

60. Inwieweit kann sich ein Hypothekengläubiger zur Entkräftung des grundbuchmäßigen Vorrangs einer der Hypothek vorgehenden Auflassungsvormerkung auf die schuldrechtlichen Abreden berufen, die der Bestellung der Hypothek zugrundelagen? Inwieweit kann dies ein späterer Hypothekengläubiger tun, der die Hypothek ohne Forderung erworben hat?

BGB. §§ 401, 879, 883.

III. Zivilsenat. Urf. v. 1. Dezember 1933 i. S. J. (Rf.) w. D.
(Bef.). III 129/33.

I. Landgericht Bremen.

II. Oberlandesgericht Hamburg.

Durch notariellen Vertrag vom 21. August 1925 kaufte die Ehefrau Th. in Bremen, vertreten durch ihren Ehemann Heinrich Th. als Generalbevollmächtigten, das Grundstück W. str. 54 in Hamburg von dem Eigentümer B. in Bremen; dabei übernahm sie die Hypotheken im Betrag von 18000 RM.; den Rest des Kaufpreises sollte sie anderweit begleichen. Der Verkäufer B. hatte das Grundstück im Frühjahr 1925 wiederum durch Heinrich Th. als Generalbevollmächtigten erworben und am 20. April 1925 aufgelassen erhalten. Am 24. August 1925 bewilligte Heinrich Th. namens des B. auf dem Grundstück eine Hypothek in Höhe von 18000 RM. für W. in Hamburg zu Protokoll eines Notars in Bremen. Die Herbeiführung der Eintragung der Hypothek überließ er dem Notar. Bevor der entsprechende Antrag des Notars bei dem Grundbuchamt in Hamburg einging, beantragte und bewilligte dort Th. persönlich namens des B. die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs seiner Frau aus dem Kauf vom 21. August 1925. Diese Bewilligung ging vor der für die Hypothek des W. beim Grundbuchamt Hamburg ein; daher wurde die Vormerkung früher, am 2. November 1925, die Hypothek für W. erst am 3. November 1925 eingetragen. Später

wurde ein Teilbetrag dieser Hypothek in Höhe von 14000 RM. zunächst durch Zahlung Eigentümergrundschuld des B., ging dann aber auf Grund seiner Bewilligung auf B. in Hamburg über.

Durch notariellen Vertrag vom 21. Februar 1928 verkaufte Frau Th. das Grundstück an den Kläger. In § 1 des Kaufvertrags ist berichtend gesagt, daß für Frau Th. am 2. November 1925 eine Vormerkung zur Sicherung ihres Anspruchs auf Auflassung eingetragen sei. Tags darauf, am 22. Februar, ließ B. das Grundstück der Frau Th. und diese es dem Kläger auf. In dem Kaufvertrag vom 21. Februar 1928 hat dieser nur die Belastungen übernommen, die vor der Eintragung der Vormerkung vom 2. November 1925 eingetragen waren. In der Folge betrieb B. auf Grund seiner Hypothek von 14000 RM. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks. Gestützt auf die Auflassungsvormerkung erhob der Kläger hiergegen Widerspruchsklage. In diesem bei dem Landgericht Hamburg anhängigen Rechtsstreit unterlag er in erster Instanz. Für ihn legte der verlagte Rechtsanwalt Berufung ein, versäumte aber, wie er einräumt, schuldhafterweise, dafür Sorge zu tragen, daß der Kläger die Prozeßgebühr für den Rechtszug der Berufung bezahlte. Das Oberlandesgericht Hamburg hat deshalb die Berufung als unzulässig verworfen. Deswegen sowie wegen unrichtiger Beratung bei der Eingehung des zugrundeliegenden Grundstückskaufs und bei Anstrengung des Rechtsstreits gegen B. fordert der Kläger mit der Klage vom Beklagten 6100 RM. als Teilbetrag seines Gesamtschadens von mindestens 23000 RM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht auf einen Eid des Beklagten erkannt, der sich auf den zweiten Klagegrund, die Beratung des Klägers durch den Beklagten, bezieht. Auf die Revision des Klägers ist das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

