

**Fall 18**

S will einen Jugendtraum verwirklichen. Er hat schon immer davon geträumt, Eigentümer eines alten Kohlefrachters zu werden, auf dem er ein schwimmendes Theater etablieren möchte. Aufgrund des Mangels an flüssigen finanziellen Mitteln schließt er mit H einen Darlehensvertrag. H zahlt daraufhin das Darlehen in Höhe von 400.000 € an S. Zur Sicherung der Rückzahlungsforderung des H einigen sich die Parteien über die Bestellung einer Briefhypothek am Grundstück des S. Die Hypothekenbestellung erfolgt unter Übergabe des Hypothekenbriefs. Nun ficht S seine Willenserklärung bezüglich des Darlehensvertrags gemäß §§ 119, 142 begründet an. H, der den Hypothekenbrief immer noch in Händen hält, tritt später die Forderung aus dem Darlehensvertrag formgerecht an den gutgläubigen A ab. Zum Zeitpunkt der vermeintlichen Fälligkeit des Anspruchs auf Darlehensrückzahlung will A in das Grundstück des S vollstrecken, da dieser zahlungsunfähig ist.

**Frage:** Hat A gegen S einen Anspruch aus § 1147 ?

**Lösungsskizze Fall 18**

**- A gegen S Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 1147 ?**

**I. Anspruch entstanden ?**

**1. Anspruchsgegner (S) ist Eigentümer des Grundstücks ? (+)**

**2. Anspruchsteller (A) ist Inhaber der Briefhypothek ?**

**a. ursprünglich (-)**

**Vorüberlegung:** A ist Inhaber der Hypothek, wenn entweder zunächst ein Erwerb im Verhältnis S – H und anschließend ein Erwerb im Verhältnis H – A erfolgt ist oder wenn trotz fehlenden direkten Erwerbs des H von S ein wirksamer abgeleiteter Erwerb im Verhältnis H – A erfolgt ist

**b. Briefhypothekenerwerb des H von S gemäß §§ 873, 1113, 1115 ff ?**

= direkter Erwerb des H vom Berechtigten S

**aa. Einigung, §§ 873, 1113 I ?**

= darüber, dass ein Grundstück eine bestimmte Forderung sichern soll

HIER (+) → der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens sollte gesichert werden

**bb. Eintragung der Einigung im Grundbuch, §§ 873, 1115 ? (+)**

**cc. Briefübergabe oder -ersatz, § 1117 ?**

HIER (+) → Übergabe, § 1117 I 1

**dd. Bestehen der Forderung ?**

= die Hypothek ist akzessorisch; also ohne Forderung keine Hypothek

HIER (-) → der Anspruch auf Darlehensrückzahlung besteht nicht, da der Darlehensvertrag gemäß §§ 119, 142 wirksam angefochten worden ist

**ee. also: direkter Briefhypothekenerwerb des H vom Berechtigten S gemäß §§ 873, 1113, 1115 ff (-)**

**c. Briefhypothekenerwerb des H von S gemäß §§ 873, 1113, 1115 ff, 892 ?**

= direkter Erwerb des H vom Nichtberechtigten S

**aa. Einigung, §§ 873, 1113 I ? (+)**

**bb. Eintragung der Einigung im Grundbuch, §§ 873, 1115 ? (+)**

**cc. Briefübergabe oder -ersatz, § 1117 ? (+)**

**dd. Bestehen der Forderung ? (-), s.o.**

**ee. also: direkter Briefhypothekenerwerb des H vom Nichtberechtigten S gemäß §§ 873, 1113, 1115 ff, 892 (-)**

**d. Übergang der Briefhypothek von H auf A gemäß §§ 398, 1154, 1153 ?**

= abgeleiteter Erwerb des A vom Berechtigten H

**aa. Forderungsabtretung gemäß § 398 ?**

= die der Hypothek zugrunde liegende Forderung

HIER (+) → es ist eine Forderungsabtretung im Verhältnis H – A erfolgt; obwohl die Forderung wegen der erfolgten Anfechtung des Darlehensvertrags nicht existiert, hat dies zunächst keine Auswirkungen auf einen etwaigen Erwerb des A

