

## Aufsatz ZR

Prof. Dr. Andreas Piekenbrock\*

# Leistungen an den Zedenten einer Hypothekenforderung

<https://doi.org/10.1515/jura-2019-2235>

## 1. Einleitung

Das Hypothekenrecht gehört zu den schwierigen, auch didaktisch anspruchsvollen Rechtsgebieten. Zwar ist die Verkehrshypothek heute in der Praxis weitgehend durch die Sicherungsgrundschuld (§ 1192 Abs. 1a BGB) abgelöst worden. Trotzdem gehört das Hypothekenrecht zu den besonders beliebten Materien in Fortgeschrittenenübungen und im Examen. Die Ergebnisse, die die Kandidaten erzielen, sind jedoch regelmäßig (weit) unterdurchschnittlich. Das hängt unter anderem damit zusammen, dass das Hypothekenrecht ein hohes Abstraktionsvermögen erfordert, wenn Vorschriften wie § 1138 BGB und § 1156 BGB bestimmte Regelungen nur »für die Hypothek« bzw. »in Ansehung der Hypothek« treffen. Dadurch wird der Bestand einer besicherten Forderung, die zur DNA einer Hypothek gehört (§ 1113 Abs. 1 BGB), nur noch fingiert, so dass »forderungsentkleidete Hypotheken«<sup>1</sup> entstehen; so erotisch kann das Hypothekenrecht sein! Andere sprechen freudloser von einer »forderungslosen« Hypothek<sup>2</sup> oder halten das Gebilde schlicht für eine Grundschuld.<sup>3</sup>

Hinter diesen Regelungen, die die Verkehrshypothek prägen und daher bei der (praktisch bedeutsameren) Sicherungshypothek (§ 1184 BGB)<sup>4</sup> nicht gelten (§ 1185 Abs. 2 BGB), steht die Idee des Realkredits: Kapitalanleger

investieren in Hypotheken oder in Schuldverschreibungen, deren Rückzahlung durch Hypotheken gesichert wird,<sup>5</sup> weil sie auf den Sachwert des Beleihungsobjekts, auf den Wert der Immobilie vertrauen und nicht, wie bei einem Personalkredit, auf die Bonität des Forderungsschuldners. Da der Realkreditgeber nur auf sein Recht an der Immobilie, also auf seine Hypothek achtet, ist das Schicksal der persönlichen Forderung für ihn zweitrangig. Diese Interessenlage spiegelt sich im Hypothekenrecht wider. In diesem Sinne schrieb *Johow*, der Redaktor für das Sachenrecht für die erste BGB-Kommission: »Die Hypothek verliert für das Kapital die Anziehungskraft, wenn sie nicht mit Leichtigkeit eingetragen, abgetreten und realisiert werden kann.«<sup>6</sup> Das Schicksal der persönlichen Forderung ist für das Hypothekenrecht dagegen zweitrangig. Wie der Gesetzgeber diese Leitgedanken bei der Abtretung der (hypothekarisch besicherten) Forderung (§ 1154 BGB) und damit beim Übergang der Hypothek (§ 1153 Abs. 1 BGB)<sup>7</sup> ausgestaltet hat, soll im Folgenden anhand einiger typischer Beispiele gezeigt werden.

## 2. Ablösungs- und Befriedigungsrechte

Bevor wir uns den eigentlichen Abtretungsfällen widmen, sind einige Vorüberlegungen zum sogenannten Ablösungsrecht nach § 268 BGB (ggf. i. V. m. § 1150 BGB) und zum Befriedigungsrecht des Eigentümers nach § 1142 BGB erforderlich.

<sup>1</sup> So etwa die Formulierung von *Böhmer*, ArchBürgR 37 (1912), 205, 207; *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, 2015, § 1138 Rn. 26; *Münch-KommBGB/Lieder*, 7. Aufl. 2017, § 1138 Rn. 16; *Lieder/Selentin*, JuS 2017, 1052, 1055.

<sup>2</sup> So etwa *Soergel/Konzen*, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1138 Rn. 7; *Lieder/Selentin*, JuS 2017, 1052.

<sup>3</sup> So etwa *Böhmer*, ArchBürgR 37 (1912), 205, 207; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957, § 137 II 3 (S. 566); *Jahr/Kropf*, JuS 1963, 356, 357 (sehr apodiktisch); *Maurer*, JuS 2012, 397, 399 in Fn. 27; *Lieder/Selentin*, JuS 2017, 1052, 1056 (»als Grundschuld zu qualifizieren«).

\***Kontaktperson:** Andreas Piekenbrock, der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

<sup>4</sup> Zu denken ist an die Sicherungshypothek des Bauunternehmers (§ 650 e BGB), die gesetzliche Sicherungshypothek bei Verpfändung eines Auflassungsanspruchs und nachfolgender Übereignung (§ 1287 S. 2 Hs. 1 BGB) und die vollstreckungsrechtliche Zwangssicherungshypothek (§§ 866 Abs. 1, 867 ZPO).

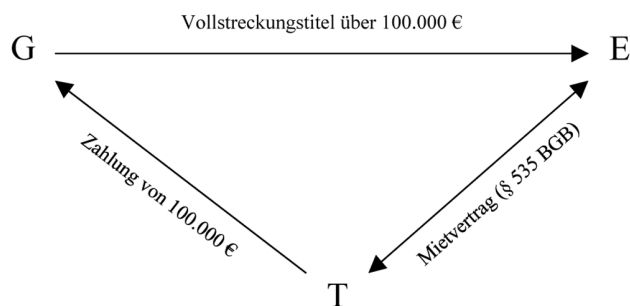
<sup>5</sup> Auf das Pfandbriefrecht nach dem PfandbG kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. zur Grundidee des Pfandbriefes etwa *Kern*, Die Sicherheit gedeckter Wertpapiere, 2004, S. 12 ff.

<sup>6</sup> So *Johow*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Sachenrecht, Band 2, 1882, S. 485.

<sup>7</sup> Der ergänzende Hinweis auf die allgemeine Regelung in § 401 Abs. 1 BGB (ggf. i. V. m. § 412 BGB) ist m. E. entbehrlich.

## a) Ausübung des Ablösungsrechts nach § 268 BGB

**Fall 1:** Gläubiger G hat gegen Eigentümer E einen Zahlungstitel über 100.000 Euro erwirkt und betreibt die Zwangsvollstreckung in das Grundstück von E. Mieter M, der das Grundstück für zehn Jahre zu gewerblichen Zwecken fest gemietet hat und um sein Besitzrecht an dem Grundstück fürchtet, zahlt 100.000 Euro an G.



Dieser Fall beschreibt eine für das allgemeine Ablösungsrecht (*ius offerendi*) typische Konstellation: Kommt es zur Zwangsversteigerung des Grundstücks von E, geht das Eigentum mit dem sogenannten Zuschlag von E auf den Ersteher über (§ 90 Abs. 1 ZVG). Zwar geht damit auch das Mietverhältnis mit M auf den Ersteher über (§§ 57 ZVG, 566 BGB). Da der Ersteher das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (§ 580 a Abs. 2 BGB) kündigen kann (§ 57 a ZVG), droht M, seinen Besitz an dem Grundstück zu verlieren. Um dies zu verhindern, könnte er G befriedigen (§ 268 Abs. 1 S. 2 BGB) und so die Zwangsvollstreckung abwenden.<sup>8</sup> Dafür genügt § 267 Abs. 1 BGB alleine nicht, weil die Drittleistung grundsätzlich unter dem Vorbehalt nach § 267 Abs. 2 BGB steht; § 268 Abs. 1 S. 1 BGB schafft dagegen ein unbedingtes Ablösungsrecht. Darüber hinaus führt die Zahlung in Ausübung des Ablösungsrechts zu ganz anderen Rechtsfolgen als die Drittleistung nach § 267 Abs. 1 BGB: Während die Drittleistung Erfüllungswirkung hat (§ 362 Abs. 1 BGB), geht die Forderung von G gegen E bei Zahlung an G kraft Gesetzes (*cessio legis*) auf M über (§ 268 Abs. 3 S. 1 BGB).

