 214, 219 für das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB die Anwendbarkeit von § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB und will demnach §§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 BGB anwenden.

⁶⁸⁹ Für § 404 BGB: *Busche* in: Staudinger BGB, § 404 Rn 30; *Rohe* in: BeckOK BGB, § 404 Rn 12; für § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB: *Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 211f; *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 555.

D. Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 242, 821 BGB)

Wird eine Sicherungsgrundschuld bei anfänglich unwirksamem Sicherungsvertrag bestellt, so fehlt der Rechtsgrund für die Bestellung der Sicherungsgrundschuld⁶⁹⁰. Anfänglich unwirksam ist der Sicherungsvertrag in den Fällen, in denen eine rechtshindernde Einwendung die Entstehung des Sicherungsvertrages verhindert⁶⁹¹. Insbesondere wären hier, als möglicherweise einschlägig, die Fälle der (unerkenbaren) fehlenden Geschäftsfähigkeit (§ 105 Abs. 1 BGB) oder der (unerkenbaren) vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit (§ 105 Abs. 2 BGB) im Moment Abschlusses des Sicherungsvertrages oder die Anfechtung in etwa wegen Irrtums (§§ 119ff, 142 Abs. 1 BGB) zu nennen. Zu beachten gilt freilich, dass eine Anfechtung auch wegen arglistischer Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB erfolgen könnte. Diese Fälle wären dann mit den Fällen des Einwandes der unerlaubten Handlung vergleichbar, weshalb diese im Ergebnis wie jener Einwand zu behandeln wären⁶⁹². Ebenfalls kann sich die anfängliche Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages ausnahmsweise aus der Nichtigkeit des Darlehensvertrages wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) oder Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB) ergeben, wenn die Nichtigkeit auch auf den Sicherungsvertrag durchschlägt⁶⁹³. In diesen Fällen hat der Schuldner aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB (*condictio indebiti*)^{694,695} einen Anspruch auf Rückübertragung der Si-

⁶⁹⁰ Zur Funktion „causa“ des Sicherungsvertrages siehe oben § 1 B II.

⁶⁹¹ Bork, BGB AT, Rn 90; Wolf/Neuner, BGB AT, § 21 Rn 14f.

⁶⁹² Hierzu unten § 13 E.

⁶⁹³ Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 560 m.w. N.

⁶⁹⁴ Für den Fall der Anfechtung ist umstritten, ob § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB (*condictio indebiti*, so die ganz h. M., vgl. Busche in: MüKo BGB, § 142 Rn 15 m. v. w. N.) oder § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Fall BGB (*condictio ob causam finitam*, so bspw. Wieling, Bereicherungsrecht, § 3 III 2) einschlägig ist. Dabei geht der Streit insbesondere darum, ob das in Kenntnis der Anfechtbarkeit Geleistete zurückgefordert werden kann oder ob § 814 BGB dem entgegensteht (ausführlich Lorenz in: Staudinger BGB, § 814 Rn 1 ff). Unter Beachtung, dass der Leistende, der positiv von der Anfechtbarkeit des Geschäfts weiß („kennen müssen“ reicht in keinem Fall, auch im Falle grober Fahrlässigkeit nicht aus (Lorenz in: Staudinger BGB, § 814 Rn 4; Sprau in: Palandt BGB, § 814 Rn 3)), eine Leistung unter Vorbehalt erbringen kann, für die dann § 814 BGB nicht gilt (Lorenz in: Staudinger BGB, § 814 Rn 7; Sprau in: Palandt BGB, § 814 Rn 5), scheint die ganz h. M. den Vorzug zu verdienen. Hier geht es jedoch nicht um den Fall einer bereits erbrachten Leistung, sondern um den Fall eines Einwandes gegen eine unberechtigte Inanspruchnahme.

⁶⁹⁵ Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Fall BGB (*condictio ob rem*) wird in diesen Fällen Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 546 bemüht (Zetzsche zitiert als Nachweis hierfür den BGH in seinem Urt. v. 25.10.1984 – IX 184/83 – unter II 1 der Gründe (NJW 1985, 800, 801). Am angegebenen Ort leitet der BGH diesen Anspruch schlicht aus § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB ab und zitiert als Nachweis hierfür seine vorangegangene Rechtsprechung in BGH Urt. v. 26.06.1957 – V ZR 191/55 (BGH, LM § 1163 BGB Nr. 2; JZ 1957, 623, 624). Hier hatte der Bundesgerichtshof jedoch noch, unter Berufung auf die reichsgerichtliche Judikatur und die damalig herrschende Lehre, offen gelassen, ob dieser Anspruch seine Grundlage im „zu Grunde liegenden Schuldverhältnis“ oder in § 812 BGB findet). Allerdings fehlt jedoch, in Fällen der Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages, die *causa* für die Bestellung der Grundschuld, so dass hier der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB (*condictio inde-*

cherungsgrundschuld⁶⁹⁶. Gegenüber dem Gläubiger kann der Grundstückseigentümer, wenn der Gläubiger aus der Grundschuld vorgehen möchte, vorbringen, dass er zur alsbaldigen Rückgewähr des sodann rechtsgrundlos erworbenen Erlöses an ihn verpflichtet wäre und die Geltendmachung somit eine unzulässige Rechtsausübung darstellen würde. Der Grundstückseigentümer könnte somit den Einwand „der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 821 BGB“⁶⁹⁷ erheben. Fraglich ist, ob dieser Einwand vom Begriff der „Einrede“ im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB erfasst ist⁶⁹⁸. Zur Beantwortung dieser Frage ist eine zweite – hier gemessen an dieser Fragestellung orientierte – Auslegung des § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB durchzuführen.

I. Wortlautauslegung

Der auszulegende Wortlaut birgt zwei Schwierigkeiten. Zum einen muss es sich demnach um eine dem Grundstückseigentümer zustehende „Einrede“ handeln. Doch gerade bei dem Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung handelt es sich rechtsdogmatisch nicht um eine Einrede⁶⁹⁹. Zum anderen müsste dieser Einwand dem Grundstückseigentümer „aufgrund“ des Sicherungsvertrages zustehen. Dieser entspringt jedoch mangels Vorliegens eines wirksamen Sicherungsvertrages gerade nicht aus dem Sicherungsvertrag⁷⁰⁰. Möglich erschiene auch ein Wortlautverständnis dergestalt, dass mit Einreden „aufgrund“ des Sicherungsvertrages – antagonistisch zu solchen „aus dem“ Sicherungsvertrag – auch solche gemeint wären, die ledig-

biti) einschlägig ist. Die Zweckkondition kann allenfalls dann bestehen, wenn die Grundschuld bestellt wurde *bevor* der Sicherungsvertrag zustande kam, was häufig im Verkehr mit Banken geschieht, bei denen eine Sicherheit schon vor Abschluss des Sicherungsvertrages zur Rangwahrung bestellt wird (*Rohe* in: BeckOK BGB, § 1192 Rn 64; *Schwab* in: MüKo BGB, § 812 Rn 402; *Medicus* in: Medicus/Petersen, BR, Rn 495). Weiterhin wird die Zweckkondition für die Fälle diskutiert, bei denen eine Valutierung einer bereits bestellten Sicherungsgrundschuld endgültig nicht (mehr) möglich ist (vgl. hierzu genauer bereits oben § 13 B II 1 cc).

⁶⁹⁶ Für die Fälle der Unwirksamkeit der Grundschuldbestellung selbst, siehe § 13 F III.

⁶⁹⁷ Oft wird dieser Einwand „Einrede aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 821 BGB“ oder einfach nur „Einrede aus § 821 BGB“ genannt (im Zusammenhang mit Sicherungsgrundschulden zum Beispiel *Bülow*, ZJS 2009, 1, 5; *Dieckmann*, NZM 2008, 865, 871; *Wellenhofer*, JZ 2009, 1077, 1081; allgemein vgl. die Nachweise in *Lorenz* in: Staudinger BGB, § 821 Rn 3 aE). Rechtsdogmatisch handelt es sich, obgleich § 821 BGB davon spricht, dass der Schuldner die Erfüllung *auch* dann verweigern kann, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist, bei diesem Einwand des Grundstückseigentümers ebenfalls um den in Fn 606 beschriebenen *dolo agit* Einwand. Ein Rückgriff auf § 821 BGB ist insoweit erst dann nötig, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist (BGH Urt. v. 29.06.2005 – VIII ZR 299/04 – Rn 27 (NJW 2005, 2991, 2993); *Lorenz* in: Staudinger BGB, § 821 Rn 3).

⁶⁹⁸ Siehe die Nachweise in den einzelnen Fußnoten zu den jeweils folgenden Argumenten.

⁶⁹⁹ Siehe insoweit bereits Fn 697.

⁷⁰⁰ *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, § 45 Rn 67g; *Stadler*, Festschrift Strätz, S. 519, 532 (die das im Ergebnis für kaum zu rechtfertigen hält); *Stürmer*, Festschrift Medicus, S. 513, 520; *Weller*, JuS 2009, 969, 974.

lich mittelbar aus der Sicherungsbeziehung abzuleiten sind⁷⁰¹, mithin ebenfalls dieser Einwand. Doch bleibt dies nur eine Möglichkeit. Das umgekehrte Verständnis ist wie gezeigt ebenfalls möglich⁷⁰². Eine abschließende Beurteilung kann nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht getroffen werden.

II. Systematische Auslegung

Ein systematischer Vergleich zeigt einen abweichenden Wortlaut in § 1157 Satz 1 BGB, in dem von „Rechtsverhältnis“ die Rede ist. Nach den *Motiven zum BGB*⁷⁰³ soll nach § 1157 Satz 1 BGB dem neuen Grundschuldgläubiger auch eine Kondizierbarkeit der Grundschuld entgegen gehalten werden können⁷⁰⁴. Wenn nun in § 1157 Satz 1 BGB von „Rechtsverhältnis“ und in § 1192 Abs. 1a BGB von „Sicherungsvertrag“ die Rede ist, spricht dies für eine unterschiedliche Deutung⁷⁰⁵.

III. Genetische Auslegung

Eine genetische Auslegung führt hier zwar zu keinen direkten Erkenntnissen, da der Gesetzgeber⁷⁰⁶ scheinbar diesen Einwand schlicht übersehen hat⁷⁰⁷. Indes kann hier der grundsätzlich vom Gesetzgeber gewollte Schutz des Grundstückseigentümers vor unberechtigter Inanspruchnahme seitens des Zessionars durch eine teleologische Auslegung des § 1192 Abs. 1a BGB berücksichtigt werden.

⁷⁰¹ Hierauf verweist *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 563. *Zetzsche* führt hier den Gedanken der Wortlautdifferenzierung zwischen Einwänden „aus dem“ und „aufgrund“ des Sicherungsvertrages weiter aus und weist darauf hin, dass bei einem streng begrifflichen Verständnis der alte dogmatische Streit, ob der Sicherungsvertrag einreddebegründend sei oder selbst eine Einrede gewähre, an neuer Aktualität gewinnen könnte. Indes weist er diese Möglichkeit zu Recht ab und begründet dies damit, dass diese Wortlautdifferenzierung ein Pleonasmus darstelle.

⁷⁰² Hierauf verweist *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 563.

⁷⁰³ Motive zum BGB S. 608 bei *Mudgan*, Materialien zum BGB, Bd. 3 (Sachenrecht), S. 339.

⁷⁰⁴ Dies entspricht der heutzutage unbestrittenen Auffassung. Hierzu bspw. *Berger* in: *Jauernig BGB*, § 1157 Rn 2; *Nietsch*, NJW 2009, 3606, 3608.

⁷⁰⁵ *Dieckmann*, NZM 2008, 865, 871, der dies im Ergebnis für nicht „sachlich gerechtfertigt“ sieht.

⁷⁰⁶ BR-Drucksache 152/08 (Beschluss; Gesetzesentwurf des Bundesrates) vom 25.04.2008, S. 15f und BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 17.

⁷⁰⁷ *Wellenhofer*, JZ 2009, 1077, 1081; aus diesem Grund könnte über eine analoge Anwendung des § 1192 Abs. 1a BGB nachgedacht werden. Indes nur, falls eine extensive Auslegung des § 1192 Abs. 1a BGB nicht gelingen sollte.

IV. Teleologische Auslegung

In teleologischer⁷⁰⁸ Hinsicht will der neue § 1192 Abs. 1a BGB vor den Gefahren des gutgläubig einredefreien Erwerbs der Sicherungsgrundschuld seitens des Zessionars schützen. Daher dürfte nach „interessengerechter extensiver Auslegung“ der Bereicherungseinwand von § 1192 Abs. 1a BGB erfasst sein, wenn man den Zessionar bei Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags nicht besser stellen will^{709,710}.

V. Auslegungsergebnis und Zwischenergebnis zu § 13 D

Im Folgenden ist ein Auslegungsergebnis zu erörtern. Der auszulegende Wortlaut ist nicht zwingend, scheint aber, trotz der nicht stets vorhanden exakten terminologischen Wahl seitens des Gesetzgebers, ebenso wie die systematische Auslegung doch eher gegen die Annahme, dass der Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung von § 1192 Abs. 1 a BGB erfasst sei, zu sprechen. Freilich darf nicht übersehen werden, dass der Bereicherungseinwand dogmatisch zwar nicht „auf Grund“ des Sicherungsvertrages basiert, aber immerhin „anlässlich“ des Sicherungsvertrages entsteht⁷¹¹. Damit bleibt als ausschlaggebende Auslegungsmethode eine wertende Betrachtung, die – wie gezeigt – der interessengerechten extensiven Auslegung den Vorrang einräumen wird.

Der Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung ist, jedenfalls soweit sich die Nichtigkeit nicht aus einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB ergibt⁷¹², daher von § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB erfasst⁷¹³.

E. Einwand der unerlaubten Handlung (§§ 242, 853 BGB)

Wird eine Sicherungsgrundschuld bei einem Sicherungsvertrag bestellt, der aufgrund eines Deliktes (§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung beispielsweise mit einer Nötigung nach § 240

⁷⁰⁸ Zur methodischen Frage vgl. bereits Fn 316.

⁷⁰⁹ *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 561 versucht andere Lösungswege um den Schuldner zu schützen (Durchgriffskondition zwischen Schuldner und Zessionar oder teleologische Reduktion des § 1157 BGB) aufzuarbeiten, zeigt aber, dass diese nicht zielführend sein können.

⁷¹⁰ *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1192 Rn 39, 41; *Bülow*, ZJS 2009, 1, 5; *Meyer*, JURA 2009, 561,562; *Nietsch*, NJW 2009, 3606, 3608; *Preuß*, Festschrift Kanzleiter, S. 307, 311; *Wellenhofer*, JZ 2009, 1077, 1081; *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 562ff dagegen *Dieckmann*, BWNtZ 2008, 166, 176 und *NZM* 2008, 865, 871.

⁷¹¹ *Nietsch*, NJW 2009, 3606, 3608.

⁷¹² Hierzu unten § 13 E.

⁷¹³ Wie hier ebenso die in Fn 710 angegebenen Nachweise.

