

54. 1. Kann eine wegen fehlender Hauptschuld ungültige Hypothek dadurch konvalleszieren, daß der Käufer des Grundstückes sie in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt?
2. Tritt die Beschränkung der Einreden gegen die Hypothekenklage nach § 38 Abs. 2 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 auch ein

zu Gunsten dessen, der die Hypothek in Kenntnis der Einreden von einem gutgläubigen Zwischenbesitzer erworben hat?

V. Civilsenat. Urtr. v. 8. November 1893 i. S. v. B. (Kl. u. Widerbefl.) w. Frau Sch. (Befl. u. Widerkl.) Rep. V. 181/93.

1. Landgericht Görlitz.

II. Oberlandesgericht Breslau.

Der Kläger hat sich an dem Rittergut B. und der Kohlenabbaugerechtigkeit Nr. 145 B. am 21. März 1888 von dem damaligen Eigentümer L. eine Darlehnshypothek von 60 000 *M* bestellen lassen. Unstreitig hat er dem L. nur ein Darlehn von 43 000 *M* gegeben. Deshalb hat die Beklagte beantragt: die gegen sie als jetzige Eigentümerin der verpfändeten Immobilien gerichtete dingliche Klage auf Rückzahlung der 60 000 *M* nebst Zinsen zum Betrage von 17 000 *M* abzuweisen, und widerklagend: den Beklagten zu verurteilen, über diesen Betrag nebst Zinsen löschungsfähige Quittung zu erteilen und den Hypothekenbrief zu den Grundakten einzureichen. Mit diesen Anträgen ist sie in beiden Instanzen durchgedrungen. Das Sachverhältnis ist im einzelnen folgendes:

L. verkaufte die verpfändeten Immobilien am 29. Dezember 1888 an P. und Otto S.; von diesen kaufte sie die Beklagte am 1. Juli 1889. Kläger behauptet, bei beiden Käufen sei die streitige Hypothek der 60 000 *M* in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen worden, und zwar, nachdem L. sich seinen Käufern gegenüber verpflichtet habe, diese Hypothek zurückzuerwerben; die Beklagte bestreitet das. Der Kläger hat in der That die Hypothek, freilich erst am 7. Juli 1890, an den L. cediert, sie aber von diesem schon am folgenden Tage zum Betrage von 43 000 *M* zurückcediert erhalten und sich am 14. Juli auch den Restbetrag von 17 000 *M*, den L. am 8. Juli an R. cediert hatte, von diesem zurückcedieren lassen. Der Kläger behauptet, daß er an R. sofort nach der Cession die Valuta mit 17 000 *M* habe auszahlen lassen, was gleichfalls von der Beklagten bestritten wird. Der Kläger folgert aus diesem Gergange, daß die Hypothek zum Betrage von 17 000 *M* mindestens vom 7. Juli 1890 an (dem Tage der Cession an L.) den Charakter einer Kaufgeldhypothek gewonnen habe und damit kontabesciert sei, sodaß er durch die Cession von

R. eine gültige Hypothek erworben habe, da R. nicht etwa nur eingeschoben worden sei, um ihm den Anschein eines redlichen dritten Erwerbers zu sichern. Die Beklagte hat dem widersprochen. Auf Frage des Gerichtes hat Kläger angegeben, daß der Kaufvertrag vom 29. Dezember 1888 zwischen L. und P. und Otto S. außer der Übernahme der Hypothek durch die Käufer und dem Versprechen des L., die Hypothek zurückzuerwerben, keine weitere Abmachung über die Hypothek enthalten habe; auch hat Kläger eine sonstige Vereinbarung über die Hypothek nicht behaupten können.

Es ist noch zu erwähnen, daß L. den Anspruch an den Kläger auf Nachzahlung der 17 000 M Darlehnsvaluta am 3. Juli 1888 an den Bankier U., und daß U. denselben Anspruch am 24. Juni 1889 an die Beklagte abgetreten hat, sowie daß dem Kläger von beiden Cessionen Nachricht gegeben worden ist.

Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

„Die Gründe, aus denen der Berufungsrichter den Anspruch des Klägers auf Zahlung der 17 000 M für unbegründet, dagegen das Verlangen der Beklagten, daß diese 17 000 M im Grundbuche gelöscht würden, für begründet erachtet hat, gehen dahin: Diefem Teile der Eintragung fehle die notwendige Voraussetzung für die Gültigkeit einer Hypothek als eines bloß accessorischen Rechtsgeschäftes, daß ihr eine Hauptschuld zu Grunde liegen müsse; denn hier sei mangels Zahlung der Darlehnsvaluta keine Hauptschuld vorhanden. Es sei auch nicht etwa an Stelle der nicht zustande gekommenen Darlehnschuld eine andere gültige Schuld nachträglich eingeschoben worden, namentlich nicht eine Kaufgelderschuld, denn dazu würde es einer Vereinbarung zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Hypothekenschuldner bedürft haben; hier sei aber bloß eine Vereinbarung zwischen L. als Verkäufer und P. und Otto S. als Käufern der belasteten Grundstücke, also zwischen dem bisherigen und den künftigen Hypothekenschuldnern, darüber behauptet, daß die eingetragene Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen werden sollte, ohne daß der Hypothekengläubiger, der jetzige Kläger, dabei mitgewirkt hätte, übrigens auch ohne daß ein förmliches Abkommen dahin: daß an Stelle des ungültigen Teiles der Hypothek die Kaufgeldforderung treten solle, getroffen worden wäre. Die Einrede, daß eine Hypothek

in diesem Teile gar nicht zu stande gekommen sei, stehe auch den Nachfolgern im Besitze des belasteten Grundstückes, mithin auch der Beklagten zu, zumal da die Beklagte durch Cession selbst die Forderung auf Nachzahlung der Darlehnsvaluta der 17 000 *M* gegen den Kläger besitze. Der Kläger könne sich auch nicht unter dem Schutze des § 38 Abs. 2 Eig.-Erw.-Ges. darauf berufen, daß er die Hypothek von einem Zwischenbesitzer, dem R., erworben habe; denn trotzdem sei er der erste Hypothekengläubiger geblieben, er habe auch die Ungültigkeit der Hypothek gekannt und den ZwischenceSSIONAR bloß eingeschoben, um sich den Anschein eines dritten redlichen Erwerbers zu verschaffen.

Diese Entscheidung wird von der Revision vergebens angegriffen.

1. Es ist dem Berufungsrichter zunächst darin beizustimmen, daß der ungültige Teil der Hypothek nicht nachträglich dadurch gültig geworden sei, daß, wie Kläger behauptet, bei dem Verkaufe der belasteten Grundstücke die ganze Hypothek von 60 000 *M* zunächst von P. und Otto S., und dann beim Weiterverkauf von der Beklagten in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen worden ist. Es kann zwar, wie auch der Berufungsrichter annimmt, die in dem Mangel einer Hauptschuld beruhende anfängliche Ungültigkeit einer Hypothek durch nachträgliche Einschlebung eines gültigen Hauptschuldverhältnisses gehoben werden;

vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 29 S. 962 und Bd. 32 S. 693;

Turnau, Grundbuchordnung 5. Aufl. Bd. 1 S. 760;

aber dazu bedarf es selbstverständlich der Mitwirkung desjenigen, der dadurch Rechte gewinnen soll, d. i. des Gläubigers. Ebendeshalb genügt dazu noch nicht die bloße Übernahme einer ungültigen Hypothek durch den Käufer des belasteten Grundstückes; denn durch diese bloß zwischen dem bisherigen und dem künftigen Schuldner abgeschlossene Vereinbarung gewinnt der Gläubiger nicht mehr Rechte, als er bis dahin hatte. In das alte Schuldverhältnis tritt lediglich ein neuer Schuldner ein, und diesem stehen dieselben Einreden zur Seite wie dem früheren Schuldner.

Vgl. Turnau, a. a. O. S. 761. 762. 792; Striethorst, Archiv Bd. 80 S. 189; Rehbein, Entsch. des Ob.-Trib.'s Bd. 3 S. 610.

