

Fortgeschrittenenklausur: Geplatzt Start-up-Darlehen

Von Dr. Tim Brockmann, Stud. iur. Finja Maasjost, Hannover*

Der Übungsfall greift einen Klassiker aus dem Sachenrecht auf, das Recht auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach gutgläubigem Hypothekenerwerb. Die Klausur stellt nicht nur die Anforderung an Studierende, den Erwerb und die Übertragung einer Briefhypothek sauber prüfen zu können. Auch der Aufbau kann inzident oder – wie im Sachenrecht üblich – chronologisch erfolgen und muss entsprechend durchgehalten werden.

Sachverhalt

Nichtsnutz N braucht zur Finanzierung seiner neusten Legal-Tech-Start-up-Idee Liquidität. Bei seiner Hausbank (HB) beantragte er deswegen ein Darlehen in Höhe von 400.000 €. Diese verlangte für die Gewährung des Darlehens eine Sicherheit. N gelang es, seinen alten Freund F zur Bestellung einer Hypothek zur Absicherung des Darlehens zu Gunsten der HB zu überreden. Dieser hatte vom Erblasser E aufgrund eines handschriftlichen Testaments, welches ihn als Alleinerben auswies, ein Grundstück geerbt. F wurde unverzüglich nach der Testamentseröffnung als Eigentümer in das entsprechende Grundbuch eingetragen. Er erklärt der HB seine Sicherungsabsicht in entsprechender Höhe und unter konkreter Bezeichnung der Flurstücknummer des Grundstücks. F möchte sich allerdings noch durch zwei Sondervereinbarungen „absichern“, weil er gehört hat, dass das letzte Start-up des N – ein Onlinehandel mit sog. Microgreens – völlig erfolglos gewesen ist.

Daher vereinbart F mit der HB, dass diese sich verpflichtet, ein halbes Jahr erfolglos die Vollstreckung der Forderung gegen N versucht haben muss, bevor sie gegen F aus der Hypothek vorgeht. Zudem vereinbart F mit N, dass bevor F aus der Hypothek durch die HB in Anspruch genommen werden würde, N ihm, unabhängig vom Kurswert, alle seine Tesla-Aktien verkaufen muss, um das Darlehen zu tilgen. An dem Grundstück des F wurde eine Briefhypothek zugunsten der HB in Höhe von 400.000 € bestellt. Die Zusatzvereinbarungen wurden weder im Grundbuch noch auf dem Hypothekenbrief eingetragen. Der Hypothekenbrief wurde sodann an die HB übergeben.

Mit der Sicherung einverstanden, erklärte sich die HB bereit, das Darlehen zu gewähren – bei dem großen Betrag und aufgrund der Zusatzvereinbarung verließ N allerdings am Auszahlungstag der Mut und er ließ sich nicht den im Darlehensvertrag vereinbarten Betrag in Höhe von 400.000 € auszahlen, sondern nur 300.000 €. Nach der Eintragung der Hypothek zugunsten der HB und der Briefübergabe, beantragte die Geliebte (G) des E die Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch, weil sich herausgestellt hatte, dass der E, kurz vor seinem Ableben ein neues, wirksames, hand-

schriftliches Testament errichtet hatte, in welchem er sie als Alleinerbin eingesetzt hatte.

Nach der Eintragung des Widerspruchs trat die HB den Darlehensrückzahlungsanspruch in Höhe von 400.000 € gegen N schriftlich und unter Übergabe des Hypothekenbriefs zur Refinanzierung an die Refinanzierungsbank (RB) ab.

Nachdem auch das neue Start-up des N fehlschlug, will die RB nun aus der Hypothek gegen G vorgehen. Kann RB die Duldung der Zwangsvollstreckung von G verlangen?

Lösungsvorschlag

Die RB könnte einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 1147 BGB gegen G haben. Voraussetzung hierfür ist, dass die RB Inhaberin der Hypothek geworden ist.

I. Passivlegitimation der G

Zunächst müsste G passivlegitimiert sein. Passivlegitimation liegt vor, wenn im Sinne der passiven Sachbefugnis der richtige Anspruchs- oder Klagegegner gewählt worden ist.¹ G ist gemäß §§ 1922, 2247, 2253, 2258 BGB im Wege der Universalsukzession Eigentümerin des Grundstücks geworden. Sie ist damit richtige Anspruchsgegnerin für den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung des Grundstücks im Sinne des § 1147 BGB und mithin passivlegitimiert.