Abs. 1 StGB, einer Erpressung nach 253 Abs. 1 StGB oder eines Betrugs nach § 263 Abs. 1 StGB) oder aufgrund einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) abgeschlossen wurde⁷¹⁴, so kann der Grundstückseigentümer dessen Erfüllung verweigern. Der Inanspruchnahme aus der Sicherungsgrundschuld könnte der Grundstückseigentümer den Einwand der unerlaubten Handlung (Arglisteinrede nach § 853 BGB⁷¹⁵) entgegenhalten. Fraglich ist, ob dieser Einwand vom Begriff der „Einrede“ im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB erfasst ist⁷¹⁶. Zur Beantwortung dieser Frage ist eine dritte – hier gemessen an dieser Fragestellung orientierte – Auslegung des § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB durchzuführen, wobei mangels Abweichungen die zur Frage des Einwands der unberechtigten Bereicherung angestellten Erwägungen auch hier analog in Betracht ziehen könnte.

Soweit ersichtlich wird diese Fragestellung kaum behandelt und darf weder mit der direkten Arglisteinrede gegen den Zessionar verwechselt werden noch mit dem Fall, dass der Zessionar beim Erwerb der Sicherungsgrundschuld *dolos* handelt. Diese sehr geringe Aufmerksamkeit der Literatur für diese Fragestellung erklärt sich wahrscheinlich dadurch, dass solche Fälle in der Praxis erfreulicherweise selten vorkommen.

I. Wortlautauslegung

Der auszulegende Wortlaut erweist auch hier dieselben Schwierigkeiten wie im Fall des Einwandes der ungerechtfertigten Bereicherung. Auch hier handelt es sich rechtsdogmatisch nicht um eine Einrede⁷¹⁷. Ebenfalls steht dieser Einwand dem Grundstückseigentümer auch nicht „aufgrund“ des Sicherungsvertrages zu. Selbst wenn der Sicherungsvertrag in diesem Fall wirksam ist, so ist doch die Handlung, die zu einem Schadensersatz geführt hat, eine zeitlich vor dem Sicherungsvertrag liegende Handlung. Allenfalls könnte man, wenn mit Einreden „aufgrund“ des Sicherungsvertrages solche gemeint wären, die (auch) lediglich mittelbar aus der Sicherungsbeziehung abzuleiten sind, diesen Einwand hierunter fassen. Dies bleibt wie gesehen jedoch nur eine von mehreren Möglichkeiten des Wortlautverständnisses, so dass eine abschließende Beurteilung nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht getroffen werden kann.

⁷¹⁴ Allgemein zum Verhältnis von Anfechtungsrecht und Schadensersatzrecht siehe *Vieweg* in: Staudinger BGB, § 853 Rn 4.

⁷¹⁵ Auch in diesem Fall handelt es sich um den in Fn 606 beschriebenen *dolo agit* Einwand (*Vieweg* in: Staudinger BGB, § 853 Rn 1).

⁷¹⁶ Bejahend ohne nähere Auseinandersetzung *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 575.

⁷¹⁷ Nachweis in Fn 715.

II. Systematische Auslegung

In systematischer Hinsicht kann auch hier festgestellt werden, dass im Rahmen des § 1157 Satz 1 BGB, in dem von „Rechtsverhältnis“ die Rede ist, der Einwand der unerlaubten Handlung umfasst ist. Wenn nun in § 1157 Satz 1 BGB von „Rechtsverhältnis“ und in § 1192 Abs. 1a BGB von „Sicherungsvertrag“ die Rede ist, könnte dies auch hier für eine unterschiedliche Deutung sprechen.

III. Teleologische Auslegung

Nachdem hier die genetische Auslegung ebenfalls keine Schlüsse zulassen wird, muss mithilfe teleologischer Argumentation nach einer Antwort gesucht werden.

Hierbei ist bei der Frage des Einwandes der unberechtigten Bereicherung festgestellt worden, dass der neue § 1192 Abs. 1a BGB vor den Gefahren des gutgläubig einredefreien Erwerbs der Sicherungsgrundschuld seitens des Zessionars schützen will. Aus diesem Grund dürfe nach „interessengerechter extensiver Auslegung“ der Bereicherungseinwand, will man den Zessionar nicht besser stellen, wenn der Sicherungsvertrag unwirksam ist, von § 1192 Abs. 1a BGB erfasst sein⁷¹⁸. Es entspricht dem gesetzgeberischen Willen, dass die sich aus einem *inter partes* geschlossenen Sicherungsvertrag ergebenden „Einreden“ sowie dem Einwand der Sicherungsvertrag sei unwirksam auch jedem Erwerber der Sicherungsgrundschuld entgegen gehalten werden können⁷¹⁹.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieser Wille des Gesetzgebers, die allgemeine vertragliche Relativität des Sicherungsvertrages insoweit einzuschränken, auch dann Geltung beanspruchen kann, wenn die Handlungsgrundlage, die zum Einwand führt, keine vertragliche Abmachung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Zedenten, sondern eine deliktische Handlung des Zedenten ist.

Dies wäre dann der Fall, wenn die Interessenlage in beiden Fällen wertungsmäßig vergleichbar ausfallen würde⁷²⁰.

⁷¹⁸ Zu all dem mit Nachweise siehe oben § 13 D.

⁷¹⁹ Hierzu oben § 13 D III, IV.

⁷²⁰ Die Voraussetzung der „vergleichbaren Interessenlage“ ist im Rahmen der Analogiebildung (*argumentum a simile*) bekannt (hierzu Joerden, Logik im Recht, S. 356 f). Doch wägt der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu § 1192 Abs. 1a BGB die Interessen des Grundstückseigentümers (angemessenen Schutz des Grundstückseigentümers bei Übertragung der Sicherungsgrundschuld auf Dritten) mit möglichen Interessen des Erwerbers einer Sicherungsgrundschuld (Zumutbarkeit einer Überprüfung über Bestand und Höhe einer damit möglicherweise gesicherten Forderung) ab (vgl. BR-Drucksache 152/08 (Beschluss; Gesetzesentwurf des

Für den Grundstückseigentümer sind die Schutzinteressen vor dem Verlust des Einwandes der unerlaubten Handlung funktional mit den Schutzinteressen vor dem Verlust anderer Einwände, wie beispielsweise des Einwandes der ungerechtfertigten Bereicherung, gleichzustellen. Unter Berücksichtigung, dass der Grundstückseigentümer in diesem Falle mittels einer *deliktischen Handlung* zum Abschluss des Sicherungsvertrages veranlasst wurde, mag die Schutzwürdigkeit des Grundstückseigentümers hier sogar höher sein als im Fall des Einwandes der ungerechtfertigten Bereicherung.

Auf Seiten des Erwerbers der Sicherungsgrundschuld würde dies zu einer Ausnahme vom Verursacherprinzip⁷²¹ führen. Dem Verursacherprinzip zufolge kann grundsätzlich nur vom Verursacher⁷²² des Schadens Schadensersatz verlangt werden. In der Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld müsste jedoch der Erwerber den Einwand der unerlaubten Handlung gegen sich gelten lassen⁷²³.

Somit kann festgehalten werden, dass durch die Subsumtion des Einwandes der unerlaubten Handlung unter den § 1192 Abs. 1a BGB nebst der Relativität des Sicherungsvertrages ebenfalls das Verursacherprinzip eingeschränkt werden würde. Während es somit im Fall des Einwandes der unberechtigten Bereicherung auf seitens des Erwerbs primär darum ging, ihn bei nichtigem Sicherungsvertrag nicht besser zu stellen als bei wirksamem Sicherungsvertrag, geht es hier darum, gegebenenfalls die aus einer unerlaubten Handlung⁷²⁴ resultierende Verantwortung des Zedenten dem Zessionar zuzurechnen. Doch bei wertender Betrachtung erscheint dies als zu weitgehend, weshalb nach teleologischer Auslegung dieser Einwand nicht mehr von § 1192 Abs. 1a BGB erfasst ist.

Bundesrates) vom 25.04.2008, S. 9f). Insoweit ist hier zu fragen, ob nach objektiver Wertung für diesen Einwand der unerlaubten Handlung die gleiche Entscheidung angemessen ist.

⁷²¹ Zum Verursacherprinzip *Eberl-Borges* in: Staudinger BGB, § 830 Rn 1.

⁷²² Gelegentlich kann die Frage, wer Verursacher eines Schadens ist, recht komplex werden. Hierzu sei auf die einschlägige Literatur (bspw. einfürend *Spindler* in: BeckOK BGB, § 823 Rn 0.14; *Wagner* in: MüKo BGB, § 823 Rn 305; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn 272 ff) verwiesen.

⁷²³ Vgl. auch die Wertung des § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB wonach dann, wenn ein Dritter eine Täuschung verübt, die eigene Willenserklärung gegenüber dem Geschäftspartner nur dann angefochten werden kann, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste.

⁷²⁴ Oder eben einer arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung.

IV. Auslegungsergebnis und Zwischenergebnis zu § 13 E

Dieser Einwand⁷²⁵ wird nicht mehr von § 1192 Abs. 1a BGB erfasst, wobei eine richterliche Klärung dieser Frage abzuwarten bleibt⁷²⁶. Es verbleibt hier freilich bei §§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 BGB, so dass im Falle der positiven⁷²⁷ Kenntnis seitens des Zessionars dieser Einwand ihm folgerichtig entgegen gehalten werden kann.

F. Sonderkonstellationen

I. Spätere Änderungen des Sicherungsvertrages zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten

1. Im Fall einer zeitlich vor der Grundschuldzession erfolgten Änderung des Sicherungsvertrages

Im Fall, dass vor der Abtretung eine Inhaltsänderung des Sicherungsvertrages zustande kommt, stellt sich die Problematik nicht. Unter „Sicherungsvertrag“ im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB ist der Sicherungsvertrag mit geändertem Inhalt zu verstehen.

2. Im Fall einer zeitlich nach der Grundschuldzession erfolgten Änderung des Sicherungsvertrages

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Wortlaut des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB, der dadurch, dass er davon spricht, dass sich die relevanten Einwände aus dem Sicherungsvertrag *ergeben* müssen, etwas irreführend sein kann. So wurde bereits darauf hingewiesen, dass diese etwas eigene Wortwahl eine Interpretation unterstützt hat, nach der auch Drittsicherungsfälle von § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB erfasst seien⁷²⁸. Diese eigene Wortwahl erweist sich darüber hinaus noch in einem anderen Punkt als irreführend. Man könnte geneigt sein, Einwände, die sich aus späteren Änderungen des Sicherungsvertrages ergeben, als von § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB erfasst zu betrachten. Eine

⁷²⁵ Dasselbe gilt für den Einwand der unberechtigten Bereicherung sofern die Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages aus einer Anfechtung wegen arglistischer Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB resultiert.

⁷²⁶ Eine analoge Anwendung des § 1192 Abs. 1a BGB muss aus denselben Gründen ausscheiden.

⁷²⁷ Die verschiedenen subjektiven Kenntnisgrade sind uneinheitlich: Im Rahmen des § 123 Abs. 2 BGB wäre ein „kennen müssen“ ausreichend. Hier im Rahmen des § 1157 Satz 1 BGB ist hingegen eine „positive Kenntnis“ erforderlich. Im Rahmen des § 1192 Abs. 1a BGB wird komplett auf subjektive Elemente des Erwerbers verzichtet.

⁷²⁸ Hierzu oben § 13 C I.

solche Änderung könnte beispielsweise so aussehen, dass der Sicherungsvertrag eine neue Klausel mit der Einrede der Vorausklage bekäme. Damit würde freilich der Sicherungsvertrag zu Lasten des Zessionars geändert werden, doch dürfte eine solche Vertragsänderung zulässig sein. Schließlich ist der Sicherungsvertrag – wegen des (im Grundsatz in der gesamten Arbeit unterstellten) fehlenden Beitritts des Zessionars in den Sicherungsvertrag – nach wie vor ein *inter partes* Vertrag zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien (Grundstückseigentümer und Zedent)⁷²⁹. Handelt es sich aber nur um eine Vertragsänderung eines bereits existierenden Sicherungsvertrages, so könnte man argumentieren, dass sich daraus resultierende Einwände aus dem nunmehr geänderten, aber bereits ursprünglich existierenden Sicherungsvertrag ergeben, so dass diese von § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB erfasst seien⁷³⁰.

Dieses Problem lässt sich mithilfe eines Wortlautargumentes und eines teleologischen Argumentes lösen.

a.) Ein Wortlautargument

Der Wortlaut des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB kann durch die entwickelte Definition⁷³¹ präzisiert werden. Aus dieser folgt ein Gleichlauf der Bedeutung des Wortlauts von „ergeben“ im Sinne des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB und „begründet sein“ im Sinne des § 404 BGB. Einwände, die aus einer zeitlich nach der Abtretung erfolgten Inhaltsänderung des Sicherungsvertrages folgen, sind nicht mehr im relevanten Zeitpunkt der Abtretung „begründet“ und damit nicht mehr von § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB erfasst⁷³².

b.) Ein teleologisches Argument

In teleologischer Hinsicht will der § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB – wie der gesamte § 1192 Abs. 1a BGB – vor den (vermeintlichen) Gefahren einer Zession der Grundschuld schützen. Wie bei § 404 BGB soll der Schuldner durch die Abtretung, quasi als Ausgleich dafür, dass er einen neuen (nicht selbst gewählten) Gläubiger erhält, nicht schlechter

⁷²⁹ Zur Zulässigkeit einer solchen Änderung *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 555.

⁷³⁰ Zur Möglichkeit, § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB so zu interpretieren *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 555, der im Ergebnis diese Möglichkeit ablehnt.

⁷³¹ Hierzu oben § 13 C II.

⁷³² Für § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB: *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 555; für § 404 BGB (wobei hier dann der Systematik des § 404 BGB entsprechend auf etwaige die Forderung betreffende Beschränkungen abgestellt wird): *Rohe* in: BeckOK BGB, § 404 Rn 11; *Roth* in: MüKo BGB, § 404 Rn 10; *Pick*, AcP 172 (1972), 39, 55.

gestellt werden als er ohne die Abtretung stünde⁷³³. Und dieser Schutzzweck erfordert es gerade nicht, nachträgliche Inhaltsänderungen des Sicherungsvertrages zu Lasten des Zessionars zu berücksichtigen. Hier erfolgte nämlich die Schlechterstellung des Grundstückseigentümers nicht durch die Abtretung der Sicherungsgrundschuld, sondern durch die Tatsache, dass der Sicherungsvertragspartner zum Zeitpunkt der Inhaltsänderungen des Sicherungsvertrages nicht mehr Inhaber der Sicherungsgrundschuld ist. Im Recht der Forderungsabtretung bestünde für eine spätere Inhaltsänderung der Forderung, sofern der Schuldner keine Kenntnis der Forderungsabtretung hat, der Schutz des § 407 Abs. 1 BGB. Doch wie bereits oben gesehen, wird durch § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB kein weiterreichender zeitlicher Schutz erreicht als der, der durch § 404 BGB im Recht der Forderungsabtretung gilt⁷³⁴.

c.) Zwischenergebnis zu § 13 F I 2

Einwände, die sich aus Änderungen des Sicherungsvertrages zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten nach erfolgter Grundschuldzession ergeben, sind somit nicht von § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB umfasst. Der Grundstückseigentümer kann diese dem Zessionar gegenüber nicht entgegen halten.