**bb. in der Form des § 1154 ? (+)**

**cc. Berechtigung des Abtretenden ?**

= Abtretender muss Inhaber der Forderung und Inhaber der Hypothek sein

HIER (-) → zwar war H zum Zeitpunkt der Abtretung Hypothekeninhaber; wegen der erfolgten Anfechtung des Darlehensvertrags ist H jedoch (rückwirkend) nicht Inhaber der Forderung geworden, § 142 I

**dd. also: abgeleiteter Erwerb des A vom Berechtigten H gemäß §§ 398, 1154, 1153 (-)**

**e. Übergang der Briefhypothek von H auf A gem. §§ 398, 1154, 1153, 892 ?**

= abgeleiteter Erwerb des A vom Nichtberechtigten H

**aa. Forderungsabtretung gemäß § 398 ?**

= die der Hypothek zugrunde liegende Forderung

HIER (+) → es ist eine Forderungsabtretung im Verhältnis H – A erfolgt; obwohl die Forderung wegen der erfolgten Anfechtung des Darlehensvertrags nicht existiert, hat dies zunächst keine Auswirkungen auf einen etwaigen Erwerb des A

**bb. in der Form des § 1154 ? (+)**

**cc. „Berechtigungsersatz“ ?**

= Voraussetzungen der §§ 1138, 892 (also nicht § 892 allein); das Gesetz überwindet in § 1138 die fehlende Forderungsberechtigung des Abtretenden und fingiert für den Übergang der Hypothek (§ 1153) die Forderung, wenn die Voraussetzungen des § 892 bezüglich der Forderung (!!!) vorliegen

**(1) Rechtsgeschäftlicher Erwerb beabsichtigt ? (+)**

**(2) Verkehrsgeschäft ? (+)**

**(3) Unrichtigkeit des Grundbuchs ? (+)**

**(4) Legitimation des Verfügenden als Berechtigter ? (+)**

**(5) Gutgläubigkeit des Erwerbers bez. der Forderung ? (+)**

**(6) keine Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 gegen die Richtigkeit des Grundbuchs ? (+)**

**(7) also: Voraussetzungen der §§ 1138, 892 (+) → die Forderung wird somit gemäß § 1138 fingiert, damit die Hypothek gemäß § 1153 übergehen kann (+)**

**dd. also: abgeleiteter Erwerb des A vom Nichtberechtigten H gemäß §§ 398, 1154, 1153, 892 (+)**

**f. also: Anspruchsteller (A) ist Inhaber der Briefhypothek (+)**

**3. also: Anspruch entstanden (+)**

**II. Anspruch untergegangen ? (-)**

**III. Anspruch durchsetzbar ? (+)**

**IV. Ergebnis:**

**A gegen S Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 1147 (+)**

### Formulierungsvorschlag Fall 18

**- A gegen S Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 1147**

A könnte gegen S einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 1147 haben.

**I.** Der Anspruch müsste entstanden sein.

**1.** Anspruchsgegner S ist Eigentümer des Grundstücks.

**2.** Anspruchsteller A müsste Inhaber der Briefhypothek sein.

# Hypothek

---

**a.** Ursprünglich war er nicht Inhaber.

A ist aber Inhaber der Hypothek, wenn entweder zunächst ein Erwerb im Verhältnis S – H und dann ein Erwerb im Verhältnis H – A erfolgt ist oder wenn trotz fehlenden direkten Erwerbs des H von S ein wirksamer abgeleiteter Erwerb im Verhältnis H – A erfolgt ist.

**b.** H könnte die Briefhypothek direkt vom Berechtigten S gemäß §§ 873, 1113, 1115 ff erworben haben.

Die Parteien haben sich gemäß §§ 873, 1113 I darüber geeinigt, dass ein Grundstück eine bestimmte Forderung sichern soll. Das Grundstück des S sollte den Anspruch des H auf Rückzahlung des Darlehens sichern.

