

## Grundstudium ZR

Prof. Dr. Klaus Schreiber

# Der Ersterwerb der Hypothek

**Klaus Schreiber:** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Arbeitsrecht an der Ruhr-Universität Bochum und Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

*Der Beitrag befasst sich nach einer kurzen Darstellung des Charakters der Hypothek (I.) mit den Voraussetzungen der Entstehung der Hypothek – sog. Ersterwerb – (II.).*

## I. Allgemeines

Die Hypothek (§§ 1113ff. BGB) gehört zu den sog. Grundpfandrechten<sup>1</sup>. Hiermit werden im weiteren Sinne alle Pfandrechte bezeichnet, die ein Grundstück zur Sicherung einer Forderung belasten<sup>2</sup>. Das Grundstück dient für eine Forderung (z.B. für einen Darlehensrückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB) als Sicherheit, falls der Schuldner der Forderung außerstande ist, das Darlehen zurück zu zahlen. In diesem Fall kann sich der Gläubiger aus seinem Recht an dem Grundstück (dem Grundpfandrecht) gem. § 1147 BGB befriedigen – er kann das Grundstück »zu Geld machen«. Dies meint § 1113 Abs. 1 BGB, wenn dort normiert ist, »dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung (des Grundstücks) erfolgt, eine bestimmte Geldsumme ... aus dem Grundstück zu zahlen ist«. Eine Hypothek ist daher das Recht, das belastete Grundstück zu verwerten<sup>3</sup>. Anspruchsgrundlage hierfür ist § 1147 BGB.

Eine Hypothek wird zu Gunsten einer Person bestellt, die eine Sicherheit für eine von ihr erbrachte Leistung – z.B. ein ausgezahltes Darlehen – verlangt. Neben den schuldrechtlichen Anspruch – die sog. persönliche Forderung des Gläubigers, der auch als persönlicher Gläubiger bezeichnet wird – auf Darlehensrückzahlung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB tritt also ein dinglicher Anspruch gegen den dinglichen Schuldner auf Befriedigung aus dem Grundstück gem. § 1147 BGB.

<sup>1</sup> Palandt/Bassenge, BGB, 72. Auflage 2013, Überbl v § 1113 Rdn. 1; Schreiber, Sachenrecht, 5. Auflage 2008, Rdn. 442.

<sup>2</sup> JurisPK-BGB/Reischl, Band 3, 6. Auflage 2012, § 1113 Rdn. 1.

<sup>3</sup> Hk-BGB/Staudinger, 7. Auflage 2012, § 1147 Rdn. 1; Weber, Sachenrecht II, 3. Auflage 2012, § 14 Rdn. 5.

**Beispiel 1:** Die Sparkasse S (persönliche Gläubigerin), die X ein Darlehen gewährt, verlangt eine Sicherheit dafür, dass dieses Darlehen von X bei Fälligkeit zurückgezahlt wird<sup>4</sup>. Der Eigentümer eines Grundstücks (X oder ein Dritter) kann der S eine Sicherheit bieten, indem er an seinem Grundstück für S eine Hypothek bestellt. X, der die Sicherheit geleistet hat, wird auch *Sicherungsgeber*<sup>5</sup>, die S auch *Sicherungsnehmerin*<sup>6</sup> genannt.

Die Hypothek dient stets der Sicherung einer persönlichen Forderung des persönlichen Gläubigers. Dies wird aus der gesetzlichen Regel des § 1113 Abs. 1 BGB deutlich. Denn § 1113 Abs. 1 BGB spricht davon, dass das Grundstück *wegen einer ihm zustehenden Forderung* mit einer Hypothek belastet wird. Die Hypothek ist daher kraft Gesetzes von dem Bestehen einer Forderung abhängig<sup>7</sup>.

