

Sicherungsrechte
Grundpfandrechte, Teil 2:
Grundschild

Vorbemerkung	3
I. Sicherungsgegenstand	3
II. Bestellung	4
III. Schuldrechtliche Grundlage der Grundschild	5
IV. Sicherungsvertrag	5
V. Verwertungsbefugnis des Inhabers der Grundschild	6
VI. Verteilungsvorrecht des Inhabers der Grundschild	7
1. Dingliche Rechtslage an dem Versteigerungserlös	7
a) vor Verteilungsverfahren	8
b) nach Verteilungsverfahren des ZVG	8
2. Schuldrechtliche Rechtslage im Hinblick auf den Erlösanteil Grundschild	8
a) Rückgewähranspruch des Grundstückseigentümers	8
b) Befriedigung der gesicherten Forderung	10
c) Übererlös	12
VII. Leistung des Schuldners der gesicherten Forderung	13
VIII. Leistung des (vom Schuldner verschiedenen) Sicherungsgebers (= Grundstückseigentümers) auf die Grundschild	13

IX.	Übertragung der Grundschuld	15
0.	Vergleich: Hypothek	15
a)	Unübertragbarkeit der Hypothek	15
b)	Besondere Anforderungen an die Abtretung der gesicherten Forderung	15
	Variante 1: Abtretung einer Forderung, die mit einer Buchhypothek gesichert ist	15
	Variante 2: Abtretung einer Forderung, die mit einer Briefhypothek gesichert ist	16
1.	Übertragbarkeit (der Grundschuld)	17
2.	Anforderungen an die Übertragung	17
3.	Gesetzlicher Pfad der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Grundschuld	18
a)	Zutreffende Konzeption: § 873 mit Modifikationen bei der Briefgrundschuld	18
b)	Andere, überwiegende Sichtweise: § 1154 analog	19
c)	Bedeutung dieses Meinungsstreits	21
X.	Literatur zur Grundschuld	21

Vorbemerkung

Gesetzliche Konzeption: Die Grundschuld ist das Recht, das erfasste Grundstück zu verwerten und aus dem Verwertungserlös eine bestimmte Geldsumme zugeteilt zu bekommen (§ 1191 BGB). Das bedeutet: Nach ihrer gesetzlichen Konzeption (der §§ 1191-1198 BGB) ist die Grundschuld *kein* Sicherungsrecht (sondern ein dingliches Recht ohne Zweckbestimmung wie etwa das Eigentum). Der Inhalt dieses Teilrechts liegt darin, dass der Wert, den das erfasste Grundstück hat, in einer bestimmten Höhe aus dem Eigentumsrecht abgespalten und an den Erwerber dieses Teilrechts übertragen wird.

Beispiel: Grundstück hat Wert 200.000 EUR. Grundschuld lautet über 140.000 EUR. Damit ist der Wert dieses Grundstücks aus dem Eigentum abgetrennt und dem Inhaber der Grundschuld zugewiesen worden. Es wird jedoch nicht der ganze Wert des Grundstücks abgespalten, sondern nur in Höhe von 140.000 EUR. Der Inhaber der Grundschuld hat folglich das Recht, das Grundstück verwerten zu lassen (was 200.000 EUR erbringen wird) und von dem Erlös 140.000 EUR zu erhalten.

Praxis: In der Realität wird eine Grundschuld fast immer zu dem Zweck geschaffen, eine Forderung zu sichern, die der Erwerber der Grundschuld besitzt (gegen den Eigentümer des zu belastenden Grundstücks oder gegen eine dritte Person). Wegen dieser Verwendung der Grundschuld zählt sie zu den Sicherungsrechten.

I. Sicherungsgegenstand

wie bei Hypothek: Grundstück mit seinem „Haftungsverband“, d.h. mit bestimmten Erzeugnissen, Bestandteilen und Zubehör (§ 1192 Abs. 1 i.V.m. §§ 1113, 1120 bis 1130)

II. Bestellung

gem. § 873 (wie Hypothek):

- Einigung zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer, dass dem Sicherungsnehmer eine Grundschuld an dem Grundstück bestellt wird;

Der Inhalt der Einigung geht somit dahin, ein Recht an dem Grundstück zu bestellen, das den Wert des erfassten Grundstücks in Höhe eines bestimmten Geldbetrags dem Inhaber dieses Rechts zuweist.

- Eintragung der Grundschuld im Grundbuch (zum Inhalt der Eintragung: §§ 1192 Abs. 1, 1115)

- falls Brief nicht ausgeschlossen: Übergabe des Briefs oder Ersatz der Übergabe (§§ 1192 Abs. 1, 1117)

Vor der Übergabe des Briefs bzw. deren Ersatz (aber nach Einigung und Eintragung): Eigentümergrundschuld, § 1163 Abs. 2

regelmäßig: zusätzlich: Einigung, dass Grundschuldbrief ausgeschlossen sein soll und Eintragung dieser Einigung (§§ 1192 Abs. 1, 1116 Abs. 2)

- Verfügungsbefugnis: Grundstückseigentümer oder dessen Einwilligung nach § 185 Abs. 1 (§ 873 BGB).

