

65. 1. Steht den nacheingetragenen Hypothekengläubigern ein Anspruch auf Löschung voreingetragener Darlehenshypotheken, für welche keine Valuta bezahlt ist, zu?
2. Haben sie ein Recht auf die nachträglich gezahlte Darlehensvaluta?
3. Kann der als Gläubiger einer nicht valutierten Hypothek Eingetragene die Hypothek ohne Genehmigung des Eigentümers, welcher die Hypothek bewilligt hat, an einen Gläubiger des letzteren abtreten?

V. Civilsenat. Urt. v. 5. Juli 1899 i. S. N. (Bekl.) w. B. & B. (Kl.).  
Rep. V. 109/99.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Klägerin standen rechtskräftig festgestellte Forderungen im Gesamtbetrage von 8268,05 *M* gegen den Tischlermeister F. zu. Diese Forderungen wurden im Wege der Zwangsvollstreckung auf dem dem F. gehörigen Rittergute C. vorgemerkt. Die Vormerkungen wurden auf Grund eines Übereinkommens der Klägerin mit F. gelöscht, und zum Erfolge wurde eine Hypothek von 10000 *M* unter Briefbildung eingetragen. Vor den Vormerkungen waren drei Hypotheken von je 4000 *M* und eine Hypothek für den Beklagten von 26000 *M* eingetragen. Letztere war eine sogenannte Baugelderhypothek. Beklagter ließ dem F. zunächst 12000 *M* Baugelder dar. Diese sollten zur Abstoßung der voreingetragenen drei Hypotheken von je 4000 *M* verwendet werden. Beklagter erwarb jedoch gegen Zahlung jener 12000 *M* die drei Hypotheken durch Cession der Gläubiger. Außerdem gab er dem F. noch 16000 *M* Baugelder. Damit war seine nur in Höhe von 28000 *M* dem F. gegenüber bestehende Verpflichtung erschöpft. Einigkeit herrscht darüber, daß für die Hypothek von 26000 *M* in Höhe von 10000 *M* Valuta nicht gegeben war. F. bewilligte einem gewissen M. eine erststellige Hypothek von 36000 *M*. M. zahlte von der Valuta 28000 *M* an den Beklagten. Der Rest von 8000 *M* wurde an den F. gezahlt, und zwar, wie Kläger im Prozesse behauptete, mit Genehmigung des Beklagten, was letzterer bestritt. Beklagter cedierte demnächst die drei Hypotheken von je 4000 *M* und von der Hypothek von 26000 *M* den Betrag von 24000 *M* an M. und bewilligte die Löschung des Restes von 2000 *M*. F. cedierte am 1. März 1898 der Klägerin von der Baugelderhypothek von 26000 *M* den Betrag von 10000 *M*, welchen Beklagter ihm noch schulde. Nach Benachrichtigung von dieser Cession erklärte Beklagter der Klägerin, daß er an F. nichts mehr zu zahlen habe, aber zu jeder Zeit bereit sei, den Rest der Hypothek zu cedieren. Klägerin behauptete im Prozesse, daß Beklagter demnächst gebeten habe, von der Cession abzusehen, weil er den Hypothekenbrief zu der an M. zu bewirkenden Cession brauche, und daß er versprochen habe, von den von M. zu zahlenden 36000 *M* nur die ihm gebührenden 28000 *M* zu nehmen, den Rest aber der Klägerin zu geben oder zu überlassen, daß er der Klägerin auch rechtzeitig von der Zeit und dem Orte der

Zahlung Kenntnis geben werde. Im April 1898 habe Beklagter ihr telephoniert, daß die Zahlung durch M. erfolgen werde, aber weder die Stunde, noch den Ort der Zahlung angegeben.

Die Klägerin beantragte nun:

prinzipaliter den Beklagten solidarisch mit F. zu verurteilen, ihr 8268,05  $\mathcal{M}$  nebst Zinsen zu zahlen, sich auch die Zwangsvollstreckung in das Rittergut C. gefallen zu lassen, eventuell den Beklagten zu verurteilen, ihr für den Ausfall aufzukommen, den sie bei der Vertreibung der Klagesforderung gegen F. etwa erleiden werde.

Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an. Er behauptete, daß er seinem Versprechen gemäß der Klägerin von dem Orte und der Stunde der Zahlung telephonisch Nachricht gegeben habe, und bestritt, daß er sich zur Cession der 10000  $\mathcal{M}$  an die Klägerin verpflichtet habe.

