

Clemens Clemente^{*)}

Verwertung der nicht akzessorischen Grundschuld im Rahmen eines Forderungsverkaufs

Die juristische Diskussion der Zulässigkeit der Abtretung von Darlehensforderungen durch eine Bank drehte sich in der Vergangenheit im Wesentlichen um das Bankgeheimnis und das Bundesdatenschutzgesetz. Hierzu nahm der für das Bank- und Börsenrecht zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit seiner Entscheidung vom 27. 2. 2007 (ZfIR 2007, 308) Stellung, so dass wesentliche Fragen für die Praxis beantwortet sind. Offen bleibt lediglich, ob anders zu entscheiden ist, wenn Nr. 2 AGB-Banken vereinbart ist oder nicht fällige Forderungen übertragen werden, bei welchen noch Kreditentscheidungen anstehen. Das Hauptaugenmerk legt der Autor jedoch auf die bei der Diskussion um die Abtretung der Forderung untergegangene Frage nach dem Schicksal der nicht akzessorischen Grundschuld.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Verwertung der Darlehensforderung
 1. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. 2. 2007
 2. Offene Fragen
 - 2.1 Geltung der Nr. 2 AGB-Banken
 - 2.2 Ungekündigte Darlehensforderungen
- III. Besonderheiten bei der Grundschuld
 1. Treuhänderische Bindung
 2. Anspruch auf (teilweise) Rückgewähr der Grundschuld
 3. Öffentlicher Glaube des Grundbuchs
 - 3.1 Positive Kenntnis
 - 3.2 Abgeschlossener Einretdatbestand
 4. Vollstreckbare Grundschuld und Haftungsübernahme
- IV. Zulässigkeit der Abtretung der Grundschuld
 1. Kein Abtretungsausschluss gemäß § 399 BGB
 2. Schuldrechtliches Abtretungsverbot
 3. Verwertungsreife
 4. Höhe der Abtretung
- V. Zusammenfassung und Fazit

I. Einleitung

Milliardenschwere¹⁾ Verkäufe von Kreditportfolios sorg(t)en für Schlagzeilen, nicht nur in der Tagespresse,²⁾ sondern auch in juristischen Publikationen.³⁾ Als Käufer treten überwiegend ausländische Investmentbanken, Investoren, und Investmentfonds auf, aber auch Geschäftsbanken sowie Beteiligungsgesellschaften.⁴⁾

Nach dem Verkauf gehen die Forderungen nebst Sicherheiten meist verschlungene Pfade. In einem dem Verfasser bekannten Fall verkaufte beispielsweise eine Bank ihr Portfolio an eine GmbH deutschen Rechts, die ihrerseits die Forderungen und Sicherheiten an eine nach den Gesetzen von Bermuda gegründete Erwerber-Gesellschaft veräußerte. Diese wiederum übertrug die Forderungen an eine nach deutschem Recht gegründete GmbH, die die Forderungen und Sicherheiten treuhänderisch für eine nach den Gesetzen eines US-Bundesstaats gegründete Gesellschaft verwaltet, die zuvor die Forderungen und Sicherheiten von der nach den Gesetzen von Bermuda gegründeten Erwerber-Gesellschaft erwarb.

Der Gesetzgeber unterstützt die Transaktionen. Er änderte das Rechtsberatungsgesetz im Jahre 2002 im Rahmen des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes und stellte klar, dass die Verwaltung der abgetretenen Forderung nicht erlaubnispflichtig ist.⁵⁾ Im Jahre

1) Das Gesamtvolumen der Transaktionen wird auf 250–400 Mrd. € geschätzt, vgl. beispielsweise die Nachweise bei Koch, BKR 2006, 182 Fußn. 12 und bei Clemens, Problematische Firmenkreditkredite – Krise, Sanierung, Insolvenz, 2. Aufl. 2006, S. 566 f., Kap. 5 I 1.

2) Vgl. beispielsweise „Schulden auf Weltreise“ in: Die Zeit v. 8. 7. 2004 Nr. 29; „Heikler Handel mit Krediten“ in: SZ v. 14. 9. 2007, S. 30.

3) Vgl. nur Robe, in: Beck'scher Online-Kommentar, BGB, Stand: 1. 3. 2006, § 399 Rz. 13; Palandt/Grüneberg, 66. Aufl., 2006, § 399 Rz. 8; Staudinger/Busche, BGB, Neubearb. 2005, § 399 Rz. 54; Toth-Feber/Schick, ZIP 2004, 491; Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer, DB 2005, 1367; Bomhard/Kessler/Dettmeier, BB 2004, 2085; Koch, BKR 2006, 182; Böhm, BB 2004, 1641; Bütter/Aigner BB 2005, 119; Bruchner, BKR 2004, 394.; Cabn, WM 2004, 2041, 2048 ff.; Hofmann/Walter, WM 2004, 1566, 1571; Jobe, ZIP 2004, 2415; Nobbe, WM 2005, 1537, 1540 ff.; Rinze/Heda, WM 2004, 1557, 1559; Rögner, NJW 2004, 3230, 3232 f.; Stiller, ZIP 2004, 2027.

4) Vgl. hierzu Clemens (Fußn. 2), S. 565 (Kap. 5 I).

5) Vgl. Art. 21a Viertes Finanzmarktförderungsgesetz, BGBl I, 2010, durch den Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG geändert und Art. 1 § 5 Nr. 4 RBERG eingefügt wurde.

*) Dr. iur., Rechtsanwalt in München

2003 wurden gewerbesteuerliche Hindernisse durch das Kleinunternehmerförderungsgesetz ausgeräumt.⁶⁾ Im Jahre 2005 schließlich wurde das Refinanzierungsregister geschaffen,⁷⁾ in dem ein Unterabschnitt 2a mit den §§ 22a–22o in den zweiten Abschnitt des Kreditwesengesetzes aufgenommen wurde. § 22d Abs. 4 KWG bestimmt seit dem, dass Forderungen nach Eintragung an den Übertragungsberechtigten auch dann veräußerbar sind, wenn die Abtretung durch mündliche oder konkludente Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen worden ist. Zum Schutze des Schuldners wurde in § 22j Abs. 2 KWG die Regelung aufgenommen, dass die Eintragung in das Refinanzierungsregister Einwendungen und Einreden Dritter gegen die eingetragenen Forderungen und Rechte nicht einschränkt (Satz 1), § 1156 Satz 1 BGB (Satz 3) und § 1157 Satz 2 BGB (Satz 5) keine Anwendung finden sowie der Sicherungsgeber gegenüber dem Übertragungsberechtigten alle Einwendungen und Einreden aus dem Vertrag geltend machen kann, der den rechtlichen Grund für die Absicherung enthält (Satz 4). Ein gutgläubiger Erwerb von Sicherheiten ist dadurch ausgeschlossen. Die Schaffung des Finanzierungsregisters wurde mit einem erheblichen volkswirtschaftlichen Interesse an einer Erleichterung der Finanzierung und Refinanzierung für die deutsche Wirtschaft begründet.⁸⁾

Die Abtretungen erfolgten und erfolgen regelmäßig ohne Androhung und Fristsetzung. Der Bankkunde wird erst nachträglich informiert. Der Kunde sieht sich plötzlich und unerwartet einem neuen Gläubiger gegenüber. Parallel zu der Abtretung der Darlehensforderungen wird die Abtretung der Sicherheiten vollzogen. Der Vollzug erfolgt wiederum meist ohne Ankündigung, obwohl die Eintragung der Abtretung der Grundschuld im Grundbuch vielfach ähnliche Signalwirkung hat wie die Eintragung eines Zwangsversteigerungs- oder verwaltungsvermerks.

Die Verkäufe und ihre Folgen sind in dem praktizierten Umfang neu. Die Abtretungen überfordern nicht nur den Bankkunden, sondern angesichts der Größenordnung und der Vielzahl abgetretener Engagements auch den Erwerber. Strukturen müssen aufseiten des Erwerbers erst geschaffen werden. Vom abtretenden Institut übergebene Kreditakten warten oft wochen- und monatelang auf ihre Sichtung. Adäquate Ansprechpartner stehen für Wochen und Monate auf Erwerberseite nicht zur Verfügung. Der Veräußerer fühlt sich aufgrund der Abtretung nicht mehr zuständig. Forderungsaufstellungen berücksichtigen Zahlungen an den Altgläubiger häufig nicht.

Verrat am Kunden oder legitimes Mittel zur Beschaffung liquider Mittel? Um diese Fragen kreist die öffentliche Diskussion.

Das Thema war erst kürzlich Gegenstand einer Expertenanhörung im Finanzausschuss des Bundestages, in dem das Thema kontrovers diskutiert wurde. Während sich beispielsweise Vertreter des Zentralen Kreditausschuss der deutschen Banken gegen Regulierungen aussprachen, wurde vom Bundesverband der Deutschen Industrie unter anderem die Stärkung der Rechte des Kreditnehmers gefordert. *Nobbe*, Vorsitzender Richter des XI. Zivilsenats, regte an, den Schutz der vertragstreuen Kreditnehmer dadurch zu verbessern, dass der Kreditgeber verpflichtet wird, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und den Kreditnehmer zu informieren, wenn sie eine Übertragung der Kreditforderung plane.⁹⁾

Die juristische Diskussion dreht sich bislang meist um die Frage, ob die Abtretung der Forderung an einem Abtretungsausschluss nach § 399 BGB oder an einem gesetzlichen Verbot (§ 134 BGB) scheitert. Sie wurde im Wesentlichen am Bankgeheimnis und am

Datenschutz festgemacht.¹⁰⁾ Die Frage nach der Zulässigkeit der Abtretung der nicht akzessorischen Grundschuld ging hierbei meist unter. Dies ist verwunderlich, bildet sie doch das „Salz in der Suppe“.