Die Eintragung der Einigung im Grundbuch ist erfolgt, §§ 873, 1115.

Der Hypothekenbrief ist übergeben worden, § 1117 I 1.

Fraglich ist, ob eine Forderung bestand. Die Hypothek ist nämlich akzessorisch. Also besteht ohne Forderung keine Hypothek. Der Anspruch auf Darlehensrückzahlung besteht nicht, da der Darlehensvertrag gemäß §§ 119, 142 wirksam angefochten worden ist. Mithin bestand keine Forderung.

Also hat H die Briefhypothek nicht direkt vom Berechtigten S gemäß §§ 873, 1113, 1115 ff erworben.

**c.** Möglicherweise hat H jedoch die Briefhypothek direkt vom Nichtberechtigten S gemäß §§ 873, 1113, 1115 ff, 892 erworben.

Die Parteien haben sich gemäß §§ 873, 1113 I darüber geeinigt, dass ein Grundstück eine bestimmte Forderung sichern soll. Das Grundstück des S sollte den Anspruch des H auf Rückzahlung des Darlehens sichern.

Die Eintragung der Einigung im Grundbuch ist erfolgt, §§ 873, 1115.

Der Hypothekenbrief ist übergeben worden, § 1117 I 1.

Es bestand jedoch wegen der wirksamen Anfechtung des Darlehensvertrag gemäß §§ 119, 142 keine Forderung auf Darlehensrückzahlung.

Demnach hat H die Briefhypothek auch nicht direkt vom Nichtberechtigten S gemäß §§ 873, 1113, 1115 ff, 892 erworben.

**d.** Weiterhin könnte die Briefhypothek gemäß §§ 398, 1154, 1153 von H auf A übergegangen sein, also ein abgeleiteter Erwerb des A vom Berechtigten H stattgefunden haben.

Es müsste eine Forderungsabtretung gemäß § 398, d.h. eine Abtretung der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung erfolgt sein. Eine Forderungsabtretung im Verhältnis H – A ist erfolgt. Obwohl die Forderung wegen der erfolgten Anfechtung des Darlehensvertrags nicht existiert, hat dies zunächst keine Auswirkungen auf einen etwaigen Erwerb des A.

Die Abtretung ist in der Form des § 1154, also formgerecht erfolgt.

Fraglich ist die Berechtigung des Abtretenden. Der Abtretende müsste Forderungsinhaber und Inhaber der Hypothek gewesen sein. Zwar war H zum Zeitpunkt der Abtretung Hypothekeninhaber. Wegen der erfolgten Anfechtung des

Darlehensvertrags ist er jedoch nicht Inhaber der Forderung geworden, § 142 I. Also ist eine Berechtigung des Abtretenden zu verneinen.

Demnach ist die Briefhypothek nicht gemäß §§ 398, 1154, 1153 von H auf A übergegangen. Es hat kein abgeleiteter Erwerb des A vom Berechtigten H stattgefunden.

- e. Letztlich könnte die Briefhypothek gemäß §§ 398, 1154, 1153, 892 von H auf A übergegangen sein, also ein abgeleiteter Erwerb des A vom Nichtberechtigten H stattgefunden haben.

Es müsste eine Forderungsabtretung gemäß § 398, d.h. eine Abtretung der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung erfolgt sein. Eine Forderungsabtretung im Verhältnis H – A ist erfolgt. Obwohl die Forderung wegen der erfolgten Anfechtung des Darlehensvertrags nicht existiert, hat dies zunächst keine Auswirkungen auf einen etwaigen Erwerb des A.

Die Abtretung ist in der Form des § 1154, also formgerecht erfolgt.

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen der §§ 1138, 892 vorliegen. Das Gesetz überwindet in § 1138 die fehlende Forderungsberechtigung des Abtretenden und fingiert für den Übergang der Hypothek (§ 1153) die Forderung, wenn die Voraussetzungen des § 892 bezüglich der Forderung vorliegen.

Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb war zumindest beabsichtigt. Dies reicht aus.

Außerdem liegt ein Verkehrsgeschäft vor.