Nun wird freilich von der Revision geltend gemacht, daß hier mehr vorliege als eine bloße Übereinkunft zwischen dem bisherigen

und dem nachfolgenden Schuldner der Hypothek, daß vielmehr in der That auch der Hypothengläubiger mitgewirkt habe, nämlich der künftige Hypothekengläubiger, indem zwischen L. als Verkäufer und B. und Otto S. als Käufern abgemacht worden sei, daß L. die übernommene Hypothek von 60 000 *M* seinerseits von dem Kläger erwerben solle (um sie dann den Käufern für zwei Jahre unkündbar zu machen). Dadurch sei, so folgert der Revisionskläger, der Hypothek für den Fall, daß L. sie erwerbe, eine neue Hauptschuld, nämlich ein entsprechender Teil der Kaufgelberschuld, untergelegt worden; dies sei eine Vereinbarung mit dem Verkäufer als Gläubiger der Kaufgelder und zugleich in Aussicht genommenem Hypothekengläubiger, und dadurch sei die Hypothek zu dem bisher ungültigen Teile mit Eintritt des als Bedingung gestellten Erwerbes der Hypothek durch L. konvalesziert. Allein diese Ausführung nützt dem Kläger nichts, wenn auch zugegeben werden mag, daß unter Umständen wohl eine wegen fehlender Hauptschuld ungültige Hypothek dadurch Bestand gewinnen kann, daß der Käufer des verpfändeten Grundstückes sie für den Fall, daß der Verkäufer sie erwerbe, in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, indem darin die bedingte rechtswirksame Einschiegung einer wirklich bestehenden Hauptschuld als Unterlage der Hypothek gefunden werden kann. Für den vorliegenden Fall bedarf es einer näheren Erörterung darüber aus dem Grunde nicht, weil die Bedingung, daß der Verkäufer L. die Hypothek erwerben solle, nicht, d. h. nicht rechtzeitig, eingetreten ist. L. hat sich die Hypothek von dem Kläger erst am 7. Juli 1890 cedieren lassen, also zu einer Zeit, als seine Verkäufer B. und Otto S. schon nicht mehr Eigentümer der belasteten Grundstücke waren, sondern diese, und zwar seit dem 1. Juli 1889, an die Beklagten weiter verkauft hatten. Die Beklagte soll zwar auch, nach Behauptung des Klägers, die Hypothek der 60 000 *M* ihren Verkäufern B. und Otto S. gegenüber in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen haben; dagegen ist nicht behauptet worden, daß sie dabei von der Abmachung zwischen ihren Verkäufern und dem L., wonach dieser die Hypothek erwerben sollte, etwas erfahren habe; es ist also davon auszugehen, daß sie die Hypothek so übernahm, wie sie im Grundbuche eingetragen stand, also als Darlehnshypothek und behaftet mit der Einrede, daß sie zum Betrage von 17 000 *M* wegen nicht gezahlter Darlehnsvaluta ungültig sei. Daran ist umsoweniger

zu zweifeln, als die Beklagte beim Ankaufe der Grundstücke schon im Besitze der ursprünglich dem L. gehörigen, von diesem an R. und von R. am 24. Juni 1889 an sie cedierten Forderung gegen den Kläger auf Nachzahlung der 17 000 *M* war. Des so erworbenen Rechtes zur Geltendmachung der Ungültigkeit der Hypothek konnte die Beklagte nicht dadurch verlustig gehen, daß L. die Hypothek als Gläubiger erwarb; dadurch konvaleszierte die Hypothek nicht, denn L.'s Berechtigung, für seine Kaufgelderforderung an P. und Otto S. zum Betrage von 17 000 *M* eine erst neu zu begründende Hypothek an den Grundstücken zu gewinnen, bestand nur seinen Kontrahenten P. und Otto S. gegenüber, und diese konnten ihm keine Hypothek mehr gewähren, als sie die Grundstücke nicht mehr besaßen.

