itm

Prof. Dr. Thomas Hoeren

Sachenrecht
Arbeitspapier 10: Übertragung der Hypothek durch Berechtigte und Nichtberechtigte; Verteidigung des Eigentümers gegen eine Inanspruchnahme aus der Hypothek

Literaturhinweise:

- *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, §§ 38, 42;
- *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl., München 2022.
- *Lieder/Selentin*, Die forderungslose Hypothek, JuS 2017. 1052;
- *Fervers*, Die wichtigsten Fälle zu Hypothek und Grundschuld – Teil I und II, JA 2019, 658, 742;
- *Monz*, Die Geltendmachung von Einreden bei Hypothek und Grundschuld, AL 2013, 213;
- *Wagner*, "Happy Hypo(thekenbrief)" - Zur Formbedürftigkeit der Abtretungserklärung nach § 1154 I BGB, JA 2013, 13.

Theoretische Grundlagen:

1. Die Übertragung der Hypothek

a) Übertragung durch den Berechtigten

aa) Eine Hypothek wird übertragen, indem die durch sie gesicherte Forderung nach § 398 BGB in der Form des § 1154 BGB abgetreten wird. Die Hypothek geht als akzessorisches Recht nach §§ 1153, 401 BGB mit der gesicherten Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger über (siehe dazu Fall 1).

bb) Die Abtretung der hypothekarisch gesicherten Geldforderung ist nur wirksam, wenn sie in der Form des § 1154 BGB erfolgt. § 1154 BGB unterwirft die Abtretung den für das Immobiliarsachenrecht geltenden sachenrechtlichen Prinzipien ("Die Dienerin (Hypothek) zwingt der Herrin (Forderung) ihr Wesen auf", Wolff/Raiser, § 130 Abs. 2 S. 2). Welcher Form die Forderungsabtretung nach § 1154 BGB bedarf, richtet sich danach, ob die Forderung durch eine Buch- oder eine Briefhypothek gesichert ist:

(1) Zur Abtretung der durch eine **Buchhypothek** gesicherten Forderung sind ein Abtretungsvertrag und die Eintragung der Abtretung im Grundbuch erforderlich (§ 1154 Abs. 3 BGB).

(2) Zur Abtretung einer durch eine **Briefhypothek** gesicherten Forderung ist erforderlich, dass die Abtretungserklärung des Zedenten schriftlich erfolgt (§ 1154 Abs. 1 S. 1 BGB) oder die Abtretung im Grundbuch eingetragen wird (§ 1154 Abs. 2 BGB) und jeweils der Hypothekenbrief übergeben wird (§§ 1154 Abs. 1 S. 1, 1117 BGB).

cc) Forderung und Hypothek können nicht voneinander getrennt werden (§ 1153 Abs. 2 BGB). Eine isolierte Abtretung der Forderung ohne die Hypothek ist unmöglich (siehe dazu Fall 2). Isoliert können nach § 1159 BGB nur Ansprüche auf rückständige Zinsen und andere Nebenleistungen abgetreten werden, und zwar formlos nach § 398 BGB (Baur/Stürner, § 38 Rn. 79 ff.).

b) Übertragung der Hypothek durch einen Nichtberechtigten

aa) Eine Hypothek kann im Wege des Zweiterwerbs nach §§ 398, 1154 BGB kraft guten Glaubens von einer im Grundbuch zu Unrecht als Hypothekar eingetragenen Person erworben werden (zum gutgläubigen Erwerb bei Bestellung der Hypothek vgl. Arbeitspapier Nr. 9). Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden:

(1) Der Zedent ist zwar Gläubiger der angeblich gesicherten Forderung, nicht aber Inhaber der Hypothek (Mangel des dinglichen Rechts; siehe dazu Fall 3). Hier ist § 892 BGB unmittelbar anwendbar. Der gutgläubige Zessionar erwirbt die Hypothek nach §§ 398, 1154, 1153, 401, 892 BGB (Baur/Stürner, § 38 Rn. 22 ff.).