II. Verwertung der Darlehensforderung

1. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. 2. 2007

Bevor die Frage näher untersucht wird, sei ein Blick auf die Abtretung der Darlehensforderung geworfen. Hierzu liegt nunmehr eine Entscheidung des für das Bank- und Börsenrecht zuständigen XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vor. In dem entschiedenen Fall standen der Abtretung der Darlehensforderung weder ein dinglicher Abtretungsausschluss i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB noch § 134 BGB im Wege.¹¹⁾

Der Senat begründet sein Ergebnis im Wesentlichen wie folgt:

Ein Abtretungsausschluss gemäß § 399 Alt. 2 BGB liege mangels Vereinbarung nicht vor. Ein solcher erfordere eine mindestens stillschweigende Vereinbarung mit dem Schuldner. Das Bankgeheimnis sei jedoch nicht Folge einer Vereinbarung, sondern ergebe sich aus der besonderen Ausprägung der allgemeinen Pflicht einer Bank, die Vermögensinteressen des Vertragspartners zu schützen und nicht zu beeinträchtigen.¹²⁾ Demgemäß – so die folgerichtige Begründung – könne das Bankgeheimnis keinen stillschweigend vereinbarten Ausschluss der Abtretung darstellen. Weiter wies der Senat darauf hin, dass ein Abtretungsausschluss – für den Kunden erkennbar – den berechtigten Interessen der Bank widerspräche. Die Bank sei an der freien Abtretbarkeit der Kreditforderung zum Zwecke ihrer Refinanzierung und Risiko- und Eigenkapitalentlastung interessiert.¹³⁾

Auch ein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB komme nicht in Betracht. Ein solches existiere nicht. Die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit der Abtretung von Honorarforderungen von Ärzten, Rechtsanwälten, Steuerberatern und Vertretern ähnlicher Berufe könne nicht herangezogen werden. Das Abtretungsverbot folge dort aus einem Verstoß gegen § 203 Abs. 1 StGB. Diese Vorschrift sei auf die Übertragung von Darlehensforderungen nicht anwendbar. Nichts anderes – so der Senat – ergebe sich im Übrigen, wenn das Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht einzustufen wäre. Gewohnheitsrecht stelle nur dann ein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB dar, wenn es ein Rechtsgeschäft unmissverständlich

6) Vgl. Art. 4 KleinUntFG v. 31. 7. 2003, BGBl I 2003, 1550 = BSStBl I 2003, 398, der den Anwendungsbereich der Vorschrift auf Gewerbebetriebe erweiternde, die ausschließlich bestimmte Asset-Backed-Securities-Geschäfte betreiben.

7) Vgl. Art. 4a des Gesetzes zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters v. 22. 9. 2005, BGBl I 2005, 2809, durch den Unterabschnitt 2a (§§ 22a–22o) in den zweiten Abschnitt des KWG aufgenommen wurde, der das Refinanzierungsregister regelt.

8) Vgl. Bericht der Abgeordneten *Scheelen* und *Dautzenberg* in: Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – BT-Drucks. 15/5567 –, BT-Drucks. 15/5852, S. 15, unter II der Ausschussempfehlung.

9) Siehe hierzu hib-Meldung 236/2007, v. 19. 09. 2007, www.bundestag.de/aktuell/hib/2007/2007_236/03.html.

10) *Nobbe*, WM 2005, 1537; *Koch*, BKR 2006, 182.

11) BGH, Urt. v. 27. 2. 2007 – XI ZR 195/05, ZfR 2007, 308 (m. Anm. *Deuber*) = ZIP 2007, 619 = ZVI 2007, 255 = WM 2007, 643 amtlicher Leitsatz und Rz. 16 ff., 20 ff. und 25 ff., dazu EWiR 2007, 267 (S. *Weber/Bulach*).

12) BGH, Urt. v. 27. 2. 2007 – XI ZR 195/05, ZfR 2007, 308 (m. Anm. *Deuber*), amtlicher Leitsatz und Rz. 18, dazu EWiR 2007, 267 (S. *Weber/Bulach*).

13) BGH, Urt. v. 27. 2. 2007 – XI ZR 195/05, ZfR 2007, 308 (m. Anm. *Deuber*), amtlicher Leitsatz und Rz. 15, dazu EWiR 2007, 267 (S. *Weber/Bulach*).

verwirft, was bei den hier in Rede stehenden Abtretungen nicht der Fall sei.

Auch das Bundesdatenschutzgesetz sei nicht einschlägig. Dieses habe im Verhältnis zum Bankgeheimnis als Berufsgeheimnis nur eine Auffangfunktion, wie § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG erschließe. Zudem würde die Herleitung eines gesetzlichen Abtretungsverbots aus dem Bundesdatenschutzgesetz zu einem untragbaren Wertungswiderspruch führen. Die Nichtigkeit der Abtretung infolge eines Verstoßes gegen Datenschutzbestimmungen würde die nach § 398 BGB vom Gesetzgeber gewollte grundsätzliche Abtretbarkeit von Geldforderungen aushebeln. Stattdessen müsste nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG die Zulässigkeit der Übermittlung der zur Geltendmachung der Forderung erforderlichen Informationen an den Zessionar von dem Ergebnis der Abwägung der berechtigten Interessen der zedierenden Bank an deren Weitergabe und der schutzwürdigen Belange des Kreditnehmers an deren Nichtweitergabe abhängig gemacht werden, die in jedem Einzelfall gesondert vorgenommen werden müsste.

2. Offene Fragen

Die Entscheidung des XI. Zivilsenats ist in sich stimmig und schlüssig. Gleichwohl bleiben Fragen offen.

2.1 Geltung der Nr. 2 AGB-Banken

In dem vom XI. Zivilsenat entschiedenen Fall spielten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken keine Rolle, was wohl darauf zurückzuführen ist, dass diese nicht Entscheidungsgrundlage waren. Sie enthalten anders als die der Sparkassen eine Regelung des Bankgeheimnisses. Ihre Nr. 2 Abs. 1 lautet:¹⁴⁾

„Nr. 2 AGB-Banken: Bankgeheimnis und Bankauskunft

(1) Bankgeheimnis

Die Bank ist zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt (Bankgeheimnis). Informationen über den Kunden darf die Bank nur weitergeben, wenn gesetzliche Bestimmungen dies gebieten oder der Kunde eingewilligt hat oder die Bank zur Erteilung einer Bankauskunft befugt ist.“

Offenbleibt daher, ob anders zu entscheiden ist, wenn Grundlage der Entscheidung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken sind und deren Nr. 2 Abs. 1 gilt. Das Argument, das Bankgeheimnis sei nicht Folge einer mindestens stillschweigenden Vereinbarung mit dem Schuldner,¹⁵⁾ greift bei Geltung der Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken nicht. Das Bankgeheimnis basiert in einem solchen Fall auf einer vertraglichen Grundlage. Es wird durch Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken hinsichtlich seines Inhalts und Umfangs konkretisiert.

Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken ist klar und deutlich. Er befreit die Bank vom Bankgeheimnis nur in folgenden Fällen: gesetzliche Verpflichtung, Einwilligung des Kunden und zulässige Bankauskunft.¹⁶⁾ Keine der Ausnahmen gestattet eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses zur Eigenkapital- und Risikoentlastung. Insbesondere kann sich eine Bank nicht auf § 402 BGB berufen. Zwar verpflichtet die Vorschrift den bisherigen Gläubiger dazu, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweis der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern. Gleichwohl kann sich die Bank hierauf nicht stützen. Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken erfasst nicht solche Informa-

tionspflichten, die ihren Entstehungsgrund in einer freiwilligen Entscheidung des Gläubigers haben,¹⁷⁾ ansonsten das Bankgeheimnis letztlich der Disposition der Bank unterläge und leerliefe.¹⁸⁾

Auch lässt sich bei Geltung der Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken nicht mehr argumentieren, ein Abtretungsausschluss widerspräche – für den Kunden erkennbar – den berechtigten Interessen der Bank.¹⁹⁾ Die Interessenlage der Bank kann die von ihr mit Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken selbst gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung nicht beseitigen, in der sich die Bank zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet. Der Bank ist als Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingung gestattet, Inhalt und Umfang ihrer Pflichten zu ihren Lasten und zugunsten ihres Vertragspartners festzulegen. § 307 BGB verbietet nur unangemessene Regelungen zulasten des Vertragspartners. Zweifel bei der Auslegung der Nr. 2 Abs. 1 AGB-Bank gehen zudem zulasten der Bank als Verwender (§ 305c Abs. 2 BGB).

Die Frage nach der Wirksamkeit der Forderungsabtretung stellt sich daher erneut, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und damit deren Nr. 2 Abs. 1 vereinbart und Grundlage der Entscheidungsfindung sind. Das OLG Düsseldorf nahm in einem Fall, in dem mit dem Sanierer eines Unternehmens „strengstes Stillschweigen“ vereinbart worden war, einen stillschweigend vereinbarten Abtretungsausschluss i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB an.²⁰⁾ Führt die Vereinbarung über „strengstes Stillschweigen“ zu einem stillschweigend vereinbarten Abtretungsausschluss, kann für Darlehensforderungen nichts anderes gelten, wenn Nr. 2 AGB-Banken vereinbart ist.

2.2 Ungekündigte Darlehensforderungen

In einem dem Verfasser bekannten Fall wurde eine ungekündigte Forderung aus einem noch nicht voll valuierten Darlehen an einen Erwerber abgetreten, der weder über eine Bankerlaubnis verfügte noch sich des Umstands bewusst war, dass das dem Kreditnehmer zugesagte Darlehen noch nicht voll valuiert war.

In den Fällen, in denen ungekündigte Darlehensforderungen²¹⁾ übertragen werden, stellt sich die Frage, ob die Forderung nicht eine Inhaltsänderung erfährt und daher unabtretbar i. S. d. § 399 Alt. 1 BGB ist.

14) Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen enthalten demgegenüber keine ausdrückliche Regelung des Bankgeheimnisses.

15) BGH, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, ZfIR 2007, 308 (m. Anm. Deuber), amtlicher Leitsatz und Rz. 18, dazu EWiR 2007, 267 (S. Weber/Bulach).

16) Vgl. statt aller Bunte, AGB-Banken und Sonderbedingungen mit AGB-Sparkassen und AGB-Postbank, 2007, Nr. 2 AGB-Banken Rz. 81 ff.

17) Vgl. Koch, BKR 2006, 182, 186 unter VI 2.

18) Vgl. Nobbe, WM 2005, 1537, 1546 unter IV 2.

19) So BGH, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, ZfIR 2007, 308 (m. Anm. Deuber), amtlicher Leitsatz und Rz. 15, dazu EWiR 2007, 267 (S. Weber/Bulach).

20) OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.9.1993 – 20 U 224/92, NJW-RR 1994, 438.