II. Spätere Vereinbarungen zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten

1. Im Fall einer zeitlich vor der Grundschuldzession erfolgten späteren Vereinbarung

Die Wortwahl des § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB könnte noch weiter als bisher ausgedehnt werden. So könnte eine Interpretation derart angewandt werden, dass spätere Vereinbarungen, die die Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld beschränken, zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten zu berücksichtigen seien. Dies könnte sich daraus ergeben, wenn man in späteren Vereinbarungen (wie insbesondere Erlass, Verzicht oder Stundung der zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordenen Kredits) zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten eine Ergänzung des Sicherungsvertrages erblickt, so dass die sich aus diesen ergebenden Einwände bereits im ursprünglichen Sicherungsvertrag begründet und somit von § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB erfasst seien⁷³⁵.

⁷³³ Für § 1192 Abs. 1a BGB war dies mehrfach erwähnte Intention des Gesetzgebers; für § 404 BGB: *Busche* in: Staudinger BGB, § 404 Rn 2 m. w. N.; *Pick*, AcP 172 (1972), 39, 55 (der darauf hinweist, dass auch nachträgliche Manipulationen zu Lasten des Zessionars nicht von § 404 BGB bezweckt seien).

⁷³⁴ Hierzu oben § 13 C II 2.

⁷³⁵ Zur Möglichkeit § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB bspw. *Meyer*, JURA 2009, 561, 566 (der im Ergebnis diese Möglichkeit ablehnt).

a.) Argumente für eine Berücksichtigung genannter Vereinbarungen

Für dieses Verständnis wird vorgetragen, dass § 1192 Abs. 1a BGB den gutgläubigen einreddefreien Erwerb in Bezug auf etwaige Einwände kategorisch ausschließt, d. h. an den Tatbestand der Sicherungsgrundschuld und nicht formaljuristisch an den Sicherungsvertrag anknüpft⁷³⁶. Des Weiteren handle es sich bei einer nachträglichen Vereinbarung der Sache nach um eine Ergänzung, mithin um eine Inhaltsänderung, des Sicherungsvertrages⁷³⁷.

b.) Argumente gegen eine Berücksichtigung genannter Vereinbarungen

Gegen dieses Verständnis wird vorgetragen, dass diese späteren Vereinbarungen, die gegebenenfalls auch mündlich getroffen werden können, nichts mit dem ursprünglichen Sicherungsvertrag zu tun hätten und es daher bei der Möglichkeit des gutgläubigen einreddefreien Erwerbs bliebe⁷³⁸.

c.) Eine formaljuristische – im Ergebnis korrekte – Betrachtung

Der Gesetzgeber hat diese Konstellation ebenfalls nicht vor Augen gehabt. Dieser hat versucht, eine Lösung für ein vom ihm als (vermeintlich) erkanntes Problem zu finden. Der Gesetzgeber wollte die Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld verhindern, wenn die Abwicklung des zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordenen Kredits hierzu keinen Anlass gibt⁷³⁹.

Bei der Suche nach der hier zu findenden Antwort auf die Frage, ob nachträgliche Vereinbarungen, die die Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld beschränken, nun auch von § 1192 Abs. 1a BGB erfasst seien, wurde vorgetragen, dass diese Vereinbarung nichts mit dem ursprünglichen Sicherungsvertrag zu tun hätte, demnach nicht zu berücksichtigen sei und ein gutgläubig einreddefreier Erwerb seitens des Zessionars weiterhin insoweit möglich sein solle⁷⁴⁰.

Eine solche Sichtweise könnte sich dem Vorwurf einer zu starren formaljuristischen Betrachtung aussetzen. Doch bleibt zu berücksichtigen, dass sich die Möglichkeit des gutgläubig ein-

⁷³⁶ *Nietsch*, NJW 2009, 3606, 3608.

⁷³⁷ *Nietsch*, NJW 2009, 3606, 3608.

⁷³⁸ *Jauernig* in: *Jauernig BGB* (13. Aufl.; 2009), § 1191 Rn 20 a.E.; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, § 45 Rn 67i; *vielleicht* in diesem Sinne auch *Bülow*, ZJS 2009, 1, 5; *Dörrie*, ZBB 2008, 292, 305; *Wellenhofer*, JZ 2009, 1077, 1082.

⁷³⁹ Hierzu oben § 1 C.

⁷⁴⁰ Nachweise in Fn 738.

redefreien Erwerbs seitens des Zessionars vor Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB aus §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2, 892, 873 Abs. 1 BGB ergab. Durch § 1192 Abs. 1a BGB soll, wie dessen Satz 2 zeigt, der im Übrigen die Anwendung des § 1157 BGB unberührt lässt, die Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs lediglich in einem beschränkten Umfang, namentlich um den Komplex der „Einreden“ aus/aufgrund des Sicherungsvertrages, beschränkt werden.

Sieht man den Grundstückseigentümer auch für die Fälle nachträglicher Vereinbarungen mit seiner darlehensgebenden Bank als schutzwürdig an, so müsste der Gesetzgeber direkt an den Gutgläubensvorschriften des §§ 1157 Satz 2, 892 BGB ansetzen oder eine weitere bereichsspezifische Ausnahme in § 1192 Abs. 1a BGB aufnehmen.

d.) Zwischenergebnis zu § 13 F II 1

Nach all dem sind spätere Vereinbarungen, die die Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld beschränken, zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten nicht von § 1192 Abs. 1a BGB erfasst. Es verbleibt bei der Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs in Bezug auf die resultierenden Einwände⁷⁴¹.

2. Im Fall einer zeitlich nach der Grundschuldzession erfolgten späteren Vereinbarung

Formaljuristisch betrachtet sind spätere Vereinbarungen zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten gegenüber späteren Änderungen des Sicherungsvertrages nach Grundschuldzession nicht dasselbe. Diese Unterscheidung verbleibt aber bei einer formaljuristischen Sicht. In der Sache kann es keinen Unterschied machen, ob zwischen den Sicherungsvertragsparteien ein *neuer* Vertrag geschlossen (d. h. eine spätere Vereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten getroffen wird) oder ein bereits *bestehender* Vertrag geändert wird (d. h. eine spätere Änderung des Sicherungsvertrages durchgeführt wird). Der Sache nach handelt es sich jeweils um Vereinbarungen, welche die Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld beschränken sollen. Entsprechend sind diese Fälle gleich zu behandeln.

Einwände, die sich aus nach der Grundschuldzession erfolgten Vereinbarungen (wie insbesondere Erlass, Verzicht oder Stundung des zum Anlass der Sicherungsgrundschuld gewordenen Kredits) zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten ergeben und die im Ergebnis darauf zielen, die Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld zu beschränken, sind somit

⁷⁴¹ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 44 Rn 21; Rümpker, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, S. 212, sowie die Nachweise in Fn 738.

nicht von § 1192 Abs. 1a Satz 1, 1. HS, 2. Fall BGB umfasst. Der Grundstückseigentümer kann diese dem Zessionar nicht entgegen halten⁷⁴².

III. Einwendungen gegen das dingliche Recht

1. Möglichkeit des gutgläubigen Zweiterwerbs

Fraglich ist, wie Einwendungen gegen das dingliche Recht Grundschuld behandelt werden müssen. Hier ist wiederum zwischen rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einwendungen zu unterscheiden.

Rechtshindernd sind solche Einwendungen, welche die Entstehung des Rechts verhindern, worunter hier im Fall des direkten Erwerbs insbesondere die Nichtigkeit der dinglichen Einigung⁷⁴³ oder auch der Fall, dass die Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages im Fall der Fehleridentität auf die Grundschuldbestellung durchschlägt⁷⁴⁴, zu fassen sind. In Fällen eines abgeleiteten Erwerbs wäre hier die Nichtigkeit der Abtretung⁷⁴⁵ zu nennen.

Rechtsvernichtend sind solche Einwendungen, die zum Untergang eines bereits entstandenen Rechts des Gläubigers führen. Hierunter ist insbesondere die Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB oder die Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB, die zu einer Eigentümergrundschuld führt⁷⁴⁶, zu fassen.

In all diesen Fällen richtet sich der einredefreie gutgläubige Erwerb der Grundschuld nicht nach §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2 BGB, sondern direkt nach §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 1, (1155), 892 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB. Allerdings soll dieser Erwerb unangetastet bleiben⁷⁴⁷.

⁷⁴² *Preuß*, Festschrift Kanzleiter, S. 307, 311

⁷⁴³ *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn 255.

⁷⁴⁴ *Rohe* in: BeckOK BGB, § 1192 Rn 64, der bspw. aufzählt, dass dies im Fall des Wuchers nach § 138 Abs. 2 BGB angenommen wurde und insoweit auf BGH Urt. v. 08.07.1982 – III ZR 1/81 – Rn 26 (NJW 1982, 2767, 2768) verweist. Ebenfalls merkt *Rohe* m. w. N. an, dass dies im Ausgangspunkt nicht für den Fall eines wucherähnlichen Grundgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB gilt, da das Verfügungsgeschäft grundsätzlich sittenneutral ist.

⁷⁴⁵ *Meyer*, JURA 2009, 561, 562.

⁷⁴⁶ Zum Entstehen einer Eigentümergrundschuld nach vollständiger Befriedigung des Gläubigers vgl. bereits die Fn 188. Das Recht „Grundschuld“ bleibt als solches bestehen, wobei „lediglich“ der Inhaber wechselt. Insoweit benutzen *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 44 Rn 17 für diese Einwendung die Bezeichnung „bestandsverändernde Einwendung“.

⁷⁴⁷ Angesichts der Vorschrift zum Schutz des guten Glaubens des Grundbuchs des § 892 BGB bzw. der §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 1, (1155), 892 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB dürfte dies zu Recht allgemeine Meinung sein. Hält der Gesetzgeber es für erforderlich einzugreifen, so steht es ihm frei, an diese Vorschriften anzusetzen; vgl. bspw. zu all dem *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 44 Rn 21 und § 45 Rn 67k; *Nietsch*, NJW 2009, 3606, 3607; *Stürner*, Festschrift Medicus, S. 513, 520; *Preuß*, Festschrift Kanzleiter, S. 307, 311; *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 575; eine analoge Anwendung des § 1192 Abs. 1a BGB wird diskutiert und im Ergebnis von *Bosch*, ZfIR 2009, 801, 802 ff zu Recht abgelehnt.

2. Sonderproblem: Tilgung ausschließlich des Grundpfandrechtes

Eine für den Grundstückseigentümer gefährliche Situation entsteht dann, wenn dieser mittels ausdrücklicher Tilgungsbestimmung (§ 366 Abs. 1 BGB) ausschließlich auf das dingliche Recht Grundschuld leistet⁷⁴⁸. Folge dieser Zahlung ist, dass der Grundstückseigentümer die Fremdgrundschuld als Eigentümergrundschuld erwirbt⁷⁴⁹. Wird nun weder das Grundbuch berichtigt noch im Fall einer Briefgrundschuld die Rückgabe des Grundbuchbriefes erwirkt noch die Eintragung eines Widerspruchs in Grundbuch erwirkt, so kann die Eigentümergrundschuld im Wege des gutgläubigen Zweiterwerbs gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 1, (1155), 892 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB als Fremdgrundschuld erworben werden. Freilich findet § 1192 Abs. 1a BGB gegenüber diesem Erwerber Anwendung. Problematisch ist hierbei jedoch, dass aufgrund der Tilgungsbestimmung des Grundstückseigentümers (§ 366 Abs. 1 BGB) ausschließlich auf das dingliche Recht Grundschuld gezahlt wurde, die schuldrechtliche Forderung gegen den Zedenten hingegen unverändert blieb.

Anzumerken bleibt die sehr geringe praktische Relevanz dieser Fallkonstellation. Bei einer Zahlung auf die Grundschuld bei Personenidentität zwischen Grundstückseigentümer und persönlichem Schuldner wird sich *in aller Regel* aus den Umständen ergeben, dass sowohl die Grundschuld wie auch die schuldrechtliche Forderung damit getilgt werden müssen. Etwas anderes hat aber in den praktisch kaum vorkommenden Fällen zu gelten, in denen der Leistende *ausdrücklich und ausschließlich* auf die Grundschuld leistet⁷⁵⁰. Zuzustimmen ist ferner, dass im hier nicht einschlägigen Fall der *Verwertung* einer Grundschuld im Sicherungsfall (sei es durch Veräußerung oder durch Zwangsverwaltung oder -versteigerung) mit dem Erlös sogleich nach Sinn und Zweck des Sicherungsvertrages auch die Forderung als getilgt gilt, so dass die Verwertung der Grundschuld hier erfüllungshalber geschieht⁷⁵¹.

Diese hier aufgenommene Unterscheidung wird in der Literatur nicht (immer) stringent durchgehalten. Insbesondere ist die immer wieder anzutreffende Anmerkung, eine Zahlung

⁷⁴⁸ Dies bemerkt und vertieft *Bosch*, ZfIR 2009, 801 ff. Im Folgenden sollen die rechtlichen Problematiken hier lediglich angedeutet werden. Für eine weiterführende Auseinandersetzung mit denselben wird auf den zitierten Beitrag verwiesen. Die Frage, ob eine nachträgliche Änderung der Tilgungsbestimmung möglich ist, erübrigt sich aufgrund der unter § F 17 III 2 aa zu behandelnden zweiseitigen Anrechnungsvereinbarungen.

⁷⁴⁹ Zur dogmatischen Herleitung dieses unstrittigen Ergebnisses siehe bereits Fn 188.

⁷⁵⁰ BGH Urt. v. 14.07.1988 – V ZR 308/86 – unter II 1 a der Gründe – Rn 13 (BGHZ 105, 154, 157) m. w. N., hier spricht der *Bundesgerichtshof* davon, dass „wenn der mit dem persönlichen Schuldner identische Sicherungsgeber auf die Grundschuld zahlt, ist [...] auch ohne ausdrückliche Bestimmung *in der Regel* davon auszugehen, daß zugleich die gesicherte Forderung erfüllt wird“ (Hervorhebung vom Verfasser); *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1191 Rn 125 m. v. w. N.; *Wenzel* in: Erman BGB, § 1191 Rn 84; *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, Vorb. zu §§ 1191 ff Rn 85; *Westermann*, Sachenrecht, Rn 624.

⁷⁵¹ *Seckelmann*, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, S. 115 ff.

auf die Grundschuld würde bei Personenidentität zwischen Grundstückseigentümer und persönlichem Schuldner auch das Erlöschen der persönlichen Forderung zur Folge haben, ungenau⁷⁵².