Für unsere weiteren Überlegungen besonders bedeutsam ist, wie die Leistung von M richtig einzuordnen ist. Da G keinerlei Ansprüche gegen M hat,<sup>9</sup> leistet M wie bei § 267

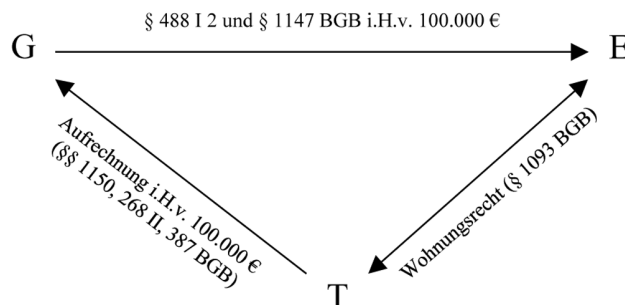
<sup>8</sup> Zu § 57 a ZVG als Hauptanwendungsfall von § 268 Abs. 1 S. 2 BGB vgl. MünchKommBGB/Krüger, 8. Aufl. 2019, § 268 Rn. 9; BeckOGK/Krafka, BGB, Stand: 1.5.2019, § 268 Rn. 17.

<sup>9</sup> Das unterscheidet § 268 BGB von anderen Fällen der *cessio legis* wie in § 426 Abs. 2 BGB und § 774 Abs. 1 S. 1 BGB, in denen der Gesamtschuldner bzw. der Bürge auf eine eigene Verbindlichkeit zahlen. In

Abs. 1 BGB als Dritter auf die Forderung von G gegen E, die den Rechtsgrund darstellt; besteht die Forderung von G gegen E nicht, kann M daher nach herrschender Auffassung bei G kondizieren (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB).<sup>10</sup> Wäre dagegen das Ablösungsrecht der Rechtsgrund, könnte T ihre Leistung auch dann kondizieren, wenn G die Zwangsvollstreckung noch gar nicht betreibt und es daher an den Voraussetzungen von § 268 Abs. 1 BGB fehlt. In systematischer Hinsicht stellt sich § 268 Abs. 1 S. 1 BGB damit als Ausnahme zu § 267 Abs. 2 BGB dar<sup>11</sup> und § 268 Abs. 3 S. 1 BGB als Derogation von § 362 Abs. 1 BGB.<sup>12</sup>

## b) Ausübung des Ablösungsrechts nach §§ 1150, 268 BGB

**Fall 2:** Eigentümer E nimmt bei der Grundkreditbank AG (G) ein Darlehen über 100.000 Euro auf und bestellt zugunsten von G zur Besicherung des Rückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB eine erstrangige Hypothek an seinem Grundstück. Das Grundstück ist mit einem Wohnhaus bebaut, das von Tochter T bewohnt wird. Später bestellt E zugunsten von T ein Wohnungsvertrag (§ 1093 BGB) an dem Grundstück. Als E bei Fälligkeit des Darlehens nicht zahlen kann und G die Zwangsvollstreckung in das Grundstück androht, rechnet T gegenüber G mit einer eigenen Forderung auf.



allen Fällen kommt die *cessio legis* zum Tragen, weil eine Person leistet, die nur nachrangig oder, wie hier, gar nicht für die Bedarfsdeckung des Gläubigers zuständig ist. Vgl. *Koppenfeld-Spies*, Die *cessio legis*, 2006, S. 362f.

<sup>10</sup> Vgl. BGHZ 113, 62, 68f.; MünchKommBGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 182f. m. w. N.

<sup>11</sup> Dies ist bei der erstmaligen Schaffung der Vorschrift bei den Beratungen im Justizausschuss des Bundesrates wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Ablehnung der Leistung durch den Gläubiger bestritten worden. (Auch) deshalb ist die Regelung nicht, wie von Preußen beantragt, in § 267 BGB eingestellt worden, sondern in einen eigenen Paragraphen. Vgl. *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratungen des BGB, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 179f.

<sup>12</sup> Vgl. in diesem Sinne Motive III, 694 = Mugdan III, 387, wonach die Leistung des Ablösungsberechtigten »nicht sowohl die Tilgung einer Schuld als vielmehr die Erwerbung einer Forderung« bezweckt.

Dieser Fall unterscheidet sich von unserem Fall 1 durch die Hypothek. Hier greift das Ablösungsrecht bereits ein, wenn der Hypothekengläubiger Zahlung aus dem Grundstück verlangt (§§ 1150, 268 BGB); der Ablösungsberechtigte muss daher nicht warten, bis der Gläubiger die Zwangsvollstreckung tatsächlich betreibt.<sup>13</sup> Da G aus ihrer erstrangigen Hypothek in ein dem Schuldner E gehörendes Grundstück vollstrecken will, droht T, ihr (nachrangiges) Wohnungsrecht<sup>14</sup> und damit den Besitz an dem Grundstück zu verlieren.<sup>15</sup> Daher könnte sie G befriedigen (§§ 1150, 268 Abs. 1 S. 1, 2 BGB) und so die Zwangsvollstreckung abwenden.

Anders als bei der unmittelbaren Anwendung von § 268 BGB in unserem Fall 1 wird hier zum Teil die Auffassung vertreten, der Ablösungsberechtigte (hier: T) leiste anders als bei § 268 Abs. 1 BGB auf die Hypothek und nicht auf die besicherte Forderung.<sup>16</sup> Das leuchtet nicht ein, weil § 1150 BGB nur den Anwendungsbereich von § 268 BGB erweitert, ohne ihn zu verdrängen.<sup>17</sup> Darüber hinaus stehen dem Ablösungsberechtigten neben der Zahlung die Hinterlegung und die Aufrechnung als Erfüllungssurrogate zur Verfügung (§ 268 Abs. 2 BGB). Danach konnte T gegenüber G wirksam aufrechnen. Für diesen Fall ist unbestritten, dass der Ablösungsberechtigte (hier: T) gegen die Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner (hier: E) aufrechnet und § 268 Abs. 2 BGB daher eine Ausnahme vom Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen (§ 387 BGB) darstellt;<sup>18</sup> § 268 Abs. 3 BGB ersetzt dagegen die eigentliche Rechtsfolge der Aufrechnung, das Erlöschen der beiderseitigen Forderungen (§ 389 BGB) und damit auch der Passivforderung (hier: von G gegen E), insoweit durch die *cessio legis* zugunsten des Ablösungsberechtigten.<sup>19</sup> Damit wird T Inhaberin dieser Forderung.

13 Dafür genügt jede außergerichtliche Inanspruchnahme des Eigentümers. Vgl. RGZ 91, 297, 302; MünchKommBGB/Lieder (Fn. 1), § 1150 Rn. 3; BeckOGK/Volmer, BGB, Stand: 1.5.2019, § 1150 Rn. 15 ff.

14 Der Rang richtet sich hier nach § 879 Abs. 1 S. 2 BGB, weil die Hypothek in die Dritte Abteilung und das Wohnungsrecht in die Zweite Abteilung des Grundbuchs eingetragen wird. Vgl. Anlage 1 zu § 22 GBV.

15 Dies beruht darauf, dass das Wohnungsrecht nicht in das geringste Gebot fällt und daher vom Ersteher nicht übernommen wird, sondern mit dem Zuschlag erlischt (vgl. §§ 44 Abs. 1, 52 Abs. 1, 91 Abs. 1 ZVG).

16 So Unrau, Gutglaubensschutz bei der Ablösung von Grundpfandrechten, 1993, S. 19; RGRK/Mattern, 12. Aufl. 1996, Stand: IV/1981, § 1150 Rn. 10.

17 So auch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1150 Rn. 1, allerdings unter fehlerhaftem Verweis auf BGHZ 108, 372, wo es nur am Rande um §§ 1150, 268 BGB geht (S. 379 f.).