21) In dem Geschäftsbericht 2004 der Hypo Real Estate Group, S. 68, heißt es betreffend der Übertragung von 4 200 Darlehen mit 1 700 Kunden und einem Volumen von 3,6 Mrd. €: „Der Investor übernahm im Rahmen der Transaktion, bei der auch die der Hypo Real Estate Bank AG zur Verfügung gestellten Sicherheiten übertragen wurden, rund 4 200 Darlehen mit 1 700 Kunden. Das verkaufte Portfolio umfasste mit 0,66 Mrd. € gesunde Finanzierungen, die ordnungsgemäß bedient wurden, aber zum größten Teil unter Beobachtung standen (sog. Watchlist) und nicht in die Konzernstrategie passten.“ Hinsichtlich einer weiteren Transaktion mit einem Volumen von 394 Mio. € heißt es: „Daneben umfasste es mit rund 154 Mio. € nicht-leistungsgestörte Finanzierungen, die ordnungsgemäß bedient wurden, aber zum großen Teil unter Beobachtung standen (sog. Watchlist).“

Das Darlehensverhältnis erschöpft sich vielfach nicht nur in der Verpflichtung des Darlehensgebers, einen Geldbetrag zur Verfügung zu stellen, und in der Verpflichtung zur Zahlung des geschuldeten Zinses sowie zur Darlehensrückzahlung. Meist sind im Laufe der Zeit Kreditentscheidungen notwendig, die die Erwerber entweder nicht treffen können oder wollen. Die (unechte) Abschnittsfinanzierung stellt beispielsweise einen solchen Fall dar. Sie erfordert Konditionenanpassungen nach Ablauf der Zinsfestschreibung.

Eine Inhaltsänderung mit der Folge eines dinglich wirkenden Abtretungsausschlusses bejahte der Bundesgerichtshof in einem Fall für einen Einlageneinzahlungsanspruch.²²⁾ Die Einlagen mussten durch die Treuhandkommanditistin erst einbezahlt werden, wenn bestimmte Mittelfreigabekriterien erfüllt waren. Zur Begründung wies der Bundesgerichtshof darauf hin, dass dieser Zweckbestimmung durch die Abtretung widersprochen werde und der Leistungsinhalt i. S. d. § 399 BGB verändert würde, wenn der Anspruch auf die Zeichnungsbeträge auf einen Dritten übergehen könnte, bevor die Einzahlungsvoraussetzungen vorliegen und ohne dass die Treuhandkommanditistin eine Kontrolltätigkeit ausüben kann.²³⁾ Eine solche Inhaltsänderung kann auch der Anspruch auf Rückzahlung eines ungekündigten Kredits erfahren, wenn der Erwerber nicht in der Lage oder willens ist, erforderliche Kreditentscheidungen zu treffen. Dem Schuldner ist in einem solchen Fall die Abtretung nicht zumutbar (§ 242 BGB).

III. Besonderheiten bei der Grundschuld

Mit einer abgetretenen Forderung gehen alle akzessorischen Sicherheiten wie Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über (§ 401 BGB). Der Übergang akzessorischer Sicherheiten ist unproblematisch.

Auf nicht akzessorische Rechte soll § 401 BGB entsprechend anwendbar sein. Die Frage der analogen Anwendung der Vorschrift stellt sich bei den hier in Rede stehenden Forderungsverkäufen indes nicht.²⁴⁾ Was Gegenstand des Kaufs ist, bestimmen die Parteien des Kaufvertrages. Zudem verbietet sich eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 401 BGB auf solche Grundschuldteile, hinsichtlich welcher Rückgewährreife vorliegt, andernfalls die entsprechende Anwendung des § 401 BGB zum Vertragsbruch führt (vgl. unten unter III 2).

Gegenüber den akzessorischen Sicherheiten weist die sicherungshalber hingegebene Grundschuld eine Reihe von Besonderheiten auf, die anhand des nachfolgenden Falles dargestellt werden:

Fall: Dem Gläubiger G. wurde zur Sicherung eines Darlehens von 100 000 € im Jahre 2002 eine gleich hohe, mit 18 % jährlich zu verzinsende, vollstreckbare Grundschuld bestellt. Das Darlehen valutiert noch mit 70 000 €.

Variante a: Der Gläubiger tritt die Forderung und die sie sichernde Grundschuld nebst allen Zinsen an X. ab.

Variante b: Der Gläubiger tritt nur die Grundschuld nebst allen Zinsen an X. ab.

1. Treuhänderische Bindung

Der Gläubiger erhält die nicht akzessorische Grundschuld aufgrund eines Sicherungsvertrages. Der Sicherungsvertrag gründet sich auf personengebundenen Vertrauen. Er begründet ein Treuhandverhältnis zwischen dem Gläubiger als Sicherungsnehmer der Grundschuld und dem Schuldner als Sicherungsgeber.²⁵⁾ Das

Treuhandverhältnis ist (auch) durch § 266 Abs. 1 StGB in der Ausgestaltung des Missbrauchstatbestands geschützt. Der Sicherungsnehmer ist zwar als Inhaber der Grundschuld nach außen unbeschränkter Rechtsinhaber. Er darf seine Rechtsstellung im Verhältnis zum Sicherungsgeber nur in den durch den Sicherungszweck gesetzten Grenzen nutzen. Allein der Sicherungsvertrag beschränkt die dem Sicherungsnehmer eingeräumte Rechtsmacht. Die Beschränkung wirkt nur schuldrechtlich und damit nur gegenüber dem Sicherungsgeber.

Die Grundschuld entspricht meist nur am Anfang der zu sichernden Forderung. Tilgungsleistungen und anwachsende Grundschuldzinsen²⁶⁾ führen zu einem Auseinanderklaffen von Grundschuld und der von ihr gesicherten Forderung.

In dem Ausgangsfall ist G. Gläubiger einer fälligen, vollstreckbaren Grundschuld über 100 000 €, verzinslich mit 18 % p.a. seit 2002 und daher nach außen unbeschränkter Inhaber eines dinglichen Verwertungsrechts, welches ihm das Recht gibt, die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld und den Zinsen zu suchen. Die Grundschuldzinsen gehören zur Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG. Der Grundschuldgläubiger kann mit dem Rang der Grundschuld alle laufenden Zinsen i. S. d. § 13 Abs. 1 Satz 1 ZVG beanspruchen und die rückständigen Zinsen der letzten zwei Jahre. Zu den laufenden Zinsen gehören nicht nur die während der laufenden Zinsperiode anfallenden Zinsen, sondern auch die letzten vor der Beschlagnahme fällig gewordenen sowie die danach fällig werdenden Zinsen (§ 13 Abs. 1 Satz 1 ZVG). Dies führt dazu, dass der Gläubiger in einem Zwangsversteigerungsverfahren weit mehr als die Grundschuldsumme mit dem Rang der Grundschuld beanspruchen kann, im Ausgangsfall rund das Doppelte der Grundschuldsumme von 100 000 € und ca. das Dreifache des valutierten Betrages von 70 000 €. Lediglich aufgrund des Sicherungsvertrages ist G. gegenüber dem Eigentümer E. verpflichtet, die Grundschuld in den durch den Sicherungszweck gesetzten Grenzen zu nutzen. Er darf die Grundschuld erst bei Verwertungsreife (vgl. unten IV 3) verwerten und nur einen Verwertungserlös in Höhe der gesicherten Forderung beanspruchen. Einen Übererlös hat G. an E. herauszugeben.

Die durch den Sicherungsvertrag begründete fiduziarische Zweckbindung geht bei der Abtretung der Grundschuld unter und wird nicht aufrechterhalten. Das Treuhandverhältnis, das die Rechtsstellung des Veräußerers als Sicherungsnehmer der Grundschuld im Verhältnis zum Sicherungsgeber beschränkt, geht nicht auf den Erwerber über. Der Erwerber übernimmt nicht stillschweigend mit dem Erwerb von Grundschuld und Forderung die den Veräußerer treffenden Pflichten aus dem Sicherungsvertrag.²⁷⁾ Der

22) BGH, Urt. v. 10. 6. 1991 – II ZR 247/90, ZIP 1991, 1211 = NJW 1991, 2906 = WM 1991, 1502, dazu EWiR 1991, 875 (Heinemann).

23) BGH, Urt. v. 10. 6. 1991 – II ZR 247/90, ZIP 1991, 1211 unter 2 a der Gründe, dazu EWiR 1991, 875 (Heinemann).

24) Vgl. BGH, Urt. v. 25. 1. 1967 – VIII ZR 124/64, WM 1967, 213, wo eine der analogen Anwendung der §§ 401, 412 BGB auf die Sicherungsgrundschuld entgegenstehende Vereinbarung bereits in der weiten Sicherungsabrede und der Abrede gesehen wird, dass die weiteren Sicherheiten eine „zusätzliche Sicherheit“ darstellen sollten.

25) BGH, Urt. v. 8. 12. 1988 – III ZR 107/87, ZIP 1989, 157 = NJW 1989, 1732 = WM 1989, 210 unter II 2 der Gründe, dazu EWiR 1989, 157 (Clemente); ZIP 1989, 157, 158, vgl. dazu EWiR 1989, 157 (Clemente), vgl. auch BGH, Urt. v. 7. 5. 1987 – IX ZR 198/85, ZIP 1987, 764 = NJW-RR 1987, 1291 = WM 1987, 853 unter 2 b bb der Gründe, dazu EWiR 1987, 757 (Gaberdiel).

26) Vgl. zur Problematik der Zinsen Brych, Sparkasse 1982, 224, 225; Clemente/Lenk, ZfR 2002, 337; MünchKomm-Eickmann, BGB, 4. Aufl., 2004, § 1191 Rz. 45 ff.; Jacoby in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, § 18 Rz. 11; Peters, JZ 2001, 1017, Völker/Gratzel, WiB 1993, 346, Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neuberab. 2002, Vorbem zu §§ 1191 ff. Rz. 81, und allgemein zu dem Auseinanderklaffen von dinglicher und persönlicher Forderung, Rz. 62.

27) BGH, Urt. v. 21. 2. 1967 – VI ZR 144/65, WM 1967, 566, 567 unter III 1 b der Gründe; BGH, Urt. v. 25. 10. 1984 – IX ZR 142/83, ZIP 1985, 89 = NJW 1985, 800 = WM 1985, 12 unter II 1 der Gründe, dazu EWiR 1985, 67 (Clemente); vgl. auch RG, Urt. v. 4. 4. 1919 – VII 350/18, RGZ 95, 245, 246, für den Fall der Sicherungsabtretung.

