

# Fortgeschrittenenklausur: Geplatzt Start-Up-Darlehen revisited

Von Prof. Dr. Arndt Kiehle, Ref. iur. Tim Dreisvagt, Bochum\*

*Aufmerksame LeserInnen werden bei der Lektüre dieser Falllösung vielleicht ein Déjà-vu erleben, denn der Sachverhalt und ein erster Lösungsvorschlag wurden erst kürzlich in der ZJS<sup>1</sup> veröffentlicht. Wieder einmal zeigt sich, dass es kaum einen Fall gibt, dessen erste veröffentlichte Lösung bereits optimal ist. Auch wenn das in dieser Form unüblich ist (während etwa kritische Entscheidungsanmerkungen eine anerkannte Form juristischer Publikationen sind), soll hier deshalb ein zweiter Lösungsvorschlag zum unveränderten Sachverhalt unterbreitet werden. Dabei wird ganz besonders auf eine streng am Gesetz orientierte Bearbeitung geachtet, denn JuristInnen sind als Rechtsanwender an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), nicht jedoch an irgendwelche Schemata gebunden.<sup>2</sup>*

## Sachverhalt<sup>3</sup>

Nichtsnutz N braucht zur Finanzierung seiner neusten Legal-Tech-Start-up-Idee Liquidität. Bei seiner Hausbank (HB) beantragte er deswegen ein Darlehen i.H.v. 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.

---

\* Der Verf. Dr. Arndt Kiehle ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum. Der Verf. Tim Dreisvagt ist Wissenschaftliche Hilfskraft an dem vorstehend genannten Lehrstuhl.

<sup>1</sup> Brockmann/Maasjost, ZJS 2020, 121; eine Stellungnahme eines der ursprünglichen Autoren von „Geplatzt Start-Up-Darlehen“ zu der hier dargestellten alternativen Lösung findet sich in dieser Ausgabe unmittelbar im Anschluss (ZJS 2021, 147).

<sup>2</sup> Vgl. Fervers, ZJS 2015, 454 (454), dessen „Beitrag [...] zu zeigen [versucht], warum man sich sowohl aus wissenschaftlicher als auch aus didaktischer Sicht [...] [vom] Prüfungsschema [„Anspruch entstanden – Anspruch untergegangen (Anspruch erloschen) – Anspruch durchsetzbar“] verabschieden und sich stattdessen einem ausschließlich normbezogenen Prüfungsstil zuwenden sollte.“ Leenen, Jura 2011, 723 (729), warnt zu Recht davor, „die Methodik der Fallbearbeitung [...] mit dem sturen Auswendiglernen dubioser Fall-Schemata“ gleichzusetzen.

<sup>3</sup> Der Sachverhalt ist inhaltlich unverändert übernommen von Brockmann/Maasjost, ZJS 2020, 121.

Daher vereinbart F mit der HB, dass diese 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 i.H.v. 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 i.H.v. 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, handschriftliches Testament errichtet hatte, in welchem er sie als Alleinerbin eingesetzt hatte.

Nach der Eintragung des Widerspruchs trat die HB den Darlehensrückzahlungsanspruch i.H.v. 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?

## Neuer Lösungsvorschlag

### Anspruch der RB gegen G auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 1147 BGB

Die RB könnte gegen G einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 1147 BGB haben.

*Hinweis:* Da ausdrücklich nach einem Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gefragt ist, dürfte es hier nicht erforderlich sein, zu klären, ob der Hypothekar vom Eigentümer in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 1113 BGB Zahlung oder eben nur Duldung der Zwangsvollstreckung fordern kann.<sup>4</sup>

### I. G = Eigentümerin des Grundstücks

Dies setzt zunächst voraus, dass G die Eigentümerin des Grundstücks ist, in welches vollstreckt werden soll.<sup>5</sup>

*Hinweis:* Für die Prüfung eines Anspruchs ist es nicht erforderlich, die Passivlegitimation<sup>6</sup> des in Anspruch Ge-

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu Lieder, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1147 Rn. 2 ff. m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. aber zur Wirkung des § 1148 BGB unten III. 3.

<sup>6</sup> Vgl. Brockmann/Maasjost, ZJS 2020, 121 (121): „I. Passivlegitimation der G“.

nommenen explizit als solche zu erörtern.<sup>7</sup> Im Grunde genommen betreffen Aktiv- und Passivlegitimation nichts anderes als „die Frage, ob der Kläger einen Anspruch gegen den Beklagten hat“.<sup>8</sup> Die Passivlegitimation eigens zu prüfen, ist also nicht sinnvoller als die Schuldnerstellung als gesonderten Prüfungspunkt anzuführen. Strenggenommen lässt sich die Passivlegitimation somit erst bejahen, wenn alle Voraussetzungen einer Anspruchsgrundlage festgestellt sind.

Hier ist zwar F als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, wahre Erbin des E war aufgrund des neuen, wirksamen (§ 2247 BGB) Testaments, durch das die frühere Erbeinsetzung des F nach § 2258 Abs. 1 BGB widerrufen wurde, aber die G. Dadurch ist sie gem. §§ 1922 Abs. 1, 1937 BGB Eigentümerin des Grundstücks geworden.

*Hinweis:* Da der Sachverhalt ausdrücklich die Wirksamkeit des Testaments vorgibt, wären Ausführungen zu einer denkbaren Sittenwidrigkeit eines Geliebtentestaments („Mätressentestament“) verfehlt.

## II. RB = Hypothekarin

Die RB müsste Inhaberin einer Hypothek an dem Grundstück der G sein. Sie könnte eine Hypothek im Wege des Zweiterwerbs, d.h. durch Abtretung der Forderung von der HB gem. §§ 398, 1153 Abs. 1, 1154 Abs. 1 S. 1 BGB erworben haben.

### 1. Abtretung der gesicherten Forderung gem. §§ 398, 1154 BGB

Die HB müsste die gesicherte Forderung auf die RB übertragen haben. Als gesicherte Forderung kommt hier ein Darlehensrückzahlungsanspruch der HB gegen N aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht.