## II. Ersterwerb der Hypothek (Entstehung)

Die Entstehung der Hypothek durch Rechtsgeschäft hat gem. §§ 873, 1113, 1115, 1117 BGB folgende Voraussetzungen<sup>8</sup>:

- 1) Dingliche Einigung, §§ 873 I, 1113 BGB
- 2) Eintragung der Hypothek ins Grundbuch, §§ 873 I, 1115 I BGB
- 3) Fortbestehen der Einigung z. Z. der Eintragung, vgl. § 873 II BGB
- 4) Übergabe des Hypothekenbriefs oder dessen Ausschluss
  - Briefhypothek gem. § 1116 I: Briefübergabe gem. § 1117 BGB

<sup>4</sup> Von der dinglichen Bestellung des Grundpfandrechts ist der zugrunde liegende schuldrechtliche Vertrag zu trennen, der den Schuldner der Darlehensrückzahlung zur Bestellung eines Grundpfandrechts verpflichtet, sog. Sicherungsvertrag (Wilhelm, Sachenrecht, 4. Auflage 2010, Rdn. 1423).

<sup>5</sup> Palandt/Bassenge, § 1113 Rdn. 4.

<sup>6</sup> Palandt/Bassenge, § 1113 Rdn. 4.

<sup>7</sup> Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 26. Auflage 2011, § 27 Rdn. 11.

<sup>8</sup> Schreiber, Rdn. 461ff.

- Buchhypothek gem. § 1116 II: Ausschluss der Brieferteilung muss vereinbart und im Grundbuch eingetragen sein
- 5) Bestehen der zu sichernden Forderung, § 1113 BGB
  - 6) Berechtigung zur Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek, § 873 BGB

### 1) Dingliche Einigung gem. §§ 873 Abs. 1, 1113 BGB

Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer müssen sich gem. §§ 873 Abs. 1, 1113 BGB darüber einigen, dass eine Hypothek an einem bestimmten Grundstück zur Sicherung einer der Höhe nach bestimmten Forderung entstehen soll<sup>9</sup>. Im Gegensatz zur Auflassung bedarf jene Einigung keiner bestimmten Form<sup>10</sup>. In der Regel wird die Einigung aber notariell beurkundet werden, weil gem. § 29 GBO die Hypothek erst nach Vorlage einer öffentlich beglaubigten Eintragungsbewilligung des Eigentümers in das Grundbuch eingetragen wird<sup>11</sup>.

### 2) Eintragung ins Grundbuch, §§ 873, 1115 BGB

Gem. § 873 Abs. 1 BGB ist für die Belastung eines Grundstücks deren Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Die Hypothek muss mit den Angaben und dem Inhalt des § 1115 BGB eingetragen werden (Gläubiger und Geldbetrag der Forderung)<sup>12</sup>.

### 3) Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung, vgl. § 873 Abs. 2 BGB

Weil die Beteiligten vor der Eintragung der Hypothek nur unter den Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 BGB an ihre Einigung gebunden sind, muss die Einigung grundsätzlich im Zeitpunkt der Eintragung fortbestehen oder gem. § 873 Abs. 2 BGB unwiderruflich sein (z.B. wegen notarieller Beurkundung)<sup>13</sup>.

### 4) Bestehen der zu sichernden Forderung, § 1113 BGB

§ 1113 Abs. 1 BGB verlangt seinem Wortlaut nach für das Entstehen der Hypothek das Vorliegen einer dem Sicherungsnehmer zustehenden Forderung. Diese muss sich auf Zahlung einer der Höhe nach bestimmten Geldsumme beziehen<sup>14</sup>. Zudem müssen der Gläubiger der Forderung und der Gläubiger der Hypothek (der Sicherungsnehmer) dieselbe Person sein<sup>15</sup>.