- Keine Akzessorietät (Unterschied zur Hypothek): Bestellung und Existenz der Grundschuld hängen nicht davon ab, dass die gesicherte Forderung besteht (§§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1).

- Sonderfall: *Eigentümergrundschuld* (§ 1196): Der Eigentümer des Grundstücks kann sich selbst eine Grundschuld an dem ihm gehörenden Grundstück bestellen. (Bestellungsvoraussetzungen: einseitige Erklärung nach § 1196 Abs. 2 und deren Eintragung im Grundbuch)

III. Schuldrechtliche Grundlage der Grundschuld

- Damit die Grundschuld nicht kondizierbar ist (also: nicht nach Bereicherungsrecht zurückverlangt werden kann), benötigt sie eine schuldrechtliche Grundlage.
- = Verpflichtung des Grundstückseigentümers gegenüber dem Sicherungsnehmer, eine Grundschuld in bestimmter Höhe zu bestellen
- Wo diese Verpflichtung begründet wird, ist nicht immer einfach festzustellen. Sie kann im Darlehensvertrag begründet werden. Sie kann aber auch im Sicherungsvertrag enthalten sein. Das können die Parteien halten, wie sie möchten (Vertragsfreiheit).
- Die Verpflichtung zur Grundschuldbestellung bedarf keiner Form. § 311b gilt nicht.

IV. Sicherungsvertrag

- verschiedene Regelungsgegenstände
- Sicherungszweck: Festlegung (im Sicherungsvertrag), welche Forderung durch die Grundschuld gesichert werden soll

Praxis: sog. „Zweckerklärung“

Praxis: häufig sehr umfassend

Beispiel: „Die Grundschuld dient als Sicherheit für alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Grundschuldnerwerbers gegen den Besteller der Grundschuld.“

- Schuldrechtliche Einschränkung der Verwertungsbefugnis des Inhabers der Grundschuld: Der Erwerber der Grundschuld verpflichtet sich gegenüber dem Eigentümer des Grundstücks, von den Rechten, die die

Grundschuld vermittelt, nur Gebrauch zu machen, wenn der Sicherungsfall eintritt.

- Sicherungsfall: Der Sicherungsvertrag muss den Sicherungsfall definieren. In aller Regel orientiert man sich an § 1228 Abs. 2 („Pfandreife“): Der Sicherungsfall tritt ein, wenn die gesicherte Forderung fällig wird und trotz Fälligkeit nicht bezahlt wird.

- Rückgewährpflicht:

Der Erwerber der Grundschuld verpflichtet sich, die Grundschuld dem Grundstückseigentümer zurückzugewähren, sobald die gesicherte Forderung (oder den gesicherten Forderungen) befriedigt wird.

Falls der Weg der Rückgewähr im Sicherungsvertrag nicht festgelegt wurde, hat der Sicherungsgeber ein Wahlrecht, wie ihm der Sicherungsnehmer die Grundschuld zurückgewährt.

(1) Verzicht auf die Grundschuld (§ 1168 i.V.m. § 1192 Abs. 1).

Folge: Eigentümergrundschuld

(2) Aufhebung der Grundschuld (§§ 1183, 875 i.V.m. § 1192 Abs. 1). Zustimmung des Eigentümers erforderlich.

Folge: Erlöschen der Grundschuld

(3) Übertragung der Grundschuld an den Sicherungsgeber oder an einen von diesem benannten Dritten (§§ 873, 1154 analog; Übertragungspfad umstritten, siehe unten IX).

Folge: Grundschuld geht auf den Empfänger der Übertragung über.

V. Verwertungsbefugnis des Inhabers der Grundschuld

- Fremdverwertung:

wie bei Hypothek: Fremdverwertung durch das Verfahren der Zwangsversteigerung nach der ZPO, die auf das ZVG verweist (§§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB, § 869 ZPO)

- Einrede des Eigentümers des Grundstücks (SiGebers), wenn der Inhaber der Grundschuld seine Verwertungsbefugnis ausübt und das Grundstück verwerten (= zwangsversteigern) lässt, obwohl der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist:

Diese Einrede ergibt sich aus § 242: Würde der Inhaber der Grundschuld vor Eintritt des Sicherungsfall seine Verwertungsbefugnis ausüben, wäre dies „unzulässige Rechtsausübung“. Mit dieser Einrede kann der SiGeber (Grundstückseigentümer) erreichen, dass von der Grundschuld nur im Einklang mit dem Sicherungsvertrag Gebrauch gemacht wird.¹

Vergleich zur Hypothek: Dort ergibt sich die Einrede des Grundstückseigentümers gegen eine Verwertung vor Fälligkeit der gesicherten Forderung aus § 1137. Da diese Vorschrift zur Akzessorietät (der Hypothek zur gesicherten Forderung) gehört, kann sie auf die Grundschuld nicht angewendet werden (arg. § 1192 Abs. 1). Daher muss man hier (bei der Grundschuld) zu § 242 greifen.