II. Bestehen einer Hypothek zu Gunsten der RB

Die RB müsste Hypothekengläubigerin sein. In Betracht kommt ein Zweiterwerb der Hypothek durch Abtretung der Darlehensforderung der HB gegen N gem. §§ 398, 1153 Abs. 1, 1154 BGB an die RB.

Hinweis: für die Fallbearbeitung: Die Prüfung muss nicht, wie hier, inzident erfolgen. Genauso ist es gut möglich, chronologisch vorzugehen und damit dem klassisch sachenrechtlichen Aufbau zu folgen.

1. Bestehen einer Hauptforderung

Zum Bestehen der Hypothek als akzessorisches Sicherungsmittel im Sinne des §§ 1113 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB müsste eine taugliche Hauptforderung zu Grunde liegen.² Taugliche Hauptforderung für die Hypothek ist eine bestehende oder zumindest bedingte oder künftige Geldforderung.³ Fraglich ist deswegen, ob und in welcher Höhe die erforderliche Hauptforderung entstanden ist.

* Dr. Tim Brockmann ist Lehrbeauftragter am Institut für Prozess- und Anwaltsrecht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover. Finja Maasjost ist studentische Hilfskraft am Institut für Rechtsinformatik an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover.

¹ Vgl. Kratzlmeier, JuS 2018, 1219 (1222).

² Braun/Schultheiß, JuS 2013, 871 (872 f.); Alexander, JuS 2012, 481 (482 f.).

³ Lieder, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1113 Rn. 37 (48); Lieder/Selentin, JuS 2017, 1052 (1052 f.).

a) Darlehensforderung i.H.v. 400.000 €

Vorliegend könnte der HB eine Forderung auf Darlehensrückzahlung in Höhe von 400.000 € gegen N als zu besichernde Hauptforderung entstanden sein. Hierzu bedarf es eines Darlehensvertrages gem. § 488 BGB. Dieser kommt als Konsensualvertrag durch eine Einigung in Form von zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme im Sinne des §§ 145ff. BGB, zu Stande.⁴ HB und N haben sich über die Gewährung eines Darlehens i.H.v. 400.000 € geeinigt. Folglich ist grundsätzlich eine Hauptforderung i.H.v. 400.000 € entstanden.

b) Auszahlung i.H.v. 300.000 €

Fraglich ist, wie es sich auf das Bestehen der Hauptforderung auswirkt, dass N sich das Darlehen nur in einer Höhe von 300.000 € hat auszahlen lassen. Die nur teilweise Valutierung des Darlehens berührt zwar nicht die Wirksamkeit des Darlehensvertrages über ein Darlehen i.H.v. 400.000 €, allerdings ist durch die Auszahlung von lediglich 300.000 € auch der Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich nur in dieser Höhe entstanden.⁵ Problematisch erscheint daher, wie sich die fehlende Auszahlung auf das Bestehen der Hauptforderung hinsichtlich der 100.000 € auswirkt.

aa) Eigentümergrundschild des F

Grundsätzlich entsteht bei einer Teilauszahlung hinsichtlich der nicht ausgezahlten Summe eine gemäß § 1176 BGB im Rang nachrangige Eigentümergrundschild nach §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 S. 1 BGB in Höhe der ausstehenden Forderung,⁶ hier 100.000 €. Allerdings ist vorliegend, wie dargelegt, nicht F, sondern G die rechtmäßige Eigentümerin des Grundstücks, sodass F keine Eigentümergrundschild erworben haben kann. Selbst wenn F sich nach § 1196 BGB eine solche hätte bestellen wollen, würde diese an der mangelnden Eigentümerstellung des F scheitern. Überdies müsste ohnehin ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts für einen gutgläubigen Erwerb vorliegen, mithin dürfte der Erwerber nicht, auch nicht nur wirtschaftlich, der Veräußererseite angehören.⁷ Mangels Verkehrsgeschäfts ist kein gutgläubiger Erwerb einer Eigentümergrundschild möglich.⁸ Eine Eigentümergrundschild zu Gunsten von F ist nicht entstanden.

bb) Gutgläubiger Erwerb der Eigentümergrundschild der G

Auch ein gutgläubiger Erwerb der Eigentümergrundschild der G scheitert mangels Vorliegens eines Verkehrsgeschäfts.