Gründe:

Die Revision bekämpft das Berufungsurteil nur insoweit, als der Berufungsrichter den ersten und hauptsächlichsten Klagegrund nicht hat durchgreifen lassen, das Versehen nämlich, das dem Beklagten als Anwalt des Klägers in dem Hamburger Vorprozeß bei der Einzahlung der Prozeßgebühr für die Berufungsinstanz unstreitig

untergelaufen ist. Zu diesem Klaggrund hängt die Entscheidung einzig davon ab, ob der Kläger mit der damaligen Berufung Erfolg gehabt haben würde. Darüber hat der jetzige Berufungsrichter nach eigener Sachprüfung und nach eigenem richterlichen Ermessen entschieden. Das ist nicht zu beanstanden (RÖZ. Bd. 91 S. 164, Bd. 117 S. 287 [293]; Urteil des erkennenden Senats vom 24. Oktober 1933 III 58/33, abgedr. DRZ. 1933 Nr. 728).

Das Schicksal jener Berufung hängt wieder davon ab, ob die Vormerkung, die für Frau Th. am 2. November 1925 zur Sicherung ihres Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück in das Grundbuch eingetragen worden ist, der am 3. November 1925 eingetragenen, früher dem W., später dem B. zustehenden Hypothek vorgeht. Nach dem Stande des Grundbuchs ist dies der Fall (§§ 879, 883 Abs. 2 BGB.). Zu dem gegenteiligen Ergebnis kommt der Berufungsrichter auch nur, indem er der Entscheidung schuldrechtliche Beziehungen zugrundelegt, die seiner Ansicht nach unter den Beteiligten bestanden haben. Von dieser Auffassung des Berufungsrichters aus kommt es nicht bloß darauf an, wie sich die Rechtsbeziehungen der Käuferin, Frau Th., zu dem ursprünglichen Hypothekengläubiger W. gestaltet haben, sondern auch darauf, ob dem Kläger die Rechtsstellung der Frau Th., und ob dem B. als späterem Hypothekengläubiger die Rechtsstellung des W. zustatten kommt.

Daß die sich aus der Auflassungsvormerkung ergebende Rechtsstellung der Frau Th. auf den Kläger übergegangen ist, nimmt der Berufungsrichter zu dessen Gunsten in rechtsirrtumsfreier Auslegung des Kaufvertrags vom 21. Februar 1928 — dessen § 1 ausdrücklich die bestehende Vormerkung erwähnt —, ferner im Einklang mit § 401 BGB. und der hierzu bestehenden Rechtslehre und Rechtsprechung an.

Unbedenklich ist die weitere Erwägung des Berufungsrichters: wenn auch die eingetragene Vormerkung dem Kläger zustatten komme, so könne er doch aus ihr keine besseren Rechte ableiten, als Frau Th. selbst zu tun vermöchte; die Vormerkung nehme insoweit an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892 BGB.) nicht teil. Ohne Rechtsverstoß und ohne Rüge der Revision nimmt der Berufungsrichter demzufolge an, daß sich der Kläger die Einwendungen entgegenhalten lassen müsse, die der Frau Th. entgegengestanden hätten.

Unzulänglich begründet ist dagegen die Annahme des Berufungsrichters, daß die etwaigen Einwendungen des W. gegen die Auflassungsvormerkung der Frau Th. auch dem B. zugute kämen.

