

Klausurenkurs - Zivilrecht

Klausur 1888 - Lösung, Seite 1

Übersicht Klausur 1888

I. Anspruch des Z gegen E aus § 765 I

1. Vor.: wirksamer Bürgschaftsvertrag

- a) **P: nicht zwischen Z und E** zu Stande gekommen
- b) möglicherweise aber **derivativer** Erwerb gem. § 398 S.2 BGB?
- aa) **P: Bürgschaft** zwar nicht abgetreten, geht aber grds. mit Abtretung der Forderung über, **§ 401 I**
- bb) **P: G** aber überhaupt Inhaber einer **Bürgschaftsforderung**?
 - (1) kein Garantievertrag
 - (2) keine kumulative Schuldübernahme
 - (3) im Zweifel Bürgschaft, wirksam?:
 - (a) **P: vom Bestand einer Hauptschuld** abhängig § 488 S.2? Hauptschuld aus Darlehen **nicht wirksam entstanden**, § 105, M geschäftsunfähig
⇒ schon deshalb § 765 (-)
 - (b) außerdem hinsichtlich der noch geforderten 150.000 € keine Auszahlung, damit kein Rückzahlungsanspruch
⇒ auch aus diesem Grund § 765 (-)
 - (4) **P: Bürgschaft für § 812 I 1, 1.Alt?** h.M. (-)
 - (5) **P: außerdem § 766 S.1**, es fehlt an der **Form**
⇒ auch keine Heilung

2. Ergebnis: Anspruch des Z aus § 765 I (-)

II. Anspruch des Z gegen E aus § 1147

Rechtsfolge: nicht Zahlung, aber Duldung der Zwangsvollstreckung

1. **Z Inhaber** der (Brief-)Hypothek?

a) §§ 873, 1113, 1115, 1116, 1117

- (1) **P: aber kein unmittelbarer Erwerb**, da Einigung E/G
 - (2) **P: derivativer Erwerb** von G?
 - (a) Abtretung der Forderung erforderlich, §§ 398, 1154 hier (+)
 - (b) **P:**
 - **fehlende Forderung** (s.o.)
 - **§ 812 nicht ausreichend (a.A. vertretbar)**
 - **gutgläubiger Forderungserwerb** scheidet aus
 - b) **P: Erwerb der Hypothek** gem. **§§ 1138, 892** (+)
 - c) **P: Zahlung** von 100 000 €
⇒ **EGS kraft Gesetzes, § 1177 I 1**
 - d) **Einwendungen/Einreden** bezüglich Restsumme?
 - aa) **P: schuldnernbezogene Einwendung**, dass **keine Forderung**, wegen **§§ 1138, 892** (-)
 - bb) **P: Stundung der Hypothek**, Einrede gemäß **§ 1157 S.1** (+) und kein Wegerwerb gem. §§ 1157 S.2, 892, wenn man von Bösgläubigkeit ausgeht
 - cc) **P: außerdem § 1137, Stundung der** (nicht-existenten!) **Forderung** und Wegerwerb gem. §§ 1138, 892 (-)
- ##### 2. Ergebnis: Z kann damit aus der Hypothek erst nach Ablauf von zwei Jahren vorgehen.

Klausurenkurs - Zivilrecht

Klausur 1888- Lösung - Seite 2

Lösung Klausur 1888:

Ansprüche des Z gegen E:

- I. Dem Z könnte gegen E ein Anspruch auf Zahlung von 250 000 € gemäß **§ 765 I BGB** zustehen.¹

Anmerkung: Falsch war es, hier mit einem Anspruch aus § 488 I S.2 BGB zu beginnen, da ein solcher Anspruch nur gegen die M nicht aber gegen den E gerichtet sein kann!

1. Voraussetzung dafür wäre das Zustandekommen eines **wirksamen Bürgschaftsvertrags** i.S.v. § 765 I BGB aus dem Z berechtigt sein müsste.
- a) Zwischen Z und E kommt der Abschluss eines Bürgschaftsvertrages nicht in Betracht, da beide zu keinem Zeitpunkt in Vertragsverhandlungen standen. Ansprüche aus eigenem Recht bestehen deshalb nicht.
- b) Z könnte den Anspruch aus § 765 I BGB jedoch **derivativ** (d.h. durch Abtretung) von G erworben haben, § 398 S.2 BGB.
- aa) Dies könnte schon deshalb, unabhängig vom Entstehen eines Anspruchs aus § 765 I BGB bei G, zweifelhaft sein, weil G nur die Darlehensforderung abgetreten hat und diese sich gegen die M richtet. Von der Abtretung einer Bürgschaftsforderung war zu keinem Zeitpunkt die Rede.

hemmer-Methode: Verkaufen Sie sich gut. Nur über diesen Aufbau lassen sich die Probleme geschickt koppeln!

Mit der Abtretung der Darlehensforderung könnte die Bürgschaft jedoch gemäß **§ 401 BGB** übergegangen sein.

Danach gehen mit der abgetretenen Forderung bestehende Nebenrechte mit über. Dies gilt allerdings nur für die unselbständigen Nebenrechte, die dann wegen ihrer Akzessorietät der Forderung folgen.²

Die **Bürgschaft** ist als ein solches **Nebenrecht** in § 401 I BGB ausdrücklich genannt.