Erwerber der Grundschuld muss daher weder die Interessen des Sicherungsgebers beachten noch wahrnehmen. Die Grundschuld unterliegt keiner Zweckbindung mehr.

In dem Ausgangsfall erwirbt X. die Grundschuld und ist an den Sicherungsvertrag nicht gebunden. Der Sicherungsvertrag geht weder bei der Variante a noch bei der Variante b des Ausgangsfall auf X. über. X. kann daher mit dem Rang der Grundschuld rund das Dreifache des valutierten Betrages in einem Zwangsversteigerungsverfahren beanspruchen. Ob E. der Zuteilung eines höheren als des valutierten Betrages widersprechen kann, hängt davon ab, ob es ihm gelingt, die Einrede der teilweisen Nichtvaluierung (vgl. unten III 2) und die Einrede der fehlenden Verwertungsreife (vgl. IV 3) durchzusetzen (vgl. unten III 3).

Die Bestellung einer Grundschuld sicherungshalber ist daher Vertrauenssache. Sie birgt zahlreiche Risiken. Ein Abtretungsausschluss wird empfohlen.²⁸⁾ In der Vergangenheit wurde hiervon lediglich bei der Bestellung von Grundschulden für „vertrauenswürdige“ Gläubiger abgesehen, wozu durchgängig alle inländischen Banken zählten. Vor der Bestellung einer Grundschuld für andere Gläubiger wurde gewarnt. Selbst von der Bestellung einer Grundschuld für eine ausländische Bank wurde abgeraten,²⁹⁾ weil Klage auf Rückgewähr der Grundschuld im Ausland zu erheben ist, falls nicht der für einen Verbrauchervertrag maßgebende Gerichtsstand des Art. 16 Abs. 1 EuGVO oder andere inländische Gerichtsstände greifen.³⁰⁾

2. Anspruch auf (teilweise) Rückgewähr der Grundschuld

Nach Wegfall des Sicherungszwecks ist die Grundschuld zurückzuübertragen. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass der Anspruch auf Rückgewähr auch den Anspruch auf Teilfreigabe der Grundschuld beinhaltet, wenn sich der Sicherungszweck nur teilweise endgültig erledigt hat.³¹⁾ Einst musste ein Sicherungsgeber noch die Gerichte bis hin zum Bundesgerichtshof bemühen, um den nicht mehr valutierten Teil einer nur noch mit 600 000 DM valutierten Grundschuld über 1,9 Mio. DM freizubekommen.³²⁾ Der Anspruch auf Teilfreigabe folgt zum einen aus dem fiduziarischen Charakter der Sicherungsabrede, zum anderen aus der Interessenlage.³³⁾ Soweit Grundschuldteile nicht nur vorübergehend nicht mehr benötigt werden, liegt eine endgültige Übersicherung vor. Ihr weiteres Verbleiben beim Sicherungsnehmer ist nicht mehr gerechtfertigt. Der Anspruch auf Teilfreigabe ist ermessensunabhängig.³⁴⁾

Ist das Kreditengagement gekündigt, ist der Sicherungszweck hinsichtlich des nicht valutierten Teils regelmäßig endgültig weggefallen. Mit der Neubegründung von Forderungen, die unter den Deckungsbereich der Grundschuld fallen, ist nicht mehr zu rechnen. Der Sicherungszweck der Grundschuld erschöpft sich in der Sicherung des bei Kündigung bestehenden Saldos, des Verzugschadens und gegebenenfalls erforderlicher Kosten. Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens sind aus dem Versteigerungserlös vorweg zu entnehmen (§ 109 ZVG); Kosten für die Feststellung des mithaftenden Grundstückszubehörs gehen der Grundschuld im Rang vor (§ 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG). Sie sind daher bei der zu sichernden Forderung nicht zu berücksichtigen.³⁵⁾ Der Verzugschaden erschöpft sich meist in Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten bzw. 2,5 Prozentpunkten über dem Basiszins des § 1 DÜG (§ 288 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. § 497 Abs. 1 Satz 2 BGB). Bei weitem erreicht er nicht die Höhe der Grundschuldzinsen.

Nichts anderes kann gelten, wenn eine ungekündigte Forderung übertragen wird. Auch in diesem Fall ist mit der Neubegründung von Forderungen nicht zu rechnen.

In dem Ausgangsfall besteht ein Rückgewähranspruch des E. in Höhe der nicht valutierten Grundschuld. Die Grundschuld lautet über 100 000 € nebst 18 % Zinsen, die üblicherweise ab dem Tag ihrer Beurkundung anfallen. Valuiert ist die Grundschuld demgegenüber nur in Höhe von 70 000 €, hinzu kommt ein etwaiger Verzugschaden, der sich regelmäßig auf 5 Prozentpunkte bzw. 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz bzw. 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz beschränkt (vgl. § 288 Abs. 1 BGB bzw. § 497 Abs. 1 Satz 2 BGB). Hinsichtlich des überschießenden Betrages besteht ein Anspruch auf Rückgewähr. Zurückzugewährt ist ein rangletzter Teil der Grundschuld.

Zur Rückgewähr ist der Erwerber der Grundschuld nicht verpflichtet. Denn er übernimmt keine Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag (vgl. oben III 1). Dem Erwerber gegenüber kann der Grundstückseigentümer allenfalls einen Verzichtsanspruch gemäß § 1192 Abs. 1, § 1169 BGB geltend machen.³⁶⁾ Voraussetzung hierfür ist, dass der Erwerber die Grundschuld nicht einredefrei erworben hat (vgl. hierzu unten III 3).

Der Anspruch auf Rückgewähr eines rangletzten Teils der Grundschuld in Höhe des nicht valutierten Betrages richtet sich in dem Ausgangsfall gegen G. als Sicherungsnehmer der Grundschuld. Gegen X. kann der Anspruch auf Rückgewähr allenfalls als Einrede durchgesetzt werden, wenn E. den Nachweis erbringen kann, dass X. das Bestehen der Einrede bei dem Erwerb der Grundschuld kannte (vgl. unten III 3).

28) *Munzig*, in: Würzburger Notarhandbuch, 2005, Rz. 2614; *Sandweg*, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl., 2006, Anm. 1.

29) *Albrecht*, in: Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., 2001, Rz. 581, 586; *Amann*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl., 2000, AI Rz. 120: „Grundschulden für ausländische Banken und Eigentümergrundschulden sind wegen der damit verbundenen zusätzlichen Risiken (*Reithmann/Albrecht/Basty*, Rdnr. 442) dem Verkäufer grundsätzlich nicht zumutbar.“ (nicht übernommen in 4. Aufl.); Deutsches Notarinstitut, Stellungnahme v. 14. 2. 2005 all-ra M/12 - § 3 MaBV - 28648: „[...] Bei ausländischen Kreditgebern besteht jedoch das Risiko, dass diese die Grundschuld abtreten und der Zessionar an diese schuldrechtliche Abrede nicht gebunden ist. Darüber hinaus wird man nicht ohne weitere Prüfung unterstellen können, dass ein ausländischer Kreditgeber seine Verpflichtungen zu gegebener Zeit erfüllen wird. Hieraus folgt, daß Finanzierunggrundschulden für ausländische Banken wegen der damit verbundenen zusätzlichen Risiken für den Verkäufer grundsätzlich nicht zumutbar sind (so ausdrücklich *Amann*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl., 2000, Rz. A.I.120; ebenso *Albrecht*, in: Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., 2001, Rz. 581, 586). Dementsprechend sehen die üblicherweise verwandten Muster vor, dass in Ausübung der Finanzierungsvollmacht nur Grundschulden zugunsten inländischer Kreditinstitute bestellt werden können. [...]“;

30) Die Verpflichtung auf Rückgewähr der Grundschuld nach Wegfall des Sicherungszwecks ist am Sitz des Gläubigers zu erfüllen, BGH, Urt. v. 9. 3. 1995 - IX ZR 134/94, ZIP 1995, 639 = NJW 1995, 1546 = WM 1995, 833 Leitsatz und unter II der Gründe, dazu EWiR 1995, 435 (*Bülow*); der dingliche Gerichtsstand ist nicht gegeben, BGH, Urt. v. 26. 6. 1970 - V ZR 168/67, NJW 1970, 1789.

31) BGH, Urt. v. 25. 3. 1986 - IX ZR 104/85, BGHZ 97, 280 = ZIP 1986, 900 = NJW 1986, 2108 = WM 1986, 763 unter I 2 der Gründe, dazu EWiR 1986, 573 (*Gaberdriel*); BGH, Urt. v. 17. 5. 1988 - IX ZR 5/87, NJW-RR 1988, 1146 = WM 1988, 1137 unter II 2 b der Gründe; BGH, Urt. v. 8. 12. 1989 - V ZR 53/88, ZIP 1990, 857 = NJW-RR 1990, 455 = WM 1990, 423 Amtlicher Leitsatz Nr. 2 und unter 2 der Gründe, dazu EWiR 1990, 469 (*Brink*); BGH, Urt. v. 3. 7. 2002 - IV ZR 227/01, ZfIR 2002, 719 = ZIP 2002, 1390 = ZfIR 2002, 719 = NJW-RR 2003, 45 = WM 2002, 1643 unter II 2 a der Gründe, dazu EWiR 2002, 849 (*Weber/Madaus*).

32) BGH, Urt. v. 20. 10. 1980 - II ZR 190/79, ZIP 1980, 1076 = NJW 1981, 571 = WM 1980, 1306.

33) BGH, Beschl. v. 27. 11. 1997 - GSZ 1, 2/97, BGHZ 137, 212 = ZIP 1998, 235 = ZBB 1998, 166 (m. Bespr. *Saenger*, S. 174) = NJW 1998, 671 = WM 1998, 227, unter B II 1 a der Gründe, dazu EWiR 1998, 155 (*Medicus*).

34) BGH, Beschl. v. 27. 11. 1997 - GSZ 1, 2/97, BGHZ 137, 212 = ZIP 1998, 235 = ZBB 1998, 166 (m. Bespr. *Saenger*, S. 174) = NJW 1998, 671 = WM 1998, 227, unter B II 1 a der Gründe, dazu EWiR 1998, 155 (*Medicus*).

35) *Nobbe*, in: Festschrift Schimansky, 1999, S. 433 ff., 449 f. unter III 2 b cc.