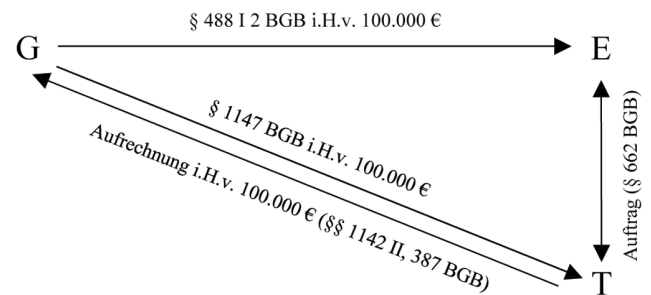
18 MünchKommBGB/Krüger (Fn. 8), § 268 Rn. 11; BeckOGK/Krafka (Fn. 8), § 268 Rn. 21; Staudinger/Bittner, BGB, 2014, § 268 Rn. 13.

19 So MünchKommBGB/Krüger (Fn. 8), § 268 Rn. 11.

## c) Befriedigungsrecht des Eigentümers

Diese Erkenntnisse zur Ausübung des Ablösungsrechts sind auch für das richtige Verständnis der Ausübung des Befriedigungsrechts des Eigentümers von Bedeutung.

**Fall 3:** S nimmt bei der Grundkreditbank AG (G) ein Darlehen über 100.000 Euro auf. Auf Bitten von S bestellt Eigentümer E zugunsten von G zur Besicherung des Rückzahlungsanspruchs eine Hypothek an seinem Grundstück. Als S bei Fälligkeit des Darlehens nicht zahlen kann, rechnet E gegenüber G mit einer eigenen Forderung auf.



Ausgangspunkt dieses Falles ist das Befriedigungsrecht des Eigentümers aus § 1142 Abs. 1 BGB. Zwar hat der Hypothekengläubiger gegen den Eigentümer keinen Anspruch auf Zahlung der Hypothekensumme, weil die Hypothek nur einen Anspruch auf Zahlung »aus dem Grundstück« begründet (§ 1113 Abs. 1 BGB), der durch Zwangsversteigerung (§§ 15 ff. ZVG), also aus der Substanz des Grundstücks, oder durch Zwangsverwaltung (§§ 146 ff. ZVG), also aus den Erträgen des Grundstücks befriedigt wird. Der Hypothekengläubiger kann vom Eigentümer daher nur verlangen, die Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung auf die eine oder andere Art zu dulden (§ 1147 BGB). Nur wenn der Gläubiger in dieser Weise befriedigt wird, erlischt die Hypothek (§ 1181 Abs. 1 BGB).<sup>20</sup>

Selbstverständlich muss der Eigentümer der Zwangsvollstreckung nicht tatenlos zusehen. Vielmehr hat er das Recht, den Gläubiger zu befriedigen und so die Zwangsvollstreckung abzuwenden (§ 1142 Abs. 1 BGB); er hat damit ein (unbedingtes) Zahlungsrecht, aber keine Zahlungspflicht.<sup>21</sup>

20 Bei der Zwangsversteigerung erlischt sie darüber hinaus unabhängig von der Befriedigung, wenn der Hypothekengläubiger selbst oder ein vorrangiger Gläubiger die Zwangsversteigerung betreibt und die Hypothek daher nicht ins geringste Gebot fällt (vgl. §§ 44 Abs. 1, 52 Abs. 1 ZVG).

21 Vgl. BGHZ 7, 123, 126; Soergel/Konzen (Fn. 1), § 1142 Rn. 2; BeckOGK/Volmer (Fn. 13), § 1142 Rn. 16.

Wie bei § 268 Abs. 1 S. 1 BGB gesehen, setzt ein solches Befriedigungsrecht überhaupt keinen Anspruch des Gläubigers gegen den Zahlenden voraus. Schon deshalb kann man aus § 1142 Abs. 1 BGB nichts zu der kontroversen Frage ableiten, ob der Anspruch aus der Hypothek ein Duldungs- oder ein Leistungsanspruch<sup>22</sup> ist.<sup>23</sup>

Die Zahlung des Eigentümers, der mit dem Forderungsschuldner nicht identisch ist, erfolgt nach herrschender Auffassung nicht als Drittleistung auf die besicherte Forderung (vgl. § 267 BGB), sondern in Ausübung des dinglichen Befriedigungsrechts.<sup>24</sup> Dafür spricht prima facie, dass die Leistung auf die Forderung grundsätzlich zum Erlöschen durch Erfüllung führt (§ 362 Abs. 1 BGB), so dass sich die Hypothek zu einer Eigentümergrundschuld umwandeln würde (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB). Tatsächlich geht die besicherte Forderung jedoch – wie bei der Leistung des Bürgen auf die Bürgschaftsforderung (§ 774 Abs. 1 S. 1 BGB) – auf den Eigentümer über (§ 1143 Abs. 1 S. 1 BGB); damit erwirbt der Eigentümer zugleich die Hypothek (§§ 1153 Abs. 1, 1177 Abs. 2 BGB). Allerdings ist schon bei § 268 Abs. 1 S. 1 BGB deutlich geworden, dass dieses Verständnis nicht zwingend ist, wenn man § 268 Abs. 3 S. 1 BGB als Derogation von § 362 Abs. 1 BGB begreift. Dafür, dass der Eigentümer auf die besicherte Forderung leistet, spricht auch die Genese von § 1142 Abs. 2 BGB. So findet sich in den Motiven zu § 1080 BGB-E I<sup>25</sup> (≈ § 1142 Abs. 1 BGB) die Aussage, dass das Befriedigungsrecht »vielleicht schon aus § 227 [≈ § 267 BGB] gefolgert werden« könne.<sup>26</sup> Diese These, der Eigentümer leiste »nicht, um die Forderung des Hypothekars gegen den persönlichen Schuldner zu erfüllen, sondern um den dinglichen Anspruch abzuwehren und das zu erfüllen, was er selbst nach § 1113 schuldet«,<sup>27</sup> ist schon deshalb ungenau, weil der Eigentümer gar nicht freiwillig »aus dem Grundstück« zahlen und den hypothekarischen Anspruch damit erfüllen kann. Denn selbst wenn man die-

sen Anspruch als Zahlungsanspruch qualifiziert,<sup>28</sup> führt eine Zahlung aus dem sonstigen Vermögen – abweichend von § 1181 BGB – unstreitig zum Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer.<sup>29</sup>

Macht der Eigentümer, wie hier, von seiner Aufrechnungsbefugnis Gebrauch, steht der (Aktiv-)Forderung, mit der er aufrechnet, keine gegen ihn gerichtete gleichartige (Passiv-)Forderung gegenüber, gegen die aufgerechnet werden könnte. Vielmehr besteht im Verhältnis von E zu G nur der Duldungsanspruch aus § 1147 BGB. Das legt nahe, §§ 1142 Abs. 2, 1143 Abs. 1 S. 1 BGB so zu verstehen wie §§ 268 Abs. 2, 3 S. 1 BGB: Als Derogation der Voraussetzung der Gegenseitigkeit (§ 387 BGB) und der Rechtsfolge des Erlöschens der Passivforderung, gegen die aufgerechnet wird (§ 389 BGB).<sup>30</sup> Für die Gleichbehandlung des Ablösungs- und des Befriedigungsrechts spricht auch, dass es eine mit § 268 BGB vergleichbare Regelung vor der Beratung im Justizausschuss des Bundesrates noch gar nicht gab<sup>31</sup> und das hypothekenrechtliche Ablösungsrecht (§ 1081 BGB-E I [≈ § 1150 BGB]) unmittelbar nach dem Befriedigungsrecht des Eigentümers (§ 1080 BGB-E I [≈ § 1142 Abs. 1 BGB]) geregelt werden sollte; die Sonderregelung zu den Erfüllungssurrogaten (§ 1082 BGB-E I [≈ §§ 268 Abs. 2, 1142 Abs. 2 BGB]) sollte einheitlich für das Befriedigungs- und das Ablösungsrecht gelten. Gleichwohl wird im Schrifttum ganz überwiegend angenommen, dass der Eigentümer bei § 1142 Abs. 2 BGB nicht gegen die besicherte Forderung aufrechnet;<sup>32</sup> rechnet er gegen den Anspruch aus § 1147 BGB auf, stellt § 1142 Abs. 2 BGB jedenfalls nach dem herrschenden Verständnis des hypothekarischen Anspruchs eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichartigkeit der aufzurechnenden Forderungen dar.<sup>33</sup>

<sup>22</sup> Für einen Duldungsanspruch etwa BGH NJW 2011, 451 Rn. 20; RGRK/Mattern (Fn. 16), § 1113 Rn. 50 (auch keine Realobligation); Soergel/Konzen (Fn. 1), § 1147 Rn. 1; BeckOGK/Volmer (Fn. 13), § 1147 Rn. 13; Wilhelm, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 1434; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 36 Rn. 68; Wolff/Raiser (Fn. 3), § 131 II (S. 528); für einen Leistungsanspruch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), Einl. zu §§ 1113 ff. Rn. 37 ff.; MünchKommBGB/Lieder (Fn. 1), § 1147 Rn. 4 ff.