Damit könnte bei wirksamer Abtretung der Darlehensforderung der Anspruch aus der Bürgschaft gem. § 765 I BGB auf Z überge-

gangen sein und dieser könnte ihn gem. § 398 S.2 BGB gegen E geltend machen.

- bb) Dies setzt jedoch voraus, dass **G überhaupt Inhaber** eines Anspruchs aus § 765 I BGB war.

Demnach müsste zwischen G und E ein **wirksamer Bürgschaftsvertrag** zu Stande gekommen sein.

Notwendig dafür ist eine Willenseinigung der Parteien gem. §§ 145 ff BGB hinsichtlich der Übernahme einer Bürgschaft.

Als E am 13. März im Laufe des Gesprächs erklärte, er sei selbstverständlich bereit für M **einzustehen**, wenn diese das Darlehen nicht zurückzahle, könnte eine Einigung über die Verpflichtung des E im Sinne einer **Bürgschaft** erfolgt sein.

Fraglich ist jedoch, ob die Parteien tatsächlich einen Bürgschaftsvertrag abschließen wollten, wie also die Erklärung des E rechtlich zu werten ist.

Dazu sind die Erklärungen der Parteien gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen. Dabei kommen als möglicherweise gewollte Vertragstypen neben der Bürgschaft die **kumulative Schuldübernahme** sowie der **Garantievertrag** in Betracht.³

Wie man das Versprechen, für eine Forderung eintreten zu wollen, auszulegen hat, ist zweifelhaft:

- (1) Der **Garantievertrag** ist anders als die Bürgschaft gem. § 311 I BGB formlos zulässig. § 766 BGB ist nicht anwendbar.

Dadurch wird die Verpflichtung begründet, dem Gläubiger für den Eintritt eines bestimmten Erfolges einzustehen, insbesondere ihn schadlos zu halten, wenn sich ein bestimmtes Risiko realisiert hat.⁴

Dabei ist insbesondere bei einer Forderungsgarantie zu beachten, dass im Unterschied zur Bürgschaft die selbständige Schuld des Gewährleistenden vom Fortbestand der gesicherten Schuld unabhängig ist.

Ein Garantievertrag kann sogar soweit reichen, dass eine Ausfallhaftung auch für den

¹ Lesen Sie dazu Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn 10 ff.

² Palandt, § 401, Rn. 3

³ Vgl. dazu Palandt, Einf. vor § 765, Rn 15 ff.; lesen Sie dazu Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn 30 ff.!

⁴ MüKo, vor § 414, Rn. 19

Klausurenkurs - Zivilrecht

Klausur 1888- Lösung - Seite 3

Fall eintritt, dass überhaupt keine Hauptverbindlichkeit zur Entstehung gelangt ist.⁵

Da der Garantievertrag eine starke Haftung des Schuldners begründet und im Gegensatz zur Bürgschaft eine Form nicht erforderlich ist, ist für dessen Annahme ein eindeutig ausgedrückter Verpflichtungswille (Rechtsbindungswille) erforderlich.

Dabei ist richtigerweise Anhaltspunkt, aber keinesfalls begriffliche Voraussetzung, ein Eigeninteresse des Garanten.

Demgegenüber verlangen andere⁶ regelmäßig als Voraussetzung ein nachhaltiges eigenes wirtschaftliches Interesse des Garantierenden an dem Erfolg.

Aber nach beiden Ansichten ist hier nicht von einem „gefährlichen“ Garantievertrag auszugehen:

Da ein eindeutiger Verpflichtungswille hier nicht zu erkennen ist, geht jeder Zweifel zulasten des Gläubigers.

Insoweit wird der Formvorschrift des § 766 BGB Rechnung getragen, die entwertet werden könnte, wenn eine mündliche Erklärung wie hier mit „leichter Hand“ als formlos gültige Garantie ausgelegt oder in sie umgedeutet werden könnte.

Zwischenergebnis: Damit kann hier nicht von einem Garantievertrag ausgegangen werden.

Anmerkung: Wollte man dies hier bejahen, so wäre weiter fraglich, ob der Anspruch daraus gem. § 401 BGB bei der Abtretung mit übergegangen wäre. Dies wäre mangels Akzessorietät zu verneinen⁷.

(2) In Betracht kommt aber ein **Schuldbeitritt**.⁸

Der neue Schuldner tritt dabei als Gesamtschuldner neben den alten Schuldner, § 427 BGB. Ein Schuldnerwechsel wie bei der Schuldübernahme gem. §§ 414, 415 fBGB findet nicht statt.

Der Schuldbeitritt stellt ein unselbständiges Sicherungsrecht i.S.d. § 401 BGB dar und

dieses geht bei der Abtretung der zu sichernden Forderung mit über.⁹

Der Schuldbeitritt muss, wie die Bürgschaft (vgl. dort § 765 II BGB) auch zu einer noch zu begründenden künftigen Forderung möglich sein. Der Schuldbeitritt ist dann als aufschiebend bedingt erklärt.

