

## G. Kreditsicherheiten - Lösungen

### **Fall 21:**

A. Es müsste eine Buchhypothek entstanden sein.

1. Bestehen einer zu sichernden Forderung, § 1113 Abs. 1 BGB

(+) aus § 488 Abs.1 S.2 BGB.

2. Einigung §§ 1113 Abs. 1, 873 Ab. 1 BGB

G und S müssten sich darüber geeinigt haben, dass das Grundstück des S zugunsten des G mit einer Buchhypothek belastet werden soll.

Im vorliegenden Fall fehlt es jedoch an eben dieser Einigung. G wollte gerade statt einer Sicherung durch ein Grundpfandrecht vielmehr die Zusage einer Bürgschaft.

Demnach liegt keine Einigung vor.

*Problem:* Auswirkungen der mangelnden Einigung

Die Frage wie sich ein Mangel in der Einigung auf die Hypothekenbestellung auswirkt, ist in Literatur und Rspr. umstritten.

eA: Nach einer Ansicht kommt bei Wirksamkeit der Willenserklärung des Eigentümers und der Eintragung in das Grundbuch zumindest eine Eigentümergrundschild zustande. Zum einen liege zumindest rein objektiv eine Erklärung des Eigentümers vor, das Grundstück mit einem Grundpfandrecht belasten zu wollen. Zum anderen spreche dafür das wirtschaftliche Interesse des Eigentümers.

hM: Nach der überwiegenden Ansicht entsteht auch keine Eigentümergrundschild.

Dafür spricht die Intention des Gesetzgebers, der in den §§ 1163, 1196 BGB die Entstehungsvoraussetzungen einer Eigentümergrundschild abschließend normiert hat. Ferner ist es nicht möglich ein zweiseitiges Rechtsgeschäft in ein einseitiges Rechtsgeschäft umzudeuten.

B. Ergebnis: Es ist weder eine Buchhypothek noch eine Eigentümergrundschild entstanden.

## Fall 22:

Teil 1: Der Hypothekenerwerb

A. R könnte die Hypothek erworben haben.

1. Bestehen einer zu sichernden Forderung, § 1113 Abs. 1 BGB

(+) aus § 488 Abs.1 S.2 BGB

2. Einigung §§ 1113 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB zwischen E und R (+)

3. Eintragung §§ 873 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB (+)

4. Briefübergabe (§ 1117 Abs. 1 S. 1 BGB) bzw. Ausschluss der Brieferteilung (§ 1116 Abs. 2 S. 1 BGB)

a) Es gab keine besondere Vereinbarung hinsichtlich des Ausschlusses der Brieferteilung. Demnach ist eine Briefübergabe nach § 1117 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich.

Nach dem Wortlaut des § 1117 Abs. 1 S. 1 BGB ist Voraussetzung, dass der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird. Dies ist hier nicht der Fall.

b) Auch eine Vereinbarung im Sinne des § 1117 Abs. 2 BGB, der das Erfordernis der Briefaushändigung durch die in der Kreditpraxis sehr beliebte sog. Aushändigungsabrede modifiziert, ist nicht getroffen. Aus der Tatsache, dass R nunmehr im Besitz des Hypothekenbriefes ist, lässt sich nach § 1117 Abs. 3 BGB lediglich die Vermutung des Rechtserwerbs ableiten; diese widerlegbare Vermutung ersetzt jedoch nicht die materiell-rechtliche Erwerbsvoraussetzung selbst.

c) Es kommt also darauf an, ob die Aushändigung durch das Grundbuchamt als Briefübergabe im Sinne des § 1117 Abs. 1 S.1 BGB anzusehen ist. Die hier in Satz 2 als anwendbar bezeichneten Vorschriften des § 929 Satz 2 BGB und der §§ 930, 931 BGB helfen nicht weiter. Aus den allgemeinen Grundsätzen zum Übergabeerfordernis des § 929 lässt sich jedoch folgern, dass die Aushändigung durch das Grundbuchamt dann der Aushändigung durch den Eigentümer gleichsteht, wenn das Grundbuchamt auf Weisung des Eigentümers handelt, sog. Übertragung durch eine Geheißperson. Das derartige Weisungen auch im formellen Grundbuchverkehr zu berücksichtigen sind, verdeutlicht § 60 Abs. 2 GBO.

