

## Übersicht

### Gutgläubiger Erwerb der Hypothek (§§ 892, 1138)

(nach Lorenz/Riehm, JuS Lern-CD ZivilR I Rn. 619)

1. Gutgl. **Ersterwerb** (*Einräumung* einer Hypothek durch einen Nichtberechtigten):  
Vollzieht sich nach den allgemeinen Regeln. Es sind also alle Entstehungsvoraussetzungen für die Hypothek erforderlich (einschließlich der Entstehung der gesicherten Forderung), mit Ausnahme der Verfügungsbefugnis des Bestellers, die durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gem. § 892 ersetzt wird.
2. Gutgl. **Zweiterwerb** (*Übertragung* einer nicht bestehenden oder nicht dem Veräußerer zustehenden Hypothek):

**a) Hypothek besteht nicht oder steht nicht dem Veräußerer zu, Forderung besteht aber**

Die (existierende) Forderung kann problemlos übertragen werden. Fraglich ist allerdings, ob der Erwerber der Forderung dann über § 892 auch die Hypothek erwirbt. Denn schließlich wird nur die Forderung durch Rechtsgeschäft übertragen, während die Hypothek kraft Gesetzes (§ 1153 I) übergeht. Jedoch handelt es sich hier um einen Fall des mittelbar rechtsgeschäftlichen Erwerbs, da mit der Übertragung der Forderung letztlich die Übertragung der Hypothek gewollt ist und die Regelung des Überganges lediglich eine gesetzestechnische Zufälligkeit ist. Nach allg.M. ist daher der gutgläubige Erwerb der Hypothek möglich (vgl. Baur/Stürner, SaR § 38 Rn. 23 f.; Palandt/Bassenge § 1138 Rn. 1).

Bei der Briefhypothek genügt nach § 1155 S. 1 eine ununterbrochene Kette notariell beglaubigter Abtretungserklärungen (oder entsprechender anderer Akte nach § 1155 S. 2), die bis zum Eingetragenen zurückführt, um die Gutgläubenswirkung des § 892 herbeizuführen. Rechtsscheinsträger ist hier das Grundbuch in Verbindung mit der Kette von Abtretungserklärungen. Nach h.M. genügen auch gefälschte Abtretungserklärungen auf dem Hypothekenbrief, sofern sie nicht äußerlich als Fälschungen erkennbar sind (MK/Eickmann § 1155 Rn. 12; RGZ 85, 58; a.A. Baur/Stürner, SaR § 38 Rn. 34).

Besteht ein Widerspruch zwischen Grundbuch und Brief, so ist nach § 1140 die Gutgläubenswirkung des Grundbuchs zerstört, so daß ein gutgläubiger Erwerb nach § 892 nicht mehr in Betracht kommt.

**b) Die gesicherte Forderung besteht nicht oder steht nicht dem Veräußerer zu, die Hypothek ist im übrigen (d.h. abgesehen vom Akzessorietätsproblem) wirksam bestellt**

Grundsätzlich wäre hier keine Abtretung möglich, da ein gutgläubiger Erwerb einer Forderung nicht möglich ist (so in der Tat bei der Sicherungshypothek nach § 1185 II).

Jedoch ermöglicht § 1138 dennoch die Übertragung der Hypothek (die keine Sicherungshypothek ist), indem das Bestehen der Forderung unter den Voraussetzungen des § 892 insoweit fingiert wird, als es für die Übertragung der Hypothek erforderlich ist (vgl. Schwab/Prütting Rn. 693).

Es wird hier im Ergebnis also ausnahmsweise der gute Glaube an das Bestehen der Forderung geschützt, wenn das Grundbuch fälschlicherweise eine Hypothek ausweist. Die Forderung selbst entsteht dabei aber nicht, so daß eine "forderungsentkleidete Hypothek" entsteht, die nicht akzessorisch sein kann und daher wohl eine Grundsschuld ist (Schwab/Prütting Rn. 693; a.A. MK/Eickmann § 1138 Rn. 16).

Zu prüfen ist § 1138 im Rahmen der Abtretung der gesicherten Forderung.

**Zur Wiederholung:** Gottwald, PdW Sachenrecht, Fall 149.

**c) Auseinanderfallen von Hypothek und Forderung infolge gutgläubigen Erwerbs**

Wenn die Forderung zwar bestand, aber nicht dem Veräußerer zustand, kann § 1138 konstruktiv zu einem **dauernden Auseinanderfallen** von Forderung und Hypothek führen.

Bsp.: Abtretung des Ersterwerbers an den Zweiterwerber ist nichtig (z.B. infolge einer Anfechtung), so daß zunächst der Ersterwerber Inhaber von Forderung und Hypothek bleibt. Mit der Abtretung an den Dritterwerber würde dieser nach dem oben Gesagten nur die Hypothek nach §§ 892, 1138 gutgläubig erwerben, nicht aber die Forderung, da insoweit kein Gutgläubensschutz besteht. Im Ergebnis würden also Hypothek und Forderung entgegen § 1153 II verschiedenen Personen zustehen.

Nach **h.M.** geht ausnahmsweise entgegen dem Wortlaut des § 1138 doch die Forderung über, da die Wertung des § 1153 vorrangig sei. Ausnahmsweise soll in diesem Fall ein gutgläubiger Erwerb der Forderung möglich sein (vgl. Baur/Stürner, SaR § 38 Rn. 28; Schwab/Prütting Rn. 694). Diese Auffassung wird v.a. damit begründet, daß Eigentümer und Schuldner beim Auseinanderfallen von Forderung und Hypothek der Gefahr doppelter Inanspruchnahme ausgesetzt wären.

Nach einer **Mindermeinung** bleibt dagegen das Auseinanderfallen unkorrigiert (es entsteht eine "forderungsentkleidete Hypothek"): Die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme des Schuldners bestehe in Wahrheit nicht, da dieser nach §§ 1161, 1160 I die Vorlage des Hypothekenbriefs einredeweise verlangen kann. Damit kann nur noch der Inhaber der Hypothek die Forderung tatsächlich durchsetzen. Mit Tilgung der Hypothek erlösche nach dem Gedanken des § 364 II auch die Forderung (Erfüllungsgemeinschaft wie bei der Grundschuld, vgl. hier), so daß insoweit keine Benachteiligung des Schuldners erfolge (MK/Eickmann § 1153 Rn. 13; vgl. zum ganzen Petersen/Rothenfußer WM 2000, 657 ff.).

Zur **Wiederholung**: Gottwald, PdW Sachenrecht, Fall 150; Karper JuS 1989, 33