Neben den gesetzlich vorgesehenen Fällen (z.B. §§ 546 II; 2382 BGB) ist auch der im BGB nicht geregelte rechtsgeschäftliche Schuldbeitritt als reiner Verpflichtungsvertrag nach §§ 311 I, 241 I BGB zulässig.¹⁰

Eine besondere Form braucht dabei nicht eingehalten zu werden, § 766 BGB ist weder direkt noch analog anwendbar.¹¹

Für die Fälle, in denen wie hier die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Beitretendem geschlossen wird, ist der Schuldbeitritt jedoch zur Bürgschaft abzugrenzen:

Welche Form der Haftung vorliegt, kann dabei im Einzelfall zweifelhaft sein und kann grundsätzlich auch nicht dahingestellt bleiben, da dogmatische Unterschiede bestehen:

Der Bürge haftet akzessorisch für fremde Schuld gem. §§ 767, 765 BGB, während der Schuldbeitritt eine eigene Verbindlichkeit des Beitretenden begründet, die sich nach dem Beitritt unabhängig von der zu Grunde liegenden Forderung entwickeln kann,¹² vgl. insbesondere § 425 BGB.¹³

Für die Abgrenzung entscheidend ist, ob nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Parteien (§§ 157, 133 BGB) eine selbständige oder nur eine angelehnte Schuld begründet werden sollte.¹⁴

Im Zweifel ist jedoch von einer **Bürgschaft** auszugehen.

Bei der Auslegung stellt das Vorliegen eines eigenen sachlichen, d.h. wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesses regelmäßig ein Indiz für den Schuldbeitritt dar. Ein solches Interesse ist aber nicht zwingend Voraussetzung.¹⁵

⁵ Palandt, vor § 765, Rn 16

⁶ MüKo, vor § 414, Rn. 19 m.w.N.

⁷ Palandt, § 401, Rn 6.

⁸ Auch kumulative Schuldübernahme oder Schuldmitübernahme, Palandt, vor § 414, Rn 2; Lesen Sie dazu Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn 79 ff!

⁹ Palandt, § 401, Rn 4

¹⁰ ständige Rechtsprechung seit RG 59, 233 und allgemeine Meinung

¹¹ vgl. RGZ 59, 233 = jurisbyhemmer

¹² Palandt, Überbl. vor § 414, Rn 4

¹³ dazu RG 135, 108

¹⁴ BGH, NJW 86, 580 = jurisbyhemmer

¹⁵ BGH, a.a.O.; NJW 81, 47 = jurisbyhemmer

Klausurenkurs - Zivilrecht

Klausur 1888- Lösung - Seite 4

Allerdings kann andererseits ein lediglich persönliches Interesse im Regelfall nicht zur Annahme eines Schuldbeitritts führen.

Demnach ergibt hier die Auslegung, dass ein Schuldbeitritt nicht gewollt war:

E handelte aus rein persönlichen Motiven. Er wollte der M zu dem begehrten Darlehen aus Gefälligkeit verhelfen. Dass er gleichzeitig Hypothekenschuldner war begründet auch kein wirtschaftliches oder rechtliches Interesse. Er wollte lediglich neben der Hypothek eine weitere, persönliche Sicherung anbieten. Dass diese anders als die Hypothek „nicht akzessorisch“ ausgestaltet sein sollte, ist nicht anzunehmen.

Jedenfalls bleiben aber Zweifel, was zur Annahme einer Bürgschaft zwingt.

Anmerkung: Andere Ansicht wohl auch nicht mit dem Argument vertretbar, dass G die akzessorische Hypothek nicht genügte und E deshalb eine noch weitergehende Haftung angeboten hat. Wollte man dies dennoch annehmen, so stellt sich konsequenterweise dann die Frage, ob hier ein Schuldbeitritt zu einer nicht bestehenden Darlehensforderung überhaupt möglich ist (vgl. MüKo, vor § 414 BGB, Rn. 15, wonach ein Beitritt ins Leere geht, wenn die Schuld die mitübernommen werden soll nicht besteht; Gleiches muss aber gelten, wenn sie nicht zur Entstehung gelangt), oder ob gar zu der Forderung aus § 812 I 1, 1. Alt BGB (vgl. unten) beigetreten wurde.

Hinweis: In dieser Ausführlichkeit wurde diese Erörterung von Ihnen nicht verlangt. Um das Problem umfassend darzustellen, wurde hier eine „19-Punkte“-Lösung erarbeitet. Sie sollten aber dieses Problem zumindest in Grundzügen darstellen. Nicht geschickt war, nur die Bürgschaft zu erwähnen und diese „ruck zuck“ wegen mangelnder Form abzulehnen. Denken Sie daran: Sie befinden sich in der Klausur immer auf einer Gratwanderung zwischen „überflüssig“ und „Verfasser erkennt alle Probleme der Klausur“.

- (3) Ist somit von einer gewollten Bürgschaft auszugehen so ist weiter fraglich, ob diese wirksam entstanden ist.
- (a) Dies könnte schon deshalb fraglich sein, weil die Bürgschaftsschuld aus dem den Bürgen einseitig verpflichtenden Vertrag vom Beste-

hen und Umfang der Hauptschuld dauernd abhängig ist.¹⁶

Ist die Hauptschuld nicht wirksam entstanden, so kann auch die Bürgschaft nicht entstehen.

hemmer-Methode: Auch hier gilt: Nur wer gelernt hat zu retardieren (Verzögerung des Gedankenablaufs, so schon Diederichsen, Die BGB-Klausur) „schlachtet“ den Fall voll aus. Wer sich gleich auf das Formproblem des § 766 BGB stürzt, hat zwar im Ergebnis recht, es fehlen ihm aber „Haken“.