Darin, daß der Ehemann Th. der bereits im Gang befindlichen Eintragung der Hypothek für W. mit dem Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung zu Gunsten seiner Ehefrau zuborkam, findet der Berufungsrichter ein vertragswidriges Verhalten des Ehemanns Th. und zugleich eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB., beides zum Nachteil des W. Dies einmal hingenommen (es wird davon noch zu sprechen sein), so leitet der Berufungsrichter seine Annahme, daß sich auf diesen Sachverhalt auch B. berufen könne, einzig daraus ab, daß dieser, wenn er auch nicht Rechtsnachfolger des W. in Bezug auf die Forderung geworden sei, doch denselben Rang erworben habe wie W. Der Berufungsrichter begründet mithin seine Annahme, daß dem B. schuldrechtliche Beziehungen des W. zustatten kämen, mit dinglichen Gesichtspunkten. Dies ist rechtswirrig. Nach den Feststellungen des Berufungsrichters war die Hypothek des W., die sich ursprünglich auf 18000 Goldmark belief und zur Befriedigung des W. wegen einer Darlehnsforderung gegen Z. bestimmt war, in Höhe ihrer ersten 14000 RM. (die bei W. verbliebenen weiteren 4000 RM. sind für den Rechtsstreit nicht von Belang) infolge Zahlung zunächst Eigentümergrundschuld des Z. geworden und alsdann von diesem an B. abgetreten und mit einer Darlehnsforderung des B. gegen Z. bekleidet worden. Danach hat B. in der Tat das nämliche dingliche (Grundpfand-) Recht an dem Grundstück erworben, das für W. begründet worden war. Aber dieses dingliche Recht hat B., wie bei dem Mangel gegenteiliger Feststellungen anzunehmen ist, in seinem damaligen dinglichen (grundbuchmäßigen) Rechtsbestand erworben. Nach diesem ging die Auflassungsvormerkung der Frau Th. der Hypothek vor; schuldrechtliche Beziehungen, kraft deren der Hypothekengläubiger unerachtet der Vormerkung den Rang vor dem Auflassungsanspruch hätte beanspruchen können, waren aus dem Grundbuch nicht zu ersehen. Die vom Berufungsrichter angenommene Identität des „Ranges“, richtiger des dinglichen Rechts selbst, genügte mithin nicht, um die Annahme zu rechtfertigen, daß sich B. die persönlichen Einwendungen zu eigen machen konnte, die etwa dem W. gegen den Auflassungsanspruch zustanden. Schon dies muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

Der Auffassung, daß sich W. auf die etwaigen persönlichen Einwendungen des B. berufen könne, stehen übrigens auch noch andere Bedenken entgegen. Nach der Annahme des Berufungsrichters hat der Ehemann Th. die ihm zur Last fallende Arglist unter Ausnützung seiner Doppelstellung als gleichzeitiger Bevollmächtigter seiner Ehefrau und des B. begangen. Darin, daß die Ausnützung einer derartigen Doppelstellung eine Arglist gegenüber dritten Vertragsgegnern bedeuten kann, ist dem Berufungsrichter nicht entgegenzutreten. Aber soweit hier eine Haftung des Machtgebers aus arglistigem Verhalten des Bevollmächtigten in Frage kam, traf die nämliche Haftung den B. Zudem hatte B. das Grundstück an die Ehefrau Th. verkauft; er stand ihr als Verkäufer und unmittelbarer Vertragsgegner gegenüber; B. konnte sich mithin nicht wohl auf eine Arglist des Ehemanns Th. bei Herbeiführung der Auflassungsvormerkung berufen, nachdem er als Verkäufer doch schuldrechtlich verpflichtet war, der Frau Th. das Grundstück ohne weitere als die damals bestehenden Belastungen zu Eigentum zu übertragen. Nun war die Hypothek des W. durch Zahlung zur Eigentümergrundschuld in der Hand des B. geworden. Vom Standpunkt des Berufungsrichters aus wäre also zunächst auch die persönliche Arglisteinrede des W. auf B. übergegangen. In dessen Person konnte diese Einrede aber, wie gezeigt, keinen Bestand haben; sie erlosch, weil B. nicht minder als die Ehefrau Th. für das arglistige Verhalten des Ehemanns Th. haftbar und weil B. selbst der Frau Th. dafür verantwortlich war, daß das Grundstück nicht neu belastet wurde. Nachdem aber die Einrede dergestalt erloschen war, konnte sie auch nicht auf W. übergehen, der das Grundpfandrecht, nunmehr mit einer ganz anderen Forderung bekleidet und dadurch wieder zur Hypothek geworden, von B. erwarb.