⁴ BT-Drs 14/6040, S. 252; *Rohe*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 53. Ed., Stand: 1.2.2020, § 488 Rn. 2.

⁵ *Rohe* (Fn. 4), § 488 Rn. 34, 46, *Wiese*, in: Schulze, Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 488 Rn. 2.

⁶ *Lieder* (Fn. 3), § 1176 Rn. 5 ff.

⁷ *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 892 Rn. 33.

⁸ *Kohler* (Fn. 7), § 892 Rn. 39.

c) Zwischenergebnis

Damit ist die Hauptforderung der HB gegen N aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB nur in Höhe des ausgezahlten Betrages von 300.000 € entstanden.

2. Abtretungserklärung

Weiterhin müssten sich die Parteien in geeigneter Form einig geworden sein. Dieses ist der Fall, wenn die abzutretende Forderung so genau bezeichnet worden ist, dass eine Verwechslung ausgeschlossen ist⁹ und neben der Abgabe übereinstimmender Erklärungen die zusätzlichen Formerfordernisse des § 1154 BGB gewahrt worden ist. Die HB und die RB waren sich im Sinne des § 398 S. 1 BGB über die Abtretung des Darlehensrückzahlungsanspruchs i.H.v. 400.000 € einig. Die Einigung wurde in schriftlicher Form und unter Übergabe des Hypothekenbriefes im Sinne des § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB erklärt. Mithin liegt eine wirksame Abtretungserklärung vor, HB und RB waren sich zudem einig, die Forderung abtreten zu wollen.

3. Kein Ausschluss der Abtretung

Ein Ausschluss der Abtretbarkeit nach den §§ 399ff. BGB ist nicht ersichtlich. Damit ist die Rückzahlungsforderung auch abtretbar.

4. Berechtigung zur Abtretung

Letztlich müsste die HB auch zur Abtretung berechtigt gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn der Zedent sowohl Inhaber der hypothekarisch gesicherten Forderung als auch der Hypothek ist.¹⁰ Fraglich ist deswegen, ob die HB sowohl Forderungsinhaberin, als auch Hypothekeninhaberin ist.

a) Inhaberin der Forderung

Wie dargelegt, ist der Darlehensrückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.H.v. 300.000 € durch die Auszahlung an N wirksam entstanden. Als Darlehensgeberin war die HB auch Inhaberin dieser Forderung.

b) Inhaberin der Hypothek

Weiterhin müsste die HB auch Inhaberin der nach §§ 1153 Abs. 1, 1154 BGB mitübertragenen Hypothek sein. In Betracht kommt hier ein Erwerb der Hypothek i.H.v. 300.000 € im Sinne des §§ 873, 1113, 1115, 1116 Abs. 1, 1117 BGB.

aa) Bestehen der Hauptforderung

Wie dargelegt bestand die Hauptforderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.H.v. 300.000 €.

bb) Einigung

Es müsste gemäß §§ 873 Abs. 1, 1113 Abs. 1 BGB eine Einigung im Hinblick auf die beteiligten Parteien und ein bestimmtes Grundstück zur Belastung erfolgt sein.¹¹ F erklärte

⁹ *Lorenz*, JuS 2009, 891 (892).

¹⁰ *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 15 Rn. 35.

¹¹ *Rohe* (Fn. 4), § 1113 Rn. 7.

sich gegenüber der HB dazu bereit, das geerbte Grundstück unter konkreter Bezeichnung der Flurstücknummer mit einer Briefhypothek zu belasten. Beide Parteien wollten übereinstimmend, dass das Grundstück die Darlehensforderung sichern soll. Die Voraussetzungen der §§ 873 Abs. 1, 1113 Abs. 1 BGB liegen mithin vor.

cc) Ausstellung und Übergabe des Hypothekenbriefs

Für die Wirksamkeit der Briefhypothek müsste ein Hypothekenbrief im Sinne des § 1116 Abs. 1 BGB ausgestellt worden sein und dieser müsste dem Hypothekengläubiger auch übergeben worden sein.¹² Vorliegend ist der Hypothekenbrief ausgestellt und an die HB übergeben worden.

