

Dieser Artikel ist ein kostenloser Service von jura-ebook.de - Verlag für juristische E-Books, Marc Einecker.

Verfasst von Marc Einecker

Die „forderungsentkleidete Hypothek“

1. Was versteht man unter einer sog. „forderungsentkleideten Hypothek“?

Dies ist umstritten: Die **h.M.** versteht darunter eine **Hypothek, ohne zugrundeliegende Forderung**; nach a.A. stellt die „forderungsentkleidete Hypothek“ eine Grundschild dar.¹

2. In welcher Fallkonstellation kann eine „forderungsentkleidete Hypothek“ entstehen?

Ausgangspunkt ist, dass das Grundbuch eine Hypothek ausweist, die zugrundeliegende **Forderung** aber **nicht besteht oder** dem als Hypothekengläubiger Eingetragenen **nicht zusteht**.

Überträgt die im Grundbuch als Hypothekengläubiger ausgewiesene Person nun die nicht bestehende / nicht ihm zustehende **Forderung**, kann zugunsten des Zessionars eine „forderungsentkleidete Hypothek“ entstehen.

3. Wie ist die geschilderte Fallkonstellation **rechtlich zu erfassen?**

Die Abtretung einer Forderung setzt grundsätzlich deren Existenz **und** die Forderungsinhaberschaft in der Person des Zedenten voraus. Beides folgt aus dem Wortlaut des § 398 BGB („eine Forderung“ / „von dem Gläubiger“). Daher müsste die Abtretung hier „an sich“ ins Leere gehen.

In dieser Fallkonstellation besteht jedoch die Besonderheit, dass das Grundbuch für den Eingetragenen eine Hypothek ausweist. Der durch das Grundbuch hervorgerufene Rechtsschein hat i.d.R. zur Folge, dass der Rechtsverkehr über die Möglichkeit eines Erwerbs vom Nichtberechtigten (§ 892 BGB) geschützt ist.

Für die Hypothek greift dieses übliche Schutzprinzip jedoch nicht unmittelbar ein. Eine Hypothek kann selbst **nicht übertragen** werden, **sondern** vielmehr nur im Wege

¹ Vgl. zum Streitstand MüKo-BGB/Eickmann, 5. Aufl. 2009, § 1138 Rn. 16 m.w.N.

der Akzessorietät **übergehen**, vgl. § 1153 BGB. Die Richtigkeitsfiktion des **§ 892 BGB** ist **unmittelbar** aber **nur auf die Hypothek** und nicht auch auf die Forderung anwendbar.² § 892 BGB hilft unmittelbar daher nur über Mängel betreffend die Hypothek hinweg. In der hiesigen Fallkonstellation besteht aber (zusätzlich) ein Mangel betreffend die Forderung / Forderungsinhaberschaft. Um auch in diesen Fällen die **Verkehrsfähigkeit** der im Grundbuch ausgewiesenen Verkehrshypothek³ zu wahren, erstreckt **§ 1138 BGB** die Richtigkeitsfiktion des § 892 BGB zusätzlich auf die Forderung.⁴

Nach § 1138 BGB gilt § 892 BGB „für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung“. Mit andern Worten: Weist das Grundbuch eine Hypothek für den Eingetragenen aus, erstreckt sich der Rechtsschein auch auf die nicht bestehende / fremde Forderung.

Überträgt also der als Hypothekengläubiger Eingetragene die nicht bestehende / fremde **Forderung**, wird diese / die Forderungsinhaberschaft nach § 1138 i.V.m. § 892 I 1 BGB **für eine juristische Sekunde fingiert**.⁵ Dies ermöglicht eine wirksame Zession der Forderung nach § 398 BGB. Zugleich geht mit der wirksamen Forderungszession nach § 1153 I BGB die vom Grundbuch gem. § 892 BGB als in der Person des Zedenten bestehend fingierte Hypothek auf den Zessionar über⁶ bzw. entsteht⁷ in seiner Person.

Dass die Forderung nur für eine juristische Sekunde fingiert wird, kann aus § 1138 BGB abgeleitet werden. Danach soll der Verkehrsschutz nur „**für die Hypothek**“ und gerade nicht auch für die Forderung eingreifen. Die Forderungsfiktion wird vom Gesetz demnach nur als Mittel zum Zweck angesehen. Die Forderung selbst soll keinen Verkehrsschutz erfahren. Nach der für den Übergang der Hypothek erforderlichen Fiktion der Forderung / Forderungsinhaberschaft „verschwindet“ diese wieder. Der Zessionar ist nach der Zession somit Hypothekar geworden, nicht aber Forderungsinhaber. Es liegt eine „forderungsentkleidete Hypothek“ vor.

Für den Fall, dass die Forderung zwar besteht, sie dem Zedenten aber nicht zusteht (**fehlende Forderungsinhaberschaft**) ist dieses Ergebnis **umstritten**. Von der **h.M.** wird vertreten, dass die Forderungsinhaberschaft hier nicht nur für eine juristische Sekunde fingiert, sondern mit der Hypothek **dauerhaft „mitgerissen“** wird (**Mitreißtheorie**).⁸ Dies kann auf § 1153 II BGB gestützt werden. Nach a.A. entsteht auch hier eine „forderungsentkleidete Hypothek“, da das Auseinanderfallen von Forderungs- und Hypothekeninhaberschaft und damit die Verdoppelung der Gläubiger nicht die **Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme** des Schuldners begründe.⁹

² Vgl. Staudinger/Wolfsteiner, BGB, § 1138 Rn. 1 (Neubearbeitung 2009).

³ Beachte für die Sicherheitshypothek § 1185 II BGB.

⁴ Vgl. Staudinger/Wolfsteiner, BGB, § 1138 Rn. 1 (Neubearbeitung 2009).

⁵ Vgl. MüKo-BGB/Eickmann, 5. Aufl. 2009, § 1138 Rn. 15.

⁶ Dies kommt in den Fällen der fehlenden Forderungsinhaberschaft des Zedenten in Betracht.

⁷ Dies ist wegen der Akzessorietät der Hypothek immer dann der Fall, wenn die Forderung im Zeitpunkt des Zession überhaupt nicht bestand.

⁸ So etwa BeckOK-BGB/Rohe, 24. Edition (Stand: 01.08.2012), § 1138 Rn. 3 m.w.N.

⁹ So MüKo-BGB/Eickmann, 5. Aufl. 2009, § 1153 Rn. 13.