

20 Probleme aus dem Sachenrecht

ohne Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

von
Prof. Dr. Karl-Heinz Gursky

8., überarbeitete Auflage

20 Probleme aus dem Sachenrecht – Gursky

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Sachenrecht: Gesamtdarstellungen – Fit für Studium und Referendariat

Verlag Franz Vahlen München 2014

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4694 4

6. Argument

Dieser Schutz versagt auch dann nicht, wenn der Eigentümer-Schuldner in Unkenntnis der Rechtslage auf die persönliche Forderung zahlt, ohne die Einrede geltend zu machen. Zahlt nämlich der Eigentümer-Schuldner zwar »auf die Forderung«, aber an den gutgläubigen Erwerber der Hypothek, den er für den Inhaber der persönlichen Forderung hält, so kann er diese Zahlung als Erfüllung einer Nichtschuld kondizieren oder aber als Zahlung auf die Hypothek gelten lassen, wodurch die persönliche Forderung infolge der Befriedigungsgemeinschaft mit der Hypothek erlöschen würde. Zahlt er aber an den wahren Inhaber der Forderung (dh den früheren Hypothekar), ohne die Einrede geltend zu machen, dass er die Forderung nur unter der Voraussetzung erfüllen brauche, dass er dadurch gem. § 1163 I 2 BGB die Hypothek erwerbe, so kann er, da es sich dabei um eine peremptorische Einrede handelt, seine Zahlung nach § 813 I BGB kondizieren.

7. Argument

Die Doppelzahlungsgefahr darf schon deshalb kein Anlass für systemwidrige Lösungen sein, weil sie auch außerhalb dieser Fallkonstellation als Konsequenz des § 1138 auftritt und hingenommen werden muss: nämlich immer dann, wenn die Hypothekenforderung durch Zahlung oder Aufrechnung erloschen war, die damit zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothek aber vom noch als Hypothekar eingetragenen Gläubiger nach §§ 1138, 892 BGB wirksam an einen Gutgläubigen abgetreten wird (*Wolfsteiner*).

Beispiele:

1. Im Ausgangsfall hat Viert vom Pseudohypothekar Dritt nach Theorie I nicht nur kraft seines guten Glaubens die Hypothek, sondern gem. § 1153 II BGB auch die gesicherte Forderung erworben. Nach Theorie II ist Glaub zwar Inhaber der gesicherten Forderung geblieben, aber diese ist für ihn praktisch wertlos, da Schuld die Erfüllung solange verweigern kann, als er durch eine Erfüllung der Forderung nicht nach § 1163 I 2 BGB die Hypothek zurückerwirbt. Wenn Schuld die Hypothekensumme an Viert zahlt oder Viert sich durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück befriedigt, so erlischt nach Theorie II die gesicherte Forderung.

Wenn es sich bei der Hypothek um eine Sicherungshypothek gehandelt hätte, wäre das Problem der Trennung von Forderung und Hypothek gar nicht eingetreten. Die Sicherungshypothek ist streng akzessorisch, kann also im Wege der Zession nur dann erworben werden, wenn die gesicherte Forderung dem Zedenten wirklich zustand. Ein Erwerb über § 1138 BGB wird durch § 1185 II BGB ausgeschlossen.

2. Für einen weiteren Beispielfall vgl. *Jabr/Kropf* JuS 1963, 356 ff. **Hinweis:** Zur Parallelproblematik bei der Verpfändung einer Hypothek s. *Karper* JuS 1989, 33; *Schwintowski* JuS 1990, 47; *H.A. Wolff* JuS 1990, 995.

15. Problem (§ 1155 BGB)

Ist § 1155 BGB auch dann anwendbar, wenn Abtretungserklärung und öffentliche Beglaubigung gefälscht sind?