dd) Eintragung in das Grundbuch

Eine Eintragung der Hypothek in das Grundbuch gemäß §§ 873 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB ist erfolgt.

ee) Berechtigung

Letztlich müsste F auch zur Bestellung der Hypothek an dem Grundstück berechtigt gewesen sein. Berechtigt ist grundsätzlich der nicht in seiner Verfügungsmacht beschränkte Inhaber des Rechts, über welches verfügt wird, oder ein Verfügungsbefugter.¹³ Die Bestellung einer Hypothek stellt eine Belastung und damit eine Verfügung über das Grundstückseigentum dar.¹⁴ Damit ist grundsätzlich der Eigentümer des Grundstücks verfügungsbefugt. Verfügungsberechtigte Eigentümerin war jedoch G, da gemäß §§ 1922, 2247, 2253, 2258 BGB das Eigentum an dem Grundstück mit dem Erbfall sofort auf sie überging. Auch eine Verfügungsbefugnis des F im Sinne des § 185 BGB ist nicht ersichtlich. F handelte daher als Nichtberechtigter.

ff) Gutgläubiger Erwerb

Mangels Berechtigung des F kommt lediglich ein gutgläubiger Ersterwerb der Hypothek durch die HB gemäß §§ 873, 1155, 892 BGB in Betracht.

(1) Nichtberechtigung des Bestellers

Zunächst müsste F Nichtberechtigter gewesen sein. Verfügungsberechtigte Eigentümerin war G, da gemäß §§ 1922, 2247, 2253, 2258 BGB das Eigentum an dem Grundstück mit dem Erbfall sofort auf sie überging. F handelte daher als Nichtberechtigter.

(2) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts

Zudem müsste in der Bestellung der Hypothek ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts gelegen haben. Dies ist der Fall, wenn bei einem Austauschgeschäft keine wirtschaftliche oder rechtliche Identität auf Veräußerer- und

Erwerberseite gegeben ist.¹⁵ F und HB sind sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich personenverschieden, ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts liegt vor.

(3) Unrichtigkeit des Grundbuchs

Ferner müsste das Grundbuch unrichtig gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn der Inhalt des Grundbuchs im Widerspruch zur materiellen Rechtslage steht.¹⁶ Vorliegend wies das Grundbuch anstelle der G, den F als Eigentümer des Grundstücks aus. Damit widerspricht der Inhalt des Grundbuchs der materiellen Rechtslage und ist damit unrichtig.

(4) Rechtsschein der Legitimation des Veräußerers

Weiterhin muss eine Legitimation des Verfügenden als Berechtigten gegeben sein. Diese muss den Rechtsschein der Berechtigung bewirken, also tatsächlich den Eindruck nach außen erwecken, dass die Berechtigung zur Vornahme des Rechtsgeschäfts vorliegt. Das ist gemäß §§ 891, 892 Abs. 1 S. 1 BGB dann der Fall, wenn der die Hypothek Bestellende im Grundbuch als Berechtigter eingetragen ist.¹⁷ Hier war F im Grundbuch als Berechtigter eingetragen. Er war damit legitimiert.

(5) Guter Glaube

Die HB müsste zum Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags gutgläubig hinsichtlich der sich aus der Legitimation des Grundbuchs ergebenden Verfügungsberechtigung gewesen sein. Nach der Legaldefinition des § 932 Abs. 2 BGB ist der Erwerber nicht gutgläubig, wenn er positiv wusste oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wusste, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Im Zeitpunkt der Antragsstellung hatte HB keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs; sie war damit gutgläubig im Sinne des § 892 Abs. 1 S. 1 BGB.

(6) Kein Widerspruch im Grundbuch

Schließlich dürfte zum Zeitpunkt des Rechtserwerbs gem. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB kein Widerspruch im Grundbuch eingetragen gewesen sein, ebenfalls dürfte nicht für jedermann offenkundig etwas Gegenteiliges gelten.¹⁸ Der Widerspruch von G, wurde erst nach der Eintragung der Hypothek und der Briefübergabe an HB eingetragen und lag somit nicht zum Zeitpunkt des Rechtserwerbs vor. Damit entfaltet der nachträgliche Widerspruch keine Auswirkungen auf den möglichen gutgläubigen Erwerb der HB.