<sup>23</sup> Vgl. entsprechend BeckOGK/Volmer (Fn. 13), § 1142 Rn. 3.

<sup>24</sup> So MünchKommBGB/Lieder (Fn. 1), § 1142 Rn. 14; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1142 Rn. 2.

<sup>25</sup> Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Erste Lesung, 1888.

<sup>26</sup> So Motive III, 689 = Mugdan III, 385.

<sup>27</sup> So MünchKommBGB/Lieder (Fn. 1), § 1142 Rn. 3.

<sup>28</sup> Vgl. dazu oben Fn. 22.

<sup>29</sup> Vgl. nur Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), Einl. zu §§ 1113 ff. Rn. 216.

<sup>30</sup> Vgl. in diesem Sinne RGZ 78, 382, 384; RGRK/Mattern (Fn. 16), § 1142 Rn. 11.

<sup>31</sup> Vgl. oben Fn. 11.

<sup>32</sup> So MünchKommBGB/Lieder (Fn. 1), § 1142 Rn. 3; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1142 Rn. 16; Soergel/Konzen (Fn. 1), § 1142 Rn. 9; BeckOGK/Volmer (Fn. 13), § 1142 Rn. 7.

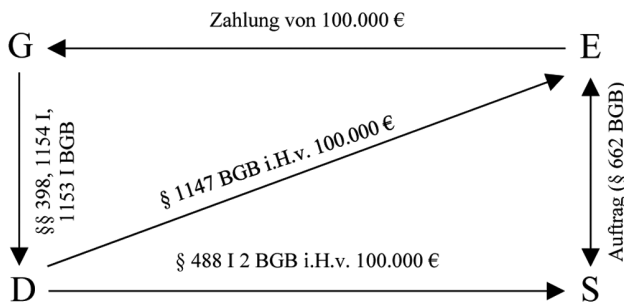
<sup>33</sup> So ausdrücklich Soergel/Konzen (Fn. 1), § 1142 Rn. 9; BeckOGK/Volmer (Fn. 13), § 1142 Rn. 7. Qualifiziert man den hypothekarischen Anspruch als Zahlungsanspruch (vgl. oben Fn. 22), wäre sogar Gleichartigkeit gegeben. Vgl. in diesem Sinne Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1142 Rn. 16.

### 3. Leistungen an einen Zedenten in Unkenntnis der Abtretung

Während die Fragen, auf was bei der Ausübung des Ablösungs- bzw. Befriedigungsrechts geleistet bzw. gegen welche Forderung aufgerechnet wird, in den bisher behandelten Fällen keine Auswirkung auf die jeweilige Lösung hatten, ändert sich dies, wenn Leistungen an einen Zedenten in Unkenntnis der Abtretung erfolgen. Zur Vereinfachung wird dabei im Folgenden stets mit Zahlungen gearbeitet; für die Erfüllungssurrogate gilt aber Entsprechendes.

#### a) Befriedigung durch den Eigentümer

**Fall 4:** S nimmt bei der Grundkreditbank AG (G) ein Darlehen über 100.000 Euro auf. Auf Bitten von S bestellt Eigentümer E zugunsten von G zur Besicherung des Rückzahlungsanspruchs eine Hypothek an seinem Grundstück. G tritt die Forderung unter Übergabe des Hypothekenbriefes<sup>34</sup> an D ab. Als S bei Fälligkeit des Darlehens nicht zahlen kann, zahlt E in Unkenntnis der Abtretung 100.000 Euro an G.



Dieser Fall unterscheidet sich von unserem Fall 2 dadurch, dass die Befriedigung nicht gegenüber dem tatsächlichen Hypothekengläubiger erfolgt, sondern gegenüber dem Buchberechtigten. Welche Folgen eine solche Leistung an einen Scheingläubiger hat, ist im Schuld- und im Hypothekenrecht unterschiedlich geregelt. Für die Leistung an den bisherigen Gläubiger gilt im Schuldrecht § 407 BGB. § 1156 S. 1 BGB schließt (u. a.) die Anwendung von § 407 BGB »in Ansehung der Hypothek« jedoch aus. Stattdessen gilt für Leistungen, die an einen Buchberech-

tigten »auf Grund dieses Rechts« bewirkt werden, § 893 Alt. 1 BGB, der die entsprechende Anwendung von § 892 BGB anordnet. Diese Regelung gilt nach § 1138 BGB »für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung«.

Nimmt man an, dass E nicht auf die besicherte Forderung zahlt, sondern auf die Hypothek, ist § 893 Alt. 1 BGB unmittelbar anwendbar, weil die Leistung in Ausübung des Befriedigungsrechts als aufgrund der Hypothek geleistet anzusehen ist. Da der Inhalt des Grundbuchs dann als richtig anzusehen ist (§ 892 Abs. 1 S. 1 BGB), muss die Leistung wie eine solche an den tatsächlichen Hypothekengläubiger D behandelt werden. Damit erwirbt E die besicherte Forderung (§ 1143 Abs. 1 S. 1 BGB) und mit ihr die Hypothek (§ 1153 Abs. 1 BGB), wenn G noch als Hypothekengläubiger in das Grundbuch eingetragen war. Entgegen einer eher beiläufigen Bemerkung des BGH setzt die Anwendung von § 893 BGB nicht voraus, dass der eingetragene Nichtberechtigte (hier: G) »im Besitz des Briefes ist«.<sup>35</sup> Vielmehr ergibt sich aus § 1140 S. 1 BGB, dass es nur auf den Inhalt des Briefes ankommt. Daran wird deutlich, dass sich der Zessionar durch einen bloßen Vermerk auf dem Grundschuldbrief vor den dinglichen Rechtsfolgen der Leistung an den Buchberechtigten schützen kann, selbst wenn der Brief im Rahmen eines Besitzkonstituts in dessen (unmittelbarem) Besitz verbleibt (§ 1154 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, 1117 S. 2, 930 BGB). Damit ist der Verkehrsfähigkeit der Hypothek genüge getan; sie kann außerhalb des Grundbuchs übertragen und der öffentliche Glaube des Grundbuchs kann durch einen bloßen Vermerk auf dem Brief zerstört werden. Umgekehrt kann sich der Eigentümer aus dem Brief, dessen Vorlage er verlangen kann (§ 1160 Abs. 1 Hs. 1 BGB),<sup>36</sup> davon überzeugen, ob er befreiend an den Buchberechtigten leisten kann.

Nimmt man dagegen an, dass die Leistung bei Ausübung des Befriedigungsrechts – wie beim Ablösungsrecht – auf die besicherte Forderung gerichtet ist, ist § 893 Alt. 1 BGB nicht unmittelbar anwendbar. Zu überlegen ist dann aber, ob die Verweisung in § 1138 BGB so zu lesen ist, dass eine Leistung auf die besicherte Forderung – ausschließlich für die Hypothek – einer Leistung aufgrund des eingetragenen dinglichen Rechts gleichzustellen ist. Diese Frage soll im Folgenden anhand weiterer Fallgestaltungen erörtert werden.

