

63. 1. Muß der Notar, der die Abtretung einer Briefhypothek beurkundet, für die Rechtswirksamkeit dieser Abtretung sorgen?

2. Muß der Notar in solchem Fall insbesondere die Personengleichheit des die Abtretung Erklärenden mit dem im Hypothekenbrief genannten Gläubiger gleichen Namens prüfen?

3. Wird bei der Briefhypothek der Schuldner befreit, wenn er gutgläubig an den als Hypothekengläubiger Eingetragenen zahlt, der jedoch in Wirklichkeit nicht mehr Gläubiger ist, weil er die Hypothek in schriftlicher, nicht beglaubigter Form unter Übergabe des Hypothekenbriefes abgetreten hat?

BGB. §§ 407, 839, 893, 1154, 1156.

III. Zivilsenat. Ur. v. 6. März 1936 i. S. B. & Co. (Kl.) w. N. (Bekl.). III 178/35.

I. Landgericht Wuppertal.

II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Im Sommer 1930 wollte der Fuhrunternehmer Karl P. in B. der Klägerin für einen ihm eingeräumten Kredit Sicherheit leisten durch Abtretung einer Briefhypothek, die im Jahr 1904 im Grundbuch von B. in Höhe von 30000 M. eingetragen worden war und damals — nach teilweiser Abtretung sowie teilweiser Rückzahlung und Aufwertung des Restes — noch in Höhe von 1500 G.M. bestand. Im Grundbuch wie auf dem Brief war als Gläubiger der Fuhrunternehmer Karl P. in B. genannt. Das war der Vater des ein-

gangs genannten Karl P. Er war 1922 gestorben, nachdem er schon Jahre vorher aus B. verzogen war, und war von seiner Witwe Elise P. allein beerbt worden. Der Sohn Karl P. hatte das Geschäft seines Vaters nach dessen Wegzug aus B. weitergeführt und nach dem Tod des Vaters von seiner Mutter überlassen bekommen. Er erschien am 11. Juli 1930 vor dem verklagten Notar in B., überreichte ihm den Brief, erklärte ihm seine Absicht, die Hypothek an die Klägerin zur Sicherheit abzutreten, und bat um die Herstellung einer entsprechenden Urkunde. Der Beklagte, der den Erschienenen seit Jahren persönlich kannte, aber nicht wußte, daß auch sein Vater denselben Vornamen geführt hatte und ebenfalls Fuhrunternehmer in B. gewesen war, glaubte, den eingetragenen Hypothekengläubiger vor sich zu haben. Er beurkundete deshalb die Erklärung des Karl P., daß dieser zur Sicherheit für alle Forderungen und Ansprüche, die der Firma B. & Co., der jetzigen Klägerin, gegen ihn aus der zwischen ihnen bestehenden Geschäftsverbindung bereits zuständen und in der Folge noch erwachsen würden, die zu seinen Gunsten im Grundbuch von B. eingetragene Aufwertungsforderung von 1500 G.M. mit der dafür bestellten Hypothek an die genannte Firma abtrete und daß er die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch bewillige. Der Beklagte händigte den ihm von Karl P. übergebenen Hypothekenbrief gemäß der ihm von diesem erteilten Weisung an die Klägerin aus. Einen Antrag auf Eintragung der Abtretung in das Grundbuch hat weder sie noch Karl P. gestellt. Die Eintragung ist unterblieben.

Karl P. geriet demnächst in Vermögensverfall; die Klägerin erwirkte gegen ihn am 4. August 1932 einen Vollstreckungstitel über 977,55 RM., konnte aber keine Zahlung darauf erlangen. Sie behauptet, sie habe aus der Abtretung vom 11. Juli 1930, da sie nicht von dem richtigen Gläubiger erklärt worden sei, keinerlei Rechte aus der Hypothek erworben. Auch deren nachträgliche Verschaffung sei nicht möglich, denn die Schuldnerin habe die Hypothek inzwischen an die Witwe P. zurückgezahlt. Der Schaden, der ihr durch den Ausfall der geplanten Sicherung entstanden sei, betrage an Kapital, Zinsen und Kosten insgesamt 1042,45 RM. Sie fordert diesen Betrag auf Grund des § 839 BGB. vom Beklagten, dem sie vorwirft, schuldhaft übersehen zu haben, daß der am 11. Juli 1930 vor ihm erschienene Karl P. mit dem eingetragenen Hypothekengläubiger nicht personengleich war.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Gründe:

Die Klägerin findet darin, daß der Beklagte den Karl B. (Sohn) als den Hypothekengläubiger angesehen und behandelt hat, die schuldhafte Verletzung einer Amtspflicht, die dem Beklagten ihr gegenüber obgelegen habe und die dahin gegangen sei, zu prüfen, ob der vor ihm erschienene Karl B. über die Hypothek zu verfügen befugt sei. Sie meint, schon der Inhalt des dem Beklagten vorgelegten Hypothekenbriefs hätte Anlaß zu Zweifeln nach dieser Richtung und demgemäß zu einer Befragung des Erschienenen gegeben, und begründet das wie folgt:

Der unter dem 1. Oktober 1904 ausgestellte Brief lautete ursprünglich auf 30000 M. Er trug oben am Kopf den am 9. November 1911 ausgestellten Vermerk des Amtsgerichts: „Noch gültig auf 8000 M. als Brief 1b“. Dieser Vermerk fand seine Erklärung in einem im Brief selbst enthaltenen Zusatz vom 9. November 1911:

Von der vorstehend verbrieften Hypothek ist ein Betrag von 22000 M. mit dem Vorrang vor dem Überrest... abgetreten dem Fuhrunternehmer Karl B. junior in B. Dies ist heute unter Bildung eines Teilbriefs (Nr. 1a) im Grundbuch vermerkt.

Die Klägerin meint, schon die nach der Gestaltung des Hypothekenbriefs gebotene Feststellung, über welchen Betrag die Hypothek damals noch bestanden habe, würde den Beklagten auf diesen Briefzusatz geführt haben, aus dem er ohne weiteres ersehen hätte, daß es zwei Fuhrunternehmer namens Karl B. in B. gegeben habe. Diese Erkenntnis hätte dem Beklagten zur Pflicht gemacht, zu fragen, welcher von den beiden Karl B. der vor ihm Erschienene sei. Dieser habe damals keine Veranlassung gehabt, dem Beklagten nicht die Wahrheit zu sagen, so daß der Sachverhalt sofort aufgeklärt und der Schaden der Klägerin vermieden worden wäre. Der Beklagte hätte aber auch aus dem dem Hypothekenbrief angehefteten Vertrag vom 28. September 1904 über das der Hypothekenbestellung zugrunde liegende Geschäft seinen Irrtum erkennen können und müssen. Nach diesem Vertrag setzte sich der Hypothekenbetrag von 30000 M. zusammen aus einem Darlehen von 22000 M. und einer Grundstücks-

kaufgeldforderung von 8000 M., und zwar bezog sich letztere auf ein Grundstück, das als „gütergemeinschaftliches Eigentum des Komparenten Herrn B. und seiner Ehefrau Elisabeth geborenen S.“ bezeichnet war. Der am 11. Juli 1930 vor dem Beklagten erschienene Karl B. war 1882 geboren. Die Klägerin meint, beim aufmerksamen Durchlesen des Vertrags hätte dem Beklagten auffallen müssen, daß Karl B. schon im Jahre 1904, also schon mit 22 Jahren, in einer gütergemeinschaftlichen Ehe gelebt haben sollte; das habe für jeden mit rheinischen Verhältnissen Vertrauten auf eine vor dem 1. Januar 1900 liegende Eheschließung hingedeutet, so daß Karl B. schon mit 18 Jahren hätte verheiratet gewesen sein müssen.