#### a) Einigung

Die HB und die RB haben sich geeinigt, dass der Darlehensrückzahlungsanspruch i.H.v. 400.000 € auf die RB übergehen soll.

#### b) Form des § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Abtretungserklärung wurde in schriftlicher Form erteilt und der Hypothekenbrief übergeben, sodass das besondere Formerfordernis des § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB gewahrt wurde.<sup>9</sup>

#### c) Berechtigung der HB

Die HB müsste aber auch zur Übertragung berechtigt gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn sie Gläubigerin der Forderung war.

#### aa) Darlehensvertrag zwischen HB und N

Die HB und N haben einen Darlehensvertrag i.S.d. § 488 BGB geschlossen. Die vereinbarte Höhe des Darlehens, welches N gewährt werden sollte, betrug 400.000 €.

#### bb) Rückzahlungsanspruch in voller Höhe?

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass das Darlehen an N bislang nur i.H.v. 300.000 € ausgezahlt wurde. Nach § 488 Abs. 1 S. 2 BGB entsteht der Rückzahlungsanspruch nur in der Höhe des dem Darlehensnehmer zur Verfügung gestellten Geldbetrags; da hier nur 300.000 € ausgezahlt wurden, ist auch der Rückzahlungsanspruch nur in dieser Höhe entstanden.

Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass auch die Abtretung künftiger Forderungen möglich ist. Voraussetzung dafür ist, dass diese hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind; zudem muss der Rechtsgrund der Forderung bereits gelegt oder die Entstehung der Forderung jedenfalls möglich sein. Hier war der Rechtsgrund für einen etwaigen weitergehenden Rückzahlungsanspruch durch den Darlehensvertrag gelegt. Zudem ist es möglich, dass die restlichen 100.000 € noch ausgezahlt werden und dann insoweit ebenfalls ein Rückzahlungsanspruch entsteht.

Da sich die HB und die RB darüber geeinigt haben, dass der Darlehensrückzahlungsanspruch i.H.v. 400.000 € auf die RB übergehen soll, ist davon auszugehen, dass auch ein künftiger Anspruch in Höhe der restlichen 100.000 € auf die RB übertragen wurde.

#### d) Zwischenergebnis

Die HB hat somit an die RB den bereits entstandenen Darlehensrückzahlungsanspruch gegen N i.H.v. 300.000 € sowie einen künftigen Rückzahlungsanspruch i.H.v. 100.000 € abgetreten.

### 2. Übergang der Hypothek kraft Gesetzes

Gem. § 1153 Abs. 1 BGB hat die Übertragung der Forderung zur Folge, dass die Hypothek automatisch auf den neuen Gläubiger übergeht. Dies setzt indes voraus, dass die HB

<sup>7</sup> Treffend *Lackmann*, *Der Zivilrechtsfall im Assessorexamen*, 2. Aufl. 2014, Rn. 197: „Häufig wird im Gutachten mit den Begriffen ‚Aktivlegitimation‘ [...] und ‚Passivlegitimation‘ gearbeitet. Dies ist nicht unbedingt falsch, wenn die Begriffe richtig verstanden und verwandt werden. Nötig sind sie aber in keiner Weise. Hinter ‚Aktivlegitimation‘ verbirgt sich nur die Frage, wem ein Anspruch zusteht, hinter ‚Passivlegitimation‘, gegen wen er sich richtet. Redet man deutsch und fragt, ob der Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch hat, kann man nichts falsch machen.“ Ferner Rn. 116: „Ist der Kläger nicht aktivlegitimiert, steht ihm der geltend gemachte Anspruch nicht zu; ist der Beklagte nicht passivlegitimiert, richtet sich der geltend gemachte Anspruch nicht gegen ihn.“

<sup>8</sup> *Grunsky/Jacoby*, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl. 2018, Rn. 223.

<sup>9</sup> Ein Recht zum Widerruf der Einigung bis zur Briefübergabe steht Zedent und Zessionar nicht zu, vgl. *Kiehle*, in: *Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB*, Stand: 1.9.2020, § 1154 Rn. 5; „Einigsein“ noch bei Briefübergabe kann hier deshalb sinnvollerweise nicht geprüft werden.

Inhaberin einer Hypothek gewesen ist. Sie könnte die Hypothek als Ersterwerberin durch Bestellung seitens F gem. §§ 873 Abs. 1, 1115, 1117 Abs. 1 S. 1 BGB erworben haben.

*a) Dingliche Einigung zwischen F und der HB*

F und die HB haben sich gem. §§ 873 Abs. 1, 1113 BGB über die Bestellung einer Hypothek an dem vermeintlich dem F gehörenden Grundstück zugunsten der HB i.H.v. 400.000 € geeinigt.<sup>10</sup>

*b) Eintragung der Hypothek ins Grundbuch und Briefübergabe*

Die Hypothek wurde zugunsten der HB i.H.v. 400.000 € ins Grundbuch eingetragen, §§ 873 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB. Auch die erforderliche Briefübergabe (§ 1117 Abs. 1 S. 1 BGB) ist erfolgt.

*c) Berechtigung des F*

F müsste als Besteller der Hypothek auch Berechtigter gewesen sein. Berechtigt zur Bestellung einer Hypothek ist der Eigentümer des Grundstücks sowie der Nichteigentümer, der durch Rechtsgeschäft oder Gesetz zur Verfügung ermächtigt ist.

Hier ist, wie oben bereits dargelegt, G als Erbin des E Eigentümerin des Grundstücks. Eine sonstige Verfügungsbefugnis des F lag nicht vor. Er war daher nicht zur Hypothekenbestellung berechtigt.

*d) Redlicher Erwerb vom Nichtberechtigten nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB*

Möglicherweise hat die HB die Hypothek aber aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs von F als Nichtberechtigtem erworben.