Zudem ist das Grundbuch unrichtig. H ist fälschlicherweise als Hypothekeninhaber im Grundbuch eingetragen.

Der Übertragende war aus dem Grundbuch als Berechtigter ersichtlich.

A war bezüglich des Bestehens der Forderung gutgläubig.

Ein Widerspruch gemäß § 899 gegen die Richtigkeit des Grundbuchs ist nicht erfolgt.

Also liegen die Voraussetzungen der §§ 1138, 892 vor. Die Forderung wird somit gemäß § 1138 fingiert, damit die Hypothek gemäß § 1153 übergehen kann.

Mithin ist die Briefhypothek gemäß §§ 398, 1154, 1153, 892 von H auf A übergegangen. Es hat ein abgeleiteter Erwerb des A vom Nichtberechtigten H stattgefunden.

- f. Somit ist der Anspruchsteller A Inhaber der Briefhypothek.
3. Demnach ist der Anspruch entstanden.
- II. Der Anspruch ist nicht untergegangen.
- III. Er ist auch durchsetzbar.
- IV. A hat gegen S einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 1147.

## Fazit

1. Nun habt ihr den zweiten „Hammerfall“ aus dem Hypothekenrecht kennengelernt. Und ein weiterer wird folgen. Da diese und die noch folgende Konstellation **äußerst klausurrelevant** sind, solltet ihr den hiesigen Ausführungen abermals wach folgen.
2. In unserem Fall ist zunächst eine Hypothekenbestellung im Verhältnis S – H erfolgt. Dann ist die hypothekarisch gesicherte Forderung von H an A abgetreten worden. Gewollt war also ein Übergang der Hypothek von H auf A. Aber: Ärgerlicherweise hat S seine **Willenserklärung bezüglich des Darlehensvertrags** gemäß §§ 119, 142 **angefochten**, und zwar schon vor der Abtretung. Das hat zur Folge (§ 142 lesen!), dass das Rechtsgeschäft (der Darlehensvertrag im Verhältnis S – H) als von Anfang an nichtig betrachtet wird. Shit! Kann A überhaupt noch Inhaber der Hypothek werden, wenn die der Hypothek zugrunde liegende Forderung gänzlich fehlt? Noch einmal zur Klarstellung: Anders als im vorigen Fall ist H, wenn man den Zeitablauf betrachtet, nicht Hypothekeneinhaber geworden. Um eine Hypothek „direkt“ vom Berechtigten oder vom Nichtberechtigten zu erwerben, muss auf jeden Fall eine (zugrunde liegende) Forderung bestehen. Die einzig in Betracht kommende Darlehensrückzahlungsforderung besteht aber nicht, weil S den Darlehensvertrag wirksam angefochten hat. Ein „direkter“ Hypothekenerwerb scheidet demnach aus.
3. Es kann somit allenfalls ein „abgeleiteter“ Erwerb stattgefunden haben. Der „abgeleitete“ Erwerb vom Berechtigten scheitert allerdings mangels Berechtigung des H. Der Abtretende muss nämlich (Prüfungspunkt: „Berechtigung des Abtretenden“) immer Forderungsinhaber sein. Wegen der erfolgten Anfechtung des Darlehensvertrags war H aber nicht Forderungsinhaber. Folglich bleibt allenfalls ein „abgeleiteter“ Erwerb der Hypothek vom Nichtberechtigten.
4. Zunächst muss eine **Forderungsabtretung** stattgefunden haben (§ 398), und zwar in der Form des § 1154. Bei der Briefhypothek sind die §§ 1154 I, II, 1117 zu beachten. Das machte – wie im vorherigen Fall – keine Probleme. Wichtig: Obwohl die Forderung wegen der erfolgten Anfechtung des Darlehensvertrags nicht existiert, hat dies zunächst keine Auswirkungen auf einen etwaigen Erwerb des A. Hier war nur zu prüfen, ob überhaupt eine formgerechte Abtretung stattgefunden hat. Das ergibt sich aus der Regelung der §§ 1138, 892.