### 5) Ggf. Übergabe des Hypothekenbriefs, §§ 1117 Abs. 1, 1116 Abs. 1 BGB

Gem. § 1117 Abs. 1 S. 1 BGB erwirbt der Gläubiger die Hypothek erst mit Übergabe des Hypothekenbriefs – wenn dessen Erteilung nicht gem. § 1116 Abs. 2 BGB ausgeschlossen wurde. Es handelt sich um eine sog. **Briefhypothek**. Der Hypothekenbrief wird von dem Grundbuchamt erstellt und erteilt<sup>16</sup>. Er »verbrieft« das Recht aus der Hypothek. D.h. zur Ausübung des Rechtes an der Hypothek ist die Inhaberschaft des Hypothekenbriefs erforderlich<sup>17</sup>. Ohne Hypothekenbrief ist man nicht berechtigter Inhaber der Briefhypothek geworden. Eine Verfügung über die Hypothek ist ohne den Hypothekenbrief bei einer Briefhypothek nicht möglich<sup>18</sup>. Aber allein durch Übergabe des Hypothekenbriefes wird die Hypothek nicht übertragen<sup>19</sup>. Vielmehr müssen auch die weiteren Voraussetzungen vorliegen.

Haben die Parteien die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen, so haben sie sich nicht auf eine Brief-, sondern auf eine **Buchhypothek** geeinigt<sup>20</sup>. Dieser Ausschluss muss ins Grundbuch eingetragen werden (§ 1116 Abs. 2 BGB). Eine Buchhypothek erwirbt der Sicherungsnehmer bereits mit Eintragung der Hypothek in das Grundbuch<sup>21</sup>, wie der Name **Buchhypothek** bereits erahnen lässt. Eines Hypothekenbriefes oder dessen Übergabe bedarf es dann nicht.

<sup>9</sup> JurisPK-BGB/Reischl, Band 3, § 1113 Rdn. 71; Weber, § 14 Rdn. 52.

<sup>10</sup> Helms/Zeppernick, Sachenrecht II, 2013, Rdn. 175.

<sup>11</sup> JurisPK-BGB/Reischl, Band 3, § 1113 Rdn. 71.

<sup>12</sup> Beispiel für die Grundbucheintragung bei Schreiber, S. 189ff., 193.

<sup>13</sup> Vgl. Hk-BGB/Staudinger, § 1113 Rdn. 10; Schreiber, Rdn. 360f.

<sup>14</sup> JurisPK-BGB/Reischl, Band 3, § 1113 Rdn. 85.

<sup>15</sup> Palandt/Bassenge, § 1113 Rdn. 12; Schreiber, Rdn. 462.

<sup>16</sup> Und zwar gem. § 56 GBO.

<sup>17</sup> MünchKomm/Eickmann, BGB, Band 6, § 1116 Rdn. 5; Soergel/Konzen, Band 16, Sachenrecht 3, 2001, § 1116 Rdn. 2.

<sup>18</sup> Soergel/Konzen, Band 16, § 1116 Rdn. 2.

<sup>19</sup> Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearbeitung 2009, § 1116 Rdn. 5.

<sup>20</sup> Hk-BGB/Staudinger, § 1116 Rdn. 2; Palandt/Bassenge, § 1116 Rdn. 3.

<sup>21</sup> Vgl. Palandt/Bassenge, § 1116 Rdn. 1.

## 6) Berechtigung

Da es sich bei der Hypothek um eine Grundstücksbelastung handelt, sind der Eigentümer des Grundstücks, die kraft Gesetz Verfügungsbefugten (z.B. der Insolvenzverwalter gem. § 80 InsO) und die hierzu gem. § 185 BGB Ermächtigten zu ihrer Bestellung berechtigt<sup>22</sup>.

## 7) Ersterwerb vom Nichtberechtigten

Es kann aber vorkommen, dass derjenige, der laut Grundbuch Eigentümer des Grundstücks ist, in Wirklichkeit nicht (mehr) Eigentümer ist. An dieser Stelle spielt der sog. »öffentliche Glaube des Grundbuchs« gem. § 892 BGB eine Rolle. Gem. § 892 Abs. 1 BGB gilt der Inhalt des Grundbuchs für denjenigen, der ein Recht an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft – z.B. eine Hypothek – erwirbt, als richtig. Mit anderen Worten: Man darf darauf vertrauen, dass das, was im Grundbuch steht, richtig ist. In dem guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs wird der Sicherungsnehmer geschützt<sup>23</sup>. Wenn der Sicherungsgeber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, gilt er kraft Rechtsscheins als Berechtigter. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Sicherungsnehmer das Grundbuch eingesehen hat<sup>24</sup>. Er erwirbt (unter den weiteren Voraussetzungen) gutgläubig die Hypothek aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (sog. gutgläubiger Ersterwerb vom Nichtberechtigten).