(2) Der Zedent ist nicht Inhaber der Hypothek, weil ihm die angeblich gesicherte Forderung nicht zusteht (Mangel der Forderung, siehe dazu Fall 4). Hier wird die Forderung aus §§ 1138, 892 BGB zugunsten des insoweit gutgläubigen Zessionars als bestehend fingiert, um den Erwerb der Hypothek nach §§ 398, 1154, 401 BGB zu ermöglichen. Über § 1138 BGB ist indes kein gutgläubiger Erwerb der Forderung möglich. Der gutgläubige Zessionar erwirbt also lediglich eine forderungsentkleidete Hypothek (Baur/Stürner, § 38 Rn. 22 ff.) und damit der Sache nach eine Grundschuld.

Streitig ist allerdings, ob das auch gilt, wenn der Zedent nach §§ 398, 1154 BGB eine Forderung abtritt, deren Gläubiger ein Dritter ist (siehe dazu Fall 6).

- Nach einem Teil der Literatur, den Vertretern der „Einheitstheorie“, geht in diesem Sonderfall die Forderung analog § 1153 BGB mit der Hypothek auf den Zessionar über ("Mitreißen der Forderung"). Ein Auseinanderfallen von Forderung und Hypothek müsse in diesen Fällen verhindert werden, weil anderenfalls der Schuldner und Eigentümer Gefahr laufe, doppelt in Anspruch genommen zu werden und zweimal zahlen zu müssen, nämlich an den Hypothekar und den persönlichen Gläubiger (Baur/Stürner, § 38 Rn. 22 ff.; Wolff/Raiser, § 137 Abs. 2 S. 1 d). Dann folgte zwar nicht die Hypothek der Forderung, sondern die Forderung der Hypothek. Um den Schuldner, der von dem Auseinanderfallen von Hypothek und Forderung nichts wüsste und daher regelmäßig keine Einreden erheben könne, zu schützen, sei dies aber gerechtfertigt (s. Vieweg/Lorz, § 15 Rn. 44).

- Die Gegenmeinung lehnt mit der „Trennungstheorie“ auch in diesem Fall zutreffend einen Erwerb der Forderung durch den Zessionar ab. Ein gutgläubiger Forderungserwerb ist systemwidrig. Der Schuldner und Eigentümer ist vor doppelter Inanspruchnahme ausreichend geschützt. An den Hypothekar braucht er nur gegen Löschungsbewilligung und Aushändigung des Hypothekenbriefs zu zahlen (§ 1144 BGB). Dem persönlichen Gläubiger kann er die Einrede entgegenhalten, dass er nach dem der Bestellung der Hypothek zugrunde liegenden Sicherungsvertrag nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Sicherheit zu zahlen brauche (Jahr/Kropf JuS 1963, 356, 358 f.). Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Schuldner und Eigentümer an den Hypothekar und nicht an den persönlichen Gläubiger zahlen muss.

(3) Der Zedent ist nicht Gläubiger der angeblich gesicherten Forderung. Die Hypothek steht ihm darüber hinaus aus einem weiteren Grund nicht zu (Mangel der Forderung und des dinglichen Rechts; „Doppelmangel“). Hier wird die Forderung zugunsten des gutgläubigen Zessionars über §§ 1138, 892 BGB als bestehend fingiert, sodass die Hypothek forderungsentkleidet nach §§ 398, 1154, 1153, 401, 892 BGB erworben werden kann. Der Zessionar erwirbt nur die Hypothek, nicht aber die Forderung (siehe dazu Fall 5; Baur/Stürner, § 38 Rn. 22 ff.).

bb) Ein gutgläubiger Zweiterwerb einer Hypothek von einem Zedenten, dem die Hypothek nicht zusteht, ist unter den Voraussetzungen des § 1155 BGB auch dann möglich, wenn der Zedent nicht im Grundbuch als Hypothekar eingetragen ist. § 1155 BGB projiziert gewissermaßen den Besitzer eines Hypothekenbriefs in das Grundbuch, wenn er durch eine ununterbrochene Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen ausgewiesen ist, die auf eine im Grundbuch als Hypothekar eingetragene Person zurückführt. Von einem derart ausgewiesenen Zedenten kann in gleicher Weise nach §§ 1138, 892 BGB erworben werden wie von einem im Grundbuch eingetragenen Zedenten (siehe dazu Fall 6; Baur/Stürner, § 38 Rn. 32 ff.).