Somit entsteht im Fall einer Leistung mittels ausdrücklicher Tilgungsbestimmung (§ 366 Abs. 1 BGB) ausschließlich auf das dingliche Recht Grundschuld mangels Tilgung der Forderung kein Einwand aus dem Sicherungsvertrag, der gemäß § 1192 Abs. 1a BGB relevant sein könnte.

a.) Kein Schutz durch die in den Sicherungsverträgen enthaltenen Anrechnungsvereinbarungen

Man hat versucht, diese Folge zu vermeiden, indem man Korrekturmöglichkeiten dieses Ergebnisses gesucht hat. So ist untersucht worden, ob die in den Sicherungsverträgen enthaltenen Anrechnungsvereinbarungen, wonach Leistungen grundsätzlich auf die schuldrechtliche Forderung anzurechnen sind, den Grundstückseigentümer vor dieser ungünstigen Lage schützen. Dem ist indes mit dem Hinweis darauf, dass eine solche Anrechnungsvereinbarung nach der Rechtsprechung konkludent aufgehoben wird und ein neue Anrechnungsvereinbarung zustande kommt, wenn der Gläubiger eine mittels ausdrücklich abweichender Tilgungsbestimmung erfolgte Zahlung nicht unverzüglich zurückweist (was jedoch in der Praxis wohl geschehen würde), sehr skeptisch begegnet worden⁷⁵³.

b.) Keine Anfechtbarkeit der Tilgungsbestimmung aufgrund eines Rechtsirrtums nach § 119 Abs. 1, 1. Fall BGB

Ebenfalls ist untersucht worden, ob dem Schuldner die Möglichkeit offensteht, seine Tilgungsbestimmung aufgrund eines Rechtsirrtums nach § 119 Abs. 1, 1. Fall BGB anzufechten. Dies wurde indes mit dem Hinweis verneint, dass ein Rechtsirrtum nach der Rechtsprechung nur dann zur Anfechtung berechtigt, wenn wesentlich verschiedene Rechtsfolgen eintreten als die gewollten, nicht hingegen dann, wenn außer den gewollten Rechtswirkungen (hier die

⁷⁵² Bspw. seien hierfür *Weber*, Sachenrecht II, § 15 Rn 88 und *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rn 717 genannt. Geht man den an diesen Fundstellen angegebenen Nachweisen nach, so merkt man, dass in logisch unzulässiger Weise versucht wird, mithilfe von grundsätzlichen (d. h. ausnahmefähigen) Aussagen auf allgemeine (d. h. ausnahmslose) Aussagen zu schließen.

⁷⁵³ *Bosch*, ZfIR 2009, 801, 805f mit Nachweisen auch zur Rechtsprechung. Problematisch ist die Frage, ob eine solche Änderung der Anrechnungsvereinbarung mittels stillschweigender Zustimmung des Gläubigers möglich ist (dafür die h. M. *Fetzer* in: MüKo BGB, § 366 Rn 7 m. w. N.; vorsichtig hingegen *Olzen* in: Staudinger BGB, § 366 Rn 49, wonach Schweigen grundsätzlich keine Zustimmung bedeute).

Tilgung der Grundschuld) auch andere, nicht erkannte und nicht gewollte Rechtswirkungen eintreten⁷⁵⁴.

c.) Zwischenergebnis zu § 13 F III 2

Nach all dem erweist sich die Lage des Grundstückseigentümers, sofern dieser ausschließlich auf das dingliche Recht Grundschuld leistet, als sehr prekär.

G. Zusammenfassende Betrachtung der relevanten Einwände

Damit kann nun eine zusammenfassende Abgrenzung zwischen den von § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB erfassten Einwänden und den von §§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 BGB erfassten Einwänden erfolgen.

Sofern die Einwände von § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB erfasst sind können diese dem Zessionar auch dann entgegen gehalten werden, wenn dieser in Bezug auf den konkreten Einwand gutgläubig war.

Bei den von §§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 BGB erfassten Einwänden verbleibt es hingegen bei der Möglichkeit eines gutgläubig einredefreien Erwerbs.

Unter den Anwendungsbereich des **§ 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB** fallen folgende Einwände:

- Einrede der Nichtvalutierung (auch Einrede der fehlenden Valutierung genannt)
- Einwand des vollständigen (oder teilweisen) Erlöschens der gesicherten Forderung
- Einrede der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung (auch Einrede der fehlenden Verwertungsreife oder Einrede des mangelnden Sicherungsfalles genannt)
- Einwand der Rückübertragungspflicht wegen endgültiger Nichtvalutierung
- Einwand der nach der Grundschuldzession erfolgten Forderungstilgung (unabhängig ob es sich um eine isolierte Sicherungsgrundschuldzession oder um eine gemeinsame Abtretung von Forderung und Sicherungsgrundschuld handelt)
- Einwand der nach der Grundschuldzession erfolgten Aufrechnung (sofern die Aufrechnungslage schon zum Zeitpunkt der Grundschuldzession bestand)

⁷⁵⁴ *Bosch*, ZfIR 2009, 801, 806 mit Nachweisen auch zur Rechtsprechung.

- Einrede des Zurückbehaltungsrechts des § 273 BGB (sofern der Gegenanspruch entweder schon vor der Grundschuldzession fällig war oder zum Zeitpunkt der Grundschuldzession bereits dem Rechtsgrund nach gegeben war und spätestens gleichzeitig mit dem abgetretenen Anspruch fällig wird)
- Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung (soweit sich die Nichtigkeit nicht aus einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB ergibt)
- Einwände, die sich aus Inhaltsänderungen des Sicherungsvertrages vor der Grundschuldzession ergeben

Unter den Anwendungsbereich der §§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 BGB fallen folgende Einwände:

- Einwände, die sich im Fall einer isolierten Grundschuldbestellung ergeben⁷⁵⁵
- Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung (soweit sich die Nichtigkeit aus einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB ergibt)
- Einwand der unerlaubten Handlung
- Einwände, die sich aus einer nach dem Sicherungsvertrag, aber vor der Grundschuldzession, zusätzlich geschlossenen Vereinbarung, welche die Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld beschränkt, ergeben

Weder unter den Anwendungsbereich des § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB noch unter den Anwendungsbereich der §§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 BGB fallen folgende Einwände, die somit im Verhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Zessionar **unbeachtlich sind**:

- Einrede der Verjährung der gesicherten Forderung
- Einwand der nachträglichen Aufrechnungen (sofern die Aufrechnungslage nach dem Zeitpunkt der Grundschuldzession entsteht)
- Einrede des Zurückbehaltungsrechts des § 273 BGB (sofern der Gegenanspruch entweder nach der Grundschuldzession fällig wird oder zum Zeitpunkt der Grundschuldzession im Rechtsgrund noch nicht gegeben war)

⁷⁵⁵ Bülow, ZJS 2009, 1, 5; Clemente ZfIR 2008, 589, 595.

- Einwände, die sich aus Änderungen des Sicherungsvertrages zwischen Grundstückseigentümer und Zedenten nach erfolgter Grundschuldzession ergeben
- Einwände, die sich aus einer nach dem Sicherungsvertrag und nach der Grundschuldzession zusätzlich geschlossenen Vereinbarung, welche die Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld beschränkt, ergeben

Kapitel 6

Jenseits von § 1192 Abs. 1a BGB liegende Rechtsprobleme

§ 14 Weitere wichtige Rechtsprobleme jenseits von § 1192 Abs. 1a BGB

A. Besteht zwischen Grundstückseigentümer und Zessionar ein Rechtsverhältnis mit Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB?

Zwischen Grundstückseigentümer und Zessionar entsteht kein Rechtsverhältnis (wie beispielsweise eine Sonderverbindung⁷⁵⁶), das jenseits der Einredemöglichkeiten des § 1192 Abs. 1a BGB Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB begründen würde⁷⁵⁷.

B. Kann § 1192 Abs. 1a BGB durch eine „abstrakte Sicherungsgrundschuld“ umgangen werden?

Als Rechtsinstitut anerkannt ist bereits die vollstreckbare Kredithypothek⁷⁵⁸ oder sog. „abstrakte Sicherungshypothek“⁷⁵⁹. Bei dieser geht es darum, dass statt einer Darlehensforderung die Forderung aus einem abstrakten Sicherungsschuldversprechen gesichert wird. Das abstrakte Sicherungsschuldversprechen wiederum sichert die Darlehensforderung⁷⁶⁰. Selbst wenn nun statt einer „abstrakten Sicherungshypothek“ eine „abstrakte Sicherungsgrundschuld“ zur Sicherung eines abstrakten Sicherungsschuldversprechens bestellt werden würde, könnte man die Folgen des § 1192 Abs. 1a BGB nicht verhindern. Grund hierfür ist, dass über den Sicherungsvertrag, welcher der „abstrakten Sicherungsgrundschuld“ zu Grunde liegt, die Einreden aus dem Sicherungsvertrag, welche dem abstrakten Sicherungsschuldversprechen zu Grunde liegen, mittelbar zur Geltung gelangen würden⁷⁶¹.

⁷⁵⁶ Zur Sonderverbindung *Looschelders/Olzen* in: Staudinger BGB, § 242 Rn 127 ff; *Sutschet* in: BeckOK BGB, § 242 Rn 14f.

⁷⁵⁷ *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 554.

⁷⁵⁸ *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 169 m. w. N.

⁷⁵⁹ *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 573.

⁷⁶⁰ *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 169.

⁷⁶¹ Zu all dem *Zetzsche*, AcP 209 (2009), 543, 573.

C. Kann durch die Notwendigkeit der Grundschuldkündigung nach § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB ein zeitlicher Aufschub der Zwangsvollstreckung erreicht werden?

I. Die zwingende Kündigungsfrist des § 1193 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2 BGB

§ 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB schreibt vor, dass das Kapital der Grundschuld erst nach vorangegangener Kündigung, deren Frist nach § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB 6 Monate beträgt, fällig wird. Obgleich § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB für den Fall, dass die Sicherungsgrundschuld nach dem 19.08.2008 bestellt wurde⁷⁶² und diese zur Sicherung einer Geldforderung dient⁷⁶³, bestimmt, dass von den Bestimmungen des § 1193 Abs. 1 BGB nicht abgewichen werden kann, ist diese Regelung als „weitgehend wirkungslos“⁷⁶⁴ bezeichnet worden⁷⁶⁵.

⁷⁶² So die Übergangsregelung des Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB. Hierbei ist strittig, wie der Begriff des „bestellt“ auszulegen ist.

Ausgangspunkt dieser Betrachtung ist, dass eine Sicherungsgrundschuld durch Einigung und Eintragung entsteht, wobei die Eintragung nach Antrag beim Grundbuchamt aufgrund einer öffentlich beurkundeten Unterwerfungserklärung in Kombination mit der Eintragungsbewilligung (sofern die Grundschuld sofort vollstreckbar sein soll) oder einer öffentlich beglaubigten Eintragungsbewilligung des Grundstückseigentümers erfolgt (§§ 873 Abs. 1 BGB, 1192 Abs. 1, 1115 BGB, § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, §§ 19, 29 GBO, *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1191 Rn 82f, *Holzer* in: BeckOK GBO, § 19 Rn 105).

Als maßgebliche Bestellzeitpunkte dürften nun zwei verschiedene Zeitpunkte in Betracht kommen, zum einen der Zeitpunkt der notariellen Beurkundung bzw. Beglaubigung (*Schmid/Voss*, DNotZ 2008, 740, 745; *Vollmer*, MittBayNot 2009, 1, 1), zum anderen derjenige der Eintragung (*Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1193 Rn 10). Wegen der fehlenden Bindungswirkung der formfreien dinglichen Einigung (§ 873 Abs. 1, 2 BGB) dürfte dieser Zeitpunkt nicht in Betracht kommen.

Unabhängig vom Zeitpunkt der Eintragung der Grundschuld will die Neuregelung in frühere Vereinbarungen der Parteien nicht eingreifen (BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S. 18), weshalb im Fall der notariellen Beurkundung bzw. Beglaubigung vor dem 19.08.2008 die Vorschrift keine Anwendung finden soll.

Ebenfalls unabhängig vom Zeitpunkt der Eintragung der Grundschuld kann es im Fall einer notariellen Beurkundung bzw. Beglaubigung nach dem 19.08.2008 aus Schutzzweckgedanken nicht darauf ankommen, ob eine neue Grundschuld bestellt wird oder eine bestehende Eigentümergrundschuld zur Fremdgrundschuld umgewidmet wird.

Nach all dem muss als Bestellzeitpunkt der Zeitpunkt der notariellen Beurkundung bzw. Beglaubigung gelten.

⁷⁶³ *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1193 Rn 1. Oben (§ 16 A I 1) wurde festgehalten, dass mit einer Sicherungsgrundschuld unter Zugrundelegung eines weiten Verständnisses des Begriffes „Anspruch“ im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB jeder Anspruch gesichert werden kann, der in Geld umwandelbar ist oder durch einen Geldanspruch ersetzt werden kann. Hierbei wurde argumentativ für das weite Verständnis des Begriffes „Anspruch“ der Schutzgedanke des § 1192 Abs. 1a BGB herangezogen. Es erscheint folgerichtig, wenn man mit *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1193 Rn 5, nun dieses Kündigungserfordernis auf alle Sicherungsgrundschulden anwenden will. Dies bedarf hier deswegen keiner weiteren Vertiefung, da in den hier betrachteten Fällen, in denen die Sicherungsgrundschuld einen Darlehensrückzahlungsanspruch sichert, eine Geldforderung vorliegt.

⁷⁶⁴ *Bachner*, DNotZ 2008, 644, 647.

⁷⁶⁵ Einen einleitenden Überblick zu dieser Regelung bieten *Bachner*, DNotZ 2008, 644, 647; *Preuß*, Festschrift Kanzleiter, S. 307, 312 ff an; und sehr ausführlich *Schmid/Voss*, DNotZ 208, 740, 744ff.

II. Keine Kündigungsfrist für Grundschuldzinsen

Berücksichtigt man, dass diese Regelung nicht für die Grundschuldzinsen⁷⁶⁶ gilt, so kann der Gläubiger die Zwangsversteigerung oder -verwaltung in das Grundstück, bei Fälligkeit einer dinglichen Zinsrate (in der Regel jährlich), mit der Folge der Eintragung eines entsprechenden Vermerks in das Grundbuch beginnen. Zeitgleich kann der Gläubiger die Kündigung der Grundschuld aussprechen und nach Ablauf der Kündigungsfrist wegen des Kapitals die Zwangsversteigerung oder -verwaltung betreiben⁷⁶⁷. Unter Berücksichtigung der Dauer eines Zwangsvollstreckungsverfahrens⁷⁶⁸ wird somit der Ablauf der Kündigungsfrist „überholt“⁷⁶⁹.

Nun unterwirft sich der Grundstückseigentümer in aller Regel in der notariellen Bestellurkunde der Grundschuld, auch wegen dieser Grundschuldzinsen, der sofortigen Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO⁷⁷⁰. Ohne entsprechende ausdrückliche Regelung, wonach die Kündigung des Grundschuldkapitals eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 ZPO – bezogen auf den gesamten vollstreckbaren Anspruch – sei, dürfte es nicht den Interessen des Grundstückseigentümers entsprechen, eine solche Bedingung in die vollstreckbare Urkunde hineinzulesen⁷⁷¹. Eine solche Bedingung würde die Kosten der Erteilung der Vollstreckungsklausel um etwa 50 % (§ 133 Satz 1 KostO) erhöhen, die der Grundstückseigentümer zu tragen hätte. Ohne eine solche Bedingung müsste sich der Grundstückseigentümer im Fall einer rechtswidrigen Inanspruchnahme durch den Grundschuldgläubiger mit der Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 794 I Nr. 5, 795, 797 ZPO wehren, deren Kosten dann in diesem Fall der Grundschuldgläubiger zu tragen hät-

⁷⁶⁶ Neben den Zinsen wären hier noch die sonstigen Nebenleistungen (die häufig dazu dienen im Fall eines Zwangsvollstreckungsverfahrens die Kosten dieses Verfahrens mit abzudecken) zu nennen, die jedoch im Folgenden nicht relevant sind.