Beispiel:

A hat einen ihm gehörenden Hypothekenbrief bei Notar N hinterlegt. Dessen Bürovorsteher B entwendet den Brief, fälscht die Unterschrift des A unter einer auf ihn (B) gestellten Abtretungserklärung und sodann die Beglaubigungserklärung des Notars N unter Beidrückung des Notariatsiegels. Anschließend tritt er die Hypothek mittels schriftlicher Abtretungserklärung und Übergabe des Briefes an den gutgläubigen C ab. Hat C die Hypothek erworben?

Ausgangspunkt:

Eine Hypothek kann gem. § 1154 I BGB ohne Eintragung im Grundbuch, nämlich durch schriftliche Abtretung der gesicherten Forderung und Übergabe des Hypothekenbriefes übertragen werden. Die §§ 892, 1138 BGB lassen aber nur einen durch den Rechtsschein des Grundbuches gedeckten gutgläubigen Erwerb der Hypothek zu. Diese Lücke füllt § 1155 BGB. Nach § 1155 S. 1 BGB steht der durch eine ununterbrochene, auf einen im Grundbuch eingetragenen Hypothekengläubiger zurückgehende Kette öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen und Briefbesitz Legitimierte für § 892 BGB einem im Grundbuch Eingetragenen gleich.

Problematisch ist zunächst schon, ob dies auch im Falle einer absichtlichen Falschbeurkundung gilt. Ist § 1155 S. 1 BGB also auch dann anwendbar, wenn ein krimineller Notar in einen bei ihm hinterlegten Hypothekenbrief eine fingierte Abtretungserklärung einträgt und diese gefälschte Erklärung dann öffentlich beglaubigt oder wenn er eine fiktive Zession beurkundet? Bisher wurde das fast einhellig angenommen, denn auch dann ist ja eine echte (weil vom Notar vorgenommene) öffentliche Beglaubigung bzw. Beurkundung gegeben. Neuerdings haben allerdings einige Stimmen in der Literatur (*Baur/Stürmer* SachenR § 38 Rn. 34; *Erman/Räfle*, 9. Aufl. 1993, § 1155 Rn. 3) und das OLG Braunschweig (OLGZ 1983, 219 [222 f.]) die gegenteilige Position vertreten. Das OLG argumentierte dabei, nach dem Wortlaut des § 1155 BGB sei die Abtretungserklärung die Hauptsache; das Vorliegen des Hoheitsaktes der öffentlichen Beglaubigung könne also für § 1155 BGB nicht ausreichen; es müsse vielmehr immer eine echte Abtretungserklärung vorhanden sein. Das ist nicht überzeugend: § 1155 BGB kann ja ohnehin nur zur Anwendung kommen, wenn wenigstens das letzte Glied der auf den Verfügenden hinführenden Kette öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen unwirksam gewesen ist, dem jetzt Verfügenden also die hypothekarisch gesicherte Forderung gerade nicht verschafft hat. Hinsichtlich der Gründe der Unwirksamkeit nochmals zu differenzieren und die Fälle der Fälschung (nur) der Abtretungserklärung ganz aus dem Anwendungsbereich des § 1155 BGB herauszunehmen, besteht kein Anlass (iE ebenso *Brehm/Berger* SachenR Rn. 17.114; *Bülow* KreditsicherheitenR, 7. Aufl. 2007, Rn. 287; *Staudinger/Wolfsteiner* [2009] § 1155 Rn. 18; *Wilhelm* SachenR Rn. 1631).

Wesentlich stärker umstritten ist die Frage, ob § 1155 BGB auch dann anwendbar ist, wenn nicht nur die Abtretungserklärung, sondern auch die Beglaubigung gefälscht ist.

I. (hier sog.) Gutglaubensschutztheorie

§ 1155 S. 1 BGB ist auch dann anwendbar, wenn die Beglaubigungen gefälscht sind, sofern die Fälschungen nur äußerlich einwandfrei (unerkenntbar) sind. Die äußere Ordnungsmäßigkeit der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, der »Schein einer echten Urkunde«, genügt also.