36) BGH, Urt. v. 25. 10. 1984 - IX ZR 142/83, ZIP 1985, 89 = NJW 1985, 800 = WM 1985, 12 Leitsatz 2 und unter II 1 der Gründe, dazu EWiR 1985, 67 (*Clemente*); BGH, Urt. v. 7. 12. 1989 - IX ZR 281/88 unter II 2 a der Gründe, NJW-RR 1990, 588 = WM 1990, 305.

3. Öffentlicher Glaube des Grundbuchs

Der Grundstückseigentümer kann als Sicherungsgeber der Grundschuld alle Einreden, die ihren Grund in dem Sicherungsvertrag haben, der Geltendmachung der Grundschuld entgegensetzen. Der Sicherungsvertrag verleiht dem Eigentümer eine entsprechende Einrede, wenn der Sicherungsvertrag mit ihm geschlossen ist und die Grundschuld nicht in Übereinstimmung mit dem Sicherungsvertrag geltend gemacht wird. Eine Einrede besteht, wenn die Grundschuld nicht oder nur teilweise valutiert, der Sicherungsnehmer, aber die Grundschuld in voller Höhe beansprucht.³⁷⁾ Eine Einrede besteht aber auch, wenn die Verwertungsreife (vgl. unten IV 3) der Grundschuld nicht vorliegt, weil beispielsweise die gesicherte Forderung nicht fällig ist.³⁸⁾ In all diesen Fällen wird die Grundschuld nicht in Übereinstimmung mit ihrem Sicherungszweck geltend gemacht.

In dem Ausgangsfall verletzt G. seine Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag, wenn er die Grundschuld geltend macht, obwohl Verwertungsreife nicht vorliegt, ebenso, wenn er die Grundschuld in voller Höhe geltend macht, obwohl sie nur teilweise valutiert ist. E. kann der Geltendmachung der Grundschuld widersprechen, da G. die Grundschuld nicht in Übereinstimmung mit dem Sicherungsvertrag geltend macht.

Grundsätzlich kann der Eigentümer eine ihm gegen den Sicherungsnehmer der Grundschuld zustehende Einrede auch dem Erwerber der Grundschuld als neuem Gläubiger entgegensetzen (§ 1192 Abs. 1, § 1157 Abs. 1 BGB). Denn auch sie richtet sich „gegen die Grundschuld“ i. S. d. § 1192 Abs. 1, § 1157 Satz 1 BGB.

Aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs kann E. die Einrede dem Erwerber aber nur entgegenhalten, wenn dieser die Einrede kannte (vgl. unten IV 3.1), sofern nicht eine Eintragung in das Refinanzierungsregister vor Abtretung erfolgte und der Gläubiger der durch das Refinanzierungsregister legitimierte Übertragungsberechtigte ist (§ 22j Abs. 2 KWG). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes muss der Einredetatbestand zudem abgeschlossen sein (vgl. unten IV 3.2).

3.1 Positive Kenntnis

Der Eigentümer kann seine Einrede nur dem bösgläubigen, nicht aber einem gutgläubigen Erwerber entgegensetzen. Dies folgt aus § 1192 Abs. 1, §§ 1157, 892 BGB. Bösgläubigkeit liegt vor, wenn der Erwerber die Einrede bei dem Erwerb positiv kannte. Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse ist erforderlich.³⁹⁾ Kenntnis von Indizien, welche möglicherweise den Schluss auf das Bestehen einer Einrede zulassen, genügt nicht.⁴⁰⁾ Der Verkehrsschutz ist im öffentlichen Interesse an einer Verkehrssicherheit stark ausgeprägt. Nicht ausreichend ist, dass der Erwerber mit Einreden aus dem Sicherungsvertrag hätte rechnen müssen.⁴¹⁾ „Die Bösgläubigkeit erfordert daher wirkliche und volle Kenntnis der Unrichtigkeit, eine noch so große Erschütterung des Vertrauens in den öffentlichen Glauben des Grundbuchs genügt nicht, auch kein Rechnen mit der möglichen Unrichtigkeit.“⁴²⁾ Grobes fahrlässiges Nichtkennen steht daher einer Kenntnis nicht gleich (arg. § 932 Abs. 2 BGB). Wann der Beweis der Kenntnis erbracht ist, ist eine nach § 286 ZPO zu beurteilende Frage der freien Beweiswürdigung.⁴³⁾

Bösgläubigkeit liegt noch nicht vor, wenn dem Erwerber neben der Grundschuld auch die gesicherte Forderung abgetreten wird. Der Zessionar, der sich zusätzlich die Forderung abtreten lässt, wird nicht schlechter gestellt als der Erwerber, dem nur die Grundschuld abgetreten wird, ansonsten der Erwerber im Ergebnis in die Rechtsstellung des Veräußerers als Partei des Sicherungsvertrags aufrücken würde. Grundschuld und Forderung folgen jeweils ihren eigenen Gesetzen.⁴⁴⁾ Der gemeinsame Verkauf von

Grundschuld und Forderung bewirkt daher ebenso wenig eine Bösgläubigkeit, wie aus der gemeinsamen Abtretung von Grundschuld und Forderung ein Übergang des Sicherungsvertrages folgt oder die stillschweigende Vereinbarung der Übernahme der Verbindlichkeit des Sicherungsnehmers aus dem Sicherungsvertrag (vgl. oben III 1). Wurde die Grundschuld einmal einreddefrei erworben, so entsteht durch spätere Bösgläubigkeit keine Einrede.⁴⁵⁾

In dem Ausgangsfall ist es durchaus fraglich, ob X. die teilweise Nichtvaluierung der Grundschuld bei ihrem Erwerb kannte. Selbst wenn der Nachweis gelingt, dass dem Erwerber X. alle Unterlagen übergeben wurden, aus denen sich die teilweise Valuierung der Grundschuld ergibt, ergibt sich daraus noch keine Kenntnis. Erforderlich ist nicht der Besitz der Unterlagen, sondern Kenntnis der Umstände, aus denen sich die teilweise Valuierung ergibt.

3.2 Abgeschlossener Einredetatbestand

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts war es für die Geltendmachung der Einrede gegenüber dem Erwerber der Grundschuld ausreichend, wenn dieser bei dem Erwerb der Grundschuld Kenntnis vom Charakter der Grundschuld als Sicherungsgrundschuld hatte.⁴⁶⁾ An dieser Rechtsprechung hält der Bundesgerichtshof nicht fest, da sie den Erwerber der Grundschuld schlechter stellt als den Erwerber einer Hypothek.⁴⁷⁾ Zur Begründung verweist der Bundesgerichtshof auf § 1157 BGB, der im Unterschied zu § 404 BGB fordert, dass die Einrede nicht nur begründet ist, sondern dem Eigentümer „zusteht“.⁴⁸⁾

Für die Tilgung der von der Grundschuld gesicherten Forderung hat dies die Konsequenz, dass eine nach der Abtretung erfolgte

37) Vgl. zum Beispiel BGH, Urt. v. 21. 2. 1967 – VI ZR 144/65, WM 1967, 566 unter III 1 a der Gründe; BGH, Urt. v. 7. 12. 1989 – IX ZR 281/88, NJW-RR 1990, 588 = WM 1990, 305.

38) Vgl. zum Beispiel BGH, Beschl. v. 29. 3. 1985 – V ZR 188/83, ZIP 1985, 732 = WM 1985, 953 unter 2 der Gründe, dazu EWIR 1985, 775 (Räfle).

39) In dem Fall RG, Urt. v. 24. 11. 1917 – V 196/17, RGZ 54, 218, war positive Kenntnis des Erwerbers über den Sicherungszweck der zedierten Grundschuld gegeben. Die Kenntnis ergab sich aus der Abtretungserklärung des früheren Zedenten. Aus ihr ergab sich die Abtretung zu Sicherungszwecken. Positive Kenntnis konnte in dem Fall bejaht werden, weil die Abtretungserklärung des früheren Zedenten dem Zweiterwerber bei der weiteren Abtretung übersandt wurde und von diesem eingehend geprüft worden war, sodass der Zweiterwerber den Sicherungszweck der ursprünglichen Abtretung entnommen hat.

40) BGH, Urt. v. 15. 1. 1988 – V ZR 183/86, BGHZ 103, 72 = ZIP 1988, 899 = NJW 1988, 1375 = WM 1988, 446 B II 1 d bb, dazu EWIR 1988, 439 (Selb).

41) BGH, Urt. v. 15. 1. 1988 – V ZR 183/86, BGHZ 103, 72 = ZIP 1988, 899 = NJW 1988, 1375 = WM 1988, 446 B II 1 d bb, dazu EWIR 1988, 439 (Selb).

42) RG, Urt. v. 19. 11. 1928 – 701/27 JW 1929, 581 (m. Anm. Fischer, JW 1934, 1034) Leitsatz.

43) MünchKomm-Wacke, BGB, 4. Aufl., 2004, § 894 Rz. 49; positive Kenntnis wurde in BGH, Urt. v. 7. 12. 1989 – IX ZR 281/88, NJW-RR 1990, 588 = WM 1990, 305 unter II 1 d der Gründe angenommen.

44) BGH, Beschl. v. 28. 6. 1984 – III ZR 106/83, WM 1984, 1078 unter 3 der Gründe; BGH, Urt. v. 15. 1. 1988 – V ZR 183/86, BGHZ 103, 72 = ZIP 1988, 899 = NJW 1988, 1375 = WM 1988, 446 B II 1 d, dazu EWIR 1988, 439 (Selb); BGH, Urt. v. 16. 1. 2001 – XI ZR 41/00, ZIP 2001, 367 = ZfR 2001, 580 = NJW-RR 2001, 1097 = WM 2001, 453 unter II 2 a der Gründe, dazu EWIR 2001, 805 (Clemente); Huber, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, § 14 e (S. 146), Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 1965, Bd. 2, § 28 III 1, S. 430 ff.

45) BGH, Urt. v. 8. 12. 1978 – V ZR 221/77, NJW 1979, 717 = WM 1979, 275 unter II 2 der Gründe; BGH, Urt. v. 16. 1. 2001 – XI ZR 41/00, ZfR 2001, 580 unter II 1 a der Gründe, dazu EWIR 2001, 805 (Clemente).

46) RG, Urt. v. 24. 11. 1917 – V 196/17, RGZ 54, 218; RG, Urt. v. 24. 11. 1917 – V 196/17, RGZ 91, 218, 225.

47) BGH, Urt. v. 21. 4. 1972 – V ZR 52/70, BGHZ 59, 1 = NJW 1972, 1463 = WM 1972, 853 unter 4 der Gründe.