Noch ein dritter Umstand hätte den Beklagten stutzig machen und ihm zur Aufklärung des Sachverhalts Anlaß geben müssen. Gelegentlich der Beurkundung der Abtretung vom 11. Juli 1930 erhielt er von Karl B. den Auftrag, die inzwischen eingetretene gesetzliche Aufwertung im Grundbuch und auf dem Brief vermerken zu lassen. Er reichte den Brief mit entsprechendem Antrag beim Grundbuchamt ein und erhielt ihn mit folgendem Vermerk zurück:

Von vorverbriefteter Hypothek ist ein Teilbetrag von 6000 M. für die Gläubigerin mit dem Rang vor dem Restbetrag aufgewertet gemäß dem Aufwertungsgesetz auf 1500 Goldmark . . .

Dem Beklagten hätte auffallen müssen, meint die Klägerin, daß hier von einer „Gläubigerin“ die Rede gewesen sei, während nach dem damaligen Inhalt des Briefs und dem an das Grundbuchamt gestellten Antrag nur ein Aufwertungsvermerk zu Gunsten „des Gläubigers“ hätte erwartet werden können. Ehe er den Brief mit der Ausfertigung der Abtretungserklärung vom 11. Juli 1930 auftragsgemäß an die Klägerin weitergegeben habe, hätte er diese Unstimmigkeit aufklären müssen, wobei sich sein Irrtum herausgestellt haben würde.

Das Oberlandesgericht hat sich die Verteidigung des Beklagten zu eigen gemacht und ausgeführt: Wenn der Beklagte beurkundet habe, daß „Karl B., Fuhrunternehmer in B.“ vor ihm erschienen sei und die dann folgende Erklärung abgegeben habe, so sei diese Beurkundung durchaus richtig gewesen. Denn damals habe es nur einen einzigen Fuhrunternehmer dieses Namens in B. gegeben, und dieser habe auch tatsächlich die beurkundete Abtretung erklärt. Seine Erklärung, er sei Gläubiger der Hypothek, sei allerdings sachlich

unwahr gewesen, aber an ihrer Richtigkeit zu zweifeln, habe für den Beklagten kein Anlaß vorgelegen, und ohne besonderen Auftrag sei er nicht verpflichtet gewesen, die Berechtigung des Erschienenen zur Verfügung über die Hypothek, deren Brief er in der Hand gehabt habe, zu prüfen. Dem Bedürfnis des Verkehrs nach Zuverlässigkeit notariischer Urkunden sei genügt, wenn die darin beurkundeten Erklärungen tatsächlich so wie beurkundet abgegeben und an sich rechtlich unbedenklich seien, namentlich nicht etwa gegen die guten Sitten oder andere gesetzliche Bestimmungen verstießen. Ob die beurkundete Erklärung inhaltlich wahr sei, könne regelmäßig vom Vertragsgegner des Erklärenden richtiger beurteilt werden als vom Notar. Im besonderen habe der Abtretungsempfänger einer Hypothekensforderung bequeme Mittel an der Hand, um sich gegen Irrtümer oder Betrugshandlungen wie hier zu sichern, nämlich die Anzeige an den Hypothekenschuldner und den Antrag auf Eintragung der Abtretung im Grundbuch. Wolle man den Notar für allgemein verpflichtet halten, die Verfügungsberechtigung des eine Hypothek Abtretenden zu prüfen, so müsse man von ihm jedesmal z. B. auch ein Zurückgreifen auf das Grundgeschäft verlangen, weil, wie der vorliegende Fall zeige, der Besitz des Briefes und die Namensgleichheit mit dem im Brief bezeichneten Gläubiger noch keine sichere Gewähr für die Verfügungsbefugnis gebe. Zur Abtretung einer Hypothek genüge an sich neben der Übergabe des Briefes die Erteilung einer privatschriftlichen Abtretungserklärung. Einfache Beglaubigung der letzteren reiche aus, um den Schutz des § 1155 B.G.B. zu erreichen, und zu einer öffentlichen Beurkundung habe im vorliegenden Fall eigentlich keine Veranlassung vorgelegen. Hätte der Beklagte sich aber auf Beglaubigung der Unterschrift des Karl P. beschränkt, so hätte er keine Pflicht, unter Umständen nicht einmal das Recht gehabt, die durch die Unterschrift gedeckte Erklärung nachzuprüfen. Schon deshalb habe er auch bei der von ihm vorgenommenen Beurkundung davon absehen können, der tatsächlichen Richtigkeit der vor ihm abgegebenen Erklärung zu mißtrauen und den Hypothekensbrief daraufhin durchzusehen, ob sich daraus etwa Anhaltspunkte gegen dessen Richtigkeit ergäben. Die Teilabtretung aus 1911 habe zudem leicht übersehen werden können. Der Vermerk des Grundbuchamts vom 29. Juli 1930, daß die Aufwertung für „die Gläubigerin“ eingetragen worden sei, sei nicht auffällig gewesen;