*Hinweis:* Falsch ist es, hier § 1155 BGB zu erwähnen,<sup>11</sup> denn dieser kann nur beim redlichen Zweiterwerb einer Hypothek von einem nicht als Hypothekar im Grundbuch eingetragenen Zedenten, der den Hypothekenbrief besitzt, eine Rolle spielen, nicht aber beim Ersterwerb der Hypothek vom als Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Besteller der Hypothek. Wenn Normen in einer Falllösung genannt werden, muss auch unter sie subsumiert werden.

*aa) Erwerb eines Rechts an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft*

Die HB hat durch Einigung mit F, also rechtsgeschäftlich, versucht, eine Hypothek zu erwerben.

<sup>10</sup> Da die HB und F die Einigung über die Hypothekenbestellung nicht widerrufen haben, muss nichts zu § 873 Abs. 2 BGB gesagt werden. Die schematische Feststellung des „Einigenseins“ bei Eintragung (und auch noch bei Briefübergabe?) trägt unter diesen Umständen nichts Sinnvolles zur Lösung bei.

<sup>11</sup> Vgl. *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2020, 121 (123 [ff]): „gutgläubiger Ersterwerb der Hypothek durch die HB gem. §§ 873, 1155, 892 BGB“.

*Hinweis:* Sinnlos ist es, schematisch das Vorliegen eines „Rechtsgeschäfts im Sinne eines Verkehrsgeschäfts“<sup>12</sup> zu prüfen. Da offensichtlich keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität zwischen dem Verfügendem F und der Erwerberin HB besteht, muss nicht erwähnt werden, dass es sich bei der Hypothekenbestellung unproblematisch um ein Verkehrsgeschäft handelt.

Die schematische Prüfung eines Verkehrsgeschäfts ohne jeden Anlass führt zudem nicht ganz selten zu Fehlern. So wäre es falsch, auf den Sicherungsvertrag zwischen F und HB, also die Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek, als Verkehrsgeschäft abzustellen, denn das Rechtsgeschäft i.S.d. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB ist die dingliche Einigung, sodass die Bezugnahme auf das Verpflichtungsgeschäft einen Verstoß gegen das Trennungsprinzip darstellt.<sup>13</sup>

Selbst wenn zwischen Verfügendem und Erwerber (Teil-) Identität bestehen könnte, sollte man die Nichtanwendung des § 892 BGB trotz Erfüllung aller seinem Wortlaut nach erforderlichen Voraussetzungen nicht einfach mangels eines Verkehrsgeschäfts behaupten, sondern methodisch korrekt als teleologische Reduktion der Norm begründen.<sup>14</sup>

*bb) Unrichtiger Inhalt des Grundbuchs*

Zudem müsste das Grundbuch unrichtig gewesen sein.<sup>15</sup> Dies ist der Fall, wenn der Inhalt des Grundbuchs nicht mit der materiellen Rechtslage in Einklang steht (vgl. § 894 BGB). Hier wies das Grundbuch den F als Eigentümer des Grundstücks aus; wahre Eigentümerin war jedoch die G. Das Grundbuch war damit unrichtig.

*Hinweis:* Überflüssig und damit sinnlos ist es, zusätzlich zur Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 892 BGB noch den „Rechtsschein der Legitimation“ des Verfügenden durch Eintragung im Grundbuch als Berechtigter zu prüfen und dabei auch noch die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB heranzuziehen.<sup>16</sup> Entsprechend sollte man bei der Prüfung der §§ 932 ff. BGB nicht etwa § 1006 BGB erwähnen. Prüfen Sie auch nicht ohne Anlass, ob „nicht für jedermann offenkundig etwas Gegenteiliges

<sup>12</sup> Vgl. *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2020, 121 (123 [2.]; 124 [b]).

<sup>13</sup> Vgl. deshalb falsch etwa *Breidenstein*, ZJS 2010, 61 (63: „Ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts liegt in Form des zwischen G und P geschlossenen Kaufvertrags vor.“) und (65: „Ein Rechtsgeschäft iSe. Verkehrsgeschäft liegt mit dem Kaufvertrag zwischen G und T vor.“).

<sup>14</sup> Vgl. *Müller/Gruber*, Sachenrecht, 2016, Rn. 2834 ff.

<sup>15</sup> Ob § 892 BGB wirklich Unrichtigkeit des Grundbuchs voraussetzt oder nicht vielmehr die Frage nach der Richtigkeit des Grundbuchs überflüssig machen kann, ist freilich umstritten, vgl. *Picker*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 892 Rn. 10; *Kiehnle*, Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens in der württembergischen Pfandgesetzgebung von 1825/1828 und im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004, S. 21 Fn. 2.

<sup>16</sup> Vgl. *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2020, 121 (123 [4.], 124 [d]).

gelten“ könnte als der Grundbuchinhalt.<sup>17</sup> Zwar ist z.B. bei einem widersprüchlichen Grundbuchinhalt die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchs für den redlichen Erwerber nicht unbedingt eine Hilfe,<sup>18</sup> grundsätzlich schaden ihm aber nur Kenntnis der Unrichtigkeit oder ein vor seinem Erwerb eingetragener Widerspruch.

cc) Keine positive Kenntnis der HB

Die HB dürfte keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs gehabt haben. Sie wusste nicht, dass F nicht Eigentümer war.

