

Jovanka Gehrenbeck

# Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld

Gemeinsamkeiten und Unterschiede  
ihrer gesetzlichen Ausgestaltung und  
ihrer Verkehrsfähigkeit



Nomos

Nomos Universitätsschriften

Recht

Band 962

Jovanka Gehrenbeck

# Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld

Gemeinsamkeiten und Unterschiede  
ihrer gesetzlichen Ausgestaltung und  
ihrer Verkehrsfähigkeit



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2018

u.d.T.: Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der gesetzlichen Ausgestaltung von Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld unter besonderer Berücksichtigung von deren Verkehrsfähigkeit

ISBN 978-3-8487-5777-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-9951-8 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Diese Arbeit wurde der Fakultät der Rechtswissenschaften der Universität Regensburg im Wintersemester 2018/2019 als Dissertation vorgelegt.

Herrn Prof. Dr. Herbert Roth, meinem verehrten akademischen Lehrer, gilt mein großer Dank für die Anregung zu diesem Dissertationsthema und die Betreuung meiner Arbeit.

Für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Michael Heese, LL.M. (Yale) bedanken.

Besonders danken möchte ich auch Frau Prof. Dr. Katrin Gierhake LL.M. (Nottingham) und ihrem Lehrstuhlteam, die mich mit Rat und Tat unterstützt und gefördert haben und Herrn Prof. Dr. Philipp Fischinger, LL.M. (Harvard) für die wertvollen Hinweise zu meiner Arbeit.

Mein größter und herzlichster Dank gilt meiner Familie für die langjährige Unterstützung und Geduld bei meinem Promotionsvorhaben.

Regensburg, März 2019

*Jovanka Gebrenbeck*



## Inhaltsverzeichnis

Einleitung – Problemstellung	19
§ 1 Ausgangsüberlegungen	23
§ 2 Ziel und Gang der Darstellung	26
1. Kapitel Sicherungsgrundschuld und Verkehrshypothek im Kontext der Kreditvergabe	28
§ 3 Überblick über die Grundpfandrechte mit Fokus auf Hypothek und Grundschuld	28
I. Hypotheken	29
II. Grundschulden	30
§ 4 Die Begriffe „Verkehrshypothek“ und „Sicherungsgrundschuld“	31
I. Definition der Verkehrshypothek	31
II. Definition der Sicherungsgrundschuld	31
1. Fremgrundschuld als Sicherungsgrundschuld	33
2. Sicherungsgrundschuld bei mangelbehafteter Forderung oder nichtigem Sicherungsvertrag	36
3. Zusammenfassung	38
III. Zwischenergebnis	39
§ 5 Grundpfandrechtliche Kreditsicherung	39
I. Das Forderungsgeschäft in der Form des Darlehensvertrages	40
II. Die causa der Sicherheitenbestellung	41
1. Nr. 13 Abs. 1 S. 1 AGB-Banken als causa?	42
2. Darlehensvertrag als causa der Sicherheitenbestellung?	45
a) Meinungsspektrum	45
b) Stellungnahme	46
3. Zwischenergebnis	49
III. Das Sicherungsgeschäft	49
1. Allgemeines zum Sicherungsvertrag	51
2. Beteiligte des Sicherungsverhältnisses	52
3. Rechtsnatur	56
a) Relevanz der Problematik	56