cc) Hingegen liegt kein ausreichender Rechtsscheintatbestand für einen gutgläubigen Erwerb vor, wenn der Zedent nur durch einen Hypothekenbrief als Hypothekar ausgewiesen wird. Der Brief kann zwar den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zerstören (§ 1140 BGB; siehe dazu Fall 7), begründet aber seinerseits

keinen öffentlichen Glauben (Baur/Stürner § 38 Rn. 41 ff.).

2. Die Verteidigung des Eigentümers gegen eine Inanspruchnahme aus der Hypothek

Bei der Verteidigung gegen die Inanspruchnahme ist immer zwischen den „Einwendungen“ gegen die Forderung und den „Einwendungen“ gegen die Hypothek zu differenzieren. Bei der Forderung behält der Schuldner bei einer Übertragung gem. § 404 BGB sämtliche „Einwendungen“. Bei der Hypothek ist wie folgt zu differenzieren.

a) Wird der Eigentümer aus der Hypothek nach § 1147 BGB auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen, kann er sich gegenüber dem Hypothekar, dem er die Hypothek bestellt hat (Ersterwerber), wie folgt verteidigen (siehe dazu Fall 8; Baur/Stürner § 38 Rn. 64 ff.):

aa) Er kann eigentümerbezogene Einwendungen (aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm als Eigentümer und dem Hypothekar) geltend machen, z.B. die Hypothek sei wegen Fehlens der sachenrechtlichen Voraussetzungen nicht entstanden (siehe dazu Fall 8 a).

bb) Er kann eigentümerbezogene Einreden (aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm als Eigentümer und dem Hypothekar) geltend machen, z.B. die Hypothek sei ihm gestundet worden (siehe dazu Fall 8 b).

cc) Er kann auch schuldnerbezogene Einwendungen (aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger) geltend machen, z.B. die gesicherte Forderung sei nicht entstanden oder nachträglich erloschen. Wegen der Akzessorietät der Hypothek (§ 1163 BGB) sind schuldnerbezogene Einwendungen gegen die Forderung zugleich eigentümerbezogene Einwendungen gegen die Hypothek.

dd) Er kann schließlich auch schuldnerbezogene Einreden (aus dem Rechtsverhältnis des Schuldners zum Gläubiger) geltend machen, die dadurch zu Einreden des Eigentümers werden (§ 1137 BGB), z.B. dem Schuldner stehe gegen die gesicherte Forderung ein Zurückbehaltungsrecht zu (siehe dazu Fall 8 c). Allerdings kann er sich nicht auf die Verjährung der Forderung (§ 216 Abs. 1 BGB; siehe dazu Fall 8 d) und die beschränkte Erbenhaftung (§ 1137 Abs. 1 S. 2 BGB) berufen. Dem Eigentümer stehen gem. § 1137 S. 1, 2. Alt BGB auch die dem Bürgen gem. § 770 BGB zustehenden Einreden zu (§ 770 Abs. 1 BGB Anfechtbarkeit, siehe dazu Fall 9; § 770 Abs. 2 BGB Aufrechenbarkeit).

b) Hinsichtlich der Verteidigungsmöglichkeiten des Eigentümers gegen eine Inanspruchnahme nach § 1147 BGB durch eine Person, der die Hypothek nach §§ 398, 1154, 1153, 401 BGB übertragen worden ist (Zweiterwerber), gilt:

aa) Einwendungen und Einreden, die schon vor Übertragung der Hypothek bestanden haben, können dem Zweiterwerber entgegengehalten werden, es sei denn der Zweiterwerber hat die Hypothek gutgläubig einredefrei erworben. Im Einzelnen gilt (vgl. Baur/Stürner, § 38 Rn. 68 ff.):

(1) Eigentümerbezogene Einwendungen sind dem Zweiterwerber gegenüber nur dann ausgeschlossen, wenn er die Hypothek nach §§ 1138, 892 BGB gutgläubig erworben hat (siehe dazu Fall 10, 8 a).