⁷⁶⁷ *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 596.

⁷⁶⁸ Hierzu oben § 10 C II 2 b bb.

⁷⁶⁹ *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 596.

⁷⁷⁰ Diese Formulierung ist die heute übliche Formulierung, vgl. etwa in Nr. I des Formulars einer Grundschuldbestellungsurkunde des Bank-Verlages Köln, in Nr. 2 des Formulars einer Grundschuldbestellungsurkunde des Deutschen Sparkassenverlages und in Nr. 2 des Formulars einer Grundschuldbestellungsurkunde des DG Verlages (bereits zitiert in Fn 445).

⁷⁷¹ Ausführlich mit Darstellung des Streitstandes *Schmid/Voss*, DNotZ 2008, 740, 752ff.

te⁷⁷². Freilich empfiehlt sich zur Vermeidung etwaiger Unsicherheiten die Aufnahme einer ausdrücklichen Klausel in der Grundschuldbestellungsurkunde⁷⁷³.

III. Ergebnis zu § 14 C

Nach all dem kann damit ein Zwangsvollstreckungsverfahren auch schon vor dem Ablauf der Kündigungsfrist des § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB begonnen werden. Ein zeitlicher Aufschub des Zwangsvollstreckungsverfahrens ist somit nicht mit der Notwendigkeit einer Kündigung des Grundschuldkapitals verbunden. Die Schutzwirkung dieser Vorschrift ist demnach praktisch bedeutungslos.

D. Kann sich aus § 826 BGB ein Anspruch gegen den Zessionar auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung (und Herausgabe des Titels) ergeben?

I. Ein vorbeugender Unterlassungsanspruch als eine mögliche Rechtsfolge des § 826 BGB

Nach dem Wortlaut des § 826 BGB ist, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise vorsätzlich⁷⁷⁴ einen Schaden zufügt, diesem zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Dabei trägt § 826 BGB den Charakter einer Generalklausel (mit der Folge, dass die darin enthaltenen weit gefassten Tatbestandsmerkmale einer Konkretisierung bedürfen⁷⁷⁵) und gewährt primär einen Schadensersatzanspruch für einen bereits erlittenen Schaden⁷⁷⁶. Über den Wortlaut hinaus kann § 826 BGB auch einen Unterlassungsanspruch begründen⁷⁷⁷. Dies begründet sich damit, dass derjenige, der durch die sittenwidrige

⁷⁷² Diese Argumente sind entnommen aus *Schmid/Voss*, DNotZ 2008, 740, 756 f, die diese Argumente für die Frage fruchtbar machen, ob der Grundstückseigentümer auf den Nachweis der erfolgten Kündigung des Grundschuldkapitals für die Erteilung der Vollstreckungsklausel verzichten kann. Diese Frage wird vor dem Hintergrund analysiert und bejaht, da der Grundstückseigentümer auf die materiell-rechtliche Voraussetzung der Kündigung des Grundschuldkapitals nach § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht verzichten kann (zu all dem auch *Eickmann* in: MüKo BGB, § 1193 Rn 8).

⁷⁷³ *Schmid/Voss*, DNotZ 2008, 740, 753 f; eine solche ausdrückliche Klausel findet sich bereits in Nr. 6 Satz 2 des Formulars einer Grundschuldbestellungsurkunde des Deutschen Sparkassenverlages (bereits zitiert in Fn 445).

⁷⁷⁴ Zum schwierigen subjektiven Tatbestand des § 826 BGB vgl. *Oechsler* in: Staudinger BGB, § 826 Rn 61ff.

⁷⁷⁵ *Oechsler* in: Staudinger BGB, § 826 Rn 20; *Schiemann* in: Erman BGB, § 826 Rn 1.

⁷⁷⁶ *Sprau* in: Palandt BGB, § 826 Rn 1.

⁷⁷⁷ BGH Urt. v. 29.06.2005 – VIII ZR 299/04 – unter B 2 der Gründe (NJW 2005, 2991, 2993; wobei es hierbei um die Frage der Vollstreckung aus einem materiell unrichtigen aber rechtskräftigen Vollstreckungsbescheid ging. Je nachdem, ob der den Anspruch aus § 826 BGB begründende Umstand in der Art und Weise der Titeler-

Schädigung das Unheil auf sich zukommen sieht, nicht zur Untätigkeit verdammt sein darf, sondern sich zur Wehr setzen können muss⁷⁷⁸. Dieser Unterlassungsanspruch kann auch vorbeugend sein, gemeint ist damit, dass dieser bereits bei Erstbegehungsgefahr gewährt wird⁷⁷⁹.

II. Voraussetzungen des § 826 BGB

Ein Anspruch auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung (und Herausgabe des Titels) gegen den Zessionar besteht nach § 826 BGB dann, wenn der prozessual vollstreckbare Titel materiell unrichtig ist, d. h. nach der materiellen Rechtslage nicht vollstreckt werden darf, und darüber hinaus besondere Umstände vorhanden sind, seien diese aus der Art und Weise der Erlangung des Titels oder der beabsichtigten Vollstreckung, die das Vorgehen des Gläubigers als sittenwidrig prägen lassen⁷⁸⁰. Hierbei sollte der Anwendungsbereich dieser Definition nicht überdehnt werden⁷⁸¹.

Angewendet auf eine in einem vollstreckbaren Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO für sofort vollstreckbar erklärte Sicherungsgrundschuld ergibt sich, dass ein Anspruch aus § 826 BGB nur dann in Betracht kommt, wenn die Sicherungsgrundschuld aufgrund eines bestehenden Einwandes des Grundstückseigentümers nicht vollstreckt werden sollte, der Zessionar aber vollstrecken kann und es in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise in vorsätzlicher Art und Weise tun möchte.

Betrachtet man die verschiedenen denkbaren Fallkonstellationen so ergibt sich folgende Übersicht:

- Für alle in den Anwendungsbereich des § 1157 Satz 1 BGB fallenden Einwände im Fall eines *kollusiven* Zusammenwirkens von Zedenten und Zessionar scheidet ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2, 892 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB aus, so dass es keines Schutzes über den § 826 BGB bedarf⁷⁸².

langung oder in der beabsichtigten Vollstreckung liegt, kann man hier dogmatisch einen Schadenersatzanspruch mit einem Inhalt auf Unterlassen oder einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch annehmen).

⁷⁷⁸ Wagner in: MüKo BGB, § 826 Rn 42.

⁷⁷⁹ Oechsler in: Staudinger BGB, § 826 Rn 122 (insoweit mit Fehlzitat, da es bei diesen in den dort zitierten Fällen nicht um eine Erstbegehungsgefahr ging).

⁷⁸⁰ BGH Urt. v. 29.06.2005 – VIII ZR 299/04 – unter B 2 der Gründe (NJW 2005, 2991, 2993), wobei es hier, wie bereits in Fn 777 erwähnt um die Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid nach § 699 Abs. 1 ZPO geht. Diese Rechtsprechung kann, wie bspw. Dieckmann, BWNotZ 2008, 166,172 kommentarlos unterstellt, indes auch auf vollstreckbare Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO analog angewandt werden.

⁷⁸¹ Vgl. auch die grds. Kritik an der Rechtsprechung durch Oechsler in: Staudinger BGB § 826 Rn 472 ff.

⁷⁸² Hierzu näher oben § 4 C V.

- Für die unter § 1192 Abs. 1a BGB fallenden Einwände und erst recht für ausnahmsweise geltende direkte Einwände zwischen Grundstückseigentümer und Zessionar, beispielsweise dem Widerspruchsrecht der §§ 1192 Abs. 1, 1160 BGB⁷⁸³ oder eines Moratoriums⁷⁸⁴ aufgrund einer Vereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und Zessionar, durch welche die Verwertung zeitweise ausgesetzt wird, oder dem (dilatorischen) Einwand der gegenwärtigen unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB⁷⁸⁵, bedarf es ebenfalls keines Schutzes über § 826 BGB.
- Für § 826 BGB bliebe daher nur noch ein *möglicher*, sehr enger Anwendungsbereich, der im Fall einer Grundschuldzession folgende Voraussetzungen hätte:
 1. Es erfolgt eine Grundschuldzession, wobei der Erwerber zum Zeitpunkt der Zession gutgläubig ist.
 2. Der Zessionar und der Zedent wirken nach der erfolgten Zession *kollusiv* zusammen, um den Grundstückseigentümer in dem Glauben zu lassen, dass der Zedent noch der Inhaber der Grundschuld sei, so dass der Grundstückseigentümer
 - a. in Altfällen an den Zedenten leistet oder
 - b. in Neufällen eine Rechtshandlung vornimmt, deren daraus resultierender Einwand weder unter den Bereich des 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB noch unter den Bereich der §§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 BGB fällt⁷⁸⁶.
 3. Die dadurch entstehende, für den Grundstückseigentümer ungünstige Lage müsste der Zessionar nun ausnutzen und die Zwangsvollstreckung in das Grundstück einleiten.

⁷⁸³ Zur Anwendbarkeit des § 1160 BGB auf Briefgrundschulden vgl. *Wolfsteiner* in: Staudinger BGB, § 1160 Rn 24.

⁷⁸⁴ Geläufigere synonyme Begriffe für Moratorium wären etwa Stundung oder Dilation (vgl. *Der Duden*, Stichwort: „Moratorium“ (bereits zitiert in Fn 213, Zugriff: 17.07.2013)).

⁷⁸⁵ Systematisch findet sich hier der oben (in § 4 A) beschriebene Fall der gegenwärtigen unzulässigen Vollstreckung bei gemeinsamer Abtretung von Sicherungsgrundschuld und dem dazugehörigen Darlehensrückzahlungsanspruch bei Verletzung der Pflicht zur periodischen Rechnungslegung.

⁷⁸⁶ Vgl. hierzu die Auflistung oben unter § 13 G.

III. Ergebnis zu § 14 D

Denklogisch können somit Fälle konstruiert werden, die unter Umständen die Rechtsfolgen des § 826 BGB auslösen könnten. Sie scheinen aber doch sehr konstruiert zu sein. In der Praxis dürften diese Fälle nicht vorkommen.

E. Der verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch des § 799a Satz 1 ZPO

Vollstreckt der Zessionar aus der für sofort vollstreckbar erklärten Sicherungsgrundschuld und wird später die Vollstreckung für unzulässig erklärt, so kann ihn die verschuldensunabhängige Haftung des § 799a Satz 1 ZPO treffen⁷⁸⁷.

Diese den §§ 717 Abs. 2 Satz 1, 945 ZPO, § 248 Abs. 5 FamFG ähnelnde Haftungsnorm, die durch Art. 8 Ziff. 3 Risikobegrenzungs-gesetz⁷⁸⁸ eingefügt wurde und grundsätzlich auch auf Altfälle anwendbar ist⁷⁸⁹, greift immer dann ein, wenn ein anderer als der in der Urkunde bezeichnete Gläubiger die Vollstreckung durchführt und die Vollstreckung aus der Urkunde für unzulässig erklärt wird. Dabei muss diese Unzulässigkeitsklärung seit dem 19. August 2008 festgestellt werden⁷⁹⁰.

Damit stellt die Norm formal auf eine Titelum-schreibung nach § 727 Abs. 1 ZPO und materiell-rechtlich (wohl) auf einen Erwerb-vorgang ab⁷⁹¹. Diese rein am Wortlaut des Gesetzes orientierte Auslegung würde vollständig die Frage ausblenden, ob für den Grundstückseigentümer ein entsprechendes Schutzbedürfnis nach einer verschuldensunabhängigen Haftungsnorm angenommen werden muss⁷⁹². So ist auch vertreten worden, diese Norm teleologisch für gewisse Fälle einzuschränken⁷⁹³. Enumerativ wurden folgende Fälle genannt: Erwerb mit-

⁷⁸⁷ Einen einleitenden, aber dennoch umfassenden Überblick des § 799a ZPO, auch vor dem Hintergrund allgemeiner Regeln, bietet *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166 ff an.

⁷⁸⁸ Nachweise in Fn 45.

⁷⁸⁹ Freilich darf nicht übersehen werden, dass in den Altfällen, in denen ein gutgläubig einredefreier Erwerb stattfand, eine Unzulässigkeitsklärung der Zwangsvollstreckung in der Regel nicht gegeben sein wird.

⁷⁹⁰ So die Übergangsregelung des § 37 EGZPO. Weiterführend *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 181; *Vollkommer*, ZIP 2008, 2060, 2064.

⁷⁹¹ *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 179.

⁷⁹² Vgl. die ähnlichen Überlegungen bei der Frage zu den Altfällen, wann ein Eintritt in den Sicherungsvertrag nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* im Versäumnisurteil vom 30.03.2010 nach Maßgabe des § 727 Abs. 1 ZPO nachgewiesen werden muss (hierzu oben § 9 C III 1) und bei der Frage zu den Neufällen, für welche Erwerb-vorgänge § 1192 Abs. 1a BGB zur Anwendung gelangen muss (hierzu oben § 12 B II).

⁷⁹³ Vgl. zu den Einzelheiten, bei denen noch vieles umstritten ist, *Wolfsteiner* in: MüKo ZPO, § 799a Rn 3 m. w. N.

tels Erbfolge mangels unvorhersehbarem Missbrauchs- oder Gefährdungspotenzial⁷⁹⁴ oder Auftreten einer Partei kraft Amtes⁷⁹⁵, z. B. eines Insolvenzverwalters⁷⁹⁶, oder die Fälle, in denen der Grundstückseigentümer bei Abtretung der Sicherungsgrundschuld mitwirkt und mithin zustimmt, d. h. in den Fällen des derivativen Erwerbs mit Zustimmung oder auf Geheiß des Grundstückseigentümers⁷⁹⁷ und jenen Fällen, bei denen eine Eigentümergrundschuld an einen Gläubiger übertragen wird⁷⁹⁸.

Im Fall einer unberechtigten Zwangsvollstreckung solle dem Grundstückseigentümer gegen den Zessionar ein Schadensersatzanspruch zustehen. Unter Beachtung, dass dem Grundstückseigentümer gegen den Zessionar keine vertraglichen Ansprüche zustünden⁷⁹⁹, wurde durch Einführung des § 799a Satz 1 ZPO dem Schuldner ein (verschuldensunabhängiger) Anspruch auf Schadensersatz zugesprochen⁸⁰⁰, der sich gegen den Zessionar richtet⁸⁰¹. Damit erledigt sich die bis zur Einführung dieser Norm geführte Diskussion einer analogen Anwendung des § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO auf notarielle Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO⁸⁰².

⁷⁹⁴ *Vollkommer*, ZIP 2008, 2060, 2061.

⁷⁹⁵ *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 181 Fn 165; *Vollkommer*, ZIP 2008, 2060, 2061.

⁷⁹⁶ *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 181 Fn 165; *Vollkommer*, ZIP 2008, 2060, 2061.

⁷⁹⁷ *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 180.

⁷⁹⁸ *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 180; *Vollkommer*, ZIP 2008, 2060, 2061.

⁷⁹⁹ Damit wird unterstellt, dass der Zedent die Sicherungsgrundschuld abtritt und keine Vorkehrungen dafür trifft, dass den Zessionar die Pflichten aus dem Sicherungsvertrag treffen. Dass sich der Zedent damit selbst schadensersatzpflichtig macht, wurde bereits gezeigt (hierzu oben § 8 C III 4 cc aaa unter Fall 4b).