*Inhaltsverzeichnis*

b) Meinungsspektrum	57
aa) Gegenseitiger Vertrag	57
bb) Unvollkommen zweiseitiger Vertrag	58
cc) Einseitig verpflichtender Vertrag	60
c) Stellungnahme	61
4. Die dingliche Vollstreckungsunterwerfung	62
5. Das abstrakte Schuldversprechen (§ 780 BGB) bzw. Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB)	63
IV. Das Bestellungsgeschäft	64
V. Zusammenfassung	65
§ 6 Klassische Übertragungswege von Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld im Hinblick auf einen gutgläubigen Erwerb	66
I. Abtretung	66
1. Abtretung einer Brief- oder Buchhypothek	66
2. Abtretung einer Brief- oder Buchgrundschuld	67
3. Bisherige Diskussion um ein Abtretungsverbot	68
II. Umwandlungsrechtliche Vermögensübertragung	71
1. Erwerb durch Spaltung (§ 123 UmwG)	71
2. Erwerb durch Verschmelzung (§ 2 UmwG)	73
3. Umwandlungsrecht und gutgläubiger einredefreier Erwerb	74
III. Zwischenergebnis	75
§ 7 Zusammenfassung des 1. Kapitels	76
2. Kapitel Einwendungen sowie Einreden i.S.d. § 1137 Abs. 1 BGB	78
§ 8 Überblick über den gutgläubigen einwendungs- und einredefreien Erwerb	78
§ 9 Einwendungen und Einreden im Immobiliarsachenrecht	80
§ 10 Systematisierung der Einwendungen und Einreden gegen Grundpfandrechte	81
§ 11 Bestandsvernichtende und bestandsverändernde Einwendungen	83
I. Einführung	83
1. Allgemeines	83
2. Abgrenzung zum gutgläubigen einredefreien Erwerb	84

II. Beispiele zu Einwendungsmöglichkeiten bei Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld	87
1. Mängel im dinglichen Recht, insbesondere aus dem Bestellvorgang	87
a) Verkehrshypothek	89
b) Sicherungsgrundschuld	89
2. Fehlen der Gläubigerstellung: Anfängliche Mängel in Bezug auf die Forderung	90
a) Verkehrshypothek	90
b) Sicherungsgrundschuld	92
3. Fehlen der Gläubigerstellung: Späterer Wegfall der Forderung	93
a) Verkehrshypothek	93
b) Sicherungsgrundschuld	94
c) Sonderfall: Tilgungshypothek	94
4. Fehlen der Gläubigerstellung: Übertragung des Grundpfandrechts	96
5. Untergang des Grundpfandrechts	96
6. Zusammenfassung	97
III. Einwendungsmöglichkeiten im Abtretungsfall	97
1. Einwendungen bei Abtretung der Verkehrshypothek	97
2. Einwendungen bei Abtretung der Sicherungsgrundschuld	100
3. Zwischenergebnis	101
IV. Gutgläubiger „einwendungsfreier“ Erwerb der Verkehrshypothek	101
1. Gutgläubiger Erwerb bei bestehender Forderung	102
a) Rechtsscheinsetzung durch Grundbuch – öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung	102
b) Bezugspunkt des guten Glaubens	104
c) Zusammenfassung	105
2. Gutgläubiger Erwerb bei Nichtbestehen der oder mangelnder Inhaberschaft an der Forderung	105
a) Rechtsscheinsetzung Grundbuch – öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung	106
b) Bezugspunkt des guten Glaubens	108
3. Zusammenfassung	108
V. Gutgläubiger „einwendungsfreier“ Erwerb der Sicherungsgrundschuld	109
VI. Zwischenergebnis	110

*Inhaltsverzeichnis*

§ 12 Forderungsbezogene Einreden gegen die Verkehrshypothek	111
I. Einführung	111
1. Allgemeines	111
2. Wirkung	113
II. Forderungsbezogene Einreden im Allgemeinen	114
1. Beispiele	114
2. Ausgeschlossene Einreden	117
III. Forderungsbezogene Einreden im Abtretungsfall	118
IV. Gutgläubiger einrededefreier Erwerb der Verkehrshypothek	120
V. Sicherungsgrundschuld	121
VI. Zusammenfassung	122
§ 13 Einreden aus Gestaltungsrechten gegen die Verkehrshypothek	122
I. Allgemeines	122
II. Umfang des Einrederechts nach § 1137 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB i.V.m. § 770 BGB	123
1. Einrede der Anfechtbarkeit: § 770 Abs. 1 BGB	123
2. Einrede der Aufrechenbarkeit: § 770 Abs. 2 BGB	125
3. Ausübung des Gestaltungsrechts und weitere Einredemöglichkeiten	125
III. Einreden aus Gestaltungsrechten im Abtretungsfall	127
IV. Gutgläubiger einrededefreier Erwerb der Verkehrshypothek	128
§ 14 Zusammenfassung des 2. Kapitels	129
I. Einwendungen	129
II. Einreden	130
3. Kapitel Grundpfandrechtsbezogene und sicherungsvertragliche Einreden	131
§ 15 Überblick	131
I. Anwendbarkeit des § 1157 BGB auf die Sicherungsgrundschuld	133
II. Gemeinsame Probleme von Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld	135
III. Wirkung	137
§ 16 Ursprung grundpfandrechtsbezogener Einreden	138
I. Vertraglich	138
II. Gesetzlich	141
III. Zusammenfassung	142