Vertreten von:

RGZ 93, 41 (44) (obiter dictum); Bamberger/Roth/Rohe § 1155 Rn. 9; *Biermann* § 1155 Anm. 1a; *Cosack/Mitteis* BürgerlR I § 81 II 1a; *Gottwald* PdW SachenR Fall 159 (d); *Harms* SachenR S. 314 f.; *Jacobi* in: Ehrenberg (Hrsg.) Handbuch für das gesamte Handelsrecht, Bd. IV 1, 1917, S. 212; *K. Müller* SachenR Rn. 1706; MüKo-BGB/*Eickmann* § 1155 Rn. 12 (wo aber nur von der Fälschung der Abtretungserklärung, nicht auch von der Fälschung der Beglaubigung die Rede ist); *Planck/Streckler* § 1155 Anm. 2b a; *Predari*, Die Grundbuchordnung, 2. Aufl. 1907, S. 155; RGRK/*Mattern* § 1155 Rn. 5; *Rosenberg*, Sachenrecht, 1919, § 892 Anm. II 1a β, S. 408; *Rosenthal/Kammitzer/Bohnenberg*, Handkommentar zum BGB, 15. Aufl. 1965, Rn. 3728; *K. Schreiber* SachenR Rn. 480; *Soergel/Konzen* § 1155 Rn. 8 f.; *Staudinger/Scherübl*, 11. Aufl. 1963, § 1155 Rn. 11 (mit der Einschränkung, dass die Fälschung so gut sein muss, dass sie auch für das Grundbuchamt unerkennbar gewesen wäre, und dass der Verlust des Briefes dem Grundbuchamt noch nicht gemeldet sein darf); *Turnau/Förster*, Liegenschaftsrecht, 2 Bde, 3. Aufl. 1906, § 1155 Anm. 5; dieser Auffassung zuneigend auch *Wieling* SachenR § 27 II 4c bb, S. 426 f.

(In den meist für diese Theorie angeführten RG-Entscheidungen RGZ 85, 60 und RGZ 86, 262 sowie RG ZblFG 16, 580 ging es um die Frage, ob die *echte* notarielle Ausfertigung über eine in Wirklichkeit nicht vorhandene Abtretung genügt).

1. Argument

Der Hypothekenbrief ist – ähnlich wie der Wechsel – zum Umlauf, zur Kreditbeschaffung bestimmt. Seine Aufgabe, die Zirkulationsfähigkeit der Hypothek zu erleichtern, könnte er aber kaum erfüllen, wenn der Erwerber jeweils erst die Echtheit der öffentlichen Beglaubigungen nachprüfen müsste.

2. Argument

Beim Wechsel ermöglicht Art. 16 II WG einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten schon dann, wenn dieser durch eine äußerlich einwandfreie Indossamentenkette legitimiert ist. Die Tatsache, dass eines dieser Indossamente (unerkenntbar) gefälscht ist, schließt also dort den gutgläubigen Erwerb des Eigentums an der Wechselurkunde nicht aus.

3. Argument

Es würde niemandem nützen, wenn der Erwerber erst seinen Vormann ins Grundbuch eintragen lassen müsste, um gegen Fälschungen geschützt zu sein, die auch dem Grundbuchamt unerkennbar sind.

4. Argument

Der gutgläubige Erwerber ist schutzwürdiger als der Hypothekar, dessen Unterschrift gefälscht wurde. Denn für den gutgläubigen Erwerber war die Fälschung unerkennbar, der wahre Hypothekar hatte es dagegen in der Hand, seinen Hypothekenbrief

15. Problem (§ 1155 BGB)

so zu verwahren, dass er nicht von anderen zu Fälschungen missbraucht werden konnte.

II. (hier sog.) Schutzversagungstheorie

§ 1155 BGB setzt *echte* öffentliche Beglaubigungen voraus. Auch äußerlich nicht erkennbare Fälschungen schließen die Anwendung dieser Vorschrift aus.