Voraussetzungen für den gutgläubigen Ersterwerb einer Hypothek vom Nichtberechtigten sind gem. § 892 Abs. 1 BGB<sup>25</sup>:

- a) Rechtsgeschäftlicher Erwerb i. S. e. Verkehrsgeschäfts
- b) Unrichtigkeit des Grundbuchs
- c) Legitimation des Sicherungsgebers laut Grundbuch
- d) Keine positive Kenntnis des Sicherungsnehmers von der Unrichtigkeit des Grundbuchs
- e) Keine Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs

**Beispiel 2:** A hat mehrere Grundstücke, u. a. auch Grundstück X und Y. A hatte sich mit B über die Übertragung des Grundstücks X an B geeinigt. Aufgrund eines Versehens des Grundbuchbeamten wurde B aber nicht als neuer Eigentümer des Grundstücks X, sondern als Eigentümer des Grundstücks Y eingetragen. Aus Geldnot lässt sich B ein Darlehen von S gewähren. Als S eine Sicherheit für ihren Darlehensrückzahlungsanspruch gem. § 488

Abs. 1 S. 2 BGB verlangt, bestellt B zugunsten von S eine Briefhypothek an dem Grundstück Y und übergibt S den Hypothekenbrief. *Kann S die Hypothek von B erwerben, obwohl dem B das Grundstück in Wirklichkeit gar nicht gehört?*

a) Es muss sich um einen **rechtsgeschäftlichen Erwerb** im Sinne eines **Verkehrsgeschäfts** handeln. Das bedeutet, dass die an dem Geschäft Beteiligten weder in persönlicher noch in wirtschaftlicher Hinsicht identisch sein dürfen<sup>26</sup>.

Im Beispiel 2 gehören B und S nicht derselben (juristischen) Person an und sind daher personenverschieden. Auch in wirtschaftlicher Hinsicht sind sie verschieden, weil keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine wirtschaftliche Beteiligung des B bei S vorliegt. Der beabsichtigte Erwerb der Hypothek erfolgte also aufgrund eines Rechtsgeschäfts im Sinne eines Verkehrsgeschäfts zwischen B und S – der dinglichen Einigung.

b) Das Grundbuch ist **unrichtig**. Die tatsächliche materielle Rechtslage entspricht nicht der im Grundbuch dargestellten Rechtslage<sup>27</sup>. Derjenige, der als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, der sog. Bucheigentümer<sup>28</sup>, ist also in Wirklichkeit nicht der Eigentümer des Grundstücks.

Im Beispiel 2 wurde B versehentlich als Eigentümer des Grundstücks Y eingetragen. Wahrer Eigentümer ist weiterhin A. Das Grundbuch ist also unrichtig. In solchen Fällen hat der wahre Berechtigte (A) gem. § 894 BGB einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs dahingehend, dass er (wieder) als der wahre Berechtigte eingetragen wird.

c) Der Verfügende ist als Eigentümer bzw. **Berechtigter im Grundbuch eingetragen**, d. h. aus dem Grundbuch ergibt sich der Anschein der Berechtigung des Verfügenden (**Legitimation als Berechtigter**).

So verhält es sich im Beispiel 2: Nach dem Grundbuch ist B Eigentümer des Grundstücks Y und daher zu der Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek »legitimiert«. Aus der Unrichtigkeit des Grundbuchs, die bereits zuvor geprüft wurde, folgt also quasi automatisch die Legitimation zu Belastungen des Grundstücks.

d) Dem Erwerber ist die **Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht bekannt (Gutgläubigkeit)**. Insofern schadet nur positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs und der wirklichen dinglichen Rechtslage<sup>29</sup>. Der

<sup>26</sup> Palandt/Bassenge, § 892 Rdn. 5–7.