denn mit „der Gläubigerin“ habe das Grundbuchamt die Klägerin als nunmehrige Hypothekengläubigerin gemeint, nicht die Witwe B., von deren Gläubigerschaft das Grundbuchamt nichts habe wissen können.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Grund als rechtsirrtümlich beanstandet. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, ob Karl B. in betrügerischer Absicht dem Beklagten verschwiegen hat, daß er nicht der eingetragene Hypothekengläubiger war, oder ob er in dem guten Glauben gehandelt hat, auf dem von ihm beschrittenen Weg der Klägerin die ihr versprochene Sicherheit zu verschaffen. Darauf kommt es in diesem Zusammenhang auch nicht an. Denn in beiden Fällen war der Beklagte kraft seines Amtes verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die von ihm beurkundete Abtretung rechtswirksam war. Diese Amtspflicht oblag ihm gegenüber jedem, der sich im Verkehr auf die Wirksamkeit der Urkunde zu verlassen berechtigt war, insbesondere also gegenüber der Klägerin. Die Erklärung, daß eine Hypothek abgetreten werde, kann den Übergang der Hypothek regelmäßig nur dann bewirken, wenn sie von dem bisherigen Gläubiger abgegeben wird, und der Notar muß deshalb auch prüfen, ob der, dessen Abtretungserklärung er beurkundet, wirklich zur Verfügung über die Hypothek berechtigt ist. Er braucht zwar ohne besonderen Anlaß keine umfassenden Ermittlungen darüber anzustellen, aber jedenfalls muß er den ihm vorgelegten Hypothekenbrief unter diesem Gesichtspunkt sorgfältig prüfen. Er darf sich, wenn der Brief außer dem ursprünglichen Eintragungsvermerk noch weitere Vermerke enthält, nicht damit begnügen, den Vermerk über die ursprüngliche Eintragung einzusehen; denn er muß damit rechnen, daß später eine Änderung in der Person des Gläubigers vermerkt ist. Er muß deshalb den Brief seinem gesamten Inhalt nach prüfend durchforschen. Im vorliegenden Fall zeigte der Brief eine ganze Reihe späterer Vermerke. Hätte der Beklagte sie pflichtgemäß durchgesehen, so wäre er notwendig auf den an dritter Stelle stehenden Vermerk vom 9. November 1911 gestoßen: „Von der vorstehend verbrieften Hypothek ist ein Betrag von 22000 M. . . abgetreten dem Fuhrunternehmer Karl B. junior in B. Dies ist heute unter Bildung eines Teilbriefs (Nr. 1a) im Grundbuch vermerkt“. Dann aber ergab sich für ihn mit Notwendigkeit die Frage, welcher von den beiden Fuhrunternehmern Karl B. in B. der vor ihm Erschienene sei. Die Pflicht

zur vollständigen Durchsicht des Hypothekenbriefs erwuchs dem Beklagten im vorliegenden Fall aber auch noch deshalb, weil der Brief ursprünglich auf 30000 M. lautete und eine Aufwertungshypothek von 1500 M. an die Klägerin abgetreten werden sollte. Der Beklagte mußte prüfen, ob die Hypothek tatsächlich jetzt in Höhe von 1500 M. bestand. Auch bei dieser Prüfung hätte er auf den erwähnten Abtretungsvermerk vom 9. November 1911 stoßen müssen.