*Hinweis:* Vermeiden Sie möglichst die Formulierung, der Erwerber müsse gutgläubig bzw. dürfe nicht bösgläubig gewesen sein. Gutgläubigkeit ist nämlich im Falle des § 932 Abs. 2 BGB so geregelt, dass dem Erwerber schon grobe Fahrlässigkeit schadet, während nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB nur positive Kenntnis dem Erwerb kraft öffentlichen Glaubens entgegensteht. Wenn Ihnen „Erwerb kraft öffentlichen Glaubens“ zu kompliziert ist oder Sie die fehlende Kenntnis positiv benennen wollen, dann schreiben Sie, die HB könne redlich erwerben und sei mangels Kenntnis redlich.<sup>19</sup> Eine Bezugnahme auf § 932 BGB und Gutgläubigkeit provoziert Missverständnisse.<sup>20</sup>

Wenn der Erwerber bis zur Vollendung aller Voraussetzungen des Erwerbs vom Berechtigten redlich geblieben ist, führt auch die Nennung des § 892 Abs. 2 BGB<sup>21</sup> nur zu unnötiger Verwirrung. So schadet dem Erwerber nach ganz h.M. beim Ersterwerb einer Briefhypothek Kenntnis im Zeitpunkt der nach § 1117 Abs. 1 BGB erforderlichen Briefübergabe,<sup>22</sup> also auch dann, wenn der Erwerber bei Stellung des Eintragungsantrags noch redlich war.

dd) Kein Widerspruch der G

Schließlich dürfte gem. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB<sup>23</sup> auch kein Widerspruch der G gem. § 899 BGB gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen gewesen sein. Unabhängig von seinem Inhalt (dazu später) wurde der Widerspruch der G jedenfalls erst nach Eintragung der Hypothek und Übergabe des Hypothekenbriefs an die HB ins Grundbuch eingetragen. Bei Eintragung des Widerspruchs war der Rechtserwerb der HB mithin bereits abgeschlossen, sodass der Widerspruch diesbezüglich zu spät kam. Ein nachträglicher Widerspruch hat keine Auswirkungen auf ein bereits erworbenes Recht.

*Hinweis:* § 1140 BGB spielt beim Ersterwerb einer Hypothek keine Rolle. Gegen das Eigentum des im Grundbuch eingetragenen Bestellers kann auf dem Brief nämlich kein Unrichtigkeitsvermerk angebracht werden.<sup>24</sup> Angaben zum Eigentümer des belasteten Grundstücks sind auf dem Brief (seit 1978) nicht (mehr)<sup>25</sup> vorgesehen (vgl. zum möglichen Inhalt des Briefs §§ 56 f., 62, 68 GBO)<sup>26</sup> und der Brief ist dem Grundbuchamt auch nur vorzulegen, wenn es um die Hypothek betreffende Eintragungen geht (vgl. § 41 Abs. 1 S. 1 GBO).<sup>27</sup> Ein Widerspruch gegen die Eigentümerstellung des im Grundbuch eingetragenen auf dem Brief oder ein entsprechender Vermerk wäre unzulässig und deshalb wirkungslos.<sup>28</sup> Im Übrigen ist § 1140 BGB eine Reaktion auf „die Möglichkeit, das Recht auch

<sup>17</sup> Vgl. *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2020, 121 (123 [6.]).

<sup>18</sup> Vgl. zu Doppelbuchungen *Picker* (Fn. 15), § 892 Rn. 29; *Müller/Gruber* (Fn. 14), Rn. 2778 f.; *Kiehle* (Fn. 15), S. 179 Fn. 401; *ders.* (Fn. 9), § 1155 Rn. 4.

<sup>19</sup> Gegen die Verwendung von „gutgläubig“ und „bösgläubig“ mit Bezug auf § 892 BGB und stattdessen dafür, insoweit ausschließlich von redlich oder unredlich zu sprechen, etwa auch *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, S. 145 Fn. 22; *Picker* (Fn. 15), § 892 Rn. 140; *Kiehle* (Fn. 15), S. 179 Fn. 399; *Staake*, Jura 2016, 1352 (1353, 1356).

<sup>20</sup> Vgl. *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2020, 121 (123 [5.]); während *Staake*, Jura 2016, 1352 (1353): „Man sollte [...] keinesfalls von einem »gutgläubigen Erwerb« nach § 892 BGB sprechen. [...] Schlechte Bearbeitungen nehmen [...] den falschen Obersatz zum Anlass, um § 932 II BGB zu prüfen. Dies belegt dann nicht nur einen unsauberen Umgang mit dem Gesetz, sondern ein grundlegendes Fehlverständnis der sachenrechtlichen Regelungen.“

<sup>21</sup> Vgl. *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2020, 121 (123 [5.]).

<sup>22</sup> *Picker* (Fn. 15), § 892 Rn. 214 m.w.N.; *Köhler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 892 Rn. 55.

<sup>23</sup> Nicht § 892 Abs. 1 S. 2 BGB; so aber *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2020, 121 (123 [6.]).

<sup>24</sup> Anders wohl *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2020, 121 (123 [7.]).

<sup>25</sup> Vgl. zur Begründung der Änderung, durch die unter anderem die in § 57 Abs. 2 lit. c GBO a.F. vorgesehene Bezeichnung des Eigentümers im Hypothekenbrief entfällt, *BT-Drs. 8/89*, S. 16 f. Auch zuvor konnte freilich nur der im Grundbuch als Eigentümer eingetragene auf dem Hypothekenbrief angegeben werden; vgl. *Güthe/Triebel*, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, 6. Aufl. 1936, § 57 Rn. 8; *RGZ* 129, 124 (125) berichtete im Mai 1930 allerdings von einem „Widerspruch gegen das Eigentum“, der „bei der Hypothek und auf dem Hypothekenbrief [...] vermerkt“ wurde.

<sup>26</sup> Vgl. *Wagner*, in: Meikel, Kommentar zur GBO, 11. Aufl. 2015, § 57 Rn. 3, 9: „der Brief enthält nunmehr nur noch die sich unmittelbar auf die Hypothek beziehenden Grundbucheintragungen“. Das sind solche aus Abteilung III.