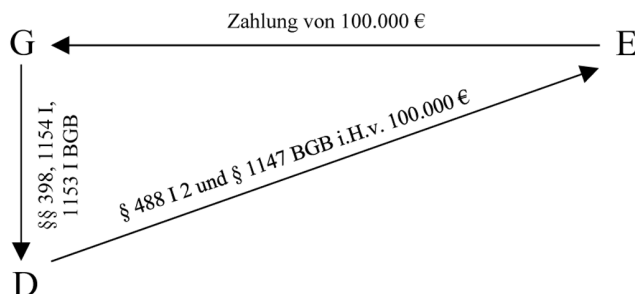
<sup>34</sup> Wenn im Sachverhalt, wie hier, schlicht von einer Hypothek die Rede ist, handelt es sich um eine Briefhypothek, weil die Erteilung des Hypothekenbriefes die Regel ist (vgl. § 1116 Abs. 1 BGB) und der Abschluss die in das Grundbuch einzutragende Ausnahme (§ 1116 Abs. 2 BGB).

<sup>35</sup> So BGH NJW 1996, 1207. Dabei handelt es sich um einen Nichtannahmebeschluss nach § 554 b Abs. 1 ZPO a. F. (BGBl. 1975 I, S. 1863; 1990 I, S. 2847, 2851). Diese Entscheidungen waren grundsätzlich nicht zur Veröffentlichung bestimmt und sind daher zum Teil nicht sehr sorgfältig begründet worden.

<sup>36</sup> Zum Charakter als Einrede vgl. RGZ 55, 225, 227.

## b) Leistung des Eigentümers und persönlichen Schuldners

**Fall 5:** Eigentümer E nimmt bei der Grundkreditbank AG (G) ein Darlehen über 100.000 Euro auf und bestellt zugunsten von G zur Besicherung des Rückzahlungsanspruchs eine Briefhypothek an seinem Grundstück. G tritt die Forderung unter Übergabe des Hypothekenbriefes an D ab. Bei Fälligkeit zahlt E in Unkenntnis der Abtretung 100.000 Euro an G.



In diesem Fall besteht über das Ergebnis Einigkeit, nicht aber über die Begründung. Zahlt E auf die Forderung, findet § 407 Abs. 1 BGB Anwendung. Daher ist der Anspruch von G bzw. D erloschen oder jedenfalls dauerhaft einredebehaftet.<sup>37</sup> In Ansehung der Hypothek ist § 407 BGB dagegen nicht anwendbar (§ 1156 S. 1 BGB). Stattdessen ist richtigerweise davon auszugehen, dass E die Hypothek nach §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1138, 893 Alt. 1, 892 Abs. 1 S. 1 BGB erwirbt.<sup>38</sup> Die an dieser Anwendung von § 1138 BGB geübte Kritik überzeugt nicht. So meint *Gursky*, die Tilgung der besicherten Forderung sei kein Anwendungsfall von § 893 Alt. 1 BGB, weil § 1138 die entsprechende Anwendung von § 893 »in Ansehung der Forderung« nur »für die Hypothek« anordne.<sup>39</sup> Daraus folgt aber nur, dass sich das Schicksal der besicherten Forderung selbst nicht nach §§ 1138, 893 Alt. 1 BGB richtet, sondern, wie gesehen, nach § 407 BGB. Es spricht jedoch nichts dagegen, den Er-

werb der Hypothek unter Rückgriff auf § 1138 BGB zu begründen. Nimmt man die Verweisung auf § 893 Alt. 1 BGB beim Wort, lautet der dadurch zu bildende Rechtsatz: »Die Vorschrift des § 892 findet für die Hypothek entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, für welchen eine Hypothek im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund der besicherten Forderung eine Leistung bewirkt wird.«

Die Anwendung von § 407 Abs. 1 BGB auf die besicherte Forderung und von §§ 1138, 893 Alt. 1 BGB auf die Hypothek führt auch zu angemessenen Ergebnissen mit Blick auf die angestrebte Verkehrsfähigkeit der Hypothek: Die Tilgungswirkung nach § 407 Abs. 1 BGB steht nur unter dem Vorbehalt, dass E die Abtretung bei der Leistung nicht kennt; diese Voraussetzung ist hier gegeben. Dagegen ist der Erwerb der Hypothek nicht nur ausgeschlossen, wenn E die Abtretung und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt (§ 892 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern auch, wenn die Abtretung auf dem Hypothekenbrief vermerkt war (vgl. § 1140 S. 1 BGB). Damit kann der Zessionar (hier: D) den Fortbestand des dinglichen Rechts ohne großen Aufwand vor Leistungen an den Zedenten (hier: G) schützen. Wenn die Forderung nach § 407 BGB untergeht,<sup>40</sup> die Hypothek aber – etwa wegen §§ 1156 S. 1, 1140 BGB – fortbesteht, entsteht – wie beim fiktiven Erwerb der Forderung nach §§ 1138, 892 BGB – eine forderungslose Hypothek. Diese kann dann vom Inhaber – wie eine Grundschuld – analog § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB durch Abtretung des dinglichen Rechts selbst übertragen werden, ohne dass es auf §§ 1138, 892 Abs. 1 S. 1 BGB ankäme. Denn andernfalls wäre das forderungslose Grundpfandrecht nicht mehr verkehrsfähig, sobald der Eigentümer einen Widerspruch (§ 899 BGB) in das Grundbuch hat eintragen lassen.<sup>41</sup>

Nimmt man dagegen an, E zahle auf die Hypothek, ist § 893 Alt. 1 BGB unmittelbar anwendbar. Allerdings ist dann zum einen unklar, wie ohne Rückgriff auf § 1138 BGB das für § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche Erlöschen der besicherten Forderung wenigstens fingiert werden kann. Zum anderen ist nicht leicht zu erklären, wieso ggf. auch die besicherte Forderung selbst erlöschen sollte.<sup>42</sup> Ent-

<sup>37</sup> Ob § 407 Abs. 1 BGB zum Erlöschen der Forderung führt oder nur eine (verzichtbare) Einrede begründet, ist umstritten. Zum Meinungsstand vgl. nur Staudinger/*Busche*, BGB, 2017, § 407 Rn. 8 (für Erfüllung); MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, 8. Aufl. 2019, § 407 Rn. 10 (für Wahlmöglichkeit). Im Folgenden wird zur Vereinfachung der Darstellung die Erfüllungswirkung unterstellt. Vgl. dafür auch *Piekenbrock/Rodi*, AcP 219 (2019) (im Erscheinen).

<sup>38</sup> So *Fuchs*, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB und zur GBO, Band 1: Materielles Grundbuchrecht, 1902, § 1138 BGB Rn. 3 (S. 450); BeckOGK/*Kiehnle*, BGB, Stand: 1. 4. 2019, § 1138 Rn. 21; Staudinger/*Wolfsteiner* (Fn. 1), § 1138 Rn. 26; MünchKommBGB/*Lieder* (Fn. 1), § 1138 Rn. 20; Soergel/*Konzen* (Fn. 1), § 1138 Rn. 10; *Baur/Stürner* (Fn. 22), § 36 Rn. 62; *Tiedtke*, NJW 1997, 851, 852.

<sup>39</sup> So Staudinger/*Gursky*, BGB, 2013, § 893 Rn. 5.

<sup>40</sup> Zur umstrittenen Rechtsfolge von § 407 Abs. 1 BGB vgl. oben Fn. 37.

<sup>41</sup> Das kann leicht geschehen, wenn der Eigentümer die Forderung tilgt und die Hypothek als Eigentümergrundschuld erwirbt (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB), weil das Grundbuch dann unrichtig wird (§ 894 BGB). Ob das Grundbuch auch unrichtig wird, wenn die Zahlung nach § 407 BGB in Ansehung der Hypothek bedeutungslos ist (§ 1156 S. 1 BGB), ist dagegen nur dann eindeutig zu bejahen, wenn sich die Hypothek dadurch in eine Grundschuld umwandelt.