Der erste Richter wies die Klage ab; der Berufungsrichter verurteilte dagegen den Beklagten, unter Abweisung der Mehrforderung der Klägerin, an die Klägerin gegen Abtretung der im Grundbuche des Rittergutes C. (für die Klägerin) eingetragenen Darlehnshypothek von 10000  $\mathcal{M}$  den Betrag von 8000  $\mathcal{M}$  nebst Zinsen zu zahlen. Die Revision des Beklagten ist für begründet erachtet worden aus folgenden

#### Gründen:

... „Die Klage ist begründet:

1. auf die Cession des F. vom 1. März 1898;
2. auf das nach der Ansicht der Klägerin den nacheingetragenen Hypothekengläubigern kraft Gesetzes zustehende Recht, von voreingetragenen Gläubigern Löschung nicht valutierter Hypotheken zu verlangen;
3. auf die angeblich vom Beklagten übernommene Verpflichtung, der Klägerin den nicht valutierten Teil der Hypothek abzutreten;
4. auf die angebliche Nichterfüllung des vom Beklagten der Klägerin gemachten Versprechens der Benachrichtigung von Ort und Zeit der von M. zu zahlenden Cessionsvaluta. . . .

Der Berufungsrichter hat die beiden ersten Klagegründe für durchschlagend erachtet und demgemäß die rechtliche Tragweite der Klagegründe zu 3 und 4 ungeprüft gelassen. Er führt aus:

Beklagter habe ohne Zuziehung und Genehmigung der Klägerin über den nicht validierenden Teil der Hypothek von 26000 *M* nicht verfügen dürfen, weil der als Gläubiger einer materiell nicht bestehenden Hypothek Eingetragene sowohl dem Eigentümer, als auch den nacheingetragenen Gläubigern gegenüber zur Löschung gesetzlich verpflichtet sei. Da Klägerin und F. damit einverstanden gewesen seien, sei Beklagter zwar befugt gewesen, die Hypothek in Höhe des nicht valutierten Teiles mit 8000 *M* abzutreten; aber er habe dadurch die Verpflichtung übernommen, den auf diesen Teil der Hypothek entfallenen Betrag der von M. gezahlten Cessionsvaluta an den Berechtigten abzuführen. Berechtigt sei nur die Klägerin gewesen; denn da infolge der Abtretung an M. die Hypothek auch in Höhe der bis dahin nicht valutierten 8000 *M* zur Existenz gelangt sei, Beklagter aber diese 8000 *M* weder verlangt habe, noch habe verlangen können, habe der von M. gezahlte Betrag in Höhe dieser 8000 *M* die Darlehensvaluta dargestellt, welche ursprünglich dem F., infolge der Cession des letzteren vom 1. März 1898 aber der Klägerin gebührt habe. Auch als nachstehende Hypothekengläubigerin habe Klägerin auf diese Valuta einen Anspruch gehabt, weil in Höhe jener Valuta ihre Hypothek zurückgerückt sei.

Diese Ausführung ist in allen ihren Teilen rechtlich unhaltbar. Ein gesetzlicher Anspruch des nacheingetragenen Hypothekengläubigers auf die Valuta, welche der als Gläubiger einer vorstehenden Hypothek Eingetragene oder ein Dritter dem Eigentümer versprochen oder gegeben hat, um diese Hypothek zur Konvalescenz zu bringen, existiert überhaupt nicht. Dadurch, daß eine voreingetragene Hypothek zur Konvalescenz gebracht wird, rücken die nacheingetragenen Hypotheken nicht zurück, behalten vielmehr den ihnen zugesicherten Rang. Einen gesetzlichen Anspruch auf Vorrücken seiner oder auf Nichtberücksichtigung einer vorstehenden nur formal bestehenden Hypothek hat der nacheingetragene Gläubiger nur in dem nicht vorliegenden Falle, wenn zur Zeit des Zuschlages im Zwangsversteigerungsverfahren die vorstehende Hypothek noch keine materielle Unterlage erhalten hat.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 33 S. 302, 303.