Da für die Revision unterstellt werden muß, daß der Beklagte auf seine nunmehr gebotene Frage von Karl P. die richtige Antwort erhalten hätte, er sei Karl P. junior und der als Gläubiger der Festhypothek Eingetragene sei sein verstorbener Vater, muß auch weiter davon ausgegangen werden, daß unter Zuziehung der Witwe P. als der nunmehrigen Gläubigerin die Abtretung der Hypothek an die Klägerin einwandfrei zustande gekommen wäre, oder aber, daß die Klägerin den Kredit, der durch die Hypothekenabtretung gesichert werden sollte, nicht gegeben oder zurückgezogen hätte.

Wenn die Klägerin dem Beklagten auch noch den weiteren Vorwurf macht, er habe den dem Hypothekenbrief angehefteten Vertrag vom 28. September 1904 nicht durchgelesen und deshalb die sich hieraus ergebenden Zweifel über die Gläubigerschaft des Karl P. nicht bemerkt, so überspannt sie damit allerdings die Sorgfaltspflicht des Notars. Die Einzelheiten des Kaufvertrags konnten im Hinblick auf den am Eingang des Briefs ersichtlichen Inhalt der Grundbucheintragung für die beabsichtigte Hypothekenabtretung nicht von Belang sein. Auch würde man es dem Beklagten nicht zum Verschulden anrechnen können, wenn ihm bei Durchlesen des Vertrags entgangen wäre, daß der vor ihm Erschienene — vorausgesetzt, daß er dessen genaues Lebensalter überhaupt gekannt hätte — schon mit 18 Jahren hätte verheiratet gewesen sein müssen.

Die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Amtspflichtverletzung des Beklagten verneint, ist also rechtlich nicht haltbar. Deshalb muß das angefochtene Urteil, das allein auf dieser Verneinung eines Amtsverschuldens beruht, aufgehoben werden. Der Rechtsstreit ist aber noch nicht zu Gunsten der Klägerin ipso iure entschieden.

Beide Parteien sind bisher übereinstimmend davon ausgegangen, daß die Klägerin niemals Gläubigerin der Hypothek geworden sei, daß jedenfalls aber durch die Rückzahlung der Hypothek an die Witwe P. — oder ihren von ihr zum Empfang ermächtigten Sohn — nach §§ 891, 892 BGB. ihr Recht erloschen sei. Dieses hat der Beklagte in einem Schriftsatz ausdrücklich eingeräumt. Darin liegt aber nicht ein das Gericht bindendes tatsächliches Zugeständnis, sondern nur die Äußerung einer Rechtsansicht, die vom Gericht nachzuprüfen ist. Nach den bisherigen Feststellungen ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin aus der Hypothek noch in das belastete Grundstück vollstrecken kann. Dann aber wäre ihr durch das Versehen des Beklagten kein oder doch nicht der jetzt geltend gemachte Schaden entstanden.

Der Beklagte hat behauptet, und das Berufungsgericht hat diese Behauptung nicht für unrichtig erklärt, daß die Hypothekenabtretung vom 11. Juli 1930 mit Wissen und Willen der wahren Gläubigerin, der Witwe P., erklärt worden sei, ja daß diese gerade zu diesem Zweck den Hypothekenbrief ihrem Sohn Karl P. ausgehändigt habe. Ist das richtig, so ist die Klägerin durch Übergabe des Briefs und Erteilung der Abtretungserklärung Gläubigerin der Hypothek geworden. Die Abtretungserklärung des Karl P. und die von ihm veranlaßte Übergabe des Briefs an die Klägerin stellen zwar an sich die Verfügung eines Nichtberechtigten dar. Diese Verfügung wäre aber infolge der — auch formlos möglichen — Zustimmung der Berechtigten wirksam geworden (§§ 185, 182 Abs. 2 BGB.). Es wäre auch bedeutungslos gewesen, daß Karl P. die Abtretungserklärung vom 11. Juli 1930 im eigenen Namen abgegeben hat. Es würde sich dann nur noch fragen, welche Bedeutung die Rückzahlung der Hypothek an die Witwe P. — oder etwa mit deren Einwilligung an ihren Sohn Karl P. — für das Recht der Klägerin gehabt hätte, wobei davon auszugehen wäre, daß die Schuldnerin den Übergang der Hypothek auf die Klägerin weder kannte noch kennen mußte.