<sup>42</sup> Diese Rechtsfolge wird regelmäßig bejaht, wenn der Eigentümer und Schuldner auf die Sicherungsgrundschuld zahlt. Vgl. – z. T. in Abgrenzung zur Zahlung eines mit dem Schuldner nicht identischen Ei-

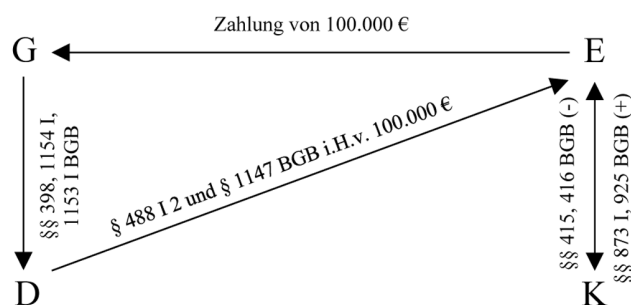
gegen einer eher beiläufigen Bemerkung in dem bereits erwähnten Beschluss des BGH<sup>43</sup> folgt dies jedenfalls nicht aus § 1138 BGB, der niemals das Schicksal der besicherten Forderung selbst betrifft. Schließlich würde das Erlöschen der besicherten Forderung selbst über die Voraussetzungen von § 407 Abs. 1 BGB hinaus erschwert. All dies kann nicht überzeugen. Damit ist unser Fall 5 am besten dadurch zu lösen, dass die Zahlung auf die besicherte Forderung selbst erfolgt.<sup>44</sup>

### c) Leistung des mit dem Eigentümer nicht identischen Schuldners

Während über die Ergebnisse in den Fällen 4 und 5 weitgehend Einigkeit besteht, ist dies in den Fällen, in denen der mit dem Eigentümer nicht identische Schuldner an den Zessionar in Unkenntnis der Abtretung leistet, nicht der Fall.

#### aa) Leistung mit Regress gegen den Eigentümer

**Fall 6:** Eigentümer E nimmt bei der Grundkreditbank AG (G) ein Darlehen über 100.000 Euro auf und bestellt zugunsten von G zur Besicherung des Rückzahlungsanspruchs eine Hypothek an seinem Grundstück. E veräußert das Grundstück für 500.000 Euro an K, der in Anrechnung auf den Kaufpreis die Forderung von G übernehmen soll und daher nur 400.000 Euro an E zahlt. Nach Mitteilung der Schuldübernahme durch E verweigert G die Genehmigung. Anschließend tritt G die Forderung unter Übergabe des Hypothekenbriefes an D ab. E zahlt daher bei Fälligkeit in Unkenntnis der Abtretung 100.000 Euro an G.



gentümers – BGH NJW 1980, 2197, 2198; BGHZ 80, 228, 230; BGH NJW 1987, 838, 839; BGHZ 105, 154, 157; vgl. ergänzend MünchKommBGB/Lieder (Fn. 1), § 1191 Rn. 141; a. A. Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), Vorbem zu §§ 1191 ff. Rn. 143 f., der daher regelmäßig eine Zahlung auf die besicherte Forderung annimmt.

<sup>43</sup> BGH NJW 1996, 1207, 1208.

<sup>44</sup> Dafür im Regelfall BGHZ 7, 123, 126.

Dieser Fall beschreibt eine gescheiterte Schuldübernahme. Eine Schuldübernahme kann nur schuldbefreiend wirken, wenn der Gläubiger selbst den Vertrag mit dem Übernehmer schließt (§ 414 BGB) oder wenn er den Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner genehmigt (§ 415 Abs. 1 S. 1 BGB). Bei der Übernahme einer Hypothekenschuld wie in unserem Fall 6 wird die allgemeine Regelung allerdings in zwei Punkten modifiziert: Zum einen setzt die Genehmigung – abweichend von § 415 Abs. 1 S. 2 BGB – die Mitteilung durch den Veräußerer (hier: E) voraus (§ 416 Abs. 1 S. 1 BGB). Zum anderen wird die Genehmigung – abweichend von § 415 Abs. 2 S. 2 BGB – nach Ablauf von sechs Monaten fingiert, wenn der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber nicht vorher verweigert hat (§ 416 Abs. 1 S. 2 BGB). Wird die Genehmigung wie hier verweigert, gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt (§ 415 Abs. 2 S. 1 BGB). Zwischen den Vertragsparteien wirkt sie jedoch im Zweifel wie eine Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) fort (§ 415 Abs. 3 S. 2 BGB).<sup>45</sup> Dies gilt auch in unserem Fall 6, weil die Schuldübernahme auf den Kaufpreis angerechnet wurde. Daher kann E von K verlangen, von der Darlehensschuld befreit zu werden.<sup>46</sup> Dieser Befreiungsanspruch wandelt sich in einen Zahlungsanspruch um, wenn E den Gläubiger befriedigt hat.<sup>47</sup>

Das Hypothekenrecht trägt dieser Situation dadurch Rechnung, dass der ursprüngliche Schuldner, der die besicherte Forderung erfüllt, aber vom Eigentümer Ersatz verlangen kann, – abweichend von § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB – die Hypothek erwirbt (§ 1164 Abs. 1 S. 1 BGB). Dieser Vorgang wird üblicherweise zutreffend als gesetzliche Forderungsauswechslung begriffen, weil die ursprünglich besicherte (Darlehens-)Forderung getilgt wird (§ 362 Abs. 1 BGB) und durch die Regressforderung gegen den Eigentümer ersetzt wird.<sup>48</sup> Damit erwirbt E die Hypothek, wenn er die besicherte Forderung getilgt hat.

<sup>45</sup> Vgl. nur BeckOGK/Heinig, BGB, Stand: 1. 2. 2019, § 415 Rn. 68.

<sup>46</sup> Vgl. RGZ 121, 303, 304.

<sup>47</sup> Vgl. RGZ 129, 27, 29 f.; 131, 154, 158.

<sup>48</sup> So RGZ 131, 154, 157 f.; Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, 1898, § 1164 BGB Anm. III. D. (S. 245); Planck/Unzner, BGB, Band III, 1./2. Aufl. 1902, § 1164 Anm. 3; Sternberg, JherJb 61 (1912), 385, 398 in Fn. 15; Wolff/Raiser (Fn. 3), § 144 I 3 c) mit Fn. 15 (S. 596); BeckOGK/Wohlrab, BGB, Stand: 1. 4. 2017, § 1164 Rn. 24; MünchKommBGB/Lieder (Fn. 1), § 1164 Rn. 15; Soergel/Konzen (Fn. 1), § 1164 Rn. 10; Baur/Stürmer (Fn. 22), § 38 Rn. 97. Die Gegenauffassung von Wilhelm (Fn. 22), Rn. 1674, der eine *cessio legis* wie bei §§ 774, 426 Abs. 2 BGB annimmt, überzeugt nicht, weil der Eigentümer für die Forderung nicht passivlegitimiert ist. Wenn die Forderung von G gegen E kraft Gesetzes auf E übergehen würde, könnte sie sich trotzdem nicht gegen K richten, sondern würde durch Konfusion erlöschen. Vgl. insoweit zutreffend Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld, 1907, S. 119.

Auf der Ebene des Schuldrechts liegen hier – wie in unseren Fällen 3 und 4 – die Voraussetzungen von § 407 Abs. 1 BGB vor. Für den Erwerb der Hypothek nach § 1164 Abs. 1 S. 1 BGB genügt dies wegen § 1156 S. 1 BGB jedoch nicht. Prima facie kann sich E jedoch auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, wenn er an den eingetragenen Hypothekengläubiger leistet (§§ 1138, 893 Alt. 1 BGB) und die Abtretung auch auf dem Hypothekenbrief nicht vermerkt ist (§ 1140 BGB). Die herrschende Meinung verneint jedoch die Anwendbarkeit von §§ 1138, 893 Alt. 1 BGB, weil der Schuldner nur auf die Forderung und nicht (auch) auf die Hypothek zahle.<sup>49</sup> Gursky meint ergänzend, dass es bei gesetzlichen Erwerbstatbeständen wie § 1164 BGB keinen Verkehrsschutz gebe.<sup>50</sup> Lässt man sich jedoch von der Erkenntnis leiten, dass auch der Eigentümer oder ein Ablösungsberechtigter bei Hypotheken regelmäßig nur auf die Forderung leisten, steht es der Anwendung von §§ 1138, 893 Alt. 1 BGB nicht entgegen, wenn der Schuldner im Falle einer Drittsicherheit leistet, wenn er also nicht zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks ist.<sup>51</sup>

## bb) Leistung ohne Regress gegen den Eigentümer

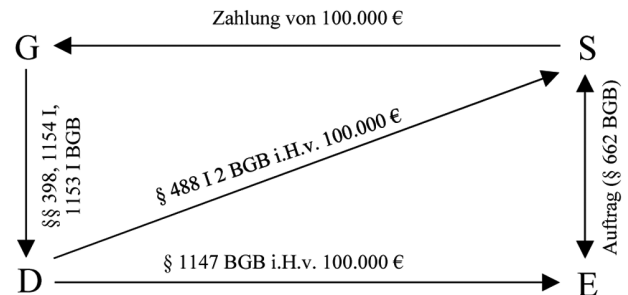
Von diesem Ausgangspunkt aus sind auch die Fälle leicht zu lösen, in denen der Forderungsschuldner an den Zedenten leistet, ohne dass ihm gegen den Eigentümer eine Regressforderung zusteht.