Liegt eine derartige Weisung des Eigentümers nicht vor, übersandte das Grundbuchamt etwa dem Gläubiger R irrtümlich den Hypothekenbrief oder handelte dieser eigenmächtig und holte ihn sich unter Vorspiegelung falscher Tatsachen vom Grundbuchamt ab, so wäre die zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung des § 1117 BGB für den Ersterwerb nicht erfüllt, R hätte die für ihn eingetragene Briefhypothek nicht erworben. Er könnte sich allenfalls auf die Vermutung des § 1117 Abs. 3 BGB berufen; diese wäre jedoch von E durch Nachweis des wahren Sachverhalts leicht zu widerlegen.

B. Ergebnis:

Mangels Briefübergabe hat R damit keine Hypothek am Grundstück des E erworben.

## Teil 2: Die Eigentumslage am Hypothekenbrief

Der Hypothekenbrief verbrieft die Hypothek und macht sie damit verkehrsfähig, indem die Übertragung der Hypothek durch formlose Einigung über den Übergang der Forderung (bei schriftlicher Abtretungserklärung) und die Übergabe des Hypothekenbriefs erfolgt.

Bei dieser Übertragung bedarf es keiner Eintragung ins Grundbuch- als Ausnahme vom Grundsatz des § 873 BGB, an deren Stelle die Briefübergabe tritt, §§ 1154 Abs. 1, 1153 Abs. 2 BGB. Im Hinblick auf die Funktion des Hypothekenbriefes beim Ersterwerb (§ 1117 BGB) und bei der Übertragung ebenso etwa auch bei der Belastung einer Hypothek (§ 1274 BGB), der Pfändung (§ 830 ZPO) und der Geltendmachung (§§ 1144, 1160 ff. BGB) kommt dem Brief nicht nur die Wirkung einer Beweisurkunde zu, er ist vielmehr als ein sachenrechtliches Wertpapier zu verstehen. Dieses unterliegt der Regelung des § 952 BGB, vgl. dessen Abs. 2. Danach ist Eigentümer des Hypothekenbriefes stets der Gläubiger der Hypothek, der sogenannte Hypothekar.

Die Übergabe des Hypothekenbriefes an R erfordert also nicht den rechtsgeschäftlichen Eigentumsverschaffungswillen des Grundbuchamtes oder des E. Es geht lediglich um die Voraussetzung des § 1117 BGB. Wäre diese erfüllt und die Hypothek entstanden, hätte R das Eigentum am Hypothekenbrief erlangt, § 952 Abs. 1, 2 BGB. Dies ist hier freilich nicht der Fall.

E ist Eigentümer des Hypothekenbriefs.

### **Fall 23:**

A. R hat die Hypothek erworben, wenn die Voraussetzungen des Ersterwerbs erfüllt sind.

1. Bestehen einer zu sichernden Forderung, § 1113 Abs. 1 BGB

(+) aus § 488 Abs.1 S.2 BGB

2. Einigung §§ 1113 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB zwischen Bruder und R (+)

*Beachte:* das durch die Fassung des § 1113 BGB mögliche Auseinanderfallen von persönlicher Schuld (E) und dinglicher Haftung (E's Bruder) ist streng zu unterscheiden von der Situation auf der Gläubigerseite: Hypothekar und Gläubiger der gesicherten Forderung müssen natürlich, wie letztlich der Grundsatz der Akzessorietät besagt, identisch sein.

3. Eintragung §§ 873 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB (+)

4. Briefübergabe (§ 1117 Abs. 1 S. 1 BGB) (+)

5. Berechtigung (+)

B. Ergebnis

R hat die Hypothek erworben.