Mangels „Berechtigung“ war einmal mehr auf den Prüfungspunkt **„Berechtigungsersatz“** einzugehen. Und der beschränkt sich **nicht allein** auf eine Prüfung der **Voraussetzungen des § 892** (schaut in diesem Zusammenhang vergleichend in die Lösung des vorigen Falles). Denn wir haben es ja mit einer großen Besonderheit zu tun. Zwar ist (siehe vorhergehender Prüfungspunkt) eine formgerechte Abtretung erfolgt, es besteht jedoch wegen der erfolgten Anfechtung gar keine Forderung. Und wie lässt sich der Konflikt lösen? Die Antwort ergibt sich aus **§ 1138**, der u.a. auf § 892 verweist. Der nach meiner Meinung etwas unglücklich formulierte § 1138 will sagen: Das Gesetz überwindet die fehlende Forderungsberechtigung des Abtretenden und fingiert für den Übergang der Hypothek (§ 1153) die Forderung, wenn die Voraussetzungen des § 892 bezüglich der Forderung vorliegen. Achtung: Schlussendlich erwirbt

A keine Forderung, sondern – wenn überhaupt – nur die Hypothek. Damit er die Hypothek erwerben kann, **wird die Forderung lediglich für einen kurzen Moment fingiert**. Aber eben nur dann, wenn bezüglich der Forderung die Voraussetzungen des § 892 gegeben sind. Und das sind die folgenden:

Im vorigen Fall (blättert noch einmal zurück) musste zuerst ein „rechtsgeschäftlicher Erwerb“ vorliegen, also gerade kein gesetzlicher Erwerb. § 1153 fordert nun aber an sich einen gesetzlichen Übergang der Hypothek, also gerade keinen rechtsgeschäftlichen Übergang. Denn: Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek automatisch auf den neuen Gläubiger über. Dem Erwerb nach § 1153 liegt jedoch eine rechtsgeschäftliche Übertragung zugrunde. Dies soll nach allgemeiner Ansicht ausreichen.

Im aktuellen Fall ergibt sich aber ein Problem. Damit die Hypothek überhaupt übergehen kann, wird für den Moment des Übergangs allenfalls eine Forderung fingiert. Folglich kann dem Erwerb nach § 1153 keine rechtsgeschäftliche Übertragung zugrunde liegen. Folgerichtig muss es ausreichen, dass ein **rechtsgeschäftlicher Erwerb beabsichtigt** war.

Sollten euch die dann zu prüfenden Punkte „**Verkehrsgeschäft**“, „**Unrichtigkeit des Grundbuchs**“ und „**Legitimation des Verfügenden als Berechtigter**“ unklar sein, schaut noch einmal in das Fazit des vorigen Falls.

Anders als im vorigen Fall muss der Erwerbende **gutgläubig hinsichtlich des Bestehens der Forderung** sein.

Letztlich darf „**keine Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 gegen die Richtigkeit des Grundbuchs**“ in dasselbe eingetragen sein.

5. Wenn – wie hier – alle Voraussetzungen der §§ 1138, 892 vorliegen, wird die Forderung gemäß § 1138 fingiert, damit die Hypothek gemäß § 1153 übergehen kann. Man spricht in diesem Zusammenhang im Übrigen gerne von der sogenannten „forderungsentkleideten“ Hypothek.
6. Was unterscheidet diesen Fall vom vorigen? Im vorigen Fall scheiterte die Hypothekenbestellung (der direkte Erwerb) an der Anfechtung der erforderlichen Einigung bezüglich der Hypothek. Anders als dort erfolgte im aktuellen Fall eine Anfechtung des Darlehensvertrages mit der Folge, dass die Hypothekenbestellung (der direkte Erwerb) mangels Forderung (Akzessorietät!) nicht funktionierte.
7. Übrig bleibt somit nur noch eine Problemkonstellation. Welche wird das wohl sein? Augenscheinlich eine Kombination der Konstellationen. Die Lösung des Problems werdet ihr im nächsten Fall kennenlernen.