<sup>27</sup> Vgl. Hk-BGB/Staudinger, § 892 Rdn. 8.

<sup>28</sup> Westermann/Gursky/Eickmann/Eickmann, Sachenrecht, 8. Auflage 2011, § 71 Rdn. 8.

<sup>29</sup> Staudinger/Gursky, BGB, Neubearbeitung 2008, § 892 Rdn. 140, 145.

<sup>22</sup> Schmidt, Sachenrecht II, 6. Auflage 2013, Rdn. 387.

<sup>23</sup> Palandt/Bassenge, § 892 Rdn. 1.

<sup>24</sup> BGH NJW 2007, 3204, Tz 32; Palandt/Bassenge, § 892 Rdn. 1.

<sup>25</sup> Vgl. Hk-BGB/Staudinger, § 892 Rdn. 7 ff.

Erwerber darf also grob fahrlässige Unkenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs haben<sup>30</sup>, er darf an der Richtigkeit des Grundbuchs zweifeln und sogar billigend in Kauf nehmen, dass das Grundbuch unrichtig ist<sup>31</sup>. Ihm darf nur nicht *bekannt* sein, dass der Verfügende nicht Berechtigter ist.

Vorliegend hatte S keine Kenntnis davon, dass B nicht berechtigt war, die Hypothek an dem Grundstück Y zu bestellen. Mithin war S gutgläubig.

e) Es ist **kein Widerspruch** gem. § 899 BGB gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen. Ein solcher Widerspruch wird im Grundbuch eingetragen, wenn der wahre Berechtigte seinen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gem. § 894 BGB geltend gemacht hat. Zweck des Widerspruchs ist es, den wahren Berechtigten vor einem Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb zu schützen<sup>32</sup>. Daher wird der Widerspruch in der Regel im Schnellverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 935 ZPO i. V. m. § 899 Abs. 2 BGB erhoben. Ist der Wi-

derspruch eingetragen, verhindert er einen gutgläubigen Erwerb<sup>33</sup>.

Im Beispiel 2 hat A es versäumt, seinen Anspruch auf Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB gerichtlich geltend zu machen. Daher wurde gem. § 899 BGB auch kein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen und der gutgläubige Erwerb der Hypothek durch S blieb weiterhin möglich.

f) **Folge:** Der Erwerber der Hypothek erwirbt diese so, als ob er von dem wahren Berechtigten die Hypothek erworben hätte<sup>34</sup>. Gleichzeitig muss der wahre Berechtigte den Erwerb der Hypothek gegen sich gelten lassen. Sein Grundstück ist nunmehr mit einer Hypothek belastet.

Vorliegend erwarb S gem. §§ 873, 1113, 892 BGB mit Eintragung der Hypothek und Übergabe des Hypothekenbriefs gem. §§ 1116, 1117 BGB gutgläubig die Hypothek. Das Grundstück des A ist fortan mit dieser Hypothek belastet. Hätte A sich um eine Grundbuchberichtigung bemüht und einen Widerspruch gem. § 899 BGB eintragen lassen, wäre dieser gutgläubige Erwerb der S verhindert worden.

<sup>30</sup> Staudinger/Gursky, § 892 Rdn. 161.

<sup>31</sup> RGZ 156, 122, 128; 117, 181, 189; Schlesw.-Holst. OLG FGPrax 2004, 264, 266; Staudinger/Gursky, § 892 Rdn. 161.

<sup>32</sup> Palandt/Bassenge, § 899 Rdn. 1, 5.

<sup>33</sup> MünchKomm/Kohler, BGB, Band 6, § 892 Rdn. 40; Schreiber, Rdn. 383.

<sup>34</sup> Vgl. MünchKomm/Kohler, BGB, Band 6, § 892 Rdn. 69.