(7) Kein Unrichtigkeitsvermerk im Hypothekenbrief

Im Hypothekenbrief wurde vor Übergabe an die HB kein Unrichtigkeitsvermerk eingetragen, sodass F den Hypothekenbrief wirksam übergeben konnte.

¹² Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 1116 Rn. 3.

¹³ Herrler, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 873 Rn. 11.

¹⁴ Kohler (Fn. 7), § 873 Rn. 7.

¹⁵ Lorenz/Eichhorn, JuS 2017, 822 (822); Kohler (Fn. 7), § 892 Rn. 33.

¹⁶ Herrler (Fn. 13), § 894 Rn. 2.

¹⁷ Berger (Fn. 12), § 891 Rn. 4; Staudinger, in: Schulze, Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 891 Rn. 2.

¹⁸ Berger (Fn. 12), § 891 Rn. 7.

(8) *Zwischenergebnis*

Damit liegen alle Voraussetzungen eines gutgläubigen Ersterwerbs vor, sodass die HB gutgläubig eine Briefhypothek i.H.v. 300.000 € vom Nichtberechtigten F erworben hat.

gg) *Zwischenergebnis*

Mithin war sie Inhaberin der Hypothek i.H.v. 300.000 €.

c) *Zwischenergebnis*

Damit war sie zur Abtretung in dieser Höhe berechtigt.

5. *Gutgläubiger Zweiterwerb der Hypothek i.H.v. 100.000 €*

Fraglich erscheint, ob die RB die Hypothek auch bezüglich der nicht ausgezahlten 100.000 € im Wege eines gutgläubigen Zweiterwerbs von der HB erworben haben könnte. Wie dargelegt, war die HB nur bzgl. der Hypothek i.H.v. 300.000 € zur Übertragung berechtigt. Hinsichtlich der restlichen 100.000 € lag mangels bestehender Hauptforderung und damit mangels in dieser Höhe bestehender Hypothek keine Berechtigung der HB vor. Fraglich ist daher, ob ein gutgläubiger Erwerb der RB nach §§ 1138, 892 BGB in Betracht kommt.

a) *Anwendbarkeit*

Problematisch erscheint, dass vorliegend bereits die der Hypothek zu Grunde liegende Forderung i.H.v. 100.000 € nicht besteht. Grundsätzlich ist ein gutgläubiger Forderungserwerb nach den §§ 389ff. BGB nicht möglich.¹⁹ Allerdings ermöglicht § 1138 BGB dennoch die Übertragung durch eine Fiktion des Bestehens der Forderung,²⁰ soweit fälschlicherweise eine wirksame Hypothek im Grundbuch eingetragen ist und es sich nicht um eine Sicherungshypothek handelt, vgl. § 1185 Abs. 2 BGB.

Dadurch entsteht nach einer Ansicht eine forderungsentkleidete Hypothek.²¹ Nach einer anderen Ansicht stellt die „forderungsentkleidete Hypothek“ in Wahrheit aufgrund der fehlenden Akzessorietät infolge der fehlenden Forderung eine Grundschuld dar.²² Für die letztgenannte Ansicht spricht, dass das obligatorische Hauptrecht und das dingliche Sicherungsrecht fortan separat übertragen werden können.²³ Damit werde die Akzessorietät nicht bloß gelockert, sondern vollständig aufgehoben.²⁴ Gegen diese Ansicht spricht allerdings, dass es gerade Zweck des § 1138 BGB ist zu verhindern, dass der Erwerb des Grundpfandrechts an der fehlenden Existenz

¹⁹ *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2019, § 52 Rn. 14; *Prütting*, Sachenrecht, 36. Aufl. 2017, Rn. 692.

²⁰ *Lieder* (Fn. 3), § 1138 Rn. 10 ff.

²¹ RGZ 137, 95 (97); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 28 Rn. 22; *Eickmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1138 Rn. 16; *Herrler* (Fn. 13) § 1138 Rn. 6; *Wolfsteiner*, in: Staudinger, 2015, § 1138 Rn. 8; *Lorenz/Eichhorn*, JuS 2017, 822 (825).