§ 17 Einreden gegen die Verkehrshypothek	143
I. Beispiele	143
II. Einreden gegen den Erstgläubiger	145
1. Eigensicherungsfall	145
2. Kongruenz i.w.S.	145
3. Primäre Divergenz i.w.S.	146
4. Zwischenergebnis	150
III. Einreden bei Gläubigerwechsel	151
1. Zeitlicher Aspekt	151
2. Einredeberechtigter	152
3. Zwischenergebnis	153
IV. Gutgläubiger einrededefreier Erwerb	153
1. Voraussetzungen	153
2. Nichteintragung	154
3. Anforderungen an den guten Glauben	155
4. Zwischenergebnis	156
V. Ergebnis	156
§ 18 Einreden gegen die Sicherungsgrundschuld	157
I. Ausgangspunkt	158
II. Mit der Verkehrshypothek übereinstimmende grundpfandrechtsbezogene Einreden im eigentlichen Sinne	158
III. Sicherungsvertrag und § 1157 BGB als Akzessorietätsersatz?	159
1. Historisch betrachtet	160
2. Überwiegende Literatur der Folgezeit und OLG Köln	162
3. Rechtsprechung und Risikobegrenzungsgesetz	167
4. Zwischenergebnis	169
IV. Einzelne Einreden gegenüber dem Erstgläubiger – Kongruenz und Divergenz	170
1. Einredeberechtigter	170
2. Grundlegendes	171
3. Anfängliche endgültige Nichtvalutierung	173
4. Nachträgliche endgültige Nichtvalutierung durch Tilgung oder Verzicht	181
5. Anfängliche vorläufige Nichtvalutierung	183
6. Nichtigkeit des Sicherungsvertrags	185
7. Einreden gegen die gesicherte Forderung – Einreden aus Gestaltungsrechten	186
8. Zwischenergebnis	188

*Inhaltsverzeichnis*

V. Einreden bei Gläubigerwechsel: Rechtslage vor § 1192 Abs. 1a BGB	189
1. Geltungsbegrenzung durch Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB	190
2. Einreden	191
VI. Einreden bei Gläubigerwechsel: Rechtslage aufgrund § 1192 Abs. 1a BGB	193
1. Einreden, die dem Eigentümer „auf Grund des Sicherungsvertrags (...) zustehen“	193
2. Einreden, „die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben“	194
3. Divergenz: Einrederechtiger nach § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB	198
VII. Gutgläubiger einrededefreier Erwerb: Rechtslage vor § 1192 Abs. 1a BGB	202
1. Nichteintragung	202
2. Anforderungen an den guten Glauben	206
3. Zusammenfassung	210
VIII. Gutgläubiger einrededefreier Erwerb: Rechtslage aufgrund § 1192 Abs. 1a BGB	211
1. Divergenz: Einrederechtiger nach § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB	211
2. Ausschluss grundpfandrechtsbezogene Einreden i.e.S.?	215
3. Ausschluss der Einrede nach § 821 BGB?	217
4. Zusammentreffen von nichtigem Sicherungsvertrag und Einreden n. § 1192 Abs. 1a BGB	221
5. Zwischenergebnis	222
§ 19 Zwischenergebnisse zu den grundpfandrechtsbezogenen Einreden	223
§ 20 Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	224
I. Einreden	224
II. Besonderheit: Tilgung der gesicherten Forderung nach der Zession	225