48) BGH, Urt. v. 26. 11. 1982 – V ZR 145/81, BGHZ 85, 388 = ZIP 1983, 146 = NJW 1983, 752 = WM 1983, 173 Leitsatz 1 und II 1 der Gründe; BGH, Urt. v. 4. 7. 1986 – V ZR 238/84, ZIP 1986, 1454 = NJW-RR 1987, 139 = WM 1986, 1386 unter II 1 a der Gründe.

Tilgung dem Erwerber nicht entgegengehalten werden kann. Denn die Einrede der mangelnden Valutierung stand dem Eigentümer im Zeitpunkt der Abtretung noch nicht zu.

Noch nicht entschieden wurde vom Bundesgerichtshof die Frage, wie vorläufige Einreden zu behandeln sind, beispielsweise die der fehlenden Valutierung. Hierzu wird die Auffassung vertreten, dass ein Erwerber sie nicht gegen sich gelten lassen muss, wenn sich die Valutierung im Zeitpunkt der Abtretung noch nicht endgültig zerschlagen hat.⁴⁹⁾ In den hier in Rede stehenden Fällen dürfte sich die Einrede spätestens bei Abtretung zu einer endgültigen Einrede verwandeln, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass durch den Veräußerer oder Erwerber etwaige noch nicht valutierte Darlehensbeträge ausgereicht werden.

Eine ähnliche Problematik stellt sich auch in dem Ausgangsfall, wenn die Verwertungsreife der Grundschuld (vgl. unten IV 3) im Zeitpunkt ihrer Abtretung nicht gegeben war. Kann der Eigentümer die Einrede dem Erwerber der Grundschuld entgegenhalten, wenn diesem die fehlende Verwertungsreife bei Abtretung bekannt war, und wenn ja, kann die Verwertungsreife später noch herbeigeführt werden, obwohl die Zweckbindung der Grundschuld aufgrund ihrer Abtretung aufgehoben wurde? Gegenüber dem Veräußerer stand E. die Einrede zu, wenn Verwertungsreife nicht vorlag. Warum sie X. gegenüber nicht geltend gemacht werden kann, wenn X. die mangelnde Verwertungsreife kannte, erschließt sich nicht.

4. Vollstreckbare Grundschuld und Haftungsübernahme

Die durch die Abtretung der Grundschuld entstandene Problematik verschärft sich für den Eigentümer, wenn die Grundschuld vollstreckbar ausgestaltet ist, was regelmäßig der Fall ist, da sich der Grundschuldbesteller üblicherweise der Zwangsvollstreckung in der Weise unterwirft, dass diese gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig ist (§ 800 ZPO).

Meist geht damit ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis i. S. d. §§ 780, 781 BGB in Höhe der Grundschuld nebst Nebenleistung einher, welches dem Gläubiger neben der Grundschuld als weitere Sicherheit dient. Wegen des Zahlungsanspruchs wird üblicherweise ebenfalls die Zwangsvollstreckungsunterwerfung erklärt, und zwar in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen zulässig ist. Durch diese sogenannte vollstreckbare Haftungsübernahme erhält die Bank einen Vollstreckungstitel, der ihr die Zwangsvollstreckung in das sonstige Vermögen ermöglicht, und zwar ohne vorheriges Erkenntnisverfahren, in dem dem Schuldner volles rechtliches Gehör gewährt wird.⁵⁰⁾

Üblicherweise lässt sich der Grundschuldgläubiger unmittelbar nach der Bestellung der Grundschuld und Haftungsübernahme eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde übersenden. Die vollstreckbare Ausfertigung schafft nach ihrer Zustellung und Ablauf der Wartefrist des § 798 ZPO (zwei Wochen) die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung. Selbst wenn der Schuldner es nicht versäumt, innerhalb der Wartefrist aktiv zu werden, wird er vielfach die Vollstreckung nicht verhindern können. Ohne weitere Ankündigung und ohne weiteres Gehör kann auf Antrag des Gläubigers hin die Zwangsvollstreckung beginnen.

In dem Ausgangsfall muss die Vollstreckungsklausel noch auf X. umgeschrieben werden und mit einer Abschrift der Abtretungserklärung des G. dem E. zugestellt werden, bevor X. die Zwangsvollstreckung betreiben kann (§ 750 Abs. 2 ZPO).

Die Unterwerfung geht weiter als im Fall der Verurteilung nach einem Erkenntnisverfahren. Grundsätzlich kann der Gläubiger Erfüllung der gesicherten Forderung nur verlangen, wenn er gleichzeitig die Grundschuld zurückgibt. Die Einrede hat im Prozess

die Wirkung, dass der Schuldner nicht zur Zahlung schlechthin, sondern nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundschuld verurteilt werden kann (entsprechend § 273 BGB).⁵¹⁾ Der Gläubiger muss daher zunächst die Rückgewähr der Grundschuld gegen Bezahlung der Forderung anbieten, ehe er wegen der Forderung vollstrecken kann (§§ 765, 756 ZPO i. V. m. § 273 BGB).

Hiergegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Kredite müssen ausreichend gesichert sein. Hierzu gehört auch die Bestellung von Vollstreckungstiteln sicherungshalber. Der rasche Zugriff des Kreditgebers auf das Vermögen des Schuldners muss im Fall der Leistungsstörung gewährleistet sein. Die Kreditwirtschaft macht von den ihr zu treuen Händen sicherungshalber überlassenen Vollstreckungstiteln in der Regel in verantwortungsbewusster Weise Gebrauch.⁵²⁾ Aus diesem Grunde war die Bestellung für deutsche Kreditinstitute gang und gäbe. Warnhinweise und Vorkehrungen seitens der Notare wurden nicht als notwendig erachtet. Die in Rede stehenden Veräußerungen zwingen dazu, diese Praxis zu überdenken.

IV. Zulässigkeit der Abtretung der Grundschuld

Die Sicherungsgrundschuld weist, wie aufgezeigt, eine Reihe von Besonderheiten auf. Die bei der Abtretung der Darlehensforderung diskutierte Frage nach einem Abtretungsausschluss stellt sich daher bei der Abtretung der nicht akzessorischen Grundschuld wieder. Während die Diskussion bei der Abtretung der Darlehensforderung um Fragen des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes kreist, sind bei der Abtretung der Grundschuld weitere Aspekte zu berücksichtigen, namentlich diejenigen, die sich aus der Abstraktheit und der treuhänderischen Bindung ergeben.

1. Kein Abtretungsausschluss gemäß § 399 BGB

Die Bestellung einer Grundschuld sicherungshalber weist Parallelen mit den Fällen auf, in denen ein dinglich vereinbartes Abtretungsverbot angenommen wird: aus der Sicherungsgrundschuld wird aufgrund der Abtretung eine isolierte Grundschuld. Die fiduziarische Zweckbindung wird aufgehoben. Eine Veränderung der Zweckbestimmung liegt vor.

Allerdings wird man bei der Grundschuld nicht zu einem dinglichen Abtretungsverbot kommen. Ein Abtretungsausschluss gemäß § 399 Alt. 1 BGB ist nicht gegeben, anderenfalls man aus der Grundschuld ein Institut machen würde, das der Gesetzgeber nicht kennt und nicht geschaffen hat. Ein dinglich wirkender Abtretungsausschluss gemäß § 399 Alt. 2 BGB greift nicht.⁵³⁾ Er stellt eine Inhaltsänderung dar und bedürfte – wenn er dinglich wirken soll – der Eintragung im Grundbuch. Von ihm wurde zumindest seitens der Notare bewusst abgesehen, wenn die Bestellung für deutsche Kreditinstitute erfolgte.

49) *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, 5. Aufl., 2006, Rz. 1224 f.; vgl. hierzu auch *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl., 2007, Rz. 1773.

50) Vgl. hierzu *Clemente*, ZfIR 2004, 497.

51) Vgl. BGH, Urt. v. 14. 2. 1979 – VIII ZR 284/78, BGHZ 73, 317 = NJW 1979, 1203 für ein Pfandrecht.

52) Ausnahmen, wie beispielsweise der der Entscheidung OLG München, Urt. v. 17. 5. 2001 – 8 U 5061/00, ZfIR 2001, 689, zugrunde liegende Fall, bestätigen die Regel.

53) OLG Hamm, Beschl. v. 18. 3. 1968 – 15 W 481/67, NJW 1968, 1289; OLG Köln, Beschl. v. 4. 3. 1969 – 15 U 95/68, OLGZ 1969, 419 unter 2 der Gründe.

2. Schuldrechtliches Abtretungsverbot

Zu erörtern ist daher die Frage, ob aus dem Sicherungsvertrag ein schuldrechtlich wirkendes Abtretungsverbot und eine Unterlassungspflicht folgen.

Die Abtretung der Grundschuld im Rahmen eines Forderungsverkaufs ist ein Akt der Verwertung, für den sich der Begriff „freihändige Verwertung“ eingebürgert hat. Die freihändige Verwertung der Grundschuld ist im Gesetz nicht geregelt. Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Verwertung zulässig ist. Nr. 21 Abs. 3 AGB-Banken⁵⁴⁾ sowie Nr. 22 Abs. 5 AGB-Sparkassen⁵⁵⁾ in der bis 1992 geltenden Fassung sahen die Möglichkeit einer freihändigen Verwertung durch Verkauf vor. Die Regelungen entfielen bei der Novellierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1992.

Verwertungsregelungen finden sich nunmehr regelmäßig in den Sicherungsvereinbarungen. Die Praxis ist uneinheitlich. Manche Formulare sehen eine Verwertung der Grundschuld durch Zwangsversteigerung und -verwaltung vor,⁵⁶⁾ andere auch eine durch freihändige Verwertung.⁵⁷⁾

Der Bundesgerichtshof hat wiederholt argumentiert, der Gläubiger sei zur gemeinsamen Veräußerung von Grundschuld und Forderung berechtigt, wenn die Sicherungsabrede nichts anderes besage.⁵⁸⁾ Lediglich die isolierte Abtretung der Grundschuld ohne die Forderung sei dem Gläubiger mangels Vereinbarung versagt. Zur Begründung wird ausgeführt, dass die isolierte Verwertung der Grundschuld der durch die Sicherungsabrede schuldrechtlich begründeten Zweckbindung der Grundschuld (vgl. III 1) widerspreche. Der Gläubiger dürfe daher, wenn die Sicherungsabrede nichts anderes besage, die Grundschuld nur zusammen mit der persönlichen Forderung abtreten, anderenfalls der Schuldner der Gefahr doppelter Inanspruchnahme ausgesetzt werde.⁵⁹⁾ Folgt man dem, so ist an einer formularmäßigen Verwertungsregelung, die dem Gläubiger die Möglichkeit der freihändigen Verwertung eröffnet, nichts auszusetzen. Die freihändige Verwertung durch Verkauf von Grundschuld und Forderung wäre auch in den Fällen zulässig, in denen die Sicherungsabrede schweigt.