Vgl. die Urteile des Reichsgerichtes bei Gruchot, Beiträge Bd. 29 S. 962, Bd. 32 S. 693.

2. Ist eine Konvaleszenz des ungültigen Teiles der Hypothek also nicht eingetreten, so könnte nur noch in Frage kommen, ob der Kläger sich in Gemäßheit des § 38 Abs. 2 Eig.-Erw.-Ges. darauf berufen dürfe, daß er die Hypothek der 17 000 *M* von R. entgeltlich, wie er behauptet, erworben habe. Auch dies hat der Berufungsrichter mit Recht verneint, weil dem Kläger bei dem Wiedererwerb bekannt gewesen sei, daß es nach wie vor an einer Darlehenszahlung für diesen Teil der Hypothek, also an der für die Gültigkeit der Hypothek erforderlichen Hauptschuld, fehle. Diese Entscheidung stützt sich auf die deutliche Bestimmung des § 38 Abs. 2 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872, daß Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse einem Dritten, welcher ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat, nur (also dann jedenfalls) entgegengesetzt werden können, wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind oder sich aus dem Grundbuche ergeben. Demgemäß ist auch in früheren Fällen vom Reichsgerichte erkannt worden,

vgl. die Nachweisungen bei Turnau, a. a. D. S. 765, und von dieser Ansicht abzugehen, fehlt es an einem Grunde. Insbesondere kann eine Analogie der Bestimmung des Art. 306 Abs. 2 S. G. B., worauf der Revisionskläger verwiesen hat, nicht anerkannt werden, weil dort der Schutz des redlichen Erwerbers ausdrücklich auch auf seine Rechtsnachfolger ausgedehnt worden ist, woran es im § 38 Abs. 2 Eig.-Erw.-Ges. fehlt. Bei aller dem Hypothekenverkehr

zugedachten Erleichterung wird es dem Gesetzgeber bedenklich erschienen sein, die Hypothek völlig auf gleiche Stufe mit der Handelsware im Sinne des Handelsgesetzbuches zu stellen, von der sie sich unter anderem dadurch unterscheidet, daß ihr redlicher Erwerber sie immer noch gegen das belastete Grundstück realisieren kann, während der Käufer von Handelsgut sich häufig nur durch den Weiterverkauf wegen des Ankaufes schadlos stellen kann. Die vom Vertreter der Revision gemachte Ausführung, daß der redliche Erwerber einer ungültigen Hypothek Schaden leide, wenn er sie nicht mit der Wirkung, daß die Einrede ausgeschlossen bleibe, selbst an solche Personen, die um die Einrede wüßten, weiter veräußern dürfe, trifft deshalb nicht zu.

Ebenso wenig kann der gegen die hier vertretene Auffassung von Dernburg (Hypothekenrecht 2. Abt. S. 244) im Anschlusse an die Entscheidung des vormaligen Obergerichtes vom 31. Januar 1862 (Striethorst, Archiv Bd. 44 S. 179) geltend gemachte Grund für ausschlaggebend erachtet werden: daß, wer eine Hypothek als Cessionar erwerbe, sie mit den Rechten seines Cedenten erwerbe, also frei von Einreden, wenn solche seinem Cedenten nicht entgegengesetzt werden konnten. Dies wäre nur dann richtig, wenn die Einreden durch den Erwerb der Hypothek von einem redlichen Dritten definitiv untergingen, was gerade bewiesen werden soll. Solchen Untergang ordnet allerdings das Handelsgesetzbuch in den Artt. 306, 307 für die dort behandelten Fälle an, und die gleiche Bestimmung enthält das Eigentumserwerbsgesetz in § 9 Abs. 2 für den Fall, daß ein als Eigentümer eingetragener Nichteigentümer Rechte an dem Grundstücke begründet hat, nicht aber, wie schon hervorgehoben, der hier zur Anwendung kommende § 38 Eig.-Erw.-Ges., und daß etwa in diesem Falle der endgültige Untergang der Einreden selbstverständlich wäre, kann nicht behauptet werden.

Die Revision war also zurückzuweisen.“