²² *Lieder* (Fn. 3), § 1138 Rn. 16; *Prütting* (Fn. 19), Rn. 693.

²³ *Lieder* (Fn. 3), § 1138 Rn. 16.

²⁴ *Lieder* (Fn. 3), § 1138 Rn. 16; *Prütting* (Fn. 19), Rn. 693.

der Hauptforderung scheitert.²⁵ Damit bezweckt § 1138 BGB gerade einen Durchbruch des Grundsatzes der Akzessorietät zu Gunsten der Aufrechterhaltung der Grundsätze des gutgläubigen Erwerbs, der Verkehrsfähigkeit²⁶ sowie des Ausschlusses des gutgläubigen Forderungserwerbs.²⁷ Mithin vermögen die Argumente der zweitgenannten Ansicht nicht zu überwiegen, sodass nach hier vertretener Auffassung beim Vorliegen der Voraussetzungen eine forderungsentkleidete Hypothek entsteht.

b) *Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts*

Die HB und die RB sind sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich personenverschieden, ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts liegt vor.

c) *Unrichtigkeit des Grundbuchs*

Im Grundbuch war eine Hypothek der HB i.H.v. 400.000 € ausgewiesen, obwohl diese nur i.H.v. 300.000 € bestand. Damit weicht der Grundbuchinhalt von der materiellen Rechtslage ab, sodass das Grundbuch unrichtig ist.

d) *Rechtsschein der Legitimation des Veräußerers*

Das Grundbuch wies eine wirksame Hypothek zu Gunsten der HB i.H.v. 400.000 € aus. Damit war sie durch das Grundbuch zur Übertragung der Hypothek im Sinne des §§ 1138, 892 Abs. 1 S. 1 BGB berechtigt. Mithin liegt ein tauglicher Rechtsschein vor.

e) *Guter Glaube der RB*

Die RB müsste zum Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags gutgläubig hinsichtlich der sich aus der Legitimation des Grundbuchs ergebenden Verfügungsberechtigung gewesen sein. Im Zeitpunkt der Antragsstellung hatte die RB keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Damit war sie gutgläubig im Sinne des §§ 1155 S. 1, 892 Abs. 1 S. 1 BGB.

f) *Kein Widerspruch im Grundbuch*

Der gutgläubige Erwerb könnte jedoch aufgrund des durch G veranlassten Widerspruchs ausgeschlossen sein. Grundsätzlich ist ein eingetragener Widerspruch geeignet, den gutgläubigen Erwerb zu hindern.²⁸ Allerdings richtete sich der hier eingetragene Widerspruch nicht gegen die Hypothek, sondern gegen die Eigentümerstellung des F. Die RB hat hier jedoch nicht auf die Eigentümerstellung des F, sondern auf den Bestand einer Hypothek der HB i.H.v. 400.000 € vertraut. Der Widerspruch gegen das Eigentum könnte sich jedoch auch auf alle Verfügungen, die auf Grundlage der Eigentums-

²⁵ *Lieder* (Fn. 3), § 1138 Rn. 15; *Vieweg/Werner* (Fn. 10), § 15 Rn. 41; *Wolfsteiner* (Fn. 21), § 1138 Rn. 8.

²⁶ *Braun/Schultheiß*, JuS 2013, 871 (873).

²⁷ *Prütting* (Fn. 19), Rn. 692; *Vieweg/Werner* (Fn. 10), § 15 Rn. 41; *Wolfsteiner* (Fn. 21), § 1138 Rn. 8.

²⁸ *Staudinger* (Fn. 17), § 892 Rn. 25; *Vieweg/Werner* (Fn. 10), § 13 Rn. 52.