VI. Verteilungsvorrecht des Inhabers der Grundschuld

1. Dingliche Rechtslage an dem Versteigerungserlös

- siehe Übersicht „Hypothek“
- hier zunächst: dingliche Rechtslage (verkürzte Wiedergabe)

1 ##prüfen: MüKo; Gaberdiel; Habersack; Neuner; Erman.

a) vor *Verteilungsverfahren*

- dingliche Surrogation: Der Erlös aus der Versteigerung tritt an die Stelle des Grundstücks
- das bedeutet: Eigentümer des Erlöses wird zunächst der Eigentümer des Grundstücks; der Inhaber der bisherigen Grundschuld an dem Grundstück erlangt zunächst eine Grundschuld an dem Verwertungserlös

b) nach *Verteilungsverfahren des ZVG*

- Verteilung des sog. Überschusses iSv § 109 Abs. 2 ZVG
- hoheitliche Eigentumszuweisungen an dem Verwertungserlös
- Erlösanteil Grundschuld:

Eigentümer wird (kraft hoheitlicher Zuweisung im Verteilungsverfahren) der Inhaber der Grundschuld (SiNehmer)

maßgebend: Höhe der Grundschuld (nicht: Höhe der gesicherten Forderung)
- Differenz zum gesamten Verwertungserlös (genau: „Überschuss“ iSv § 109 Abs. 2 ZVG):

Eigentümer wird insoweit der (vormalige) Eigentümer des Grundstücks (SiGeber)

2. **Schuldrechtliche Rechtslage im Hinblick auf den Erlösanteil Grundschuld**

a) *Rückgewähranspruch des Grundstückseigentümers*

- Die schuldrechtlichen Bindungen, die gemäß dem Sicherungsvertrag für die Grundschuld bestanden, setzen sich – nach dem Erlöschen der Grundschuld durch den Zuschlag – an dem jeweiligen Surrogat fort.

(jeweiliges Surrogat: Grundschuld an der Forderung des Grundstückseigentümers gegen den Ersteher; Grundschuld an dem dann gezahlten Versteigerungserlös; nach Verteilung: Eigentum des Grundschuldinhabers am verteilten Geldbetrag, dem Erlösanteil Grundschuld)

- Da das jeweilige Surrogat (zum Schluss der verteilte Geldbetrag) an die Stelle der Grundschuld an dem Grundstück getreten ist, gelten für das Surrogat dieselben schuldrechtlichen Bindungen aus dem Sicherungsvertrag.
- mithin: Das Eigentum, das der Inhaber der Grundschuld durch die Verteilung an dem an ihn verteilten Geldbetrag (Erlösanteil Grundschuld) erlangt hat, unterliegt den schuldrechtlichen Bindungen, die für die Grundschuld bestanden.
- Zu den schuldrechtlichen Bindungen gehört der Anspruch des SiGebers (Grundstückseigentümers) auf Rückgewähr der gegebenen Sicherheit. Nach Zuschlag (Erlöschen Grundschuld an dem Grundstück) und nach Verteilung des Versteigerungserlöses (mit Verteilung des Erlösanteils Grundschuld an den Inhaber der bisherigen Grundschuld) bezieht sich der Rückgewähranspruch des Grundstückeigentümers aus dem Sicherungsvertrag nunmehr auf den Betrag, der an den Inhaber der Grundschuld verteilt worden war (Erlösanteil Grundschuld).²
- Ergebnis zur schuldrechtlichen Seite: (vormaliger) Eigentümer Grundstück kann (gemäß dem SiVertrag) von Inhaber Grundschuld die Übertragung des Erlösanteils Grundschuld verlangen

2 Staudinger (*Wolfsteiner*), Großkommentar BGB, Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rn. 139, 143 (Bearbeitung 2019); Gladenbeck / Samhat (*Samhat*), Kreditsicherung durch Grundschulden, 10. Aufl. 2020, Rn. 752.

b) *Befriedigung der gesicherten Forderung*

Wie der Betrag, der an den Inhaber Grundschuld verteilt wurde (Erlösanteil Grundschuld), zur Befriedigung der gesicherten Forderung führt, ist streitig. Hier nur der Weg, der mir plausibel erscheint.