Unschädlich ist aber, dass die Hauptschuld eine **künftige** ist, da gem. § 765 II BGB die Bürgschaft auch für eine künftige Verbindlichkeit übernommen werden kann.¹⁷

Hier hat G mit der M einen Darlehensvertrag geschlossen, aus dem sich die für die Bürgschaft erforderliche Hauptforderung ergeben könnte.

Der Darlehensvertrag könnte jedoch deshalb unwirksam sein, weil die **M geschäftsunfähig** war.

Die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen sind nichtig, § 105 I BGB.

Zwischenergebnis: Damit kann schon aus diesem Grund ein Rückzahlungsanspruch aus § 488 I S.2 BGB nicht entstanden sein.

- (b) Aber auch für den Fall der vollen Geschäftsfähigkeit würde sich kein anderes Ergebnis ergeben:

Der Rückzahlungsanspruch, für den die Bürgschaft erklärt hätte werden können, setzt neben der Gültigkeit des Darlehensvertrages voraus, dass überhaupt eine **Auszahlung** erfolgt ist.¹⁸ Dies war hier aber nur hinsichtlich der 100.000 € der Fall, auf die ja auch gezahlt wurde, nicht aber hinsichtlich des Restbetrages von 150.000 €, den Z von E darüber hinaus fordert.

Die Bürgschaft ist damit insoweit gegenstandslos.

- (4) In den Fällen, in denen die Bürgschaft für eine unwirksame (ebenso wie bei nichtiger, da das Zivilrecht eine unterschiedliche Behandlung zwischen nichtig und unwirksam nicht kennt)

¹⁶ Palandt, Einf. vor § 765, Rn 1 ff.; lesen Sie dazu Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn 29 ff.!

¹⁷ Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn 37 ff.

¹⁸ BGH, WPM 83, 358

Klausurenkurs - Zivilrecht

Klausur 1888- Lösung - Seite 5

Darlehensforderung bestellt ist und das Darlehen zumindest teilweise ausbezahlt ist, ist fraglich, ob die Bürgschaft sich möglicherweise auf den **Rückgewähranspruch** aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812 I 1, 1. Alt BGB erstreckt.¹⁹ Dies ist durch **Auslegung** zu ermitteln.²⁰

Unzweifelhaft kann dies dann angenommen werden, wenn Gläubiger und Bürge gewusst haben, dass der Darlehensvertrag unwirksam ist. Dann kann der Bürgschaftsvertrag so ausgelegt werden, dass der Bürge sich verpflichtet hat, für die Verbindlichkeit auch aus ungerechtfertigter Bereicherung einzustehen.

Hier haben E und G jedoch nicht gewusst, dass der Darlehensvertrag unwirksam ist, und E hat damit auch nicht gerechnet.

Damit hat sich sein Wille aber nicht darauf erstreckt, auch für die Schuld aus ungerechtfertigter Bereicherung zu haften (h.M.).

Auch durch ergänzende Vertragsauslegung kann sich nichts anderes ergeben, da dies den Vertrag in seinem Kernbereich umgestalten würde, insbesondere ist der Bereicherungsanspruch grundsätzlich sofort fällig.

Im Ergebnis ist damit eine Bürgschaft schon aus all diesen Gründen nicht wirksam entstanden.

hemmer-Methode: Auch diese Problematik lässt sich in der Klausur „mitverkaufen“! Wer also allzu schnell den § 766 BGB angegangen ist, hat seine Chance vertan, zu punkten! Anders nur, wenn Sie wenigstens unten bei der Hypothek dann auf dieses Problem gekommen sind.

- (5) Jedenfalls fehlt es darüber hinaus auch an der **Form** des § 766 S.1 BGB.

E und G haben sich nur mündlich über eine Haftung des E geeinigt, mithin fehlt es an der Schriftform der Bürgschaftserklärung. § 350 HGB ist nicht einschlägig.

Anmerkung: Sie werden sich denken: Endlich ... Aber Sie „dürfen“ ein Gutachten schreiben. Anders der Richter: Der hätte sich gleich auf § 766 BGB gestürzt!

Allenfalls wäre hinsichtlich der zurückgezahlten 100.000 € an Heilung gem. § 766 S.3 BGB zu denken.

Dies ist aber schon deshalb zweifelhaft, weil es schon an einer zu heilenden Bürgschaft fehlt, weil eine Hauptschuld nicht besteht und nur auf den Bereicherungsanspruch gezahlt wurde.

- cc) Auch ein **gutgläubiger Erwerb** der Darlehensforderung durch Z und ein damit verbundener Erwerb der Bürgschaftsforderung gegen E scheidet aus.

Das Gesetz kennt mit Ausnahme des § 405 BGB, dessen Voraussetzungen nicht vorliegen, keinen Fall des gutgläubigen Forderungserwerbs.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 1138 BGB, der den Forderungserwerb nur fingiert (s.u.).