4. Kapitel Praktische Notwendigkeit des § 1192 Abs. 1a BGB und alternative Lösungswege	226
§ 21 Praktische Anwendung der bisherigen Ergebnisse – Beispielsfälle	226
I. Beispiele	227
II. Lösung Fall (1a)	228
III. Lösung Fall (1b)	230
IV. Lösung Fall (2)	233
V. Lösung Fall (3a)	236
VI. Lösung Fall (3b)	237
VII. Fazit zu den Beispielfällen	240
VIII. Zwischenfazit	241
§ 22 Auseinandersetzung mit der gesetzgeberischen Zielsetzung und der an § 1192 Abs. 1a BGB geübten Kritik	242
I. Ergebnisorientierte Beurteilung: Verwirklichung des Schuldnerschutzzieles?	242
1. Fortbestehen eines gutgläubigen einredefreien Erwerbs, gutgläubigen Zweiterwerbs und Folgeprobleme	242
2. Leistung auf das dingliche Recht an den Zedenten	244
3. Einschränkung des Schuldnerschutzes durch unveränderte Beweislastverteilung	245
4. Fehlende Differenzierung nach Darlehensart und Darlehensnehmer	246
5. Regelungslücken bei Übertragungsvorgängen und Sicherungsvertrag	247
a) Fehlende Regelung der Übertragung des gesamten Darlehens- und Sicherungsverhältnisses	248
b) Fehlende Regelung des Typus „Sicherungsvertrag“	249
6. Kehrseite des Schuldnerschutzes: Zunehmende Belastung des Zessionars	250
a) Benachteiligung des Erwerbers durch Rechtshandlungen nach der Zession	250
b) Trennung von dinglichem und obligatorischem Recht als Risiko für Gläubiger	254

*Inhaltsverzeichnis*

7. Zusammenspiel mit weiteren Bestimmungen des Risikobegrenzungs-gesetzes	259
a) Hinweis- und Informationspflichten	260
aa) Vorvertragliche Informationspflicht: § 492 Abs. 1a S. 3 BGB i.d.F. bis 10.06.2010 bzw. Art. 247 § 1 Abs. 3 S. 2 EGBGB ab 21.06.2016	260
bb) Unterrichtungspflichten des Darlehensgebers während der Vertragslaufzeit: § 492a Abs. 1-3 BGB bis 11.06.2010 bzw. § 493 Abs. 1- 2, Abs. 6 BGB i.d.F.v. 21.03.2016	261
cc) Informationspflicht: § 496 Abs. 2 BGB	263
b) Unabdingbare Kündigungsfrist: § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB	264
c) Einstweilige Anordnung: § 769 Abs. 1 S. 2 ZPO	268
d) Verschuldensunabhängige Haftung: § 799a ZPO <sup>1132</sup>	269
e) Zusammenspiel mit § 1192 Abs. 1a BGB	269
8. Zusammenfassung	270
II. Systembezogene Beurteilung	271
1. Folgen des RBegrG für die Systematik der Grundpfandrechte: Akzessorisches vs. nicht-akzessorisches Grundpfandrecht?	271
a) Ausprägungen der Akzessorietät bei der Verkehrshypothek	272
aa) Entstehens- und Erlöschensakzessorietät	272
bb) Übertragungsakzessorietät bzw. Zuständigkeitsakzessorietät	274
cc) Durchsetzungsakzessorietät	275
dd) Umfangsakzessorietät	275
b) Sicherungsgrundschuld: § 1192 Abs. 1a BGB und schuldrechtlicher Akzessorietätsersatz	276
aa) Durchsetzungsakzessorietät	277
bb) Übertragungsakzessorietät	278
cc) Erlöschensakzessorietät	278
dd) Bewertung – Frühere Durchbrechung des „Nicht-Akzessorietätsgrundsatzes“	279
c) Verkehrshypothek: § 1192 Abs. 1a BGB analog?	281
d) Ergebnis: Akzessorietätsverschiebung	283
2. Sonstige Kritik	284
a) Neuer sachenrechtlicher Typus „Sicherungsgrundschuld“	284