Mindestens mit den bis jetzt getroffenen Feststellungen ist nach alledem die Annahme des Berufungsrichters, W. hätte sich auf Grund des „Ranges“ seines dinglichen Rechts dem Kläger als Rechtsnachfolger der Frau Th. gegenüber auf die Arglist des Ehemanns Th. berufen können, unzulänglich begründet. Daß etwa bei der Begründung der Hypothek des W. selbst eine Arglist mituntergelaufen wäre, hat der Berufungsrichter nicht festgestellt, obgleich gelegentlich auch dies schon behauptet worden war. . . Diesen Punkt wird das Berufungsgericht bei der gebotenen anderweitigen Verhandlung auf-

zuklären haben. Solange sich derlei anderweitige tatsächliche Feststellungen nicht treffen lassen, wird davon auszugehen sein, daß sich die Rechtsstellung des Gläubigers B. einfach nach dem Stande des Grundbuchs bestimmt, das er ja hätte einsehen können.

Das angefochtene Urteil weist übrigens noch eine weitere Unzulänglichkeit auf, die gleichfalls zu einer Aufhebung führen müßte. Wie erwähnt, ist es die Meinung des Berufungsrichters, der Ehefrau Th. habe sich gegenüber B. eines arglistigen Verhaltens schuldig gemacht und Frau Th. habe das zu vertreten. Dazwischen enthält das angefochtene Urteil aber noch den Satz: würde Th., wie er selbst behauptete, mit der Auflassungsvormerkung nur den Zweck verfolgt haben, anderweitigen Verfügungen des B. über das Grundstück einen Kiegel vorzuschieben, so wäre die Hypothek des B. genehmigt. Danach hat der Berufungsrichter seine Entscheidung ersichtlich wahlweise begründet. Neben der Möglichkeit eines arglistigen Verhaltens des Th. rechnet er auch mit der Möglichkeit, dieser habe nicht den B. oder sonstige künftige Hypothekengläubiger benachteiligen, sondern nur anderweitigen Verfügungen des Verkäufers über das Grundstück begegnen wollen. Anscheinend erachtet der Berufungsrichter für diesen von ihm als möglich unterstellten Fall eine Arglist und Vertragswidrigkeit des Th. nicht für dargetan; jedenfalls ist für den gegenwärtigen Rechtszug zu Gunsten des Klägers von dieser nicht auszuschließenden Auslegung des Berufungsurteils auszugehen. Für diesen Fall gibt der Berufungsrichter nur den einzigen Entscheidungsgrund, daß die Hypothek dann „genehmigt“ wäre. Indessen ist nicht recht abzusehen, was er in diesem Zusammenhang unter dem ungenauen Ausdruck „Genehmigung“ verstanden wissen wollte. Die Hypothek des B. ist, soviel ersichtlich, im übrigen wirksam entstanden; sie bedurfte keinerlei Genehmigung von irgendwelcher Seite. Die Hypothek war nur gegenüber der vor ihr eingetragenen Auflassungsvormerkung insoweit unwirksam, als sie das durch die Vormerkung gesicherte Recht vereitelt oder beeinträchtigt haben würde (§ 883 Abs. 2 BGB.). Diese rechtliche Schranke mochte freilich den Wert der Hypothek schwer gefährden. Aber eine einfache „Genehmigung“ durch Frau Th. vermochte diese Gefährdung nicht aus der Welt zu schaffen. Gewiß brauchte Frau Th. von der Vorzugsstellung, die ihre Vormerkung ihr der Hypothek gegenüber gewährleistete, dem B. gegenüber keinen Gebrauch zu machen; sie konnte sich hierzu auch dem B.