<sup>27</sup> Vgl. *Zeiser*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur GBO, 41. Ed., Stand: 1.2.2021, § 41 Rn. 13 f.: „Eine Eintragung bei der Hypothek ist grundsätzlich jede Eintragung, die in der Abteilung III und bei der Hypothek erfolgt [...] Eintragungen, die für die Hypothek materiell-rechtliche Folgen haben, aber nicht bei ihr oder nicht einmal in Abteilung III des Grundbuchs stattfinden, bedingen keine Briefvorlagepflicht nach § 41 GBO [...]“

<sup>28</sup> Vgl. dazu, dass der öffentliche Glaube nur inhaltlich zulässigen Grundbucheintragungen zukommt, *Wellenhofer*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2020, § 19 Rn. 20; *Müller/Gruber* (Fn. 14), Rn. 2776.

außerhalb des Buches durch Abtretung und Briefübergabe zu übertragen (§ 1154 Abs. 1)<sup>29</sup>; da den Betroffenen (wie etwa dem nicht eingetragenen wahren Eigentümer) bezüglich des eintragungsbefähigten Ersterwerbs keine durch die Verbriefung ausgelösten besonderen Gefahren drohen, muss sich der Ersterwerber allein auf das Grundbuch verlassen können. Der Satz aus den Motiven der ersten BGB-Kommission, das BGB müsse „davon ausgehen, daß Niemand eine Briefhypothek erwerben wird, ohne vorher Kenntniß von dem Inhalte des Briefes genommen zu haben“,<sup>30</sup> ließe sich isoliert betrachtet zwar auch auf den Ersterwerber beziehen, aber aus ihm sollte ein solcher Schluss nicht gezogen werden, denn dem Erwerber können sinnvollerweise eben nur solche Inhalte des Briefs oder Vermerke auf ihm entgegengehalten werden, die grundbuchrechtlich zulässig sind. Implizit gehen wohl all diejenigen, die § 1140 BGB nur beim redlichen Zweiterwerb einer Hypothek, nicht jedoch bei deren redlichem Ersterwerb behandeln,<sup>31</sup> ebenfalls davon aus, dass die Vorschrift auf den Ersterwerb nicht anwendbar ist. Fälle einer Anwendung des § 1140 BGB auf die Hypothekenbestellung sind dagegen soweit ersichtlich bislang nicht bekannt. An der Wirksamkeit der Übergabe des Hypothekenbriefs als solcher könnte im Übrigen auch ein beachtlicher Vermerk auf dem Brief nichts ändern.<sup>32</sup>

#### ee) Zwischenergebnis

Die fehlende Berechtigung des F wurde somit gem. § 892 Abs. 1 BGB überwunden, da die Eintragung des F als Eigentümer zugunsten der HB als richtig gilt.

<sup>29</sup> Vgl. *Lieder* (Fn. 4), § 1140 Rn. 1.

<sup>30</sup> Bei Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1899, S. 422.

<sup>31</sup> So z.B. *Wellenhofer* (Fn. 28), § 27 Rn. 45, 48 (§ 1140 BGB beim Zweiterwerb), Rn. 2, 10 (keine Erwähnung beim Ersterwerb); *Müller/Gruber* (Fn. 14), Rn. 3482 ff. (§ 1140 BGB beim Zweiterwerb in § 126 Übertragung der Hypothek), Rn. 3239 (keine Erwähnung beim Ersterwerb); *Habersack*, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 9. Aufl. 2020, Rn. 384 (keine Erwähnung des § 1140 BGB beim Ersterwerb, dessen Bezeichnung als „originärer Erwerb“ unglücklich ist, denn darunter sollte man nur einen nicht auf Rechtsnachfolge beruhenden Erwerb verstehen; passend wäre hier „konstitutiver Erwerb“, vgl. *Kiehnle* [Fn. 15], S. 24 f. Fn. 11 f.), 385 ff. (Zweiterwerb, dessen Bezeichnung als „abgeleiteter Erwerb“ unglücklich ist; passend wäre hier „translativer Erwerb“, vgl. *Kiehnle* [Fn. 15], S. 24 f. Fn. 11 f.), dort Rn. 388 auch zu § 1140 BGB. Wenig ergiebig Schemata wie die von *Maties/Winkler*, Schemata und Definitionen Zivilrecht, 2. Aufl. 2019, S. 300 ff., die § 1140 BGB weder beim „gutgläubigen“ Ersterwerb noch beim „gutgläubigen“ Zweiterwerb einer Hypothek nennen.

<sup>32</sup> Anders aber wohl *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2020, 121 (123 [7.]).

#### e) Bestehen der zu sichernden Forderung

Die Entstehung der Fremdhypothek setzt aufgrund der Akzessorietät zur gesicherten Forderung (vgl. §§ 1113, 1163 Abs. 1 S. 1 BGB) grundsätzlich deren Bestehen voraus. Durch die Hypothek sollte der Darlehensrückzahlungsanspruch der HB gegen N aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB gesichert werden.

Nach dem oben Gesagten besteht dieser Anspruch momentan nur i.H.v. 300.000 €, sodass auch die Fremdhypothek grundsätzlich nur in dieser Höhe entstehen kann. Zwar kann eine Hypothek gem. § 1113 Abs. 2 BGB auch für eine künftige Forderung bestellt werden, die Fremdhypothek entsteht aber dennoch erst, wenn die Forderung auch tatsächlich zur Entstehung gelangt.<sup>33</sup>

#### f) Zwischenergebnis

Die HB ist somit im Wege des redlichen Ersterwerbs Inhaberin einer Hypothek i.H.v. 300.000 € geworden. Die Hypothek ist daher i.H.v. 300.000 € gem. § 1153 Abs. 1 BGB auf die RB übergegangen.

#### 3. Redlicher Zweiterwerb der Hypothek in Höhe der restlichen 100.000 € durch die RB?

Die RB könnte darüber hinaus die Hypothek auch in Höhe der restlichen 100.000 € erworben haben.

Da der Darlehensrückzahlungsanspruch bezüglich der restlichen 100.000 € nicht entstanden ist, kommt diesbezüglich nur ein redlicher Zweiterwerb der Hypothek durch die RB in Betracht, §§ 1138 Var. 1, 892 Abs. 1 BGB. Gem. § 1138 Var. 1 BGB gilt § 892 BGB für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung. Dadurch wird eine Ausnahme von der hypothekentypischen Akzessorietät gemacht, was zur Folge hat, dass die zugrundeliegende Forderung nach Maßgabe des Grundbuchinhalts fingiert wird, soweit das für den Erwerb der Hypothek erforderlich ist, also ohne dass es zum Erwerb der Forderung selbst führt.