Vertreten von:

Baur/Stürner SachenR § 38 Rn. 34 (wo aber auf die Fälschung der Abtretungserklärung abgestellt wird); *Brehm/Berger* SachenR Rn. 17.114; *Eichler* Institutionen SachenR II 2 S. 479, Fn. 216; *Erman/Räfle*, 9. Aufl. 1993, § 1155 Rn. 3; *Gottwald* PdW SachenR, Fall 159, S. 214 ff.; *Habersack* Examensrep. SachenR Rn. 388; *Heck* SachenR § 96, 6c; *Hk-BGB/Staudinger* § 1155 Rn. 11; *Jauernig/Berger* § 1155 Rn. 4; *Heinr. Lange* SachenR § 40 V Fn. 11; *Lemke/Regenfus*, Immobilienrecht, 2011, § 1155 Rn. 6; *v. Moltke* AcP 142 (1936), 258 f.; *Mündelheim*, Erwerb der Briefhypothek kraft öffentlichen Glaubens gem. § 1155 BGB, 1925, S. 68; *NK-BGB/Zimmer* § 1155 Rn. 8; *Nussbaum*, Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens, 2. Aufl. 1921, S. 131; *Palandt/Bassenge* § 1155 Rn. 4; *Prütting* SachenR Rn. 688; *PWW/Waldner* § 1155 Rn. 2 (anders, wenn nicht der Beglaubigungsvermerk, sondern nur die beglaubigte Unterschrift wegen Täuschung oder Unachtsamkeit des Notars falsch ist); *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006, Rn. 1088 (wonach aber schon die Fälschung der Abtretungserklärung schadet); *Rimmelspacher* in: *Gerhardt* (Hrsg.), Lexikon des Rechts, Sachenrecht, 1995, S. 127 (wo aber von der Fälschung der Abtretungserklärung die Rede ist); *Soergel/Baur*, 11. Aufl. 1956, § 1155 Rn. 8; *Staudinger/Wolfsteiner* (2009) § 1155 Rn. 18; *Tiedtke* Gutgläubiger Erwerb S. 128 f.; *R. Weber* SachenR II § 14 Rn. 117; *Wieacker*, Bodenrecht, 1938, S. 217; *Wilhelm* SachenR Rn. 1631; *E. Wolf* SachenR § 11 H III g, S. 497 f.; *Wolff/Raiser* SachenR § 142 VIII 1b Fn. 17.

1. Argument

Der Wortlaut des § 1155 BGB ist eindeutig: das Gesetz fordert eine öffentliche Beglaubigung, nicht deren Schein (*Heck*).

2. Argument

Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ist nach unserer Rechtsordnung grundsätzlich nur dann möglich, wenn der Nichtberechtigte durch einen vom Gesetz für geeignet erklärten Rechtsscheinsträger legitimiert war. Im Falle des § 1155 BGB ist dieser Rechtsscheinsträger die ununterbrochene Reihe der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen. Der gute Glaube des Erwerbers der Briefhypothek an die Echtheit der Beglaubigungen bedeutet nur den Glauben an das Vorhandensein des (in Wirklichkeit gar nicht vorhandenen) Rechtsscheinträgers. Dieser Glaube wird aber nach geltendem Recht nie geschützt.

3. Argument

Ein Recht an einer Liegenschaft darf nicht leicht verloren gehen. § 892 BGB macht deshalb den gutgläubigen Erwerb eines derartigen Rechtes grundsätzlich davon abhängig, dass der nichtberechtigt Verfügende im Grundbuch als Berechtigter eingetragen war. Die Form der Eintragung im Grundbuch durch eine mit staatlicher Autorität versehene Behörde gibt dem Berechtigten größtmögliche Sicherheit für die Erhaltung

seiner Rechte. Eine nicht vom Grundbuchamt herrührende Eintragung kann nicht Grundlage des gutgläubigen Erwerbs sein. Wenn nun der Erwerber eines Hypothekenbriefes auch ohne Eintragung des Veräußerers im Grundbuch gem. § 1155 BGB denselben Gutgläubenschutz genießen soll, den das Grundbuch gewährt, so muss dieser auch hier im Interesse des Berechtigten an eine gewichtige Form geknüpft werden. Deshalb verlangt das Gesetz hier neben dem Besitz des Hypothekenbriefes und der ununterbrochenen Reihe der Abtretungserklärungen die öffentliche Beglaubigung dieser Abtretungserklärungen. Daraus ergibt sich, dass man sich nicht mit dem Schein der öffentlichen Beglaubigung begnügen kann, genausowenig wie man sich im Rahmen des § 892 BGB mit dem Schein einer amtlichen Grundbucheintragung begnügen kann (*v. Moltke*).