Erlöschen der gesicherten Forderung durch *Aufrechnung*³:

Die gesicherte Forderung (die der SiNehmer = Inhaber Grundschuld gegen den SiGeber = Eigentümer Grundstück etwa aus Darlehensvertrag hat) wird dadurch befriedigt, dass der Inhaber der Grundschuld die Aufrechnung erklärt: Gegenüber dem Rückübertragungsanspruch des Eigentümers Grundstück (aus dem SiVertrag auf Übereignung des Erlösanteils Grundschuld) rechnet der Inhaber der Grundschuld mit seiner gesicherten Forderung (evt. Darlehensforderung) auf. Dadurch erlöschen diese beiden Forderungen in der Höhe, in der sie sich betragsmäßig decken (§ 389). So tritt die Befriedigung der gesicherten Forderung ein (vorausgesetzt, sie ist nicht höher als der Erlösanteil Grundschuld).

Im einzelnen: Eine wirksame Aufrechnung setzt voraus (§ 387): Fälligkeit der Forderung des Aufrechnenden; Erfüllbarkeit der Forderung des Aufrechnungsgegners; Gleichartigkeit beider Forderungen

- Forderung des Aufrechnenden, die fällig ist: die gesicherte Forderung; d.h. Forderung des SiNehmers etwa auf Rückzahlung des gewährten Darlehens
- Forderung des Aufrechnungsgegners (sog. Hauptforderung): muss erfüllbar sein; muss nicht fällig und muss auch nicht durchsetzbar sein.

hier: Anspruch des SiGebers (Grundstückeigentümers) aus SiVertrag auf (Rück-) Übertragung des an den SiNehmer (Inhaber Grundschuld) verteilten Betrags (des „Erlösanteils Grundschuld“).

3 Für diesen Weg insbesondere: Staudinger (Wolfsteiner), Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rn. 143, 147 (Bearbeitung 2019); sich anschließend Gladenbeck / Samhat (*Samhat*), Kreditsicherung durch Grundschulden, 10. Aufl. 2020, Rn. 847; Gladenbeck / Samhat (*Gladenbeck*), Kreditsicherung durch Grundschulden, 10. Aufl. 2020, Rn. 1123.

Dieser Anspruch des Grundstückseigentümers ist noch nicht fällig. Fälligkeit tritt erst ein, wenn sich der Sicherungszweck erledigt hat, d.h. die gesicherte Forderung befriedigt ist. (Diese Befriedigungswirkung ist noch nicht eingetreten; sie wird erst mit der Aufrechnung eintreten.) Dass der Anspruch (auf Übertragung Erlösanteil Grundschild) noch nicht fällig ist, steht der Aufrechnung (durch den SiNehmer) nicht entgegen. Der Anspruch, gegen den der Aufrechnende die Aufrechnung erklärt, muss nicht fällig (sondern nur erfüllbar) sein. Erfüllbarkeit liegt vor: Wenn der SiNehmer (Inhaber Grundschild) möchte, könnte er jederzeit die Grundschild (bzw. nach Verwertung und Verteilung: den Erlösanteil Grundschild) an den Grundstückseigentümer (zurück) übertragen.

- Gleichartigkeit: grundsätzlich sind ein Zahlungsanspruch (hier auf Rückzahlung des Darlehens) und ein Rückübertragungsanspruch (hier ursprünglich auf Rückübertragung der Grundschild) nicht gleichartig.

Aber: Nach Verteilung des Versteigerungserlöses hat der Rückübertragungsanspruch den Inhalt eines Zahlungsanspruchs: Da sich die (Rück-) Übertragung nunmehr auf den SiNehmer (Inhaber Grundschild) verteilten Geldbetrag bezieht, erfolgt sie durch Zahlung von Geld. Gleichartigkeit liegt mithin vor.

- Erklärung der Aufrechnung (§ 388): evt. bereits im SiVertrag

Diese Aufrechnung oder Verrechnung wird bereits im SiVertrag erklärt oder verabredet. Zwar steht das in keinem SiVertrag ausdrücklich; zu dieser Aufrechnung führt jedoch eine ergänzende Vertragsauslegung der SiVerträge.⁴

- Ergebnis: Die gesicherte Forderung (etwa: der Darlehensrückzahlungsanspruch) des SiNehmers (Inhabers Grundschild) ist durch Aufrechnung gegen den Rückübertragungsanspruch des SiGebers (Grundstückseigentümers) erloschen (§ 389).

4 Staudinger (Wolfsteiner), Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rn. 143, 147 (Bearbeitung 2019); sich anschließend Gladenbeck / Samhat (*Gladenbeck*), Kreditsicherung durch Grundschulden, 10. Aufl. 2020, Rn. 1123.