(2) Eigentümerbezogene Einreden kann der Eigentümer dem Zweiterwerber entgegenhalten, wenn nicht der Zweiterwerber die Hypothek nach §§ 1157 S. 2, 892 BGB gutgläubig einredefrei erworben hat (siehe dazu Fall 10, 8 b).

(3) Schuldnerbezogene Einwendungen (die wegen der Akzessorietät der Hypothek zugleich eigentümerbezogene Einwendungen sind) sind dem Zweiterwerber gegenüber nur dann ausgeschlossen, wenn er die Hypothek nach §§ 1138 1. Fall, 892 BGB gutgläubig erworben hat.

(4) Schuldnerbezogene Einreden können dem Zweiterwerber gegenüber geltend gemacht werden, wenn nicht der Zweiterwerber die Hypothek nach §§ 1138 2. Fall, 892 BGB gutgläubig einredefrei erworben hat (siehe

dazu Fall 10, 8 c).

bb) Einwendungen und Einreden, die erst nach Übertragung der Hypothek auf den Zweiterwerber entstanden sind, können vom Eigentümer mit folgender Ausnahme erhoben werden:
Die Einwendung, die gesicherte Forderung sei nach §§ 406 - 408 BGB erloschen, kann dem Anspruch des Zweiterwerbers aus § 1147 BGB nicht entgegengehalten werden (§ 1156 S. 1 BGB; dazu Baur/Stürner, § 38 Rn. 58 ff. und Fall 11).

3. Die Sicherungshypothek

Die Sicherungshypothek ist streng akzessorisch ausgestaltet (§§ 1184 Abs. 1, 1185 Abs. 2 BGB). Als Sonderform der Hypothek muss sie ausdrücklich vereinbart und als solche im Grundbuch eingetragen werden (§ 1184 Abs. 2 BGB). Sie kann nur als Buchhypothek bestellt werden (§ 1185 Abs. 1 BGB). Die Sicherungshypothek genießt Verkehrsschutz, soweit es sich um sachenrechtliche Mängel handelt:
Über § 892 BGB ist ein gutgläubiger Ersterwerb einer Sicherungshypothek möglich. Durch §§ 1157 S. 2, 892 BGB wird ein gutgläubiger Zweiterwerber vor eigentümerbezogenen Einwendungen (die nicht zugleich schuldnerbezogene Einwendungen sind) und Einreden geschützt (siehe dazu Fall 12 sowie Fall 8 a, b). Die Sicherungshypothek genießt dagegen anders als die Verkehrshypothek keinen Verkehrsschutz, soweit der Eigentümer schuldnerbezogene Einwendungen oder Einreden gegenüber einem Zweiterwerber der Hypothek geltend macht (siehe dazu Fälle 12 und 8 c, d, 11). Nach § 1185 Abs. 2 BGB finden nämlich die §§ 1138, 1156 BGB keine Anwendung.

4. Exkurs Grundschuld

Die Grundschuld ist nicht akzessorisch (§§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1 BGB). Sie besteht unabhängig davon, ob eine Forderung existiert. Nach § 1192 Abs. 1 BGB sind die §§ 1113 ff. BGB auf die Grundschuld entsprechend anwendbar, soweit sie nicht auf der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung beruhen. Demnach wird die Grundschuld in der Form des § 1154 BGB übertragen. Andererseits ist etwa § 1138 BGB nicht anzuwenden (siehe dazu Fall 8).

Das Gesagte gilt auch für die so genannte Sicherungsgrundschuld, die nach der schuldrechtlichen Sicherungsabrede der Sicherung einer bestimmten Forderung dient, aber nicht akzessorisch ist (vgl. zu den Einzelheiten der Sicherungsgrundschuld: Baur/Stürner, § 45 Rn. 1 ff.).

Übungsfälle:

1. E hat B für eine Darlehensforderung in Höhe von 100.000,- Euro eine Hypothek an ihrem Grundstück bestellt. B möchte die Hypothek an Z veräußern. Wie kann er die Hypothek übertragen? Macht es einen Unterschied, ob es sich um eine Buch- oder Briefhypothek handelt?