4. Argument

Indem das Gesetz für den gutgläubigen Erwerb einer Briefhypothek das Erfordernis der öffentlichen Beglaubigung der vorangehenden Abtretungserklärungen einführt, wollte es dem wahren Berechtigten einen besonderen Schutz gewähren. Hierdurch sollten Fälschungen erschwert werden und sollte eine erhöhte Garantie dafür geschaffen werden, dass regelmäßig eine gültige Abtretung stattgefunden habe und der Brief von Hand zu Hand gewandert sei. Diese Schutzfunktion würde man unterlaufen, wenn man auch gefälschte Beglaubigungserklärungen genügen ließe (*Wieacker*).

5. Argument

Die Echtheit der öffentlichen Beglaubigungen ist zum Schutze des wahren Hypothekars schon deshalb erforderlich, weil dieser nur bei Mitwirkung der öffentlichen Urkundsperson einen Regressanspruch gegen diese (zB § 19 BNotO) oder den Staat erlangen kann.

6. Argument

Das Risiko der gefälschten Unterschrift trägt nach geltendem Recht auch sonst grundsätzlich derjenige, der auf ihre Echtheit vertraut (*Soergel/Baur*).

7. Argument (gegen Theorie I, Arg. 2)

Der Hinweis auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Wechsels auch in solchen Fällen, in denen die formelle Legitimation des verfügenden Nichtberechtigten auf einem gefälschten Indossament beruht, überzeugt nicht. Der Wechsel ist in noch höherem Maße für den Umlauf bestimmt als die Briefhypothek (*Reinicke/Tiedtke*). Dementsprechend können die Anforderungen an die objektive Rechtscheinsbasis im Wechselrecht geringer ausfallen als bei der Briefhypothek. Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass das Wechselrecht bei der Frage des gutgläubigen Erwerbs der im Wechsel scheinbar verbrieften Forderung aus Art. 15 WG gegen den Indossanten entgegengesetzt entscheidet (s. 8. Arg.).

8. Argument

Wenn der Hypothekenbrief insgesamt gefälscht wäre, könnte anerkanntermaßen kein gutgläubiger Erwerb der Hypothek stattfinden. Genauso führt die Fälschung einer Wechselunterschrift nach hM zu einem dinglichen Einwand, der jedem Inhaber, also auch einem gutgläubigen Erwerber, entgegengesetzt werden kann (vgl. *Baumbach/Hefermehl/Casper*, WG und ScheckG, 23. Aufl. 2008, WG Art. 17 Rn. 41; *Bülow*, WG und ScheckG, 5. Aufl. 2013, WG Art. 17 Rn. 29). Es ist unerfindlich, warum die

15. Problem (§ 1155 BGB)

gefälschte Beglaubigung eine stärkere Wirkung ausüben soll als ein gefälschter Hypothekenbrief oder eine gefälschte Wechselunterschrift. Sie darf nur denjenigen schädigen, der sich täuschen lässt, nicht den dritten Rechtsinhaber.

9. Argument (gegen Theorie I Arg. 1)

Die Erschwerung der Zirkulationsfähigkeit ist kein entscheidendes Gegenargument. Denn dem gesetzgeberischen Zweck, den Hypothekenverkehr zu beleben, steht auf der anderen Seite die im Hypothekenrecht besonders bedeutsame Absicht des Gesetzgebers gegenüber, dem Berechtigten sein Recht zu sichern.