<sup>49</sup> So Sternberg, JherJb 61 (1912), 385, 400 f.; Goldmann/Lilienthal, Das BGB systematisch dargestellt, Band 2: Sachenrecht, 1912, § 79 III.2.b) (S. 560 f.); Planck/Strecker, BGB, Band III/2, 5. Aufl. 1938, § 1164 Anm. 2b (S. 1226 f.); Unrau (Fn. 16), S. 13 ff.; MünchKommBGB/Lieder (Fn. 1), § 1164 Rn. 6; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1164 Rn. 9; im Ergebnis wohl auch Soergel/Konzen (Fn. 1), § 1138 Rn. 10, der allerdings auch beim Eigentümer eine Zahlung auf die Forderung annimmt; vgl. entsprechend Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1138 Rn. 26. Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld, 1907, 125 f. verlangt für § 1164 BGB dagegen stets die Befriedigung »des wahren persönlichen Gläubigers«, ohne aber auf § 407 Abs. 1 BGB einzugehen.

<sup>50</sup> So Staudinger/Gursky (Fn. 39), § 893 Rn. 5, für den die Verweisung auf § 893 Alt. 1 BGB in § 1138 BGB daher »keinerlei Bedeutung hat«; für Verkehrsschutz bei gesetzlichen Erwerbstatbeständen, die auf Rechtsgeschäften beruhen, dagegen zutreffend Baur/Stürmer (Fn. 22), § 38 Rn. 110, dort im Kontext von §§ 1150, 268 Abs. 3, 1153 Abs. 1 BGB; vgl. entsprechend Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl. 2017, Rn. 441.

<sup>51</sup> So für § 1164 BGB auch Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB, 1906, § 1164 Anm. 3; J. Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 141 f.; BeckOGK/Kiehnle (Fn. 38), § 1138 Rn. 24; K. Müller, Sachenrecht, 4. Aufl. 1997, Rn. 1789 b; für eine direkte Anwendung von § 893 BGB bei § 1164 BGB Heck, Sachenrecht, 1930, § 96 V (S. 405).

**Fall 7:** S nimmt bei der Grundkreditbank AG (G) ein Darlehen über 100.000 Euro auf. Auf Bitten von S bestellt Eigentümer E zugunsten von G zur Besicherung des Rückzahlungsanspruchs eine Hypothek an seinem Grundstück. G tritt die Forderung unter Übergabe des Hypothekenbriefes an D ab. Bei Fälligkeit zahlt S in Unkenntnis der Abtretung 100.000 Euro an G.



Auch in diesem Fall kommt dem Forderungsschuldner (hier: S) auf der Ebene des Schuldrechts § 407 Abs. 1 BGB zugute. Daher hat er seine Leistung auf die Forderung nicht rechtsgrundlos erbracht. Für das dingliche Recht soll die Leistung jedoch nach ganz herrschender Auffassung folgenlos sein, weil §§ 1138, 893 Alt. 1 BGB nicht einschlägig seien.<sup>52</sup> Zwar schützen §§ 1138, 893 BGB den (Forderungs-)Schuldner nicht unmittelbar, weil diese Vorschriften die Auswirkungen seiner Leistung auf die besicherte Forderung nicht tangieren.<sup>53</sup> Diese Erkenntnis steht aber der These nicht entgegen, dass der Eigentümer von der Leistung des Schuldners nach Maßgabe von §§ 1138, 893 BGB profitiert und dass dies mittelbar auch dem Schuldner zugutekommt, der den Eigentümer mit der Bestellung der Hypothek beauftragt hat (§ 662 BGB) und daher bei Inanspruchnahme des Eigentümers Aufwendungsersatz schuldet (§ 670 BGB). Verneint man dagegen – mit der ganz herrschenden Meinung – jede Auswirkung der Zahlung von S an G auf die Hypothek, könnte D weiterhin aus der Hypothek gegen E vorgehen. Wenn E von seinem Befriedigungsrecht Gebrauch macht (§ 1142 BGB),<sup>54</sup> muss er

<sup>52</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 49; a. A. Böhm (Fn. 48), § 1164 BGB Anm. III. B. (S. 245); Brachvogel, Gruchot 47 (1903), 544, 555; Neumann, Handausgabe des BGB, Band I, 4. Aufl. 1905, § 892 Anm. I.1.c. (S. 620); Rosenber, Kommentar zum BGB, Band III/1, 1919, § 893 Anm. I.1.c. (S. 432); wohl auch Heck (Fn. 51), § 96 9 (S. 403); Kiehnle, Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens in der württembergischen Pfandgesetzgebung von 1825/1828 und im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004, 348 erwägt, dass auch der Schuldner stets auf die Hypothek leistet.

<sup>53</sup> So zutreffend Staudinger/Gursky (Fn. 39), § 893 Rn. 5.

<sup>54</sup> Da die Hypothek forderungslos ist, muss die Leistung hier – wie bei der entsprechenden Anwendung von § 1142 BGB auf die Grundschuld (§ 1192 Abs. 1 BGB) – auf das dingliche Recht erfolgen.



anstelle der besicherten Forderung den Bereicherungsanspruch von D gegen G aus § 816 Abs. 2 BGB erwerben. Da die Hypothek diesen Anspruch aber nicht besichert, kann dies nicht kraft Gesetzes geschehen. Vielmehr muss D den Anspruch Zug um Zug gegen Zahlung von E abtreten. Diesen Anspruch müsste E dann weiter an S abtreten, wenn dieser seinerseits Aufwendungsersatz leistet (§ 667 BGB).

Auch das Interesse an der Verkehrsfähigkeit der Hypothek erfordert nicht, der Leistung des Forderungsschuldners bei Fremdsicherheiten stets jede Auswirkung auf das dingliche Recht zu versagen. Wie gesehen, obliegt es dem Zessionar bei Briefgrundschulden, den öffentlichen Glauben des (durch die Abtretung unrichtig gewordenen) Grundbuchs durch einen Abtretungsvermerk auf dem Hypothekenbrief zu zerstören. Tut er dies nicht, muss er auch nach der herrschenden Auffassung mit dem Verlust der Hypothek rechnen, wenn der Forderungsschuldner bei einer Eigensicherheit an den Zedenten leistet. Warum dieses Risiko bei einer Fremdsicherheit nicht bestehen soll, ist nicht begründbar.<sup>55</sup>

Im Unterschied zum Fall 6 wirkt die Leistung des Schuldners (hier: S) auf die besicherte Forderung nicht nur zu seinen Gunsten, sondern sachenrechtlich ggf. zugunsten des Eigentümers (hier: E), der eine Eigentümergrundschuld erwirbt (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB). Damit stellt sich die Frage, auf wessen Redlichkeit es ankommt. Für § 407 Abs. 1 BGB ist allein entscheidend, dass S die Abtretung bei der Leistung nicht kennt. Zu erwägen ist, ob es für das dingliche Recht auf die Kenntnis von E ankommt. So setzt § 892 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich die Unkenntnis dessen voraus, der das Recht an dem Grundstück erwerben soll. Dass nicht immer auf die Person des potentiellen Erwerbers abgestellt werden kann, zeigt das Recht der Stellvertretung. Dabei kommt es für den Erwerb eines Rechts an einem Grundstück grundsätzlich auf die Unkenntnis des Stellvertreters an (§ 166 Abs. 1 BGB); etwas anderes gilt nur bei einer Vollmacht mit Weisung an den Vertreter (§ 166 Abs. 2 BGB). Dieser Gedanke passt auch auf den Fall, dass nicht der Eigentümer die Leistung im Sinne von §§ 1138, 893 Alt. 1 BGB vornimmt,