⁸⁰⁰ *Stadler*, Festschrift Strätz, S. 519, 533.

⁸⁰¹ *Hoffmann* in: BeckOK ZPO, § 799a vor Rn 1. Zur Bezeichnung des Schuldners verwendet der Gesetzgeber den Begriff „dieser“. Grammatikalisch korrekt müsste es „jener“ heißen. Beschränkt man sich nicht nur auf den Wortlaut des Gesetzes (so z. B. *Köchling*, ZInsO 2008, 848, 851), sondern folgt zu Recht der gesetzgeberischen Intention (BT-Drucksache 16/9821 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses an den Bundestag) vom 25.06.2008, S.18f), so ist dieses Ergebnis zwingend (*Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 179; *Stadler*, Festschrift Strätz, S. 519, 534).

⁸⁰² Die h. M. lehnte dies ab (*Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166, 172 f m. w. N.).

SCHLUSSTEIL

Die vorliegende Arbeit soll nun mit der Beantwortung der aufgestellten Leitfrage⁸⁰³, der Wiedergabe der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit und einigen praktischen Empfehlungen an den Grundstückseigentümer, der eine Sicherungsgrundschuld bestellt, enden. Dabei soll die Ausgangssituation⁸⁰⁴ in Form des beschriebenen Missbrauchsszenarios⁸⁰⁵ zu Grunde gelegt werden.

§ 15 Beantwortung der Leitfrage

Die Leitfrage der vorliegenden Arbeit lautete, ob es möglich ist, den Grundstückseigentümer vor der Inanspruchnahme seitens des Zessionars zu schützen.

Hierbei kann festgehalten werden, dass es für *Altfälle* ausschließlich nach der gesetzlichen Lage nicht möglich sein wird, den Grundstückseigentümer vor der Inanspruchnahme seitens des Zessionars zu schützen. Der Zessionar wird in der Regel die Grundschuld einredefrei gutgläubig erwerben⁸⁰⁶. Die Hausbank des Grundstückseigentümers kann diese Lage als Zedent, allerdings nur durch eine sicherungsvertragswidrige Abtretung der Sicherungsgrundschuld, ohne für eine Einhaltung der Pflichten aus dem Sicherungsvertrag seitens des Zessionars zu sorgen, ermöglichen. In diesem Fall macht sich die Hausbank allerdings schadensersatzpflichtig⁸⁰⁷, weswegen in der Praxis dem Zessionar vertraglich die Pflichten aus dem Sicherungsvertrag auferlegt wurden.

Für *Neufälle* hingegen schützt der neu eingeführte § 1192 Abs. 1a BGB den Grundstückseigentümer vor einer etwaigen sicherungsvertragswidrigen Inanspruchnahme aus der Grundschuld.

⁸⁰³ Hierzu oben § 1 E.

⁸⁰⁴ Hierzu oben § 1 A.

⁸⁰⁵ Hierzu oben § 1 C.

⁸⁰⁶ Hierzu oben § 3.

⁸⁰⁷ Hierzu oben § 8 C III 4 cc aaa unter Fall 4b.

Die hilfsweise gestellte Leitfrage lautete, ob es dem Grundstückseigentümer zumindest möglich ist, die Zwangsvollstreckung seines Grundstückes zu verhindern.

Relevant wird diese Frage nur für *Altfälle*. Hier ist es dem Grundstückseigentümer möglich, mittels einer einstweiligen Verfügung gegen den Zedenten zu der benötigten Geldsumme zu gelangen, so dass er den Zessionar befriedigen kann. Die Zwangsvollstreckung seines Grundstückes wird der Grundstückseigentümer daher verhindern können⁸⁰⁸.

§ 16 Wesentliche Ergebnisse der Arbeit

Die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Arbeit können zusammenfassend wie folgt wiedergegeben werden:

1. Die massenhafte Abtretung von Sicherungsgrundschulden, mit oder ohne dadurch gesicherte Forderungen, erweist sich unter allen rechtlichen Gesichtspunkten als wirksam.
2. In Bezug auf die im Zusammenhang mit dem Sicherungsvertrag resultierenden Einwände ist der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld nur dann im Sinne der §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2 BGB bösgläubig, wenn er den Sicherungscharakter der Grundschuld *und* den einredebegründenden Tatbestand *positiv kannte*. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, erwirbt er die Sicherungsgrundschuld gutgläubig einredefrei. Für Neufälle wird die Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs insoweit durch § 1192 Abs. 1a Satz 1, 2. HS BGB stark eingeschränkt.
3. Auf prozessualer Ebene wird durch die Abtretung der Sicherungsgrundschuld die Titelfunktion des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO von der Sicherungsgrundschuld nicht gelöst. Der Zessionar erwirbt somit eine *titulierte* Sicherungsgrundschuld.
4. Die notariell erklärten formularmäßigen Unterwerfungserklärungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen rechtlich zulässig. Dabei beziehen sich die formularmäßigen Unterwerfungserklärungen auch auf *nicht treuhänderisch* gebundene Grundschulden.

⁸⁰⁸ Eine offene Prognose verbleibt lediglich, sofern auf dem Grundstück des Eigentümers weitere Reallasten vorhanden sind (vgl. oben § 10 C II 2 b cc und Fn 548).

5. Die Befürchtung, in Altfällen sicherungsvertragswidrig aus der Grundschuld in Anspruch genommen zu werden, erweist sich als zu plakativ dargestellt. Insbesondere in der Praxis waren (und sind) solche Fälle allenfalls absolute Ausnahmefälle.
6. In aller Regel kann ein ausreichender Schutz des Grundstückseigentümers vor sicherungsvertragswidriger Zwangsvollstreckung des Grundstückes durch den Zessionar sowohl für Altfälle als auch in Neufällen gewährleistet werden.
 - a. Für *Altfälle* kann der Grundstückseigentümer vor einer sicherungsvertragswidrigen Zwangsvollstreckung des Grundstückes durch den Zessionar mittels der Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung, in Form der Leistungsverfügung gegen den Zedenten, geschützt werden.
 - b. Für die *Neufälle* bieten insbesondere § 1192 Abs. 1a BGB und § 799a Satz 1 ZPO für den Grundstückseigentümer vor einer sicherungsvertragswidrigen Zwangsvollstreckung des Grundstückes durch den Zessionar einen fast lückenlosen Schutz. Die Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB normiert dabei die bankenübliche Praxis, den Zessionar an die Pflichten aus dem Sicherungsvertrag zu binden.

§ 17 Einige praktische Empfehlungen an den Grundstückseigentümer

Abschließend sollen einige praktische Empfehlungen an den Grundstückseigentümer, der eine Sicherungsgrundschuld bestellt, die Arbeit beenden.

- Wie in § 7 B IV 3 gesehen, kann der Grundstückseigentümer mittels seiner Unterwerfungserklärung bestimmen, inwieweit der Titel (namentlich die notarielle Urkunde der Unterwerfung des Grundschuldbestellers unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück) vollstreckbar sein soll. Damit einhergehend, kann der Grundstückseigentümer bestimmen, dass nur „der Bank“, nicht aber einem unbekanntem Dritten, eine vollstreckbare Ausfertigung des Titels erteilt werden darf. Sollten sich die Banken hierauf einlassen, wäre der Grundstückseigentümer vor einer sofortigen Inanspruchnahme seitens des Zessionars geschützt. Der Zessionar müsste erst gegen den Grundstückseigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung klagen.

- In § 13 F III 2 ist gezeigt worden, dass dem Grundstückseigentümer nachhaltig abzuraten ist, Zahlungen mittels ausdrücklicher Tilgungsbestimmung (§ 366 Abs. 1 BGB) ausschließlich auf das dingliche Recht Grundschuld zu leisten.
- In § 13 G wurde eine zusammenfassende Betrachtung der relevanten und der nicht-relevanten Einwände im Verhältnis Grundstückseigentümer – Zessionar gegeben. Hieraus ergibt sich für den Grundstückseigentümer Folgendes:
 - Der Grundstückseigentümer braucht für die unter den Anwendungsbereich des § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB fallenden Einwände keine weiteren Vorkehrungen zu treffen.
 - Für die unter den Anwendungsbereich der §§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 BGB fallenden Einwände kann der Grundstückseigentümer einen gutgläubig einreddefreien Erwerb durch Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch verhindern (§§ 1192 Abs. 1a Satz 2, 1157 Satz 2, 892 Satz 1, 3. HS, 1. Fall BGB). Werden dem Grundstückseigentümer Tatsachen bekannt, die eine der dort genannten Einwände begründen, so sollte der Grundstückseigentümer alsbaldig die Eintragung eines Widerspruches mittels einer einstweiliger Verfügung initiieren (§ 899 Abs. 2 Satz 1, 1. Fall BGB). Solche Tatsachen sind beispielsweise eine arglistige Täuschung oder eine widerrechtliche Drohung des Zedenten bei Abschluss des Sicherungsvertrages.
 - Die restlichen Einwände sind im Verhältnis Grundstückseigentümer – Zessionar unbeachtlich. Der Grundstückseigentümer muss sich in solchen Fällen an den Zedenten halten.
- In § 14 C II hat sich herausgestellt, dass es nicht dem Interesse des Grundstückseigentümers entspricht, wenn die Kündigung des Grundschuldkapitals als Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 ZPO – bezogen auf den gesamten vollstreckbaren Anspruch – verstanden wird. Zur Vermeidung etwaiger Unsicherheiten sollte in der Grundschuldbestellungsurkunde etwa folgende Klausel verwendet werden: *„Es wird auf den Nachweis der Tatsache verzichtet, die das Entstehen und die Fälligkeit der Grundschuld nebst Zinsen und sonstiger Nebenleistungen oder ihrer schuldrechtlichen Ansprüche bedingen“*⁸⁰⁹.

⁸⁰⁹ Diese Klausel ist aus der Nr. 6 Satz 2 des Formulars einer Grundschuldbestellungsurkunde des Deutschen Sparkassenverlages (bereits zitiert in Fn 445) entnommen.

LITERATURVERZEICHNIS

Achilles, Alexander/Gebhard, Albert/Spahn, Peter (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ohne Auflage Berlin 1897 – 1899 (zitiert: „BGB Prot Bd., Seite“)

Ahrens, Claus, Europäisches und Internationales Wirtschaftsprivatrecht, ohne Auflage Stuttgart 2008 (zitiert: „Ahrens, Europäisches und Internationales Wirtschaftsprivatrecht, Rn“)

Idem, Von der Position als Sicherungsvertragspartei unabhängige Einreden gegen die Sicherungsgrundschuld auf Grund des Kausalgeschäfts in AcP 200 (2000), 123 ff

Alpmann-Pieper, Annegerd (Hrsg.): Studienlexikon Recht 3. Auflage München 2010 (zitiert: „Studienlexikon Recht, Stichwort“)

Bachner, Ralph-Roman, Notarrelevante Änderungen durch das Risikobegrenzungs-gesetz – Schutz des grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensnehmers bei Forderungsabtre-tung in DNotZ 2008, 644 ff

Baden, Eberhard, Noch einmal: § 1157 BGB und das Einredesystem der Sicherungsgrund-schuld in JuS 1977, 75 ff

Bamberger, Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, 27. Edition Mün-chen 2013 (zitiert: „Bearbeiter in: BeckOK BGB §§ und Rn“)

Baur, Fritz (Begründer), *Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf*, Sachenrecht, 18. Auflage München 2009 (zitiert: „Baur/Stürner, Sachenrecht, §§ und Rn“)

Beuchner, Klaus/Räther, Philipp C./Stock, Stefan, Non-Performing Loans – Datenschutz-rechtliche Aspekte der Veräußerung von risikobehafteten Krediten in AG 2006, 277 ff

Binder, Jens-Hinrich/Piekenbrock, Andreas, AGB-rechtliche Unwirksamkeit einer formular-mäßigen Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ohne vertraglichen

Abtretungsausschluss? – Anmerkung zum Beschl. des LG Hamburg vom 09.07.2008 in WM 2008, 1816 ff

Bitter, Goerg, Kreditverträge in Umwandlung und Umstrukturierung in ZHR 173 (2009), 379 ff

Bleckmann, Albert, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips in JuS 1994, 177 ff

Blomeyer, Arwed, Anspruchsverjährung und dingliche Sicherheiten in JZ 1959, 15ff

Bosch, Andreas, Gutgläubiger einredefreier Zweiterwerb der Sicherungsgrundschuld nach Tilgung des dinglichen Rechts durch den mit dem persönlichen Schuldner identischen Eigentümer? in ZfIR 2009, 801 ff

Bolkart, Johannes, Prozessuale Rechtsnachfolge in titulierte Grundpfandrechte – zugleich Anmerkung zu BGH VU v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09 in DNotZ 2010, 483 ff

Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, Hermann (Hrsg.), Kreditwesengesetz, Kommentar zur KWG und Ausführungsvorschriften, 4. Auflage München 2012 (zitiert „*Be- arbeiter* in Boos/ Fischer/ Schulte-Mattler KWG, §§ und Rn“)

Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Auflage Tübingen 2011 (zitiert: „*Bork*, BGB AT, Rn“)

Idem, Die Wirksamkeit von Unterwerfungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ZIP 2008, 2049 ff

Idem, Der Eintritt des Sicherungsgrundschuldzessionars in den Sicherungsvertrag – Urteils- anmerkung zu BGH VU v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09 in WM 2010, 2057 ff

Bredow, Günther M./Vogel, Hans-Gert, Hürden bei Forderungsverkäufen weiter ungeklärt? Anmerkung zu BGH Beschl. v. 16.04.2009 – VII ZB 62/08 in BKR 2009, 333 ff

Idem, Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze in BKR 2008, 271 ff

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Auflage München 2011, (zitiert: „*Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn“)

Bülow, Peter, Recht der Kreditsicherheiten, Sachen und Rechte, Personen, 8. Auflage Heidelberg 2012 (zitiert: „*Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn“)

Idem, Die Sicherungsgrundschuld als gesetzlicher Tatbestand in ZJS 2009, 1 ff

Büschel, Grit, Die Rechtsprechung zur Bürgschaft auf erstes Anfordern, Seminararbeit beim Institut für Deutsches und Internationales Bank- und Kapitalmarktrecht Leipzig, November 2002, abrufbar unter <http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/dokumente/2002-12-07-01.pdf>, Zugriff: 27.08.2013 (zitiert: „*Büschel*, Die Rechtsprechung zur Bürgschaft auf erstes Anfordern, Seite“)

Bütter, Michael/Aigner, Kathrin, BB-Kommentar zu BGH Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05 in BB 2007, 798 f

Clemente, Clemens, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4 Auflage Köln 2008 (zitiert: „*Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rn“)

Idem, Verwertung der nicht akzessorischen Grundschuld im Rahmen eines Forderungsverkaufs in ZfIR 2007, 737 ff

Idem, Besprechung von LG Hamburg v. 09.07.2008 – 318 T 183/07 in ZfIR 2008, 545 ff

Idem, Neuerungen im Immobiliendarlehens- und Sicherungsrecht, Risikobegrenzungsgesetz und andere Entwicklungen in ZfIR 2008, 589 ff

Idem, Sicherungsgrundschuld und Untreue in wistra 2010, 249 ff

Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 10. Auflage München 2012 (zitiert: *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn)

Deubner, Karl G., Grenzen der Grundschuldhaftung in JuS 2008, 586ff

Dieckmann, Johann Andreas, Das Risikobegrenzungsrecht in der Immobilienwirtschaft, Im Blickpunkt: Neuregelungen im Recht der Grundschuld in NZM 2008, 865 ff

Idem, Die Einführung des § 799a ZPO durch das Risikobegrenzungsrecht in BWNotZ 2008, 166 ff

Idem, Zur funktionalen Beurteilung der Zulässigkeit der Vollstreckungsunterwerfung in WM 2010, 1254 ff.