10. Argument (gegen Theorie III)

Danach zu differenzieren, ob der Brief dem Berechtigten abhanden gekommen ist oder nicht, macht keinen Sinn. Das Abhandenkommen oder Nichtabhandenkommen ist nun einmal nur für den gutgläubigen Erwerb von Fahrnis, nicht aber auch im Liegenschaftsrecht relevant. Zudem wird dort das Abhandenkommen nur zum Anlass für den Ausschluss eines – an sich grundsätzlich möglichen – gutgläubigen Erwerbs genommen. Es kann deshalb nicht aus dem bloßen Nichtabhandenkommen auf eine besondere Schutzwürdigkeit geschlossen werden, die es rechtfertigt, sich über die gesetzliche Entscheidung, keinen Verkehrsschutz zu gewähren, hinwegzusetzen.

III. (hier sog.) Differenzierende Theorie

Grundsätzlich ist bei äußerlich einwandfreien Fälschungen § 1155 BGB anwendbar, also gutgläubiger Erwerb möglich. Eine Ausnahme ist aber dann zu machen, wenn der Hypothekenbrief dem Berechtigten iSv § 935 BGB abhanden gekommen ist.

Vertreten von:

H. Westermann SachenR § 106 IV 2b; Erman/H. Westermann, 6. Aufl. 1975, § 1155 Rn. 3.

Argument

Zwar trägt im Allgemeinen die Gefahr der gefälschten Unterschrift derjenige, der ihr vertraut, nicht aber derjenige, dessen Unterschrift gefälscht ist. Zu beachten ist aber, dass im Falle des § 1155 BGB der Verfügende ja nicht nur durch die öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen legitimiert wird, sondern auch noch durch den Besitz am Hypothekenbrief. Diese zusätzliche Legitimation des Nichtberechtigten durch den Besitz des Hypothekenbriefes gibt den Ausschlag zugunsten des gutgläubigen Erwerbers und zuungunsten des Altberechtigten, wenn diesem der Brief nicht iSv § 935 BGB abhanden gekommen ist. Der wahre Hypothekar muss sich den Verlust seines Rechtes durch den gutgläubigen Erwerb eines Dritten gefallen lassen, wenn er es selbst veranlasst hat, dass sein Brief zu dem Nichtberechtigten gelangen konnte (*Veranlassungsprinzip*, das im Rahmen der §§ 932, 935 BGB das Rechtscheinsprinzip ergänzt und korrigiert).

Beispiel:

Da B als Nichtberechtigter über die Briefhypothek des A verfügt hat, kann C die Hypothek nur kraft guten Glaubens erworben haben. Und da die Abtretung von B an C außerhalb des Grundbuchs, in der Form des § 1154 I BGB erfolgt ist, kommt

nur ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 1155 S. 1, 892 BGB in Betracht. B hat dem C eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung vorgelegt, die auf den im Grundbuch eingetragenen Hypothekengläubiger A zurückführt. Dass die öffentliche Beglaubigung gefälscht war, schadet C nach Theorie I nicht, da die Fälschung äußerlich einwandfrei war. Nach dieser Auffassung hätte C die Hypothek als gem. §§ 1155 S. 1, 892 BGB gutgläubig erworben. Nach Theorie II ist § 1155 S. 1 BGB dagegen unanwendbar, kommt also ein gutgläubiger Erwerb der Hypothek durch C nicht infrage. Nach Theorie III ist entscheidend, ob der Brief iSv § 935 BGB abhanden gekommen war. Abhandenkommen ist der unfreiwillige Verlust des unmittelbaren Besitzes. Gem. § 935 I 2 BGB genügt es, wenn die Sache dem Besitzmittler des Eigentümers abhanden kommt. N, der als unmittelbarer Besitzer des Briefes dem A den Besitz vermittelte, hat seinen Besitz unfreiwillig verloren; der Brief war also abhanden gekommen. Ein gutgläubiger Erwerb des C scheidet daher auch nach Theorie III aus.

16. Problem (§ 1196 BGB)

Entsteht ein Eigentümergrundpfandrecht auch dann, wenn eine Hypothek eingetragen ist, ohne dass eine gültige Einigung vorliegt?