2. Kann B im Fall 1 ausschließlich die Darlehensforderung an Z abtreten, die Hypothek aber behalten?

3. F hat sich von der H 20.000 Euro geliehen. Im Anschluss daran erkrankt der F an einer Psychose und wird geschäftsunfähig. Nach der Erkrankung lässt sich H von F für sein Darlehen eine Hypothek an dem Grundstück des F bestellen. Die Hypothek wird ins Grundbuch eingetragen. Im Anschluss daran tritt H die Darlehensforderung schriftlich und unter Übergabe des Hypothekenbriefs an N ab. Welche Rechte hat N erworben?

4. Wie wäre es, wenn F zum Zeitpunkt der Darlehensaufnahme an der Psychose gelitten hat, zum Zeitpunkt der Hypothekenbestellung aber geheilt war? Kann N aus der Forderung gegen F vorgehen? Kann er von F Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen?

5. Wie wäre es im Fall 4, wenn F zum Zeitpunkt der Darlehensaufnahme und der Hypothekenbestellung an

der Psychose gelitten hat und H die Forderung an den gutgläubigen D abtritt? Hat dieser die Hypothek erworben?

6. E hat der H im Jahr 2000 zur Sicherung einer Darlehensforderung an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt. Seit Februar 2001 ist H auf Grund von Altersdemenz geschäftsunfähig. 2003 tritt sie die Darlehensforderung in einer notariell beglaubigten Abtretungserklärung an Z ab und übergibt ihm den Brief. Z tritt die Darlehensforderung seinerseits schriftlich an K ab und übergibt ihm den Brief. K möchte gegen E aus der Darlehensforderung vorgehen. Ist dies möglich?

7. E hat der M zur Sicherung eines Darlehens eine Hypothek in Höhe von 50.000 Euro bestellt. Auf dem Hypothekenbrief ist eine teilweise Rückzahlung des Darlehens in Höhe von 10.000 Euro vermerkt. Im Vertrauen auf den Grundbuchinhalt - dort war immer noch eine Hypothek in Höhe von 50.000 Euro eingetragen - lässt sich Z von M die Darlehensforderung abtreten. In welcher Höhe hat Z die Hypothek erworben?

8. A hat der B zur Sicherung offener Rechnungen aus der Lieferung von Maschinen eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt. Als A die ausstehenden Geldbeträge nicht zahlt, verklagt B ihn auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück. A verteidigt sich wie folgt:

a) Die Einigung über die Hypothekenbestellung sei wegen arglistiger Täuschung nichtig.
b) B habe ihm die Hypothek für noch zwei Jahre gestundet.
c) Wegen eigener Gegenansprüche aus der ständigen Geschäftsbeziehung zu B stehe ihm ein Zurückbehaltungsrecht zu.
d) Die Zahlungsansprüche der B seien verjährt.

Mit Erfolg?

9. A hat von der B einen Sportwagen zu einem Kaufpreis von 100.000 Euro gekauft. Zur Sicherung des Anspruchs hat die Mutter des A, M, an ihrem Grundstück eine Briefhypothek bestellt. Als A zahlungsunfähig wird, verlangt B von M die Duldung der Zwangsvollstreckung. M wendet ein, ihr Sohn könne den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten. Zu Recht?

10. Hätte die Verteidigung des A im Fall 8 (Anfechtung wegen arglistiger Täuschung) Erfolg, wenn B die Hypothek schriftlich an die C abgetreten, dieser den Hypothekenbrief übergeben hätte und C auf Duldung der Zwangsvollstreckung klagt?

11. A hat sich von B 100.000 Euro geliehen und dieser eine Buchhypothek bestellt. Da B ihrerseits Geld benötigt, tritt sie die Hypothek an C ab. Danach zahlt A an B die 100.000 Euro zurück. C verlangt von A die Duldung der Zwangsvollstreckung. Zu Recht?

12. Ändert sich im Fall 10 etwas, wenn eine Sicherungshypothek bestellt worden wäre?