Idem, Dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfungen bei Abtretung der Sicherungsgrundschuld und Eigentümerschutz nach BGHZ 185, 133 oder: (Gelungenes ?) Richterrecht durch obiter dictum im Versäumnisurteil? Einige kritische Überlegungen zum Urteil des BGH VU v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09 in BWNotZ 2011, 42 ff

Dietlein, Max Josef, Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG in JZ 1977, 637 ff

Dörrie, Robin, Immobilienfinanzierungen und Verkauf von Kreditforderungen nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsrecht in ZBB 2008, 292 ff

Domke, Frank/Sperlich, Anika, Verkauf notleidender Kredite – zivilrechtliche und strafrechtliche Fragestellungen in BB 2008, 342 ff

Eickmann, Dieter, Gefährliche Grundschuld? Oder: Wie man Heuschrecken züchtet in Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Lutz Aderhold, Köln 2008 (zitiert: „*Eickmann*, Gefährliche Grundschuld?, Festschrift Westermann, Seite“)

Everts, Arne, Klauselumschreibung bei Umschuldung oder Neuvaluierung von Sicherungsgrundschulden in NJW 2011, 567 ff

Fest, Timo, Eine Revolution der Kreditsicherung mittels Grundschulden: Auswirkungen des Risikobegrenzungs-gesetz aus den Schuldnerschutz in ZfIR 2008, 657 ff

Fischer, Kristian, Die Verfassungsmäßigkeit rückwirkender Normen in JuS 2001, 861 ff

Freckmann, Peter, Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist wirksam – basta! Aber neue Nachweispflichten bei Forderungsübertragungen – zugleich Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 30. 3. 2010 – XI ZR 200/09 in BKR 2010, 275 ff

Freitag, Robert, Wirksamkeit vorformulierter Vollstreckungsunterwerfungen auch bei freier Abtretbarkeit der besicherten Kreditforderungen, Erwiderung auf Schimansky, WM 2008, 1049 in WM 2008, 1813 ff

Ders.; Die Beendigung des Darlehensvertrages nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in WM 2001, 2370 ff

Gaul, Hans Friedhelm, Vollstreckbare Urkunde und vollstreckbarer Anspruch in Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts in Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag, Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts, hrsg. von Hanns Prütting und Helmut Rüssman, München 1997 (zitiert: „*Gaul*, Festschrift Lüke, Seite“)

Gladenbeck, Martin, „Im Ergebnis ist die Entscheidung abzulehnen, für eine Aufgabe der bisherigen Praxis und der dazu ergangenen BGH-Rechtsprechung besteht kein Anlass“ BB-Kommentar zu LG Hamburg vom 09.07.2008 in BB 2008, 1867 ff

Gladenbeck, Martin/Gaberdiehl, Heinz, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Auflage Berlin 2011 (zitiert: „*Gladenbeck/Gaberdiehl*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rn“)

Gola, Peter/Klug, Christoph/Körffler, Barbara, BDSG Bundesdatenschutzgesetz, 11. Auflage München 2012 (zitiert: „*Gola/Klug/Körffler*, BDSG, §§ und Rn“)

Grziwotz, Herbert, Vertragsfreiheit der Parteien, Vertragsgestaltung des Notars und richterliche Vertragskontrolle in NotBZ 2002, 51 ff

Habersack, Mathias, Die Vollstreckungsunterwerfung des Kreditnehmers im Lichte des Risikobegrenzungsgesetzes in NJW 2008, 3173 ff

Haegele, Karl (Begr.)/*Schöner, Hartmut/Stöber, Kurt*, Grundbuchrecht, 14. Auflage München 2008 (zitiert: „*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn“)

Herrler, Sebastian, Zwangsvollstreckung aus titulierter (Sicherungs-)Grundschild nach Gläubigerwechsel – prozessuale Rückbeziehung von § 1192 Abs. 1a BGB, zugleich Anmerkung zu BGH VU v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09 in BB 2010, 1931 ff

idem, Grenzen des Schuldnerschutzes beim Forderungsverkauf in NJW 2011, 2762 ff

Heinze, Meinhard, Einstweiliger und vorläufiger Rechtsschutz in Streitfällen des Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrechts in Festschrift für Albrecht Zeuner zum 70. Geburtstag, hrsg. von von Karl August Bettermann, Seite 369 ff, ohne Auflage Tübingen 1994 (zitiert: „*Heinze*, Festschrift Zeuner, Seite“)

Hottenbacher, Ulrich, Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf die mit einem abstrakten Schuldanerkenntnis verbundene formularmäßige Bestellung von Grundpfandrechten in BWNNotZ 1979, 73 ff

Huber, Ulrich, Die Sicherungsgrundschild, ohne Auflage Heidelberg 1965 (zitiert: „*Huber*, Die Sicherungsgrundschild, Seite“)

Hügel, Stefan (Hrsg.), Grundbuchordnung, 17. Edition München 2013 (zitiert: „*Bearbeiter* in: BeckOK GBO, §§ und Rn“)

Isaad, Andrea, Zur Frage des Betreibens der Zwangsvollstreckung nach Kreditverkauf als unzulässiger Rechtsausübung durch den neuen Gläubiger, Kurzreferat zum Urteil des OLG München vom 26.02.2008 – AZ: 5 U 5102/06 (ZIP 2008, 498 ff) in notar 2008, 31 f

Jäckle, Wolfgang, Die Sicherungsgrundschild bei Störungen des Kreditverhältnisses in JZ 1982, 50 ff

Jauernig, Othmar/Berger, Christian (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), 14. Auflage München 2011 (zitiert: „*Bearbeiter* in Jauernig BGB, §§ und Rn“)

Joerden, Jan C., Logik im Recht, Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 2. Auflage Berlin u. a. 2010 (zitiert: „*Joerden*, Logik im Recht, Seite“)

Jost, Katharina, Die Dogmatik des Sicherungsvertrags, ohne Auflage Berlin 2012 (zitiert: „*Jost*, Die Dogmatik des Sicherungsvertrags, Seite“)

Kaufmann, Horst, Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens in JZ 1964, 482 ff

Kessler, Christian, „Rechtsnachfolge“ in Vollstreckungsklauseln in WM 2011, 486 ff

Kiehnle, Arndt, Ein Widerspruch zwischen § 1192 Abs. 1a und § 1156 Satz 1 BGB? in BKR 2009, 157 ff

Kindl, Johann/Bendtsen, Ralf (Hrsg.), Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung: ZPO, ZVG, Nebengesetze, europäische Regelungen, Kosten, Handkommentar, 2. Auflage Baden-Baden 2013 (zitiert: „*Bearbeiter* in: Kindl/Bendtsen, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, §§ und Rn“)

Kloepfer, Michael, Verfassungsrecht, Band 1 Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, ohne Auflage München 2011 (zitiert: „*Kloepfer*, Verfassungsrecht I, Rn“)

Kniffka, Rolf, Zur Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus Unterwerfungserklärungen in Bauträgerverträgen in ZfBR 1992, 195 ff

Köchling, Marcel, Die Neuregelungen zu Kreditverkäufen im Risikobegrenzungsgesetz in ZInSO 2008, 848 ff

Kötz, Hein (Begr.)/*Wagner, Gerhard*, Deliktsrecht, 12. Auflage München 2013 (zitiert: „*Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn“)

Komanns, Theo, Das Grundpfandrecht als fiduciarische Sicherheit, Ein Beitrag zur Lehre von der Sicherungsgrundschuld, ohne Auflage Düsseldorf 1939 (zitiert: „*Komanns*, Das Grundpfandrecht als fiduciarische Sicherheit, Seite“)

Koser, Stefan/Werner-Jensen, Alma, Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung bei weiterer Syndizierungsabrede, Besprechung von LG Hamburg vom 09.07.2008 in BKR 2008, 340 ff

Kowalski, Herbert, Die Grundschuld im modernen Grundbuchverkehr, ohne Auflage Leipzig 1932 (zitiert: „*Kowalski*, Die Grundschuld im modernen Grundbuchverkehr, Seite“)

Kraayvanger, Jah/Günther, Elmar, Pflicht zum Nachweis des Eintritts in den Sicherungsvertrag in öffentlich beglaubigter Form erhöht die Prüfungspflichten der Notare in BB 2010, 1499 ff

Kusserow, Berthold/Dittrich, Kurt, Rechtsprobleme bei Asset-Backed Securities-Transaktionen deutscher Kreditinstitute unter besonderer Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Aspekte in WM 1997, 1786 ff

Kümpel, Siegfried, Persönliche Haftung und Vollstreckungsunterwerfung bei Grundpfandrechten und das AGB-Gesetz in WM 1978, 746 ff.

Küpper, Wolfhard/Brause, Christian, Asset-Backed Securities Transaktionen – Rechtliche, bilanzielle und steuerliche Aspekte in AG 1998, 413 ff

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I – Allgemeiner Teil, 14. Auflage München 1987 (zitiert: „*Larenz*, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, §§“)

Lehleiter, Gunther/Hoppe Christian, Das Kind nicht mit dem Bade ausschütten – Warum die freie Abtretbarkeit von Kreditforderungen nicht zur flächendeckenden Unwirksamkeit von Unterwerfungserklärungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung führt, zugleich Erwiderung auf *Schimansky*, WM 2008, 1049ff in BKR 2008, 363 ff

Lehmann, Matthias, Die Änderungen im Darlehens- und Grundschuldrecht durch das Risikobegrenzungs-gesetz in ZGS 2009, 214 ff

Leipold, Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes – im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ohne Auflage München 1971 (zitiert: „*Leipold*, Grundlagen, Seite“)

Lettl, Tobias, Das Entstehen des Rückgewähranspruches bei Sicherungsgrundschulden in WM 2002, 788 ff

Lindemeier, Jörg, Die Unterwerfungserklärung in der vollstreckbaren Urkunde, ohne Auflage Köln 1999 (zitiert: „*Lindemeier*, Die Unterwerfungserklärung, Seite“)

Looschelders, Dirk, Schuldrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage München 2013 (zitiert: „*Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn“)

Lopau, Eberhard, Die Rechtstellung des Schuldners bei der Kreditsicherung durch Grundschulden in NJW 1972, 2253 ff

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), *Herzog, Roman* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 64. Ergänzungslieferung München Januar 2012 (zitiert: „*Bearbeiter* in Maunz/Dürig GG, Art. und Rn“)

Maurer, Harmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage München 2011 (zitiert: „*Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, §§ und Rn“)

Medicus, Dieter, Die Akzessorietät im Zivilrecht in JuS 1971, 497 ff

Medicus, Dieter/Petersen, Jens, Bürgerliches Recht, eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 23. Auflage München 2011 (zitiert: „*Bearbeiter* in: Medicus/Petersen, BR, Rn“)

Mertins, Wolfgang/Gansel, Timo, Abtretung von Kreditforderungen, abrufbar unter <http://www.gansel-rechtsanwaelte.de/artikel/A183-Abtretung-von-Kreditforderungen.php>, Zugriff: 11.09.2012 (zitiert: „*Mertins/Gansel*, Abtretung von Kreditforderungen“)

Meyer, André, Einwendungen und Einreden des Grundstückseigentümers gegen den Grundschuldgläubiger nach neuem Recht in *Jura* 2009, 561 ff

Idem, Die Regelung der Sicherungsgrundschuld in § 1192 Abs. 1a BGB – ein nicht durchdachter Schnellschuss des Gesetzgebers in *WM* 2010, 58ff

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Band I, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 10. Auflage Berlin 2009 (zitiert: „*Müller/Christensen*, Juristische Methodik I, Rn“)

Münch, Joachim, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, ohne Auflage Köln u. a. 1989 (zitiert: „*Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, §§ und Seite“)

Idem, Die Beweislastverteilung bei der Vollstreckungsgegenklage in *NJW* 1991, 795 ff

Mugdan, Benno (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Nachdr. von: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Berlin 1899, Band 3 – Sachenrecht, ohne Auflage Keip 2005 (zitiert: „*Mudgan*, Materialien zum BGB, Bd. 3 (Sachenrecht), Seite“)

Musielak, Hans-Joachim, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, ohne Auflage Köln 1975 (zitiert: „*Musielak*, Beweislast, Seite“)

Idem, Grundkurs ZPO, eine Darstellung zur Vermittlung von Grundlagenwissen im Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung), 11. Auflage München 2012 (zitiert: „*Musielak*, Grundkurs ZPO, Rn“)

Idem (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 9. Auflage München 2012 (zitiert: „*Bearbeiter* in: *Musielak ZPO*, §§ und Rn“)

Neef, Andreas, Zur Eintragungsfähigkeit sicherungsvertraglicher Einreden bei der Grundschuld, ohne Auflage Berlin 2004 (zitiert: „*Neef*, Zur Eintragungsfähigkeit sicherungsvertraglicher Einreden bei der Grundschuld, Seite“)

Neuhof, Rudolf/Richrath, Jochen, Rückabwicklung nichtiger Kreditsicherungsverträge nach der Lehre von der Doppelcausa in NJW 1996, 2894 ff

Nietsch, Michael, Grundschulderwerb nach dem Risikobegrenzungsgesetz in NJW 2009, 3606 ff

Nobbe, Gerd, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen in WM 2005, 1537 ff

Idem, Der Verkauf von Krediten in ZIP 2008, 97 ff

Oberheim, Rainer, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Auflage München 2012 (zitiert: „*Oberheim*, Zivilprozessrecht für Referendare, §§ und Rn“)

Oetker, Hartmut/Maultzsch, Felix, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage Berlin u. a. 2013 (zitiert: „*Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, §§ und Rn“)

Ohne Verfasser, Amtliche Ausgabe der Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ohne Auflage Berlin 1888 (zitiert: „BGB Motive Bd., Seite“)

Idem, Brockhaus - die Enzyklopädie in 24 Bänden - 20. Auflage Leipzig u. a. 1996 – 1999 (zitiert: „Brockhaus – Band – Stichwort“)

Idem, DNotI-Gutachten, Risikobegrenzungsgesetz: Grundbucheintragung der Eigenschaft als Sicherungsgrundschul in DNotI-Faxabrufdienst, Fax-Abruf-Nr. 11537 vom 22.09.2008

Idem, DNotI-Gutachten, Umschreibung der Vollstreckungsklausel in Umschuldungs- und Neuvaluierungsfällen in DNotI-Report 2010, 192 ff

Otte, Gerhard, Verjährt der Anspruch auf Rückgewähr einer „stehengelassenen“ Sicherungsgrundschuld schon in 10 Jahren? in ZGS 2002, 57ff

Palandt, Otto (ursprünglicher Hrsg., Namensgeber), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 72. Auflage München 2013 (zitiert: „*Bearbeiter* in: Palandt BGB, §§ und Rn“)