Beispiel:

E, der Eigentümer eines bisher unbelasteten Grundstücks ist, nimmt bei seinem Freund F ein Darlehen auf und bestellt ihm dafür eine Hypothek. Kurz darauf nimmt er ein weiteres Darlehen bei der Bank B auf und bestellt dieser zur Sicherung eine Grundschuld, wobei der gesetzliche Lösungsanspruch des Grundschuldgläubigers ausgeschlossen wird (vgl. §§ 1192 I, 1179a I, V BGB). Nachdem E das Darlehen des F zurückgezahlt hat und die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld umgeschrieben worden ist, veräußert E das Grundstück an X, der die beiden Grundpfandrechte unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. Sodann stellt sich heraus, dass F bereits bei der Bestellung der Hypothek geisteskrank war. Nunmehr verlangt B von E Zustimmung zur Löschung der Eigentümergrundschuld. Mit Recht?

I. (hier sog.) Nichtigkeitstheorie

Wenn ein Fremdgrundpfandrecht eingetragen wird, ohne dass eine gültige Einigung vorliegt, so entsteht keine Eigentümergrundschuld, sondern überhaupt kein Grundpfandrecht.

Vertreten von:

RGZ 70, 353 (356); 78, 60 (64); RGSt 45, 431; RG JW 1912, 296; 1913, 540; OLG Königsberg OLGE 5, 9; 8, 142; KG KGJ 27 A 128 ff.; JFG 2, 340; Bamberger/Roth/Robe § 1163 Rn. 3, § 1196 Rn. 4; *Biermann* § 1163 Anm. 7; *Cosack/Mitteis* BürgerlR I § 78 IV 4c; *Ebbecke* Recht 1912, 469; *Eccius* Gruchot 45 (1901), 456; *Eckert* SachenR Rn. 1071; *Eichler* Institutionen SachenR II 2 S. 505 f.; *Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1, 8./9. Aufl. 1905, § 116 Fn. 11; *Erman/Wenzel* § 1163 Rn. 6; *Fischer*, FS Wach I, 1913, 258; *O. v. Gierke* Deutsches Privatrecht II, 1905, § 166 Fn. 29; *Güthe/Triebel* GBO, 6. Aufl. 1936 f., § 22 Anm. 14; *Gursky* KK SachenR Rn. 232; *M. Hachenburg*, Vorträge, 1998, S. 251; *Hirschfeld*, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück, 1914, S. 133 ff.; *Jauernig/Berger* § 1113 Rn. 16; *Klee* NJW 1951, 579; *Kretzschmar*, Sachenrecht des BGB, 1906, Vorbem. 1 vor § 1163; *Lemke/Regenfus*, Immobilienrecht (2011) § 1196 Rn. 4; *K. Müller* SachenR Rn. 2128; *Palandt/Bassenge* § 1163 Rn. 1; *Planck/Strecke* § 1163 Anm. 2; *Prütting* SachenR Rn. 709 f., 760; *RGRK/Schuster*, 11. Aufl. 1963, § 1177 Anm. 2; *RGRK/Joswig* § 1196 Rn. 2; *Staudinger/Kober*, 9. Aufl. 1926, § 1163 II 1a b; *Turnau/Förster*, Liegenschaftsrecht, 2 Bde, 3. Aufl. 1906, § 1196 Anm. 3; *Werneburg* DNotZ 1915, 159 ff.; *Eickmann* in: *Westermann/Gursky/Eickmann* SachenR § 118 Rn. 5; *E. Wolf* SachenR S. 468; iE auch *Wilhelm* SachenR Rn. 1591 f.; im Wesentlichen auch *MüKo-BGB/Eickmann* § 1196 Rn. 3–5.

1. Argument

Wenn ein Fremdgrundpfandrecht (Hypothek oder Grundschuld) eingetragen wird, ohne dass dieser Eintragung eine gültige Einigung zugrunde liegt, so kann ein Eigen-