- (Anm.: Dies ist m.E. die plausibelste Deutung, wie die gesicherte Darlehensforderung durch die Verwertung der Grundschuld befriedigt wird. Es gibt noch weitere Deutungen, wie die Befriedigungswirkung erzielt werden soll; diese erscheinen dogmatisch jedoch kaum tragfähig.⁵⁾

c) *Übererlös*

- Differenz zwischen Betrag Grundschuld (= Erlösanteil Grundschuld) und Höhe der gesicherten Forderung
- Begriff: „Übererlös“ (nicht gesetzlich definiert; teilweise auch „Mehrerlös“ gebräuchlich)
- In dieser Höhe ist der (Rück-) Übertragungsanspruch des SiGebers S (auf den Erlösanteil Grundschuld) *nicht* durch die Aufrechnung erloschen. Dieser Teil des Rückübertragungsanspruchs besteht fort.⁶
- Fälligkeit: Dieser Anspruch ist jetzt auch fällig. Denn: Wegen der Erfüllung der gesicherten (Darlehens-) Forderung (durch die Aufrechnung) hat sich der Sicherungszweck erledigt. (Die gesicherte Darlehensforderung ist erfüllt und besteht damit nicht mehr.)
- Ergebnis: SiGeber (= vormaliger Eigentümer Grundstück) hat Anspruch gegen Inhaber Grundschuld aus SiVertrag auf Auszahlung des Übererlöses.

5 Verbreitet, aber zumindest ungenau (möglicherweise sogar unrichtig) ist die Vorstellung, der Erlösanteil Grundschuld würde auf die gesicherte (Darlehens-) Forderung gezahlt oder irgendwie zu deren Befriedigung „verwendet“. Zumindest ist zu klären, was dieses „Verwenden“ zivilrechtlich bedeutet.

6 Gladenbeck / Samhat (*Gladenbeck*), Kreditsicherung durch Grundschulden, 10. Aufl. 2020, Rn. 1147.

VII. Leistung des Schuldners der gesicherten Forderung

Leistet der Schuldner ordnungsgemäß und bezahlt die gesicherte Forderung, so wirkt sich deren Erlöschen (durch Erfüllung) auf den Bestand der Grundschuld nicht aus. Die Grundschuld bleibt (in den Händen des Grundschuldgläubigers) bestehen. (Unterschied zur Hypothek, die bei Leistung des Schuldners zur Eigentümergrundschuld wird, §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 Satz 1.)

Der Grundstückseigentümer ist nach dem Sicherungsvertrag berechtigt, die Rückgewähr der Grundschuld zu verlangen. Er hat ein Wahlrecht, wie ihm der SiNehmer die Grundschuld zurückgewährt. Entweder verlangt er vom SiNehmer den Verzicht auf die Grundschuld (§ 1168 BGB) oder deren Aufhebung (Löschung) (§§ 1183, 875 BGB) oder deren Übertragung an sich oder an einen von ihm benannten Dritten (§ 1154 BGB).

VIII. Leistung des (vom Schuldner verschiedenen) Sicherungsgebers (= Grundstückseigentümers) auf die Grundschuld

Ist der Sicherungsgeber (= Grundstückseigentümer) eine andere Person als der Schuldner der gesicherten Forderung, beziehen sich Zahlungen, die der Sicherungsgeber leistet (um eine Verwertung seines Grundstücks abzuwenden), regelmäßig nicht auf die gesicherte Forderung, sondern auf die Grundschuld. Das ergibt sich aus dem Ablösungsrecht, das dem Grundstückseigentümer gesetzlich zusteht (§ 1142).

Rechtsfolgen:

- hinsichtlich der Grundschuld: Die Grundschuld geht auf den Sicherungsgeber (Grundstückseigentümer) kraft Gesetzes über und wird dadurch zur Eigentümergrundschuld. Das ist unstreitig und wird auf eine

entsprechende Anwendung der §§ 1142, 1143 gestützt, zu der § 1192 Abs. 1 berechtigt.⁷

- nach Übergang der Grundschild auf den Grundstückseigentümer (= Sicherungsgeber): Lösungsanspruch der Inhaber nachrangiger Grundpfandrechte nach § 1179a, es sei denn, dieser Anspruch wurde vertraglich (zwischen Grundstückseigentümer und nachrangigem Grundpfandgläubiger) abbedungen (§ 1179a Abs. 5 BGB).
- hinsichtlich der gesicherten Forderung: Die gesicherte Forderung geht nicht kraft Gesetzes (§ 1143) auf den Grundstückseigentümer (= Sicherungsgeber) über. § 1143 kommt insoweit nicht zur Anwendung.⁸ Vielmehr ist der Sicherungsvertrag zwischen Grundstückseigentümer (= Sicherungsgeber) und Sicherungsnehmer dahin auszulegen, dass der Sicherungsnehmer verpflichtet ist, die gesicherte Forderung an den Grundstückseigentümer (= Sicherungsgeber) abzutreten.⁹
- Valutaverhältnis zwischen Schuldner und Sicherungsgeber: Wie dieses ausgestaltet ist, hängt vom einzelnen Fall ab. Nicht selten wird ein Auftragsvertrag vorliegen. In diesem Fall ist der Sicherungsgeber gemäß § 670 berechtigt, beim Schuldner Rückgriff zu nehmen, wenn er (= der Sicherungsgeber) aus der Grundschild in Anspruch genommen wird.