Paulus, Christoph G./Henkel, Thomas, Rechtsschein der Prozessvollmacht in NJW 2003, 1692 ff

Pick, Eckhart, Einwendungen bei dem gegenseitigen Vertrag nach Abtretung der Forderung, Ein Beitrag zur „aufgedrängten“ Gläubigerschaft in AcP 172 (1972), 39 ff

Picker, Eduard, Der deliktische Schutz der Forderung als Beispiel für das Zusammenspiel von Rechtszuweisung und Rechtsschutz in Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, hrsg. von Andreas Heldrich, Band I, ohne Auflage München 2007, S. 1001 ff (zitiert: „*Picker*, Festschrift Canaris, Seite“)

Preuß, Nicola, Die Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungsgesetz in Festschrift für Rainer Kanzleiter zum 70. Geburtstag am 17. Juni 2010, hrsg. von Manfred Bengel, ohne Auflage Köln 2010, Seite 307 ff (zitiert: „*Preuß*, Festschrift Kanzleiter, Seite“)

Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar, 8. Auflage Köln 2013 (zitiert: „*Bearbeiter* in: Prütting/Wegen/Weinreich BGB, §§ und Rn“)

Rauscher, Thomas/Wax Peter/Wenzel, Joachim (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 3. Auflage München 2008 (zitiert: „*Bearbeiter* in: MüKo ZPO, §§ und Rn“)

Rebmann, Kurt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: 6. Auflage München 2012 (zitiert: „*Bearbeiter* in: MüKo BGB, §§ und Rn“)

Reifner, Udo, Der Verkauf notleidender Verbraucherdarlehen in BKR 2008, 142 ff

Reinhard, Paul/Müller, Hans (Begr.), *Dassel, Gerhard/Schiffhauer, Horst* (Fortg.), Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, einschließl. EGZVG, ZwVwV, 14. Auflage Bielefeld 2013 (zitiert: „*Bearbeiter* in: *Dassler/Schiffhauer ZVG*, §§ und Rn“)

Richrath, Jochen, Die Übersicherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten, ohne Auflage Bayreuth 1995 (zitiert: *Richrath*, Die Übersicherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten, Seite)

Ring, Gerhard/Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas (Hrsg.), NomosKommentar BGB, 3. Auflage Baden-Baden ab 2010 (zitiert: „*Bearbeiter* in: *NomosKo BGB*, §§ und Rn“)

Rosenberg, Leo, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung, 5. Auflage München 1965 (zitiert: „*Rosenberg*, Die Beweislast, Seite“)

Rümpker, Nils H., Forderungs- und Grundschuldzession nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 1. Auflage Baden-Baden 2010 (zitiert: „*Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem RBegrG, Seite“)

Schack, Haimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Auflage München 2010 (zitiert: „*Schack*, IZVR, §§ und Rn“)

Schilken, Eberhard, Die Befriedigungsverfügung: Zulässigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechtsschutzes, ohne Auflage Berlin 1997 (zitiert: „*Schilken*, Die Befriedigungsverfügung, Seite“)

Schimansky, Herbert, Verkauf von Kreditforderungen und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in WM 2008, 1049 ff

Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen/Bernett, Axel (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage Stuttgart und München 2011 (zitiert: „*Bearbeiter* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, §§ und Rn“)

Schippel, Helmut/Brambring, Günter, AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge in DNotZ 1977, 131 ff

Schlosser, Peter/Coester-Waltjen, Dagmar/Graba, Hans-Ulrich (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1. Auflage Bielefeld 1977 (zitiert: „*Bearbeiter* in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba AGB, §§ und Rn“)

Schmid, Irene/Voss, Matthias, Die Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungs-gesetz in DNotZ 2008, 740 ff

Schönke, Adolf (Begr.)/*Baur, Fritz/Stürner, Rolf/Bruns, Alexander*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage Heidelberg 2006 (zitiert: „*Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, §§ und Rn“)

Schrader, Siegfried (Begr.)/*Steinert, Karl-Friedrich/Theede, Kai-Uwe/Knop, Jens*, Zivilprozess, 9. Auflage München 2011 (zitiert: „*Steinert/Theede/Knop*, Zivilprozess, Kapitel und Rn“)

Schulz, Dietmar, Kreditverkauf - diesmal: Zur sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuldbestellungsurkunde, zugleich Besprechung LG Hamburg v. 09.07.2008 Akt-Z. 318 T 183/07 in ZIP 2008, 1858 ff

Schürnbrand, Jan; Gestaltungsrechte als Verfügungsgegenstand in AcP 204 (2004), 177ff

Schwintowski, Hans-Peter, Bankrecht, 3. Auflage Köln 2011 (zitiert: „*Schwintowski*, Bankrecht, §§ und Rn“)

Schwintowski, Hans-Peter/Schantz, Peter, Grenzen der Abtretbarkeit grundrechtlich gesicherter Darlehensforderungen in NJW 2008, 472 ff

Seckelmann, Helmut, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, ohne Auflage Berlin 1963 (zitiert: *Seckelmann*, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, Seite)

Selke, Olav, Immobilienfinanzierung, formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung, Abtretung, Finanzinvestor, Besprechung von LG Hamburg vom 09.07.2008 – 318 T 183/07 in EWiR § 794 ZPO 1/08, 543f

Serafini, Filippo, Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio, 2. Edizione Firenze 1875, abrufbar unter <http://www.archive.org/details/istituzionididi00seragoog>, Zugriff: 26.08.2013 (zitiert: „*Serafini*, Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio, Sektion, Titel“)

Simitris, Spiros (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 7. Auflage Baden-Baden 2011 (zitiert: „*Bearbeiter* in: Simitris BDSG, §§ und Rn“)

Skauradszun, Dominik, Der Eintritt in den Sicherungsvertrag als neue Voraussetzung im Klauselerteilungsverfahren in MDR 2010, 845 ff

Idem, Neue Verteidigungsmöglichkeiten des Grundschuld-Schuldners in Zessionsfällen? in JURA 2011, 128 ff

Soergel, Hans Theodor (Begr.), *Siebert, Wolfgang* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, mehrere Bände 13. Auflage Stuttgart u. a. 1999 bis 2007 (zitiert: *Bearbeiter* in: Soergel BGB, Auflage/Jahr, §§ und Rn)

Sokolowski, Krzysztof Piotr, Die Abtretbarkeit der Sicherungsgrundschuld nach der Neuregelung durch das Risikobegrenzungsgesetz in JR 2009, 309 ff

Sommer, Marcus, Die künftige notarielle Praxis im Klauselerteilungsverfahren, Kurzbeitrag zur Entscheidung des BGH RNotZ 2010, 390 (VU v. 30.03.2010) in RNotZ 2010, 378 ff

Stadler, Astrid, „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen“ oder: Brauchen wir das Risikobegrenzungsgesetz? in Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag, hrsg. Harald Derschka, Rainer Hausmann und Martin Löhnig, ohne Auflage Regenstauf 2009, Seite 519 ff (zitiert: „*Stadler*, Festschrift Strätz, Seite“)

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, mehrere Bände 13. Bearbeitung Berlin 1999 bis 2013 (zitiert: „*Bearbeiter* in: Staudinger BGB, §§ und Rn“)

Stein, Friedrich/Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 9, 22. Auflage Tübingen 2002 (zitiert: „*Bearbeiter* in: Stein/Jonas ZPO, §§ und Rn“)

Steinbeck, Anja Verena, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, ohne Auflage Berlin 1994 (zitiert: *Steinbeck*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Gliederungsebene und Seite)

Stürner, Rolf, Die Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG in JZ 1977, 431 ff und JZ 1977, 637 ff

Idem, Erwiderung auf Hottenbacher, Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf die mit einem abstrakten Schuldanerkenntnis verbundene formularmäßige Bestellung von Grundpfandrechten in BWNNotZ 1979, 73 ff in BWNNotZ 1979, 76 f.

Idem, Der Schutz des Eigentümers bei rechtsgeschäftlicher Übertragung von Grundpfandrechten und die jüngste Reform des Rechts der Grundschuld in Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, hrsg. von Volker Beuthien, Seite 513 ff, ohne Auflage Köln 2009 (zitiert: „*Stürner*, Festschrift Medicus, Seite“)

Idem, Der Darlehensrückzahlungsanspruch der Banken und der Schutz des Eigentümers belasteter Grundstücke, zugleich Urteilsanm. zu BGH XI ZR 200/09 Urt. v. 30.3.2010 in JZ 2010, 774 ff

Szagunn, Volkhard (Begr.), *Haug, Ulrich/Ergenzinger, Wilhelm*, Gesetz über das Kreditwesen in der Fassung vom 22. Januar 1996, Kommentar 6. Auflage Stuttgart 1997 (zitiert: „*Szagunn/Haug/Ergenzinger*, KWG, §§ und Rn“)

Tilch, Horst/Arloth, Frank (Hrgs.); Deutsches Rechts-Lexikon in 3 Bände und Ergänzungsband, 3. Auflage München 2001 (zitiert: „*Deutsches Rechts-Lexikon*, Stichwort“)

Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether, AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305 - 310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, 11. Auflage Köln 2011 (zitiert: „*Bearbeiter in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, §§ und Rn*“)

Vollkommer, Gregor, Risikohaftung des Neugläubigers bei unberechtigter Vollstreckung aus Urkunden nach § 799a ZPO in ZIP 2008, 2060 ff

Vollmer, Michael, Urteilsanmerkung zu BGH VU v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09 in MittBay-Not 2010, 378, 383 ff

Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 8. Edition München 2013 (zitiert: „*Bearbeiter in: BeckOK ZPO, §§ und Rn*“)

von Hoffmann, Bernd/Thorn, Karsten, Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts, 9. Auflage München 2007 München (zitiert: „*v. Hoffmann/Thorn, IPR, Rn*“)

Walker, Wolf-Dietrich, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, ohne Auflage Tübingen 1993 (zitiert: „*Walker, Einstweiliger Rechtsschutz, Rn*“)

Weber, Hansjörg, Der Rückübertragungsanspruch bei der nichtvalutierten Sicherungsgrundschuld in AcP 169 (1969), 237 ff

Weber, Ralph, Sachenrecht, Band II – Grundstücksrecht, 3. Auflage Baden-Baden 2012 (zitiert: „*Weber, Sachenrecht II, §§ und Rn*“)

Weller, Marc-Philippe, Aktuelle Gefahren für „Häuslebauer“, Skript vom 22.9.2008 der Deutschen Richterakademie Trier 2008, abrufbar unter http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/wirtschaftsrecht/downloads/vortraege/ Gefahren_far_hauslebauer_skript_v_22_9_2008.pdf, Zugriff: 17.07.2012 (zitiert: „*Weller, Aktuelle Gefahren für „Häuslebauer“, Seite*“)

Idem, Die Sicherungsgrundschuld in JuS 2009, 969 ff

Wellenhofer, Marina, Das Recht der Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungs-
gesetz in JZ 2009, 1077 ff

Wermke, Matthias/Kunkel-Razum, Kathrin/Scholze-Stubenrecht, Werner (Hrsg.), Der Duden
in zwölf Bänden, Band 4 – Die Grammatik, 7. Auflage Mannheim 2005 (zitiert: „*Der Duden*,
Band 4 (Die Grammatik), Rn“)

Westermann, Harm Peter, BGB-Sachenrecht, 12. Auflage Heidelberg u. a. 2012 (zi-
tiert: „*Westermann*, Sachenrecht, Rn“)

Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsgs.), Erman Bürger-
liches Gesetzbuch, 13. Auflage in 2 Bände Köln 2011 (zitiert: „*Bearbeiter* in: Erman BGB,
§§ und Rn“)

Westermann, Harry, BGB-Sachenrecht, 5. Auflage Heidelberg u. a. 1980 (zitiert: „*H. West-
ermann*, Sachenrecht (5. Aufl.), §§ und Seite“)

Westermann, Harry (Begr.)/*Westermann, Harm Peter/Gursky, Karl-Heinz/Eickmann, Dieter*,
Sachenrecht, 8. Auflage Heidelberg 2011 (zitiert: „*Bearbeiter* in Westermann BGB Sachen-
recht, §§ und Rn“)

Wieling, Hans Josef, Bereicherungsrecht, 4. Auflage Heidelberg u. a. 2007 (zitiert: „*Wieling*,
Bereicherungsrecht, §§ und Nummerierung“)

Idem, Sachenrecht, 5. Auflage Heidelberg 2007 (zitiert: „*Wieling*, Sachenrecht, §§ und Rn“)

Wilhelm, Jan, Sicherungsgrundschuld und Einreden gegen den Dritterwerber
in JZ 1980, 625 ff

Idem; Sachenrecht, 4. Auflage Berlin u. a. 2010 (zitiert: „*Wilhelm*, Sachenrecht, Rn“)

Windscheid, Bernhard, Die Actio des römischen Civilrechts – vom Standpunkte des heutigen
Rechts, ohne Auflage Düsseldorf 1856 (zitiert: „*Windscheid*, Die Actio des römischen Civil-
rechts, §§ und Seite“)

Wolf, Manfred/Lindacher, Walter F./Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), Kommentar zum AGB-Recht, 5. Auflage München 2009 (zitiert: *Bearbeiter* in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht, §§ und Rn“*)

Wolf, Manfred (Begr.)/*Neuner, Jörg/Larenz, Karl*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage München 2012 (zitiert: „*Wolf/Neuner, BGB AT, §§ und Rn“*)

Wolf, Manfred (Begr.)/*Wellenhofer, Marina*, Sachenrecht, 27. Auflage München 2012 (zitiert: „*Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, §§ und Rn“*)

Wolfer, Hendrik, Urteilsanmerkung zu BGH VU v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09 in GWR 2010, 278 ff

Wolfsteiner, Hans, Beweislastumkehr durch Zwangsvollstreckungsunterwerfung? in NJW 1982, 2851

Idem, Zur Verjährung des Rückgewähranspruchs und zum Rechtscharakter des § 1169 BGB in DNotZ 2003, 321 ff

Idem, Die vollstreckbare Urkunde – Handbuch mit Praxishinweisen und Musterformulierungen, 3. Auflage München 2011 (zitiert: „*Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, §§ und Rn“*)

Idem, Der Eintritt in den Sicherungsvertrag – doch wieder eröffnet in ZfIR 2012, 681 ff.

Volmer, Michael, Anmerkung zu LG Hamburg v. 09.07.2008 – 318 T 183/07 in ZfIR 2008, 634

Idem, Die Kündigung der Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungsgesetz in MittBayNot 2009, 1 ff

Idem, Anmerkung zu BGH VU v. 30.03.2010 – XI ZR 200/09 in MittBayNot 2010, 378 ff

Zetsche, Dirk, Die Drittwirkung des Sicherungsvertrags beim Immobiliarkredithandel in AcP 209 (2009), 543 ff

Zimmermann, Steffen, Geierfonds erwerben ungekündigte Darlehensverträge und Grundschulden ohne fiduziarische Zweckbindung – Zur Rechtslage nicht notleidender Kreditengagements im Dreieck Kunde/Investor/Hausbank in BKR 2008, 95 ff

Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung – mit FamFG (§§ 1 - 185, 200 - 270, 433 - 484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen, 29. Auflage Köln 2012 (zitiert: „*Bearbeiter* in: Zöller ZPO, §§ und Rn“)