2. **Ergebnis:** Damit kann Z nicht aus § 765 I BGB gegen E vorgehen.
II. Dem Z könnte aber möglicherweise ein Anspruch gegen E auf Zahlung der vollen 250.000 € gemäß **§ 1147 BGB** zustehen.

Dann müsste sich diese Rechtsfolge überhaupt aus § 1147 BGB herleiten lassen.

§ 1147 BGB beinhaltet aber keinen Zahlungsanspruch. Der Eigentümer ist zur Zahlung in Geld nicht verpflichtet. Vielmehr muss er nach § 1147 BGB nur die **Zwangsvollstreckung** in sein Grundstück **dulden**.²¹

Anmerkung: Zwar ist die Hypothek gem. § 1113 BGB „auf Zahlung aus dem Grundstück gerichtet“. Da aus dem Grundstück aber nicht wie aus einer Kasse gezahlt werden kann, ist fraglich wie dieser Ausdruck zu verstehen ist. Dies klärt sich in § 1147 BGB: Die Zahlung aus dem Grundstück ist die zwangsweise Verwertung des Grundstücks. Diese muss der Eigentümer dulden.

Allerdings kann der Eigentümer den Hypothekengläubiger auch durch Zahlung befriedigen, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden, **§ 1142 BGB**. In diesem Fall erhält der Hypothekengläubiger auch ohne Verwertung eine Zahlung. Ein Anspruch darauf besteht jedoch nicht.

¹⁹ Palandt, § 765, Rn 21 m.w.N.

²⁰ Lesen Sie dazu Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn 34 ff!

²¹ Lesen Sie dazu Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn 49 ff!

Klausurenkurs - Zivilrecht

Klausur 1888- Lösung - Seite 6

1. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1147 BGB wäre jedoch, dass **Z** Gläubiger einer Hypothek an dem Grundstück in Frankfurt ist, mithin **Inhaber** einer solchen Hypothek geworden wäre.

- a) Die Briefhypothek entsteht beim Gläubiger grundsätzlich durch **Einigung und Eintragung** gem. §§ 873, 1113, 1115 BGB. Erforderlich ist weiter die **Übergabe des Hypothekenbriefs**, §§ 1116, 1117 BGB.²²

- (1) Hier hat eine **Einigung** gem. §§ 873, 1113 BGB, zwischen Z und E über die Bestellung einer Hypothek jedoch nicht stattgefunden, sodass ein **unmittelbarer Erwerb** vom Eigentümer E **ausscheidet**.

Merke: Grundvorschrift ist beim Hypothekenerwerb § 873 BGB. § 1113 BGB regelt nur, welchen Inhalt die Einigung i.S.d. § 873 BGB hat. Also § 873 BGB immer mitzitieren!

- (2) Z könnte die Hypothek jedoch durch **Abtretung** von G erworben haben.

- a) Der derivative Erwerb einer Hypothek vollzieht sich dadurch, dass die gesicherte Forderung abgetreten wird, **§ 398 BGB**. Dabei ist für die Einigung im Rahmen der Abtretung die Formvorschrift des **§ 1154 BGB** einzuhalten.²³ Mit der abgetretenen Forderung geht dann zugleich die Hypothek auf den Zessionar über, **§ 1153 BGB**. § 401 BGB ist im Hinblick auf die Hypothek insoweit überflüssig.

Merke: Die mit einer Hypothek gesicherte Forderung wird gemäß § 398 BGB in der Form des § 1154 BGB abgetreten. Falsch wäre deshalb die Formulierung „die Hypothek wird gem. § 1154 BGB abgetreten“. Geht es um eine Grundsuld so lautet es richtig: „Die Grundsuld wird gemäß § 398 BGB in der Form der §§ 1154, 1192 BGB abgetreten“. § 1154 BGB wird insoweit anders gelesen! Die Forderungsabtretung ist bei der Grundsuld formlos möglich, da diese nichtakzessorisch ist, also das Grundpfandrecht bei der Abtretung der Forderung nicht „mitwandert“. Bei der Hypothek werden mit einer Abtretung Forderung und Grundpfandrecht übertragen, bei der Grundsuld sind zwei Abtretungen erforderlich, falls beides übertragen werden soll.

Hier haben sich G und Z im April über die Abtretung der durch die Briefhypothek gesicherten Darlehensforderung **geeinigt**.

Dabei wurde die Form des § 1154 I BGB auch eingehalten: Die Abtretungserklärung erfolgte schriftlich und die bei einer Briefhypothek erforderliche Briefübergabe ist erfolgt.

Anmerkung: Die Eintragung des neuen Hypothekengläubigers im Grundbuch ist bei der Briefhypothek nur noch berichtigend, aber nicht für den Erwerb erforderlich, anders bei der Buchhypothek, vgl. § 1154 III.

- (b) Der Erwerb der Hypothek könnte unabhängig von ihrem Bestehen bei G schon deshalb ausscheiden, weil es möglicherweise an einer **abzutretenden Forderung** fehlt, mithin mangels abgetretener Forderung eine Hypothek nicht mit übergehen konnte, § 1153 BGB:

Der Hypothekenerwerb setzt grundsätzlich den Erwerb einer Forderung voraus.