Nach § 407 Abs. 1 BGB. würde die Klägerin zwar gegenüber der auf sie übergegangenen persönlichen Forderung den Einwand der Zahlung gelten lassen müssen, nicht aber auch gegenüber ihrem dinglichen Hypothekenrecht. Denn nach § 1156 Satz 1 BGB. findet § 407 auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem



neuen Gläubiger keine Anwendung. Sollte die Rückzahlung an Karl P. erfolgt sein, ohne daß seine Mutter dieser Zahlung zugestimmt oder sie nachträglich genehmigt hätte, so könnte, wie nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, die Schuldnerin daraus keinen Zahlungseinwand gegenüber dem dinglichen Recht der Klägerin herleiten. Sie könnte sich aber auch nicht darauf berufen, daß Karl P., wie er als Zeuge bekundet hat, einen Teil des auf die Hypothek erhaltenen Geldes an die Klägerin abgeführt hätte. Denn Karl P. hätte damit immer nur eigene Schulden an die Klägerin bezahlt, nicht aber eine Leistung der Hypothekenschuldnerin erbracht. Daß er sich die Mittel dazu aus der vermeintlich auf die Hypothek geleisteten Zahlung der Grundstücksbesitzerin beschafft hatte, ist ohne Bedeutung und gewährt dieser namentlich auch nicht etwa einen Anspruch auf Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung, mit dem sie gegen die Hypothekensklage aufrechnen könnte, da die Klägerin die Leistung des Karl P. nicht ohne rechtlichen Grund empfangen hat.

Über auch dann, wenn die Zahlung an die Witwe P. selbst — oder mit ihrer Einwilligung an ihren Sohn — geleistet worden ist, braucht die Klägerin die Zahlung gegenüber ihrem dinglichen Recht nicht gelten zu lassen. § 893 BGB. schützt zwar den guten Glauben dessen, der an den im Grundbuch als berechtigt Eingetragenen auf Grund dieses Rechts eine Leistung bewirkt. Die Vorschrift findet aber auf Zahlungen — wenigstens auf Kapitalzahlungen —, die auf eine Briefhypothek (oder Briefgrundschuld) geleistet werden, dann keine Anwendung, wenn sich der Eingetragene nicht im Besitz des Hypothekenbriefes befindet. Denn einerseits bietet das Grundbuch — da Briefhypotheken (und Briefgrundschulden) durch Abtretung nach § 1154 BGB. außerhalb des Grundbuchs ihren Inhaber wechseln können — keinerlei Gewähr dafür, daß der im Grundbuch Eingetragene noch der Berechtigte ist. Andererseits bedarf der Schuldner einer Briefhypothek (oder Briefgrundschuld) des Schutzes des § 893 BGB. nicht, da er nach § 1160 das. der Geltendmachung der Hypothek widersprechen kann, wenn ihm nicht der Brief und gegebenenfalls die in § 1155 bezeichneten Urkunden vorgelegt werden. Nur dann, wenn etwa zur Zeit der Rückzahlung der Hypothek die Witwe P. zufällig im Besitz des Hypothekenbriefes gewesen sein sollte — wofür aber die Sachlage keinerlei

Anhalt bietet — könnte die zahlende Grundstückseigentümerin den Schutz ihres guten Glaubens an das fortbestehende Gläubigerrecht der Witwe B. für sich in Anspruch nehmen; andernfalls hätte ihr dieser Schutz gefehlt, und sie könnte sich gegenüber dem dinglichen Hypothekenanspruch der Klägerin nicht auf ihre Zahlung berufen.

Nach alledem war die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht geboten zur Aufklärung, ob nicht die Klägerin trotz des dem Beklagten untergelaufenen Verfehens durch die Abtretung Gläubigerin der Hypothek geworden ist. Die Beweislast dafür, daß das nicht geschehen ist, trifft die Klägerin, denn zur Begründung ihres Schadensersatzanspruchs gehört der Nachweis, daß ihr durch das Verfehen des Beklagten die mit der Abtretung bezweckte Sicherstellung entgangen ist.