7 Vgl. Staudinger (*Wolfsteiner*), BGB, § 1143 Rn. 36 und § 1192 Rn. 18 (Bearbeitung 2019).

8 Vgl. Staudinger (*Wolfsteiner*), BGB, § 1143 Rn. 37 (Bearbeitung 2019).

9 Vgl. Staudinger (*Wolfsteiner*), BGB, § 1143 Rn. 38 (Bearbeitung 2019).

IX. Übertragung der Grundschuld

0. Vergleich: Hypothek

a) *Unübertragbarkeit der Hypothek*

- Wegen ihrer Akzessorietät kann die Hypothek nicht übertragen werden. Eine Übertragung der Hypothek könnte zu einer Trennung von der gesicherten Forderung führen; dieser Fall würde dann eintreten, wenn nicht gleichzeitig auch die gesicherte Forderung abgetreten würde.
- Übertragbar ist die gesicherte Forderung (vorausgesetzt, die Abtretbarkeit war in der Vereinbarung, die die Forderung begründete, nicht ausgeschlossen worden, § 399 Var. 2).
- Wird die gesicherte Forderung übertragen, läuft die Hypothek mit (gemäß § 401 oder, falls § 401 durch Vereinbarung ausgeschlossen, gemäß § 1153 Abs. 1).

b) *Besondere Anforderungen an die Abtretung der gesicherten Forderung*

Die Abtretung einer Forderung, die mit einer Hypothek gesichert ist, hat besondere Anforderungen zu erfüllen, die über § 398 hinausgehen („grundstücksrechtliche Anforderungen an die Abtretung“, § 1154). Insbesondere wird ein „zweites“, die Abtretung bestätigendes Element erforderlich.

Variante 1: Abtretung einer Forderung, die mit einer Buchhypothek gesichert ist

Gemäß Abs. 3 des § 1154 hat die Abtretung die Anforderungen des § 873 einzuhalten.

- Einigung über die Übertragung der Forderung (= Abtretung iSv § 398)

kein Formerfordernis (nicht in § 398 und auch nicht in § 873)

- Eintragung der Abtretung der gesicherten Forderung im Grundbuch

Eintragungsvoraussetzungen:

Bewilligung der Eintragung der Abtretung durch den Zedenten (= den im Grundbuch eingetragenen Inhaber der Hypothek) (§ 19 GBO)

und

Nachweis der Bewilligung durch notarielle Urkunde (§ 29 GBO)

- § 873 Abs. 2 findet Anwendung, sodass die Abtretung bis zur Eintragung widerrufen werden kann, es sei denn sie wurde notariell beurkundet (umstritten).¹⁰

Variante 2: Abtretung einer Forderung, die mit einer Briefhypothek gesichert ist

Welche besonderen Anforderungen die Übertragung einer Forderung, die mit einer Briefhypothek gesichert ist, einzuhalten hat, hängt davon ab, ob die Parteien zusätzlich zur Übergabe des Briefs die Abtretung im Grundbuch eintragen lassen oder nicht.

- keine Eintragung der Abtretung im Grundbuch:

Abtretung: Schriftform erforderlich (§ 1154 Abs. 1)

Voraussetzungen mithin:

Einigung (= Abtretung) in Schriftform + Übergabe Brief

- Eintragung der Abtretung im Grundbuch:

Abtretung: keine Schriftform erforderlich (§ 1154 Abs. 2)

Voraussetzungen mithin:

Einigung (= Abtretung, formfrei) + Eintragung + Übergabe Brief

¹⁰ Staudinger (*Wolfsteiner*), Großkommentar BGB, § 1154 Rn. 7.

§ 873 Abs. 2 findet keine Anwendung, sodass die Abtretung nicht widerrufen werden kann, auch nicht in dem Zeitraum bis zur Eintragung.

1. Übertragbarkeit (der Grundschuld)

Anders als die Hypothek (die rechtsgeschäftlich nicht übertragen werden kann, sondern mit Abtretung der gesicherten Forderung kraft Gesetzes übergeht) ist die Grundschuld durch Rechtsgeschäft übertragbar.

2. Anforderungen an die Übertragung

Welche *Anforderungen* bei der Übertragung der Grundschuld einzuhalten sind, ist geklärt. (Über die Anforderungen besteht kein Streit.)

-- Buchgrundschuld:

Bei derjenigen Grundschuld, für die die Erteilung eines Briefs ausgeschlossen worden war (Buchgrundschuld), sind Einigung (über die Übertragung der Grundschuld) und Eintragung (der Übertragung der Grundschuld) im Grundbuch erforderlich.