Zu prüfen ist daher, ob im Zeitpunkt der Abtretung die Voraussetzungen des § 892 Abs. 1 BGB in Ansehung der Forderung vorlagen.

*Hinweis:* Da eine etwaige Eigentümergrundschuld der G durch redlichen Erwerb seitens der RB „erlöschen“ würde<sup>34</sup> bzw. sich eben in eine Fremdhypothek der RB umwandeln würde, sind Überlegungen dazu, ob G oder gar F nach §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB eine Eigentümergrundschuld erwerben konnte, für die Falllösung irrelevant.<sup>35</sup> Tatsächlich spricht jedoch viel dafür, dass G

<sup>33</sup> *Kern*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.2.2021, § 1113 Rn. 101 f.; a.A. *Wilhelm*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 1448 ff.; *Kiehnle* (Fn. 9), § 1154 Rn. 9.

<sup>34</sup> Vgl. *Lieder* (Fn. 4), § 1163 Rn. 42; *Wohlrab*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2017, § 1163 Rn. 68; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 46 Rn. 28; *Wolfsteiner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 1163 Rn. 34.

<sup>35</sup> Anders offenbar *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2010, 121 (122 linke Spalte unten).

durch die Bestellung der Hypothek zugunsten der HB gem. §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB eine vorläufige Eigentümergrundschuld erworben bzw. als Teil ihres Eigentums behalten hat, sofern man das auch bei einer Hypothekenbestellung durch sie selbst annehmen würde,<sup>36</sup> denn nur so lässt sich verhindern, dass etwaige weitere redliche Verfügungsempfänger, zu deren Gunsten F nachrangige Hypotheken bestellt, durch ihren redlichen Erwerb zweckwidrig bessergestellt werden, als sie stünden, wenn F tatsächlich Eigentümer wäre und deshalb bis zur vollständigen Valutierung des Darlehens eine Eigentümergrundschuld erworben hätte.<sup>37</sup>

#### a) Rechtsgeschäftlicher Rechtserwerb

Mit der Abtretung liegt ein Rechtsgeschäft zum Erwerb der Hypothek als Grundstücksrecht vor. Dass strenggenommen der Erwerb der Hypothek gerade nicht durch Rechtsgeschäft herbeigeführt wird, sondern als gesetzliche Folge des Forderungsübergangs gem § 1153 Abs. 1 BGB eintritt, steht der Anwendung des § 892 Abs. 1 S. 1 BGB nicht entgegen, da das BGB mit §§ 1138, 1155 selbst zu erkennen gibt, dass ein redlicher Zweiterwerb möglich ist, und § 1154 BGB die Forderungsabtretung zudem von typisch sachenrechtlichen Publizitätsforderungen abhängig macht, also die Übertragung des dinglichen Rechts in den Vordergrund rückt.<sup>38</sup>

#### b) Unrichtigkeit des Grundbuchs

Das Grundbuch müsste in Bezug auf die gesicherte Forderung unrichtig gewesen sein. Das Grundbuch wies eine Hypothek zugunsten der HB i.H.v. 400.000 € aus, tatsächlich bestand die zugrundeliegende Forderung aber nur i.H.v. 300.000 €. <sup>39</sup> Das Grundbuch war daher unrichtig.

<sup>36</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 33.

<sup>37</sup> Vgl. zu einer sachgerechten Begrenzung der Rechtsfolgen redlichen Erwerbs *Kiehle* (Fn. 15), S. 176 Fn. 394, S. 292 Fn. 24 f.; *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 182 f.; dagegen kritisch *Picker* (Fn. 15), § 892 Rn. 228. Gegen den Erwerb einer Eigentümergrundschuld durch G ohne überzeugende Begründung *Brockmann/Maasjost*, ZJS 2010, 121 (122 linke Spalte unten) – fraglich ist nicht, ob G redlich eine Eigentümergrundschuld erwirbt, sondern ob sie diese als Eigentümerin gem. §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB erwirbt, was auch mit einer wortlautgetreuen Anwendung dieser Vorschriften übereinstimmt.

<sup>38</sup> Vgl. *Wilhelm* (Fn. 33), Rn. 1486, 1620; *Kiehle* (Fn. 15), S. 363.

<sup>39</sup> Vgl. *Kiehle* (Fn. 9), § 1138 Rn. 13: „Um einen Anwendungsfall der §§ 1138, 892 [BGB] handelt es sich auch, wenn eine Hypothek als zur Sicherung einer gegenwärtigen Forderung bestimmt eingetragen ist, die Forderung aber bei Eintragung der Hypothek nur als eine künftige begründet war und auch zu dem Zeitpunkt noch nicht entstanden ist, als sie der als Hypothekar Eingetragene einem Zessionar abtritt, der redlich an die Existenz der Forderung als einer bereits gegenwärtig bestehenden glaubt.“

#### c) Keine positive Kenntnis der RB vom Nichtbestehen der Forderung

Die RB dürfte zudem keine positive Kenntnis davon gehabt haben, dass die gesicherte Forderung i.H.v. 100.000 € nicht bestand. Für eine solche Kenntnis bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Sie war daher in Bezug auf die Existenz der Forderung redlich.

#### d) Kein Widerspruch der Berechtigten G

Zuletzt dürfte kein Widerspruch der Berechtigten G in das Grundbuch eingetragen gewesen sein. Ein solcher lag indes im Zeitpunkt des Rechtserwerbs (hier: der Abtretung) vor, sodass jetzt die Frage relevant wird, wogegen sich der Widerspruch der G richtet hat. Ein Widerspruch i.S.d. § 899 Abs. 1 BGB richtet sich nicht generell gegen die Richtigkeit des Grundbuchs; vielmehr setzt ein wirksamer Widerspruch voraus, dass sich seine Eintragung gegen ein bestimmtes Recht richtet. Der Sachverhalt macht dazu keine Angaben; im Sinne einer problemorientierten Auslegung des Sachverhalts ist davon auszugehen, dass sich der Widerspruch (nur) gegen die Eigentümerstellung des F richten sollte. Fraglich ist dann, welche Auswirkungen dies auf den redlichen Zweiterwerb der Hypothek durch die RB hat.