Im Zeitpunkt der Abtretung im April müsste dem G daher gegen die M eine Forderung zugestanden haben, die durch die Hypothek gesichert wäre.

- (aa) Ein Anspruch gem. **§ 488 I S.2 BGB** stand dem G auch hinsichtlich der ausgezahlten 100.000 € wegen Geschäftsunfähigkeit nicht zu (dazu schon oben).

Gleiches gilt auch bezüglich des Restanspruchs. Als es endgültig nicht zur Auszahlung kam, wurde die Abtretung gegenstandslos.

- (bb) Zumindest hinsichtlich der ausgezahlten 100.000 € könnte jedoch eine Abtretung des Anspruchs aus **§ 812 I 1, 1.Alt.** stattgefunden haben.

Zwar war zwischen den Parteien nur die Rede davon, dass die Darlehensforderung abgetreten werden sollte. Die Auslegung ergibt jedoch, dass dem Z sämtliche Ansprüche, die aus dem Darlehensgeschäft erwachsen waren, abgetreten werden sollten, §§ 133, 157 BGB:

Die Abtretung erfolgte zur Begleichung einer Forderung, dem Z war daran gelegen, irgendwelche durchsetzbaren Ansprüche gegen M zu erhalten. Nicht entscheidend ist, auf welcher Anspruchsgrundlage sie beruhen, da ihm grundsätzlich auch mit dem bereicherungsrechtlichen Anspruch gedient ist.

²² Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn 54

²³ Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn 249

Klausurenkurs - Zivilrecht

Klausur 1888- Lösung - Seite 7

Damit wurde im April jedenfalls der Anspruch aus § 812 I 1, 1. Alt BGB abgetreten.

Ein solcher hat auch bestanden: G hatte an die M bewusst und gewollt 100.000 € ausbezahlt und damit geleistet. Diese hat den Betrag auch ohne Rechtsgrund erlangt, da der Darlehensvertrag unwirksam ist (s.o.).

- (3) Fraglich ist aber, ob die Abtretung dieses bereicherungsrechtlichen Anspruchs dazu geführt hat, dass die **Hypothek mit übergeht**.

Dazu müsste es sich um die durch die Hypothek gesicherte Forderung handeln. Nur durch deren Abtretung geht die Hypothek über, § 1153 BGB.

Ursprünglich wurde die Hypothek zur Sicherung des Darlehensrückzahlungsanspruchs von E bestellt.

Da zum Zeitpunkt der Bestellung die Darlehensforderung noch nicht bestand, entstand zunächst eine Eigentümergrundschild, §§ 1163 I 1, 1177 I 1 BGB.

Darüber hinaus ergibt sich auch aus der Tatsache, dass es sich um eine Briefhypothek handelte und der Brief dem G zunächst noch nicht übergeben war, dass zunächst eine Eigentümergrundschild bestand, §§ 1163 II, 1177 I 1 BGB.

Als der Brief an G ausgehändigt wurde, wäre aus der Eigentümergrundschild eine Fremdhypothek entstanden, wenn es daneben zur Forderungsentstehung gekommen wäre.

- (a) Fraglich ist, ob nicht der **bereicherungsrechtliche Anspruch** in Höhe von 100.000 € die gesicherte Forderung darstellt.²⁴

Insoweit wäre dann mit der Auszahlung eine Fremdhypothek entstanden, in Höhe der restlichen 150.000 € wäre es bei einer Eigentümergrundschild geblieben.

- (b) Ob bei einem unwirksamen Darlehensvertrag durch die Hypothek der Anspruch aus § 812 BGB gesichert wird, ist strittig. Es stellt sich hier die gleiche Problematik wie bei der Frage, ob die Bürgschaft den bereicherungsrechtlichen Anspruch sichert.²⁵

Nach einer Ansicht ist dies der Fall, weil der Bereicherungsanspruch gewissermaßen den

Ersatz für die nicht entstandene Darlehensforderung darstellen soll.²⁶

Nach der anderen Ansicht entsteht aber keine Fremdhypothek, es bleibt bei der **Eigentümergrundschild**, da es an einer zu sichernden Forderung fehlt:

Die Bereicherungsforderung tritt mangels Individualisierung nicht an die Stelle der Darlehensforderung.²⁷ Aus der Einigung der Beteiligten lässt sich nicht entnehmen, dass auch der bereicherungsrechtliche Anspruch gesichert werden sollte, sondern ein durch Fälligkeit und wohl auch Zinsen konkretisierter Darlehensrückzahlungsanspruch aus einem Vertrag.²⁸ Die bereicherungsrechtliche Forderung wäre auch sofort fällig!

Ergebnis: Damit konnte durch die Abtretung des Bereicherungsanspruchs die Hypothek nicht übergehen (a.A. genauso gut vertretbar).

Anmerkung: Gem. § 1115 I BGB wird bei der Hypothek auch die Forderung eingetragen. Ist die Forderung nicht entstanden / erloschen besteht stattdessen z.B. ein Anspruch gem. §§ 812 oder § 346. Ergibt dann die Auslegung, dass die Absicherung dieses Anspruchs gewollt ist, besteht das Problem, dass das Grundbuch falsch ist. Trotz § 1115 I ist aber die Hypothek wirksam und möglich, dass der Schuldner den wahren Schuldgrund beweist.²⁹ Allerdings ist wohl eine Forderungsauswechslung gem. § 1180 BGB vorzunehmen.