b) Eintragungsfähigkeit des Merkmals „Sicherungsgrundschuld“?	285
c) Verlust des Treuhandcharakters der Sicherungsgrundschuld?	287
III. Zwischenfazit	289
§ 23 Bestehende Schutzmechanismen und alternative Lösungsansätze	290
I. Erforderlichkeit des RBegrGs: Bisherige anderweitige Schutzmechanismen vor Einredenverlust bzw. Doppelinanspruchnahme des Schuldners	290
1. Das Abtretungsverbot gemäß § 399 Alt. 2 BGB bei der Sicherungsgrundschuld	290
a) Wirkung	292
aa) Abtretungsverbot bezüglich der Forderung	292
bb) Abtretungsverbot bezüglich des Grundpfandrechts	293
b) Zusammenfassung	295
2. Zustimmungsvorbehalt oder Eintritt in den Sicherungsvertrag als Abtretungsvoraussetzung	296
3. Grenzen des Abtretungsausschlusses: § 354a Abs. 1 S. 1 HGB	297
4. Das Abtretungsverbot gem. § 399 Alt. 1 BGB bei der Sicherungsgrundschuld	298
a) „... nicht ohne Veränderung ihres Inhalts ...“	299
b) Inhaltsänderung bei Grundpfandrechten	299
c) Ergebnis	302
5. Schranken der Übertragbarkeit bei umwandlungsrechtlicher Vermögensübertragung	302
a) Abtretungsverbot nach § 399 BGB?	303
b) Zustimmungsvorbehalt	305
6. Grundbucheintragung bzw. Briefvermerk	305
7. §§ 1160 Abs. 1, 1161 BGB: Briefvorlage bei Geltendmachung des Grundpfandrechts	306
8. §§ 1144, 1145 BGB: Grundbuchberichtigung und Briefvermerke	307
9. Aufklärungspflichten des Zedenten, Due Diligence	308
10. Zusammenfassung	309

*Inhaltsverzeichnis*

II. Vollstreckbare Ausfertigung (§§ 726, 727 ZPO) – aktuelle Rechtsprechung	310
1. BGHZ 185, 133: Faktische zeitliche Ausweitung des § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB?	310
a) Entscheidungsinhalt des Urteils	311
b) Gleiches Schutzniveau wie durch § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB?	312
c) Eintritt – Beitritt – Übernahme	314
aa) Vertragsübernahme	315
bb) Schuldübernahme	316
cc) Schuldbeitritt – Vertragsbeitritt	317
dd) Geeignetheit zum Schuldner- bzw. Eigentümerschutz	318
d) Allgemeine Kritik	320
aa) Zeitlicher Anwendungsbereich	320
bb) Sofort vollstreckbare Eigentümergrundschuld	322
cc) Fehlende Schutzbedürftigkeit bei Umschuldung oder Neuvaluierung	322
dd) Umsetzungsschwierigkeiten	323
e) Zusammenfassung	324
2. BGHZ 190, 172: Abkehr von BGHZ 185, 133?	324
a) Entscheidungsinhalt des Urteils	325
b) Kritik	325
3. BGH WM 2012, 1331: Rückkehr zu BGHZ 185, 133?	326
a) Entscheidungsinhalt des Urteils	327
b) Kritik	327
4. Ergebnis	329
III. Gesetzgeberische Alternativen zu § 1192 Abs. 1a BGB?	330
1. Änderung der Anforderungen an die Gutgläubigkeit, Ermächtigung zur Leistungsentgegennahme mit Erfüllungswirkung	330
2. Alleinige Beweislastumkehr	333
3. Automatische Übernahme der sicherungsvertraglichen Pflichten	335
4. Einschränkung der Abtretbarkeit auf nicht notleidende Darlehensverhältnisse	336
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	339

*Inhaltsverzeichnis*

Resümee	341
§ 24 Allgemeine Feststellungen	341
§ 25 Einzelfeststellungen zu § 1192 Abs. 1a BGB	342
§ 26 Verbesserung des Schuldnerschutzes durch das RBegrG?	343
Literaturverzeichnis	345