## Fall 24:

Vorüberlegungen:

Grundsätzlich ist es für den Kreditgeber gefährlich, die Darlehensvaluta auszuzahlen ohne in diesem Zeitpunkt gesichert zu sein. In der Praxis des Kreditgewerbes ist es daher üblich, die Darlehenssumme erst gegen Aushändigung des Hypothekenbriefes auszuzahlen. Das bedeutet, dass die Vorbereitungen, die dinglichen Rechtsgeschäfte und die Grundbuchformalitäten zuvor erledigt sein müssen, sich also allenfalls auf eine künftige Rückzahlungsforderung beziehen. Das bedeutet konkret auf die Situation des Grundbuchbeamten bezogen: Die Hypothek wird als solche eingetragen, obwohl feststeht, dass die Forderung noch nicht entstanden ist (ACHTUNG: Der Vertragsschluss ist hingegen schon durch die übereinstimmenden Willenserklärungen erfolgt) und somit dem Prinzip der Akzessorietät (§ 1113 Abs. 1 BGB) nicht genügt sein kann.

A. R könnte eine Hypothek erworben haben.

I. Bestehen einer zu sichernden Forderung, § 1113 Abs. 1 BGB

Es müsste eine zu sichernde Forderung bestehen. Dies ist im vorliegenden Fall problematisch.

Bevor R das Darlehen ausbezahlt hat, fehlt es jedoch an einer ihm zustehenden Forderung. (ACHTUNG: Der Vertragsschluss ist hingegen schon durch die übereinstimmenden Willenserklärungen erfolgt). Die strenge Akzessorietät im Hypothekenrecht steht somit dem Erwerb der Briefhypothek durch R entgegen. Zwar können gem. § 1113 Abs. 2 BGB Hypotheken auch für künftige Forderungen bestellt werden. Im vorliegenden Fall gebietet jedoch § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB eine andere Lösung (dazu unter B).

II. Ergebnis: R hat keine Hypothek erworben.

B. E könnte eine Hypothek erworben haben.

Für diesen Fall ordnet § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB an, dass die Hypothek dem Eigentümer – im Sinne des Hypothekenrechts stets dem Grundstückseigentümer – zusteht. Die für R eingetragene Fremdhypothek wäre also eine Eigentümerhypothek des E. Da nun Hypothek und Eigentum in einer Hand liegen, ohne dass E als Eigentümer auch eine durch die Hypothek zu sichernde Forderung zusteht, tritt eine weitere Metamorphose ein: Die Eigentümerhypothek wandelt sich automatisch in eine Grundschuld um, § 1177 Abs. 1 S. 1 BGB, die gleichfalls E als Eigentümer zusteht, so genannte Eigentümergrundschuld.

- Exkurs Anfang -

Diese mit der wichtigen Kette §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB normierte Metamorphose von der Fremdhypothek über die Eigentümerhypothek zur Eigentümergrundschuld beruht

auf zwei tragenden Prinzipien unseres Hypothekenrechts, die sich teilweise als Besonderheit der Grundpfandrechte gegenüber dem Mobiliarpfandrecht darstellen:

- Während das Pfandrecht grundsätzlich erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft (sogenannte Konsolidation, vgl. § 1256 Abs. 1 BGB), können dingliche Grundstücksrechte auch am eigenen Grundstück bestehen, vgl. den Grundsatz im § 889 BGB. Für die Grundschuld spricht § 1196 Abs. 1 BGB ausdrücklich aus, dass diese auch für den Eigentümer bestellt werden können: sogenannte Eigentümergrundschuld.
  - Die Bestellung eines derartigen Rechts am eigenen Grundstück in Gestalt der Eigentümergrundschuld kann sinnvoll sein im Hinblick auf ein späteres Kreditbedürfnis: Die Eigentümergrundschuld wahrt dann den Rang; unabhängig von etwaigen später eingetragenen Belastungen kann der Eigentümer diese Rangstelle und damit die zinslich günstigere Kreditbeschaffungsmöglichkeit realisieren, indem er seine Grundschuld auf den Kreditgeber überträgt.
  - Im Übrigen stellt § 1196 Abs. 1 BGB eine auch materiell-rechtlich interessante Ausnahme vom Grundprinzip des § 873 BGB dar: Eigentümergrundschulden erfordern neben der Eintragung keine Einigung, sondern lediglich eine einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt. Diese Erklärung ist materiell-rechtlich formlos wirksam, grundbuchrechtlich ist die Form des § 29 GBO einzuhalten. Immerhin lässt sich auf diese Weise durch (beglaubigte) einseitige (materiell-rechtliche) Erklärung, die zugleich den Antrag des Eigentümers (§ 13 GBO) und dessen Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) enthält, relativ einfach ein Grundpfandrecht schaffen, dass dann – wiederum relativ einfach – an andere zu übertragen ist.
- Der durch §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB gekennzeichnete Automatismus in der Umwandlung beruht zum zweiten auf dem Prinzip der strengen Akzessorietät einer Hypothek einerseits, dem entscheidenden Unterschied zur Grundschuld andererseits: Grundschulden sind nicht akzessorisch, sie sind also in ihrer Entstehung und in ihrem Fortbestand unabhängig von einer zu sichernden Forderung. Anders gewendet: Es ist für die materiell-rechtliche Wirksamkeit einer Grundschuld unerheblich, ob eine zu sichernde Forderung besteht, etwaige Unwirksamkeitsgründe hinsichtlich des gesicherten Anspruchs schlagen nicht auf das dingliche Recht durch. Weil Grundschulden nicht akzessorisch sind, können sie die oben mit der Eigentümergrundschuld umrissene Möglichkeit verschaffen, eine Rangstelle im Grundbuch gewissermaßen zu reservieren.

Will man ein als Hypothek eingetragenes Grundpfandrecht, das jedoch, ohne dass dies aus dem Grundbuch erkennbar ist, mangels zu sichernder Forderung nicht in dieser Form

entstanden ist, seiner Funktion nach aufrechterhalten, so bietet sich die Möglichkeit an, die Hypothek als Grundschuld zu behandeln. Das beide Grundpfandrechte wesensnah und auch in ihrem Sicherungsgehalt verwandt sind, belegt am deutlichsten § 1198 BGB: Wenn die Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt ohne Zustimmung der nachfolgenden Berechtigten möglich ist, bedeutet dies praktisch, dass beiden wirtschaftlich derselbe Wert zukommt.

- Exkurs Ende -

Aus dem Zusammenspiel der unter 1. und 2. aufgezeigten Grundsätze erklärt sich die oben erwähnte Metamorphose: Ohne eine Forderung des R kann ihm keine Hypothek zustehen.

Im Hinblick auf die Möglichkeit der späteren Begründung der Forderung erscheint es nicht sinnvoll, die eingetragene Briefhypothek als völlig unwirksam anzusehen, anderen späteren Berechtigten gewissermaßen dann diesen Platz im Grundbuch einzuräumen. Es gilt also, die Stelle zu blockieren. Das bewirkt § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB: Das Grundpfandrecht steht zunächst E zu. Weil jedoch auch eine Eigentümerhypothek dem Akzessorietätsprinzip genügen muss, kann dieses Recht nur dann als Hypothek zu qualifizieren sein, wenn es auch eine Forderung des E sichert. Dies ist nicht der Fall; darum bleibt nur der Schritt des § 1177 Abs. 1 BGB: Das Grundpfandrecht kann nunmehr nur in Gestalt einer Grundschuld existieren.

Dass im Grundbuch eine Hypothek, zudem R als Berechtigter, ausgewiesen ist, steht nicht entgegen. Es handelt sich hier um einen der Fälle, in denen das Grundbuch unrichtig ist. Bei normalem Ablauf der Dinge geht es hier zeitlich lediglich um eine Übergangsphase: Sobald die Forderung des R gegen E entsteht (er also die Darlehensvaluta auszahlt), tritt die im Grundbuch verlautbarte Rechtslage ein: R erwirbt eine Fremdhypothek am Grundstück des E. Weil mit der Auszahlung des Darlehensbetrages die Hypothek des R jederzeit entstehen kann, ist die Eigentümergrundschuld des E lediglich eine vorläufige Eigentümergrundschuld.