Zunächst ist festzuhalten, dass die RB hier nicht auf das Eigentum des F, sondern auf das Bestehen der Hypothek, die zugunsten der HB im Grundbuch eingetragen war, vertraut hat. Gegen die Hypothek der HB richtete sich der Widerspruch jedoch nicht.

Gleichwohl wird vertreten, dass der „das Eigentum sichernde Widerspruch [...] gegen jede Verfügung (wirkt), als deren Grundlage Eigentum notwendig ist und die [...] vom Nichteigentümer ausgeht oder ausgegangen ist“, sodass der Widerspruch gegen das Eigentum auch dem Zessionar einer vor Eintragung des Widerspruchs dem Zedenten bestellten Hypothek schaden würde, sofern der Zessionar nur redlich vom nichtberechtigten Zedenten erwerben könnte.<sup>40</sup>

Dagegen sprechen jedoch folgende Überlegungen: Wäre statt des bloßen Widerspruchs das durch den Widerspruch geschützte Eigentum zutreffend eingetragen worden, würde dies einen redlichen Zweiterwerb einer bereits vorher eingetragenen Hypothek nicht ausschließen. Der Widerspruch sollte aber keine weitergehende Wirkung als eine Grundbuchberichtigung haben.<sup>41</sup>

Hinzu kommt, dass es einem berechtigten Hypothekar, der redlich durch Bestellung seitens des eingetragenen Nichtberechtigten erworben hat, durch den späteren Widerspruch dann nachträglich praktisch unmöglich gemacht würde, sein Recht zu veräußern, weil potenzielle Erwerber seine dann entscheidende Redlichkeit nicht zuverlässig beurteilen können.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> RGZ 129, 124 (127 f.); zustimmend *Baur/Stürner* (Fn. 34), § 18 Rn. 23.

<sup>41</sup> Vgl. *Picker* (Fn. 15), § 892 Rn. 135; *Kiehle* (Fn. 15), S. 379.

<sup>42</sup> Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 551; *Kiehle* (Fn. 15), S. 380.

Das Gegenargument, der Zessionar der Hypothek sei nicht schutzwürdig, da er „aus dem Widerspruch ersehen konnte, daß das angebliche Recht des eingetragenen Gläubigers möglicherweise auf der Verfügung eines Nichtberechtigten beruhe, daher sicherer Grundlage entbehrte“,<sup>43</sup> das ähnlich auch so formuliert wird, dass das bloße „Vertrauen auf die Redlichkeit des Vorerwerbs nicht geschützt ist“,<sup>44</sup> kann nicht überzeugen, weil es letztlich bedeuten würde, dem Zessionar Fahrlässigkeit bezüglich der Nichtberechtigung des Zedenten zu unterstellen und diese contra legem der Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts gleichzustellen.<sup>45</sup>

Nimmt man die Überlegung ernst, das Vertrauen auf die Redlichkeit des Vorerwerbers sei nicht schützenswert, spricht das hier sogar für den redlichen Erwerb durch die RB, denn dass die HB die Hypothek nur i.H.v. 300.000 € erworben hat, liegt nur an der lediglich teilweisen Valutierung und nicht etwa an einer (gar nicht vorhandenen) Kenntnis der HB von der Unrichtigkeit der Eintragung des F. Die vom Widerspruch angegriffene Nichtberechtigung des F und die Nichtvalutierung stehen in keinem inneren Zusammenhang, eine Nichtvalutierung wird durch eine Nichtberechtigung des Bestellers nicht wahrscheinlicher.

Nach alledem steht der Widerspruch der G gegen das Eigentum des F einem redlichen Zweiterwerb der Hypothek durch die RB nicht entgegen.

#### e) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 892 Abs. 1 BGB sind daher erfüllt. Die RB hat mithin gem. §§ 1138 Var. 1, 892 Abs. 1 BGB i.H.v. 100.000 € eine forderungsentkleidete Hypothek erworben.

*Hinweis:* Für die Fallfrage irrelevant ist es, ob das redlich forderungslos erworbene Grundpfandrecht nicht eine Hypothek, sondern eine Grundschuld<sup>46</sup> ist, denn für den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung hätte das in unserem Fall keine Konsequenzen. Ausführungen zu diesem Problem sind somit überflüssig.<sup>47</sup>

§ 1155 BGB spielt (wie für den Ersterwerb einer Hypothek auch) für den Zweiterwerb vom im Grundbuch eingetragenen Zedenten keine Rolle und darf deshalb nicht erwähnt werden.<sup>48</sup>

§ 892 Abs. 2 BGB darf nicht erwähnt werden, weil hier überhaupt kein Eintragungsantrag gestellt wird, sondern ein Erwerb außerhalb des Grundbuchs nach § 1154 Abs. 1 BGB stattfindet.<sup>49</sup>

§ 1140 BGB könnte hier dagegen relevant werden, aber es fehlt schon an einem Widerspruch oder Vermerk auf dem Brief.

<sup>43</sup> RGZ 129, 124 (128).

<sup>44</sup> Baur/Stürner (Fn. 34), § 18 Rn. 23.

<sup>45</sup> Vgl. Kiehnle (Fn. 15), S. 378 f.

<sup>46</sup> Dafür Lieder (Fn. 4), § 1138 Rn. 16 ff.; dagegen Kiehnle (Fn. 9), § 1138 Rn. 18.

<sup>47</sup> So jedoch Brockmann/Maasjost, ZJS 2020, 121 (124 [a]).

<sup>48</sup> So aber Brockmann/Maasjost, ZJS 2020, 121 (124 [e]).

<sup>49</sup> So aber Brockmann/Maasjost, ZJS 2020, 121 (124 [e]).