Unzulässig wäre danach die freihändige Verwertung nur in den Fällen, in denen etwas anderes vereinbart ist, beispielsweise dann, wenn formularmäßig festgelegt ist, dass die Grundschuld durch Zwangsversteigerung und -verwaltung zu verwerten ist. Die Art der Verwertung wurde in einem solchen Fall zwischen Sicherungsgeber und -nehmer geregelt.⁶⁰⁾ Regelmäßig handelt es sich um eine vom Sicherungsnehmer vorformulierte Klausel. Unklarheiten gehen zudem zu seinen Lasten als Verwender der Klausel (§ 305c Abs. 2, § 307 Abs. 1 2 BGB).

Die von der Rechtsprechung vertretene Auffassung, der Gläubiger sei zur gemeinsamen Veräußerung von Grundschuld und Forderung berechtigt, wenn die Sicherungsabrede nichts anderes besage, versteht sich nicht von selbst und ist zu hinterfragen.⁶¹⁾ Die Verwertung der Grundschuld erfolgt durch Zwangsvollstreckung (§ 1192 Abs. 1, § 1147 BGB). Sie ist die gesetzliche Verwertungsform. Der Sicherungsvertrag ändert daran nichts. Ihm kann schon aufgrund des Transparenzgebots (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht die stillschweigende Abrede entnommen werden, dass der Sicherungsnehmer Befriedigung auch in anderer Form als durch Zwangsversteigerung suchen darf.

Ein Vergleich mit anderen vom Gesetzgeber geregelten Sicherheiten bestätigt dies: Beim Pfandrecht an beweglichen Sachen ist ein Verkauf der Pfandsache grundsätzlich durch öffentliche Versteigerung zu bewirken (§§ 1233, 1235 BGB). Eine Abweichung hier-

von ist nur durch Vereinbarung einer abweichenden Art des Pfandverkaufs möglich (§ 1245 BGB). Bei einem Pfandrecht an einem Recht kann der Pfandgläubiger seine Befriedigung aus dem Recht nur aufgrund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen, sofern nicht ein anderes bestimmt ist (§ 1277 Satz 1 BGB). Warum für die freihändige Verwertung der Sicherungsgrundschuld etwas anderes gelten soll, erschließt sich nicht.⁶²⁾

Nicht einsichtig ist auch die vorgenommene Differenzierung zwischen Abtretung der Grundschuld mit und ohne Forderung. Es macht keinerlei Unterschied, ob die Grundschuld mit oder ohne Forderung abgetreten wird. Die Gefahr der Inanspruchnahme über den valuierten Teil der Grundschuld droht deshalb, weil die fiduziarische Zweckbindung durch die Abtretung der Grundschuld untergeht (vgl. oben III 1)

So macht es in dem Ausgangsfall keinerlei Unterschied, ob die Grundschuld mit der Forderung (Variante a) abgetreten wird oder ohne (Variante b). Wird E. aus der Forderung in Anspruch genommen, kann E. sowohl bei der Variante a als auch bei der Variante b geltend machen, dass er nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundschuld leisten muss (§ 404 BGB). Die Gefahr, dass E. mehr als den valuierten Teil der

54) Nr. 21 Abs. 3 Satz 1 AGB-Banken a. F.: „Zur Sicherung übertragene Sachen und Rechte darf die Bank nach bestem Ermessen, insbesondere auch freihändig, verwerten. Grund- und Rentenschulden wird die Bank freihändig mangels Zustimmung des Sicherheitsbestellers nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen.“

55) Nr. 22 V AGB-Sparkassen a. F.: „Zur Sicherung übertragene Gegenstände darf die Sparkasse insbesondere auch freihändig verwerten. Grund- und Rentenschulden wird die Sparkasse, falls der Sicherungsgeber nicht einem abweichenden Verfahren zustimmt, auf freihändigem Wege zur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen. Im übrigen gelten die Bestimmungen des Abs. 4 entsprechend.“

56) Bank-Verlag, Formular 42 105 (Fassung 4/2006) unter Ziff. 3, abgedruckt in: *Gößmann/Schröter/Weber*, Bankrecht und Bankpraxis (BuB), Loseblatt, Stand: 4/07, Rz. 4/2406.

57) Sparkassen-Verlag, Formular 192 240 000 (Fassung 3/2003), unter 5.4; DG Verlag, Formular 220 060, (Fassung 6/2003), unter Nr. 1.1, abgedruckt bei *Gaberdie*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 7. Aufl., 2004, Anhang 6 und 10.

58) BGH, Urt. v. 4. 7. 1986 – V ZR 238/84, ZIP 1986, 1454 = WM 1986, 1386 = NJW-RR 1987, 139 unter II 2 b der Gründe, dazu EWIR 1986, 1101 (*Gaberdie*); vgl. auch BGH, Urt. v. 8. 12. 1978 – V ZR 221/77, NJW 1979, 717 unter II 2 der Gründe und BGH, Urt. v. 13. 5. 1982 – III ZR 164/80, ZIP 1982, 1051 = NJW 1982, 2768 = WM 1982, 839 unter I 2 der Gründe; vgl. RG, Urt. v. 5. 1. 1934 – VII 180/33, RGZ 145, 113, 117 unter II, welches die Auslegung des Sicherungsvertrages durch das Berufungsgericht billigte, dass nach Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderung die Grundschuld im Wege der Abtretung habe verwertet werden dürfen; vgl. auch RG, Urt. v. 26. 2. 1936 – V 211/35, JW 1936, 2310; kritisch mit Recht *Staudinger/Wolfsteiner* (Fußn. 26), Vorbem zu §§ 1191 ff. Rz. 92.

59) BGH, Urt. v. 4. 7. 1986 – V ZR 238/84, ZIP 1986, 1454 = WM 1986, 1386 = NJW-RR 1987, 139 unter II 2 b der Gründe, dazu EWIR 1986, 1101 (*Gaberdie*).

60) So auch *Gaberdie* (Fußn. 57), Rz. 1282; a. A. *Wenzel*, Bankrecht und Bankpraxis, Loseblatt, Stand: 4/07, 4/2684.

61) Fragwürdig ist auch die Rechtfertigung der Nr. 21 Abs. 2 Satz 1 AGB-Banken a. F.; zur Begründung der Vorschrift heißt es bei *Schütz*, Bankgeschäftliches Formularbuch, 17. Ausgabe, 1966, S. 30 Z 21 Anm. 7: „[...] Nur das Recht zur freihändigen Verwertung der Grund- und Rentenschulden ist aus folgenden Gründen an die Zustimmung des Kunden geknüpft: Das Pfandrecht wird die gesicherte Forderung meist übersteigen. Die Bank wird es möglicherweise nur zu einem geringeren als dem Nennbetrage verwerten können. Der Käufer wird aber versuchen, den vollen Betrag des Grundpfandrechts aus dem Grundstück zu erzielen. Da der Kunde bei diesem Verfahren mehr verlieren kann, als der ihm gewährte Kredit betrug, würde sich die Bank bei einem solchen Verfahren Vorwürfen aussetzen können. [...]“. Die angesprochenen Vorwürfe stehen aber auch im Raum, wenn die Grundschuld und die Forderung gemeinsam verwertet werden und der Käufer aus der Grundschuld einen höheren Betrag erzielt als den der gesicherten Forderung. Denn zur Rückgewähr des Übererlöses ist der Käufer nicht verpflichtet.

62) Ebenso *Staudinger/Wolfsteiner* (Fußn. 26), Vorbem zu §§ 1191 ff. Rz. 93.

Grundschuld leisten muss, resultiert allein daraus, dass mit der Abtretung die Zweckbindung der Grundschuld nicht übergeht und E. Gefahr läuft, seine Einreden gegen die Geltendmachung der Grundschuld mit der Folge zu verlieren, dass X. die Grundschuldsumme nebst allen aufgelaufenen Zinsen geltend machen kann (vgl. oben III 1).

Dem Sicherungsnehmer ist es daher ohne Vereinbarung untersagt, die Grundschuld freihändig durch Abtretung zu verwerten. Mit dem Treuhandverhältnis ist es unvereinbar, dass der Treunehmer das Treuhandverhältnis dadurch außer Kraft setzt, dass er die treuhänderisch überlassene Grundschuld auf einen Dritten überträgt. Dies gilt selbst für den Fall, dass der Veräußerer mit dem Erwerber vereinbart, dass dieser die ihn aus dem Treuhandverhältnis treffenden Pflichten übernimmt. Wie sich aus § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, ist die Übertragung der Erfüllung der Pflichten aus dem Sicherungsvertrag dem Beauftragten im Zweifel versagt. Nichts spricht demnach dafür, dass die Übertragung in den hier in Rede stehenden Fällen gestattet ist, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist.