-- Briefgrundschuld:

Wurde über die Grundschuld ein Grundschuldbrief erteilt, bestehen zwei Möglichkeiten zur Übertragung:

(a) (formfreie) Einigung, Eintragung im Grundbuch und Übergabe des Briefs;

oder

(b) (formbedürftige, nämlich schriftliche) Einigung und Übergabe des Briefs.

3. Gesetzlicher Pfad der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Grundschuld

Auf welchem *gesetzlichen Pfad* die Übertragung erfolgt (d.h. aus welcher gesetzlichen Grundlage sich die dargelegten Anforderungen ergeben), ist umstritten.

a) *Zutreffende Konzeption: § 873 mit Modifikationen bei der Briefgrundschuld*

Die Grundschuld wird auf dem Pfad des § 873 übertragen. Das ergibt sich aus dem Wortlaut dieser Bestimmung: „Zur ... Übertragung ... eines solchen Rechts ... [sind] die Einigung ... und die Eintragung ... erforderlich“ (§ 873 Abs. 1 Variante 3). Mit „eines solchen Rechts“ sind die „Belastungen“ des Grundstücks gemeint. Wie § 1191 zweifach hervorhebt, stellt die Grundschuld eine Belastung des Grundstücks dar.

Folglich wird eine Grundschuld grundsätzlich durch *Einigung* (über die Übertragung der Grundschuld) und *Eintragung* (der Übertragung der Grundschuld im Grundbuch) übertragen.¹¹ Soweit es nicht um die Übereignung von Grundstücken, sondern um die Belastung von Grundstücken oder die Übertragung von Belastungen an Grundstücken geht, erfordert die Einigung des § 873 keine Form. Dieses Modell (formfreie Einigung und Eintragung) lässt sich bei der Buchgrundschuld ohne Modifikationen umsetzen.

Bei der Briefgrundschuld bedarf dieser Übertragungspfad (d.h. Einigung und Eintragung) zum einen der Ergänzung und zum anderen einer Modifikation.

(1) Es ist die Übergabe des Briefs erforderlich. (Anderenfalls könnte der Veräußerer der Grundschuld, der den Brief behielte, Gutgläubige täuschen.)

(2) Da der Brief die Funktion hat, die Übertragung der Grundschuld zu

¹¹ Für diese Auffassung siehe etwa: *Maurer*, Die Übertragung der Grundschuld nach § 873 Abs 1 Fall 3 BGB, JuS 2004, 2045; *Raible*, Vertragliche Beschränkungen der Übertragbarkeit von Rechten, 1969, 193 ff. -- Offenbar auch: Münchener Kommentar BGB (*Roth / Kieninger*), 8. Aufl., Band 3, 2019, § 413 Rn. 4.

erleichtern, kann die Grundschuld allein mit Übergabe des Briefs (also ohne Eintragung) übertragen werden (also durch Einigung und Briefübergabe). Insoweit wird von § 873 abgewichen. In diesem Fall wird aber verlangt, dass die Einigung nicht formfrei bleibt (so § 873), sondern in Schriftform erfolgt.

Sowohl die Ergänzung als auch die Modifikation (bei der Übertragung von Briefgrundschulden) ergeben sich aus der entsprechenden Geltung des § 1154 Abs. 1. Aus dieser Vorschrift lässt sich zum einen entnehmen, dass der Brief übergeben werden muss. Zum anderen wird dort die Möglichkeit angesprochen, dass das Grundpfandrecht abweichend von § 873 ohne Eintragung übertragen wird; in diesem Fall wird die Schriftlichkeit der Einigung verlangt.

Mithin bestehen folgende Übertragungspfade:

(1) Buchgrundschuld: (formfreie) Einigung und Eintragung (§ 873)

(2) Briefgrundschuld:

(a) formfreie Einigung, Eintragung und Übergabe Brief

Pfad: § 873 mit Ergänzung durch § 1154 Abs. 1.

Zur entsprechenden Anwendung des § 1154 Abs. 1 führt § 1192 Abs. 1. Die Entsprechung liegt darin, dass ohne Übergabe des Briefs die Grundschuld nicht übertragen werden kann. Somit: Übergabe des Briefs erforderlich.

(b) schriftliche Einigung und Übergabe Brief

Pfad: § 873 mit Modifikation durch § 1154 Abs. 1.