- (c) Da auch ein gutgläubiger Erwerb der Darlehensforderung durch Z ausscheidet (vgl. o.) müsste der Erwerb der Hypothek wegen des Grundsatzes der Akzessorietät ausscheiden.

- b) Z könnte aber die Hypothek möglicherweise dennoch erworben haben, wenn die Voraussetzungen der §§ 1138, 892 BGB vorliegen.

Es geht hier um den Fall, dass zwar die Forderung nicht besteht, aber die Hypothek vom Fehlen der ihr zu Grunde liegenden Forderung abgesehen, wirksam bestellt ist. Bei G ist die Hypothek für den Fall des unwirksamen Rechtsgeschäfts also nur deshalb nicht ent-

²⁴ Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn 58

²⁵ Sehr strittig, Palandt, § 1113, Rn 16

²⁶ Baur, Sachenrecht, § 37 V 2a, Hemmer/Wüst Sachenrecht III, Rn 182

²⁷ Jauernig, § 1113, Rn. 4c

²⁸ Palandt, a.a.O.

²⁹ Palandt, § 1115, Rn 20 a.E., § 1113, Rn 16 a.E.

Klausurenkurs - Zivilrecht

Klausur 1888– Lösung - Seite 8

standen, weil es an der zu sichernden Forderung fehlt.

In diesem Fall gilt gem. § 1138 BGB der § 892 BGB auch in Ansehung der Forderung. § 1155 BGB darf und braucht nicht zitiert werden, da G selbst im Grundbuch eingetragen ist.

Auch ist § 892 BGB hinsichtlich der Hypothek nicht direkt einschlägig.

Dies wäre nur dann der Fall, wenn neben der nichtbestehenden Forderung auch die Bestellung der Hypothek aus anderen Gründen unabhängig vom Fehlen der Forderung unwirksam wäre. Dann hätte § 892 BGB eine doppelte Bedeutung, einmal unmittelbar hinsichtlich der Hypothek und zum anderen über § 1138 BGB hinsichtlich der Forderung. Hier war aber die Bestellung der Hypothek im Übrigen wirksam, es fehlte nur die zu sichernde Forderung. Das Bestehen der Forderung wird aber über §§ 1138, 892 BGB fingiert, die Hypothek ist dann nicht mehr „krank“.

Grundsätzlich würde bei nichtbestehender Forderung der Erwerber weder die Hypothek noch die Forderung vom Berechtigten erhalten. Allerdings soll der Erwerber in den Fällen, in denen es nur an der Forderung fehlt, geschützt werden:

Gem. § 1138 BGB wird deshalb der gutgläubige Erwerb der Darlehensforderung fingiert, soweit es für den Erwerb der Hypothek erforderlich ist, um also die Geltendmachung des dinglichen Rechts zu ermöglichen und so seine Verkehrsfähigkeit sicherzustellen.

Allerdings findet ein tatsächlicher Forderungserwerb nicht statt, vielmehr wird aus Gründen der Akzessorietät die Forderung nur solange als bestehend betrachtet, bis die Hypothek übergegangen ist.

Z war im vorliegenden Fall hinsichtlich des Bestehens der Darlehensforderung auch gutgläubig, er wusste nicht, dass das Darlehen noch nicht voll ausbezahlt worden war.

Ergebnis: Z ist damit **Inhaber einer sogenannten „forderungsentkleideten Hypothek“ in Höhe von 250 000 €** geworden und könnte grundsätzlich daraus gem. § 1147 BGB gegen E vorgehen.

- c) Allerdings hat E bereits 100.000 € an Z **gezahlt**. Fraglich ist, wie sich die Zahlung auf das Grundpfandrecht auswirkt. E zahlt als Eigentümer auf die Hypothek, um sie abzulösen, § 1142 BGB.

Besteht – wie im Normalfall bei der Hypothek – eine persönliche Forderung, so geht diese gemäß § 1143 S.1 BGB auf den zahlenden Eigentümerüber, sog. *cessio legis*. Die Hypothek geht dann gemäß §§ 1153 I, 412, 401 als Eigentümerrecht, vgl. § 1177 II BGB, sog. *Eigentümerhypothek*, über.³⁰

Fraglich ist, wie die Fremdhypothek auf den Eigentümer übergeht, wenn wie hier, **keine Forderung besteht**.

Unstreitig muss in diesem Fall eine **Eigentümergrundschuld** entstehen. Vergleichbar ist die Rechtslage bei der hier vorliegenden forderungsentkleideten Fremd-Hypothek mit der einer **isolierten Grundschuld**. Auch bei der Grundschuld besteht über die Rechtsfolge Einigkeit, die Grundschuld muss im Ergebnis dem Eigentümer zustehen. Umstritten ist jedoch die Begründung, wie der Übergang auf den Eigentümer bei Ablösung erfolgt. So zieht eine Auffassung die §§ 1142, 1143 analog heran, andere wenden § 1163 I analog an, zum Teil wird auch auf 1168, 1170, 1171 analog zurückgegriffen. Alle drei Lösungen sind anfechtbar.³¹ Steht dem Eigentümer die Forderung nicht zu, so verwandelt sich auch nach § 1177 I 1 die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld. Auch dies spricht für das gefundene Ergebnis. Letztlich handelt es sich nur um einen dogmatischen Streit.