verpflichten. Aber die hier vom Berufungsrichter unterstellte bloße Absicht der Frau Th. oder ihres Bevollmächtigten, von der Vormerkung dem W. gegenüber keinen Gebrauch zu machen, bewirkte für sie noch keinerlei Bindung; sie konnte, solange sie sich nicht nach außen gebunden hatte, ihre Absicht jederzeit wieder ändern. Außerdem wurde die etwaige Absicht der Frau Th. oder ihres Bevollmächtigten, soweit die Feststellungen des Berufungsrichters ersehen lassen, nicht einmal nach außen, dem W. gegenüber, auch nur kundgegeben; der Berufungsrichter spricht lediglich von einer „Absicht“, die der Ehemann Th. gehabt haben will. Um der einmal eingetragenen Auflassungsvormerkung ihre Kraft gegenüber der nacheingetragenen Hypothek zu nehmen, hätte es entweder einer grundbuchmäßigen Verlautbarung entsprechenden Inhalts oder mindestens einer bindenden schuldrechtlichen Abmachung zwischen Frau Th. und W. bedurft. Derartige hat der Berufungsrichter nicht festgestellt. Seine Folgerung, die Hypothek sei genehmigt worden, ist nicht schlüssig und daher nicht ausreichend, die Entscheidung zu diesem Punkt zu tragen. Für den vom Berufungsrichter als möglich unterstellten Fall, daß der Ehemann Th. ohne Schädigungsabsicht gegenüber W. gehandelt habe, gebricht es mithin an einer stichhaltigen Begründung. Auch dieser Umstand müßte zu der Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

Aber auch soweit der Berufungsrichter endlich eine wirkliche Arglist des Ehemanns Th. annimmt, beruhen seine Ausführungen auf einer nicht erschöpfenden Würdigung des Sachverhalts. Nicht ohne Grund rügt die Revision, der Berufungsrichter habe nicht ausreichend auseinandergehalten, inwieweit Th. als Bevollmächtigter seiner Ehefrau und inwieweit er namens des B. gehandelt habe. Darüber hinaus ist daran zu erinnern, was schon oben ausgeführt wurde: B. war als Verkäufer des Grundstücks der Frau Th. als Käuferin gegenüber gehalten, dem Grundstück keine neuen Lasten aufzulegen. Handelte B. dem entgegen, so lag auf seiner Seite eine Vertragswidrigkeit vor. Zum Zweck ihrer Sicherung gegen solche vertragswidrige Belastungen konnte Frau Th. unter Vorlegung der Kaufvertragsurkunde jederzeit auf dem rechtmäßigen Wege eines Antrags auf einstweilige Verfügung die Eintragung einer Auflassungsvormerkung erreichen, selbst ohne eine Gefährdung ihres Anspruchs glaubhaft machen zu müssen (§ 885 Abs. 1

BBB.). Das hat der Berufungsrichter, soviel ersichtlich, nirgends berüchtigt, obschon diese Erwägungen geeignet waren, ihn zur Vorsicht bei der Annahme arglistigen Verhaltens des Ehemanns Th. zu Gunsten seiner Ehefrau zu mahnen. Er hat auch nach der Richtung keine Feststellungen getroffen, zu welchem Zweck die Hypothek des W. aufgenommen und zu wessen Gunsten der Gegenwert dieser Hypothek verwendet worden ist. Wäre das Geld des W. der Frau Th. zugute gekommen, z. B. zur Begleichung der Anzahlung des Kaufpreises gegenüber dem Verkäufer B. verwendet worden, dann allerdings ließe sich die Meinung vertreten, daß Frau Th. der Geltendmachung der Hypothek des W. trotz ihrer Auflassungsvormerkung nicht entgegengetreten dürfte. Gerade über diesen entscheidenden Punkt läßt es das angefochtene Urteil aber an jeder Prüfung und Feststellung fehlen.