3. Verwertungsreife

Ist die freihändige Verwertung der Grundschuld zulässig, so stellt sich weiter die Frage, welche Voraussetzungen für die freihändige Verwertung erfüllt sein müssen. Nach den in der bis 1992 geltenden Fassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Sparkassen war der Gläubiger „bei Fälligkeit“ der gesicherten Forderungen zur Verwertung der Sicherheiten „zu beliebiger Zeit“ berechtigt (Nr. 20 Abs. 1 AGB-Banken a. F.).⁶³⁾ Der „Innehaltung einer Frist“ bedurfte es nicht (Nr. 20 Abs. 2 AGB-Banken a. F.).⁶⁴⁾

Nach Nr. 22 Abs. 2 AGB-Sparkassen bedurfte es einer Androhung der Verwertung und der Einhaltung einer Frist nur, wenn dies tunlich war.⁶⁵⁾ Auch diese Regelungen wurden bei der Novellierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1992 gestrichen. Grund hierfür waren Bedenken des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, der die Regelung, nach welcher es einer Androhung der Verwertung und der Einhaltung einer Frist nicht bedurfte, wegen unangemessener Benachteiligung des Sicherungsgebers als unwirksam i. S. d. § 9 Abs. 1 ABGB (jetzt § 307 Abs. 1 BGB) ansah.⁶⁶⁾ Gerügt wurde auch, dass die Regelungen keinen Zahlungsverzug und damit Schuldnerverschulden voraussetzten und keinerlei Einschränkung hinsichtlich der Höhe des Zahlungsrückstands enthielten, also schon ein geringer Nebenforderungsbetrag ausreichend sein sollte.⁶⁷⁾

Die heute üblichen Sicherungsabreden⁶⁸⁾ fordern daher regelmäßig Verzug und Androhung der Verwertung mit angemessener Frist. Auszugehen ist davon, dass Gleiches gilt, wenn die Sicherungsabrede schweigt (vgl. § 1234 BGB). Zwar setzt die Geltendmachung der Hypothek weder Verzug noch Nachfristsetzung voraus. Für die Grundschuld kann daher im Grundsatz nichts anderes gelten. Allerdings sieht § 1193 Abs. 1 BGB vor, dass das Kapital der Grundschuld erst nach vorheriger Kündigung fällig wird und die Kündigungsfrist sechs Monate beträgt (§ 1193 Abs. 1 BGB), eine Regel, die üblicherweise formulärmäßig mit der Folge abbedungen wird, dass die Grundschuld fällig ist, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

Ist G. in dem Ausgangsfall eine freihändige Verwertung der Grundschuld gestattet, so darf er die Grundschuld nicht vor Eintritt ihrer Verwertungsreife abtreten. Voraussetzung hierfür sind Schuldnerverzug und die Androhung der Verwertung mit angemessener Frist. Ein Verstoß führt zu einer Schadensersatzpflicht des G., der gegen das Verbot verstoßen hat (§ 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB). Schadensersatz bedeutet Naturalrestitution. Es muss der Zustand hergestellt werden, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde (§ 249 Abs. 1 BGB).

4. Höhe der Abtretung

Ist dem Sicherungsnehmer eine freihändige Verwertung der Grundschuld gestattet, so darf nur der valutierte Teil der Grundschuld abgetreten werden.⁶⁹⁾ Der überschießende Teil ist an den Sicherungsgeber zurückzugewähren. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung ist eine positive Vertragsverletzung.⁷⁰⁾ Der Verkauf der Grundschuld unter ihrem Nennwert kann deshalb den Sicherungsnehmer schadensersatzpflichtig machen, wenn die Befriedigung aus dem Grundstück mehr erbracht hätte.

Etwas anderes folgt nicht aus der häufig anzutreffenden formularmäßigen Regelung, die in Anlehnung an die Nr. 21 Abs. 3 Satz 1 AGB-Banken a. F.⁷¹⁾ sowie Nr. 22 V AGB-Sparkassen a. F.⁷²⁾ in der bis 1992 geltenden Fassung besagt, die Grundschuld werde mangels Zustimmung des Sicherungsgebers nur zusammen mit der Forderung und „nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe“ verkauft.⁷³⁾ Ein Sicherungsnehmer benötigt nur so viel Grundschuld, dass deren Nennbetrag nebst Nebenleistungen

63) Nr. 20 Abs. 1 AGB-Banken a.F. im Auszug: „(1) Kommt der Kunde seinen Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nach, so ist die Bank befugt, die Sicherheiten ohne gerichtliches Verfahren unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Kunden zu beliebiger Zeit an einem ihr geeignet erscheinenden Ort auf einmal oder nach und nach zu verwerten [...]“

64) Nr. 20 Abs. 2 AGB-Banken a.F.: „Einer Androhung der Verwertung, der Innehaltung einer Frist und der Ausbedingung sofortiger Barzahlung des Kaufpreises bedarf es nicht. Eine Abweichung von der regelmäßigen Art des Pfandverkaufs kann nicht verlangt werden. Die Bank wird nach Möglichkeit Art, Ort und Zeit der Verwertung mitteilen, sofern nicht die Benachrichtigung un-tunlich ist.“

65) Nr. 22 AGB-Sparkassen a. F.: „Der Ausbedingung sofortiger Barzahlung des Kaufpreises bedarf es nicht; einer Androhung der Verwertung und der Einhaltung einer Frist bedarf es nur, wenn dies tunlich ist. Eine Abweichung von der regelmäßigen Art des Pfandverkaufes kann nicht verlangt werden. Die Sparkasse wird nach Möglichkeit Ort, Zeit und Art der Verwertung mitteilen, sofern dadurch eine sachgemäße Verwertung nicht gefährdet wird.“

66) BGH, Urt. v. 12. 12. 1995 – XI ZR 10/95, ZIP 1996, 323 = WM 1996, 251 = NJW 1996, 847 unter I 2 a der Gründe, dazu EWiR 1996, 241 (Knothe); BGH, Urt. v. 5. 5. 1998 – XI ZR 234/95, BGHZ 138, 367 = ZIP 1998, 1066 = WM 1998, 1280 = NJW 1998, 2206 unter II 2 b der Gründe, dazu EWiR 1998, 629 (Pfeiffer).

67) BGH, Urt. v. 7. 7. 1992 – XI ZR 274/91, ZIP 1992, 1068 = NJW 1992, 2626 = WM 1992, 1359 unter II 4 der Gründe, dazu EWiR 1992, 835 (Kobte).

68) Vgl. beispielsweise die in Fußn. 57 genannten Vordrucke.

69) RG, Urt. v. 26. 2. 1936 – V 211/35, JW 1936, 2310: „Ist eine Grundschuld lediglich zu Sicherungszwecken (fiduziarisch) gegeben, ohne dass dabei die dem Sicherungsnehmer offenstehenden Befriedigungsmöglichkeiten ausdrücklich festgelegt sind, so wird der Fiskus eine Abtretung der Grundschuld nur mit der Maßgabe vornehmen dürfen, dass die Befriedigung aus dem Grundstück auch in der Hand eines Zessionars nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrags zulässig ist. [...]“

70) BGH, Urt. v. 4. 7. 1986 – V ZR 238/84, ZIP 1986, 1454 = WM 1986, 1386 = NJW-RR 1987, 139 unter II 2 b der Gründe, dazu EWiR 1986, 1101 (Gaberdiel).

71) Nr. 21 Abs. 3 Satz 1 AGB-Banken a. F.: „Zur Sicherung übertragene Sachen und Rechte darf die Bank nach bestem Ermessen, insbesondere auch freihändig, verwerten. Grund- und Rentenschulden wird die Bank freihändig mangels Zustimmung des Sicherheitsbestellers nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen.“

72) Nr. 22 V AGB-Sparkassen a. F.: „Zur Sicherung übertragene Gegenstände darf die Sparkasse insbesondere auch freihändig verwerten. Grund- und Rentenschulden wird die Sparkasse, falls der Sicherungsgeber nicht einem abweichenden Verfahren zustimmt, auf freihändigem Wege zur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen. Im übrigen gelten die Bestimmungen des Abs. 4 entsprechend.“

73) Gaberdiel (Fußn. 55), Rz. 1283; MünchKomm-Eickmann (Fußn. 26), § 1191 Rz. 52; vgl. zu Nr. 21 Abs. 3 AGB-Banken (a. F.) und Nr. 22 Abs. 5 Satz 5 AGB-Sparkassen a. F. Werhahn/Schebesta, AGB der Banken und Sonderbedingungen, Stand: 30. 7. 1988, Rz. 368; a. A. Serick, (Fußn. 44), Bd. 3, § 39 II 3 e, der der Ansicht ist, die Klausel berechtige den Sicherungsnehmer hinsichtlich des abzutretenden Grundschuldteils, mit bis zu 10 % über den Betrag der gesicherten Forderung hinauszugehen.

die gesicherte Forderung deckt (vgl. oben III 2). Für einen Zessionar kann nichts anderes gelten. Nach Eintritt des Sicherungsfalls ist mit der Neubegründung von Forderungen, die von der Grundschuld gesichert werden, regelmäßig nicht mehr zu rechnen. Der Sicherungszweck erschöpft sich in der Sicherung des bei Kündigung bestehenden Saldos nebst weiter anfallenden Zinsen. Kosten können regelmäßig keinen höheren Nennbetrag rechtfertigen (vgl. oben III 2). Der überschießende Teil der Grundschuld unterliegt der Einrede der fehlenden Valutierung und ist zurückzugewähren.

In dem Ausgangsfall fällt aufgrund der Kündigung nur noch ein etwaiger Verzugschaden in den Deckungsbereich der Grundschuld. Dieser erschöpft sich meist in den Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 BGB) bzw. 2,5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (§ 497 Abs. 1 Satz 2 BGB).

V. Zusammenfassung und Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen:

1. Weder das Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht noch das Bundesdatenschutzgesetz führen zu einem Abtretungsausschluss gemäß § 399 BGB.

Offenbleibt,

- ob ein stillschweigender Abtretungsausschluss gemäß § 399 Alt. 2 BGB vorliegt, wenn das Bankgeheimnis seine Grundlage

in der vom Kreditgeber gestellten Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken findet, und

- ob die Übertragung ungekündigter Darlehensforderungen, zu einer Inhaltsänderung i. S. d. § 399 Alt. 1 BGB führt, insbesondere bei solchen Forderungen, bei denen noch Kreditentscheidungen erforderlich sind, die der Erwerber nicht treffen kann oder will.
2. Eine aus dem Sicherungsvertrag folgende Einrede kann einem Erwerber der Grundschuld nur entgegengehalten werden, wenn
 - sie der Erwerber im Zeitpunkt der Abtretung positiv kannte und
 - sie dem Grundstückseigentümer im Zeitpunkt der Abtretung zustand.
 3. Die Veräußerung der Grundschuld mit oder ohne die von ihr gesicherte Forderung ist eine Verwertungshandlung. Eine solche freihändige Verwertung ist nur zulässig, wenn sie als zulässige Verwertungsform im Sicherungsvertrag vereinbart ist.
 4. Ist eine freihändige Verwertung der Grundschuld zulässig, darf sie nicht vor Verwertungsreife erfolgen. Verwertungsreife liegt vor bei Schuldnerverzug und fruchtlosem Ablauf einer dem Sicherungsgeber gesetzten angemessenen Frist.
 5. Dem Erwerber dürfen bei der freihändigen Verwertung nur die Grundschuldteile übertragen werden, die tatsächlich valutiert sind. Überschießende Teile sind zurückzugewähren.