position erfolgen, erstrecken.²⁹ Hiergegen spricht vorliegend insbesondere, dass der Widerspruch erst nach der Bestellung der Hypothek eingetragen wurde. Der Widerspruch berührt daher nicht rückwirkend den gutgläubigen Erwerb der mangels Forderung nicht in voller Höhe entstandenen Hypothek.³⁰ Ansonsten könnte der Hypothekar sein Recht praktisch nicht veräußern, obwohl der Rechtsinhaber an der Unklarheit der Rechtslage nicht mitgewirkt hat.³¹ Dies wäre anders, wenn der Widerspruch auch gegen die Hypothek oder bereits vor der Bestellung der Hypothek eingetragen worden wäre.³² Ferner kann der Widerspruch keine weitergehende Wirkung entfalten, als diejenige, die eintreten würde, wenn im fraglichen Zeitpunkt das durch den Widerspruch geschützte Recht im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen worden wäre.³³ Trotz des Widerspruchs konnte die RB daher annehmen, die HB habe die Hypothek in voller Höhe kraft guten Glaubens erworben.

g) Zwischenergebnis

Folglich hat die RB die Hypothek gutgläubig i.H.v. 400.000 € von der HB erworben.³⁴

III. Einreden

G könnten jedoch in der Hinsicht Einreden zustehen, dass die RB dazu verpflichtet sein könnte, zunächst gegen N vorzugehen.

1. Zusatzvereinbarung zwischen F und N

In Betracht kommt zunächst die Zusatzvereinbarung zwischen F und N. Diese betrifft jedoch nur das Grundverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürge. Im Verhältnis zum Gläubiger, hier der RB, sind im Rahmen des Grundverhältnisses getroffene Vereinbarungen daher unerheblich.³⁵ Insbesondere kann der Bürge aus Vereinbarungen im Innenverhältnis keine Einwendungen gegen den Gläubiger herleiten.³⁶ Mithin entfaltet die Zusatzvereinbarung lediglich eine Wirkung inter partes und wirkt damit nicht gegen die RB.

2. Zusatzvereinbarung zwischen F und HB

Fraglich ist, wie sich die Vereinbarung zwischen F und der HB, zunächst ein halbes Jahr die Vollstreckung bei N zu versuchen, auswirkt. Grundsätzlich kann der Eigentümer

gem. § 1157 S. 1 BGB dem Zessionar auch die Einreden entgegenhalten, die ihm gegen den Zedenten zustanden.³⁷

Allerdings ist gemäß § 1157 S. 2 BGB ein gutgläubiger einrededfreier Erwerb über § 892 BGB möglich.³⁸ Wer also die Hypothek durch Rechtsgeschäft erwirbt, ist den Einreden nicht ausgesetzt, wenn er in Bezug auf sie gutgläubig war. Die Zusatzvereinbarung war nicht im Grundbuch eingetragen. Zudem hatte die RB keine positive Kenntnis der zwischen der HB und F getroffenen Vereinbarung. Somit hat RB die Briefhypothek auch hinsichtlich der Einreden gutgläubig gem. § 892 BGB erworben. Der Eigentümer kann sich gegen den Verlust der Einrede infolge gutgläubigen Erwerbs dadurch sichern, dass er im Sinne des § 1140 BGB die Einrede auf dem Hypothekenbrief vermerkt.³⁹ Dies ist hier jedoch nicht erfolgt. Es muss folglich nicht ein halbes Jahr versucht werden, bei N zu vollstrecken.

3. Zwischenergebnis

Damit stehen G keine Einreden aus den Zusatzvereinbarungen zu, andere Einredemöglichkeiten sind nicht ersichtlich.

IV. Ergebnis

Die RB kann von G die Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 1147 BGB verlangen.

²⁹ RGZ 129, 124 (127)

³⁰ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 551; *Picker*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 892 Rn. 135; *Vieweg/Werner* (Fn. 10), § 13 Rn. 52.

³¹ *Medicus/Petersen* (Fn. 30), Rn. 551; *Vieweg/Werner* (Fn. 10), § 13 Rn. 52.

³² *Medicus/Petersen* (Fn. 30), Rn. 551.

³³ *Picker* (Fn. 30), § 892 Rn. 135.

³⁴ A.A. vertretbar (nur 300.000 €).

³⁵ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. v. § 765 Rn. 5.

³⁶ BGH NJW 2018, 3637.

³⁷ *Berger* (Fn. 12), § 1157 Rn. 1 ff.; *Fervers*, JA 2019, 741 (743).

³⁸ *Lieder* (Fn. 3), § 1157 Rn. 9 ff.

³⁹ *Herrler* (Fn. 13), § 1140 Rn. 1; *Rohe* (Fn. 3), § 1140 Rn. 3 f.