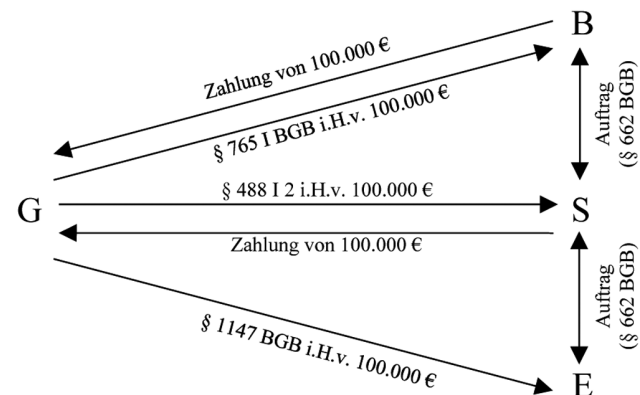
<sup>55</sup> Unbehagen bei der unterschiedlichen Behandlung von Fremd- und Eigensicherheiten auch bei *Baur/Stürmer* (Fn. 22), § 38 Rn. 112, 116, dort allerdings zur Leistung an einen im Grundbuch eingetragenen Scheinzessionar bei Nichtigkeit der Abtretung, die mangels Anzeige nicht die Wirkungen von § 409 Abs. 1 S. 1 BGB zeitigen konnte. Dagegen liegen die Voraussetzungen von § 409 Abs. 1 S. 1 BGB, der von § 1156 S. 1 BGB nicht erfasst wird, bei Leistungen des Eigentümers vor, wenn man die Eintragungsmittelung (§ 55 Abs. 1 GBO) der Anzeige gleichsetzt.

sondern ein Dritter. Der durch die doppelte Verweisung in § 893 BGB und § 1138 BGB gebildete Rechtssatz lautet daher: »Wenn an denjenigen, für welchen eine Hypothek im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund der besicherten Forderung eine Leistung bewirkt wird, gilt der eingetragene Gläubiger für die Hypothek als der tatsächliche Gläubiger, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Leistenden bekannt ist.« Daher setzen die dinglichen Wirkungen der Zahlung an G voraus, dass S die Abtretung außerhalb des Grundbuchs (§ 1154 Abs. 1 BGB) und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Zeitpunkt seiner Zahlung an G nicht kannte.

## d) Vergleich mit der Sicherungshypothek

Die These, dass bei allen Leistungen an den vermeintlichen Inhaber einer Verkehrshypothek §§ 406 bis 408 BGB auf die Forderung und §§ 1138, 893 Alt. 1 BGB auf das dingliche Recht anzuwenden sind, wird schließlich durch einen Vergleich mit der eingangs erwähnten Sicherungshypothek bestätigt. Da diese nur als Buchhypothek bestellt werden kann (§ 1185 Abs. 1 BGB), muss man hier einen Fall der *cessio legis* bilden.

**Fall 8:** S nimmt bei der Grundkreditbank AG (G) ein Darlehen über 100.000 Euro auf. Auf Bitten von S bestellt Eigentümer E zugunsten von G zur Besicherung des Rückzahlungsanspruchs eine Sicherungshypothek. Außerdem verbürgt sich sein Bruder (B) für die Forderung. Als S bei Fälligkeit nicht sofort zahlt, leistet B auf Verlangen von G Zahlung über 100.000 Euro. In Unkenntnis dessen zahlt S kurz darauf ebenfalls an G.



In diesem Fall ist die Forderung von G gegen S in voller Höhe auf B als zahlenden Bürgen übergegangen (§ 774 Abs. 1 S. 1 BGB). Grundsätzlich erwirbt der Bürge auch die Hypothek (§ 1153 Abs. 1 BGB). Zur Vermeidung des so-

genannten Wettlaufs der Sicherungsgeber ist der Erwerb der Hypothek jedoch auf die Höhe beschränkt, in der er im Innenverhältnis der Sicherungsgeber den Verlust nicht selbst tragen muss.<sup>56</sup> Ohne andere Anhaltspunkte ist dabei davon auszugehen, dass E und B das Verlustrisiko jeweils zur Hälfte tragen (vgl. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB). Damit stand B vor der Zahlung von S an G die Darlehensforderung gegen S über 100.000 Euro und eine Hypothek am Grundstück von E in Höhe von 50.000 Euro zu. Im Übrigen hatte sich die Hypothek in einer Eigentümergrundsuld umgewandelt (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB). Durch die Zahlung von S an den bisherigen Gläubiger G ist die Darlehensforderung erloschen, weil S von der Zahlung von B und damit von der *cessio legis* keine Kenntnis hatte (§§ 412, 407 Abs. 1 BGB). Da § 1156 BGB auf die Sicherungsgrundsuld nicht anwendbar ist (§ 1185 Abs. 2 BGB), schlägt das Erlöschen der Forderung hier auf das dingliche Recht durch. Das ist stimmig, weil der bei der Verkehrshypothek einschlägige Weg über §§ 1138, 893 Alt. 1 BGB hier durch § 1185 Abs. 2 BGB verschlossen ist.

Im Ergebnis hat E daher die Hypothek auch in Höhe der verbliebenen 50.000 Euro als Eigentümergrundsuld erworben (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB); B muss die 100.000 Euro bei G kondizieren (§ 816 Abs. 2 BGB). Dieser Vergleich zwischen Verkehrs- und Sicherungshypothek zeigt, dass der Ausschluss der Anwendung von § 407 BGB in § 1156 S. 1 BGB nicht »ersatzlos« erfolgt. Entweder §§ 1138, 1156 BGB sind beide nicht anwendbar, so dass die Zahlung an den Zedenten einheitlich nach § 407 Abs. 1 zu

bewerten ist; oder §§ 1138, 1156 BGB sind beide anwendbar, so dass die Zahlung an den Zedenten schuldrechtlich nach § 407 Abs. 1 BGB und sachenrechtlich nach §§ 1138, 893 Alt. 1 BGB zu bewerten ist. Das ergibt ein in sich stimmiges Bild.

## 4. Ergebnis

Damit lässt sich als Ergebnis festhalten: der Eigentümer, die von seinem Befriedigungsrecht Gebrauch macht (§ 1142 BGB), ein ablösungsberechtigter Dritte (§§ 1150, 268 BGB) und der Forderungsschuldner leisten in der Regel auf die (hypothekarisch besicherte) Forderung. Wird an einen Zessionar geleistet, richten sich die schuldrechtlichen Wirkungen stets nach § 407 Abs. 1 BGB; für die dinglichen Wirkungen sind dagegen §§ 1138, 893 Alt. 1 BGB maßgeblich. Allerdings darf man nicht den Fehler machen, dieses einfache und klare Ergebnis auf die Grundsuld zu übertragen. Der Verweis auf das Hypothekenrecht in § 1192 Abs. 1 BGB steht bekanntlich unter dem Vorbehalt der Forderungsakzessorietät (»soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundsuld nicht eine Forderung voraussetzt«). Dieser Vorbehalt ist insbesondere dann zu beachten, wenn Eigentümer und Ablösungsberechtigte an den Grundsuldgläubiger zahlen. In diesen Fällen ist in der Tat von Leistungen auf das dingliche Recht auszugehen.<sup>57</sup> Darauf kann hier aber nicht mehr im Einzelnen eingegangen werden.

<sup>56</sup> Vgl. grundlegend BGHZ 108, 179, 186f.; vgl. ergänzend BGH NJW 2009, 437 Rn. 13.

<sup>57</sup> Vgl. etwa BeckOGK/*Rebhan*, BGB, Stand: 15. 5. 2018, § 1191 Rn. 169, 177; MünchKommBGB/Lieder (Fn. 1), § 1191 Rn. 135f., 138.