Ergebnis: Damit ist **in dieser Höhe kraft Gesetzes** wieder eine **Eigentümergrundschuld** entstanden und Z hat insoweit keinen Anspruch aus § 1147 BGB.

- d) Fraglich ist, ob dem E gegen die Geltendmachung der Hypothek **hinsichtlich der Restsumme** von 150.000 € **Einwendungen oder Einreden** zustehen.

- aa) Nicht einwenden kann der E, dass dem Z **keine Forderung** zusteht.

Dabei handelt es sich um eine sog. **schuldnerbezogene (forderungsbezogene) Einwendung**, die dem E zwar **mittelbar als eigentümerbezogene (hypothekenbezogene) Einwendung** zustand (ohne zu sichernde Forderung konnte wegen der Akzessorietät keine Hypothek entstehen).

³⁰ Bamberger/Roth, § 1143, Rn 10

³¹ Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn 238

Klausurenkurs - Zivilrecht

Klausur 1888- Lösung - Seite 9

Diese Einwendung hat er aber gem. **§§ 1138 1.Hs., 892 BGB** - wie oben festgestellt - verloren.

- bb) Möglicherweise könnte dem E aber gegen die Geltendmachung der Hypothek durch Z eine **Einrede** zustehen, die sich aus dem **Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger G** ergibt. Dafür gilt nicht § 1137 BGB, sondern **§ 1157 BGB**.

Da auch aus der Hypothek nicht vor Fälligkeit der Darlehensrückzahlungsforderung vorgegangen werden könne sollte und dies Gegenstand einer Vereinbarung zwischen E und G geworden ist, handelt es sich um eine **Stundung der Hypothek**.

Ob E sich auch dem Z gegenüber auf diese Einrede berufen kann, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen der §§ 1157 S.2, 892 BGB vorliegen. Danach könnte Z die Einrede **gutgläubig „wegerworben“** haben.

Anmerkung: Dies ist bei der Sicherungsschuld inzwischen anders, vgl. § 1192 Ia S.1 2 HS!

Da aber nach dem Sachverhalt dem Z bekannt war, dass das Darlehen erst in 2 Jahren zurückgezahlt werden sollte, so muss man wohl auch davon ausgehen, dass ihm klar war, dass die Hypothek nicht vorher durchsetzbar sein sollte (a.A. vertretbar).

Insoweit liegt also **Bösgläubigkeit** vor.

- cc) Der E kann dem Z aber grundsätzlich **auch die Einreden entgegenhalten, die dem Schuldner, hier der M, zustanden, § 1137 BGB** (sog. schuldnerbezogenen Einreden, die über § 1137 BGB zu eigentümerbezogenen Einreden werden).

Fraglich ist, ob im Fall solche Einreden überhaupt denkbar sind, da ja schon eine Forderung überhaupt nicht entstanden ist, erhobene Einreden also ins Leere laufen würden.

Möglicherweise zwingt aber **§ 1138 BGB** zu einer solchen fiktiven Berücksichtigung der gegen die (nicht bestehende) Forderung denkbaren Einreden. Auch hier kommt die Einrede in Betracht, dass die Rückzahlung des Darlehens erst in zwei Jahren erfolgen sollte.

Würde man diese Tatsache unberücksichtigt lassen, so wäre Z besser gestellt, als wenn er die Forderung tatsächlich erworben hätte.

Damit käme man auch über § 1137 BGB, da die Voraussetzungen des § 1138, 892 BGB

bezogen auf diese Einrede (gutgläubiger „Wegerwerb“ der schuldnerbezogenen Einreden) nicht vorliegen, zu dem Ergebnis, dass Z die Duldung der Zwangsvollstreckung nicht vor dem Ablauf von zwei Jahren geltend machen kann.

2. **Ergebnis:** Z kann aus der Hypothek erst nach Ablauf von zwei Jahren gegen E vorgehen.

Anmerkung: Wäre er gutgläubig gewesen und hätte so die Einrede wegerworben, hätte sich die Frage gestellt, ob § 1192 Ia BGB bei der Hypothek analog angewandt werden soll.

Arbeitshinweis:

Das **Kreditsicherungsrecht-Skript** stellt die Sicherungsmittel im Spannungsverhältnis zur Forderung in einem großen Überblick dar. So wird Verständnis für akzessorische und nicht-akzessorische Sicherungsmittel geschaffen. Die Unterscheidung zwischen akzessorischen und nichtakzessorischen Sicherungsmitteln muss bekannt sein. Dies ist insbesondere für die sog. „Anwaltsklausur“ von Vorteil. Mit dieser ist auch im Ersten Staatsexamen immer mehr zu rechnen. Es geht dann um die Vor- und Nachteile der verschiedenen Sicherungsmittel und eine umfassende Beratung durch den Anwalt.

Die Hypothek finden sie in „klassischer Aufbereitung“ auch in **Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn 159 ff.**