Zur entsprechenden Anwendung des § 1154 Abs. 1 führt § 1192 Abs. 1. Die Entsprechung liegt darin, dass (i) eine Übertragung der Grundschuld auch ohne Eintragung der Übertragung im Grundbuch, sondern allein mit der Übergabe des Briefs möglich ist und dass (ii) in diesem Fall die Einigung schriftlich vorliegen muss.

b) Andere, überwiegende Sichtweise: § 1154 analog

Überwiegend wird die Übertragung der Grundschuld (trotz des eindeutigen Wortlauts) nicht auf § 873 Abs. 1 Variante 3 gestützt. Vielmehr werde die Grundschuld nach § 1154 übertragen. Diese Vorschrift gelte zwar für die Hypothek, finde nach § 1192 Abs. 1 aber entsprechend auf die Grundschuld

Anwendung. Die „Entsprechung“ liege darin, dass die Grundschuld an die Stelle der „Forderung“ trete, auf deren Abtretung der § 1154 abstelle.¹²

Zu den Konsequenzen dieses vorherrschenden Konzepts gehört:

- Die Übertragung der Grundschuld wird als „Abtretung“ der Grundschuld bezeichnet.
- § 873 findet nicht direkt Anwendung, sondern nur über § 1154 Abs. 3, und gilt daher nur bei der Buchgrundschuld
- Indem man die Übertragung der Grundschuld als „Abtretung“ konzipiert, erlangt man *ein* Argument zu der Frage, ob eine Grundschuld durch Vereinbarung unübertragbar gemacht werden kann. Bei einem Verständnis als Abtretung liegt es nahe, das Abtretungsrecht und damit auch § 399 Variante 2 anzuwenden oder sich jedenfalls an dieser Vorschrift zu orientieren. Danach hat die Vereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und dem (Erst-) Erwerber der Grundschuld, dass die Grundschuld nicht übertragen werden kann, die Wirkung, dass eine gleichwohl vorgenommene Übertragung unwirksam ist. Die (rechtspolitisch) verfehlte Regelung des § 399 Variante 2 erhält dadurch ein weiteres Anwendungsfeld, nämlich die Grundschuld, was zu Lasten der (grundlegend richtigen) Unabhängigkeit von Verpflichtungen und Verfügungsbefugnis (§ 137 Satz 1) geht. .

Kritik:

- Warum § 873 Abs. 1 Variante 3 die Übertragung der Grundschuld nicht steuern soll, obwohl die Übertragung von Grundstücksbelastungen dort ausdrücklich erfasst ist, wird von der h.M. nicht begründet.
- Die Übertragung einer Grundschuld als Abtretung zu konzipieren, geht fehl.

12 Für diese h.M. siehe etwa: Staudinger (*Kohler*), BGB, § 137 Rn. 21 (Bearbeitung 2017); Staudinger (*Wolfsteiner*), BGB, § 1154 Rn. 81 f. (Bearbeitung 2019).

Zum einen: Für welche Rechte das Abtretungsrecht gilt, ist in § 398 (Forderungen) und in § 413 (andere Rechte) festgelegt. Weder ist die Grundschuld eine Forderung; sie enthält auch keine Forderung. Noch zählt die Grundschuld zu den „anderen Rechten“, da das Gesetz „ein anderes vorschreibt“, nämlich die „Übertragung“ nach § 873 Abs. 1 Variante 3.

Zum anderen: Zu einer Abtretung gelangt man auch nicht über die „entsprechende“ Anwendung des § 1154. Die „entsprechende“ Anwendung der Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld setzt voraus, dass die betreffende Vorschrift des Hypothekenrechts nicht auf die gesicherte Forderung abstellt (§ 1192 Abs. 1). Soweit § 1154 von „Abtretung“ spricht, ist dort die Abtretung der gesicherten Forderung gemeint. Für diesen Teil des § 1154 gibt es bei der Grundschuld (mangels Akzessorietät) keine Entsprechung. Die „Entsprechungen“, die aus § 1154 für die Grundschuld gewonnen werden können, beziehen sich vielmehr auf die Übergabe des Briefs und auf die Möglichkeit, die Eintragung im Grundbuch durch die Übergabe des Briefs (bei Schriftlichkeit der Einigung) zu ersetzen.

c) Bedeutung dieses Meinungsstreits

Der Streit über die gesetzliche Grundlage, nach der eine Grundschuld übertragen wird, wirkt sich nicht auf die Anforderungen aus, die die Übertragung einer Grundschuld einzuhalten hat (oben unter 2.). Er kann jedoch bei der Frage, ob die Unübertragbarkeit (Vinkulierung) der Grundschuld vereinbart werden kann (eventuelle Geltung des § 399 Variante 2), Bedeutung erlangen.

X. Literatur zur Grundschuld

- Staudinger (Wolfsteiner), BGB - Großkommentar, Kommentierung der §§ 1191-1198 (insbesondere die Vorbemerkungen zu diesen Vorschriften) (Bearbeitung 2019)

- Gladenbeck, Martin / Samhat, Abbas: Kreditsicherung durch Grundschulden, 10. Aufl. 2020

- Tiedtke, Die Sicherungsgrundschuld, JURA 1980, 407-421