#### 4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die RB daher Inhaberin einer Hypothek an dem Grundstück der G i.H.v. 400.000 €.

### III. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Möglicherweise ist der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aber nicht durchsetzbar, weil ihm Einreden entgegenstehen.

#### 1. Einreden gegen die Forderung, § 1137 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

G kann der Hypothek grundsätzlich gem. § 1137 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden entgegenhalten.

Die Vereinbarung zwischen N und F, dass N dem F, bevor dieser von der Hypothekarin in Anspruch genommen wird, alle Tesla-Aktien verkaufen muss, deren wirtschaftlicher Sinn unklar bleibt, begründet jedenfalls keine Einreden des Schuldners N gegen die gesicherte Darlehensforderung, sodass sich G gegen die Hypothek auf diese Vereinbarung schon unabhängig von einem möglichen einredefreien Erwerb durch RB gem. § 1138 BGB nicht berufen kann.

*Hinweis:* Der Hypothekenbesteller und Sicherungsgeber kann nach §§ 1137 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 770 BGB auch einige dem Bürgen zustehende Einreden geltend machen, darf deshalb aber selbst keineswegs als Bürge bezeichnet werden,<sup>50</sup> denn er haftet eben nur mit dem Grundstück, nicht auch mit seinem restlichen Vermögen; auch in weiteren Punkten unterscheiden sich Bürgenschuld und dingliche Haftung des Hypothekenbestellers durchaus.

#### 2. Einrede aus § 1157 S. 1 BGB

Gem. § 1157 S. 1 BGB kann der Eigentümer Einreden, die ihm aufgrund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen, auch dem neuen Gläubiger gegenüber geltend machen.

Hier kommt die Vereinbarung zwischen F und der HB, dass diese erst ein halbes Jahr erfolglos die Vollstreckung der Forderung gegen N versucht haben muss, bevor sie gegen F aus der Hypothek vorgeht, als Einrede in Betracht. Problematisch ist indes, dass nicht G als Eigentümerin, sondern F als Scheineigentümer die Abrede mit der HB getroffen hat.<sup>51</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob G sich überhaupt darauf berufen kann. Dies würde dem Wortlaut des § 1157 S. 1 BGB, der auf ein Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger abstellt, widersprechen. Die HB müsste sich diese Einrede freilich möglicherweise schon deshalb auch von G entgegenhalten lassen, weil sie durch den redlichen Erwerb vom Nichtberechtigten F sinnvollerweise nicht bessergestellt werden sollte als sie beim Erwerb von F als Berechtigtem stünde; F als Eigentümer könnte die Abrede mit

<sup>50</sup> So aber Brockmann/Maasjost, ZJS 2020, 121 (125 [1.]).

<sup>51</sup> Dazu schweigen Brockmann/Maasjost, ZJS 2020, 121 (125 [2.]).

der HB der Geltendmachung der Hypothek sehr wohl entgegenhalten. Ob man in der Vereinbarung auch einen Vertrag zugunsten der wahren Eigentümerin und möglicher späterer Eigentümer sehen könnte<sup>52</sup> oder ob F das Einrederecht der G abtreten könnte,<sup>53</sup> kann ebenso wie die angedeutete Beschränkung des redlichen Erwerbs letztlich dahinstehen, wenn die RB die Hypothek gem. §§ 1157 S. 2, 892 BGB ohnehin redlich einrededefrei erworben hat.<sup>54</sup> Dies ist hier der Fall, weil die Vereinbarung weder im Grundbuch eingetragen noch aus dem Hypothekenbrief ersichtlich (vgl. § 1140 BGB) war, die RB keine positive Kenntnis von dieser hatte und der Widerspruch der G auch insoweit keine Wirkung entfalten konnte.

### 3. Zwischenergebnis

Dem Anspruch der RB gegen G stehen keine Einreden entgegen.

Allerdings kann die Zwangsvollstreckung gegen G erst betrieben werden, wenn diese als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist (§ 17 Abs. 1 ZVG); da nicht mehr E, sondern F als Grundstückseigentümer eingetragen ist, kann die Eintragung der G auch nicht nach § 17 Abs. 1 und 3 ZVG durch Glaubhaftmachung der Beerbung des E durch G mittels Urkunden ersetzt werden.<sup>55</sup> Die RB wird die Zwangsvollstreckung sinnvollerweise also gem. § 1148 BGB gegen F betreiben, denn für die Verfolgung des Rechts aus der Hypothek gilt zugunsten des Gläubigers derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer.

### IV. Endergebnis

Die RB hat gegen G einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 1147 BGB, den sie gegen F und nach Grundbuchberichtigung gegen G realisieren kann.

---

<sup>52</sup> Vgl. Kiehle (Fn. 9), § 1157 Rn. 4.

<sup>53</sup> Vgl. Kiehle (Fn. 9), § 1157 Rn. 24 ff.

<sup>54</sup> § 1192 Abs. 1a BGB kann auf die Hypothek, auch auf die forderungslos redlich erworbene, nicht analog angewendet werden, sodass § 1157 BGB uneingeschränkt anwendbar ist; vgl. Kiehle (Fn. 9), § 1138 Rn. 33; modifizierend und in den Konsequenzen schwer zu überschauen Lieder (Fn. 4), § 1138 Rn. 18: „Soweit sich Einreden hingegen nicht auf den Bestand der Forderung beziehen, kommt [auf die angebliche Grundschuld, um die es sich bei der redlich forderungslos erworbenen Hypothek handeln soll] § 1192 Abs. 1a [BGB] i.V.m. § 1157 S. 1 [BGB] zur Anwendung und gewährleistet dem Eigentümer einen auf den angenommenen Sicherungsvertrag bezogenen Sukzessionsschutz nach allgemeinen Grundsätzen“ – gilt dann auch der Ausschluss des § 1157 S. 2 BGB durch § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB a.E.?

<sup>55</sup> Vgl. Cranshaw, in: Depré, Kommentar zum ZVG, 2. Aufl. 2019, § 17 Rn. 2 a.E.