Einen gesetzlichen Anspruch auf Löschung einer solchen vorstehenden Hypothek hat er nur, wenn er für seine Forderung einen Titel zur

Zwangsvollstreckung in das Grundstück hat (§ 5 des Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883). Auch dieser Fall liegt nicht vor. Klägerin hat für ihre eingetragene Hypothekenforderung keinen vollstreckbaren Titel. Außerdem hat sie nicht behauptet, daß sie die Löschung vom Beklagten oder von F. verlangt habe. Liegen diese beiden Fälle nicht vor, dann kann der nacheingetragene Gläubiger nicht hindern, daß der Eigentümer unter Mitwirkung des als Gläubigers einer vorstehenden, bis dahin nicht validierenden Hypothek Eingetragenen dieser nachträglich einen materiellen Inhalt giebt. Unrichtig ist ferner, daß die Klägerin auf die von W. gezahlten 8000 *M* auf Grund der Cession des F. vom 1. März 1898 einen Anspruch gehabt habe. Abgetreten ist der Klägerin durch diese Cession ein Anspruch des F. an den Beklagten auf Zahlung von noch 10000 *M* Baugeld. Ein solcher Anspruch bestand aber unstreitig nicht. Einen Anspruch auf die 8000 *M* würde Klägerin nur haben erheben können, wenn ihr — was jedoch nicht geschehen ist — der Anspruch des F. auf die von W. zu zahlende Cessionsvaluta abgetreten wäre. Vollends unrichtig ist es endlich, wenn der Berufungsrichter aus der Cession des F. an die Klägerin eine Verpflichtung des Beklagten herleitet, die von W. gezahlten 8000 *M* an die Klägerin abzuführen. Dem Beklagten stand weder ein Recht zu, über den nicht valutierte Teil der Hypothek, noch über die von W. nachträglich gegebene Valuta Verfügungen mit rechtlicher Wirkung zu treffen.

Erweist sich sonach die Begründung des Berufungsurteiles als verfehlt, so ist noch zu untersuchen, ob es sich aus anderen Gründen aufrecht erhalten läßt. Diese Untersuchung führt jedoch zu einem verneinenden Ergebnisse.

Einen dinglichen Erfolg hatte die Cession des F. an die Klägerin nicht. Die abgetretene Forderung bestand nicht. Daher konnte die Hypothek in Höhe der 10000 *M* weder von dem Beklagten geltend gemacht werden, noch auch einer Eigentümerhypothek des F. zur Grundlage dienen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 32 S. 311.

Mithin stand dem F. die Macht, über die Hypothek zu verfügen, nicht zu. Auf Umwegen kann freilich der Eigentümer auch die Befugnis der Verfügung über eine materiell nicht bestehende Hypothek erlangen. Er kann nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes,

vgl. Entsch. desselben in Civilf. Bd. 27 S. 169, Bd. 32 S. 312; Gruchot, Beiträge Bd. 32 S. 693,

die bisher fehlende Valuta von dem als Gläubiger Eingetragenen oder von einem Dritten, wohl auch durch Einschlebung einer schon bestehenden Forderung eines Dritten an ihn (Gruchot, Beiträge Bd. 29 S. 962) beschaffen und dadurch die Hypothek zur Konvalescenz bringen; aber er bedarf dazu der Mitwirkung des als Gläubigers Eingetragenen. Nur wenn dieser die bis dahin bloß formal bestehende Hypothek auf Anweisung des Eigentümers an den Valutengeber abtritt, gelangt sie zur materiellen Existenz (Jurist. Wochenschr. 1896 S. 624 Nr. 64). Eine solche Cession hat an M., nicht aber an die Klägerin stattgefunden. Ein dingliches Recht aus der Cession des F. macht Klägerin denn wohl auch nicht geltend. Es fragt sich, ob ihr nicht ein obligatorischer Anspruch gegen den F. auf Beschaffung der Cession des Beklagten, und gegen den letzteren auf Erteilung dieser Cession zustand. Die Klägerin leitet ein solches Recht gegen F. aus der Cession vom 1. März 1898, und gegen den Beklagten aus der von diesem ihr gegenüber angeblich eingegangenen Verpflichtung ab, ihr den Teil der für ihn eingetragenen Hypothek, für welchen er keine Valuta gegeben hatte, abzutreten. Diese Deduktion ist jedoch nicht richtig, selbst wenn man davon absieht, daß nach den eigenen Behauptungen der Klägerin die Verpflichtung zur Cession aufgehoben, und an ihre Stelle die Pflicht zur Benachrichtigung von Zeit und Ort der Zahlung des M. gesetzt worden ist. Durch die Cessionsurkunde vom 1. März 1898 ist lediglich ein nicht bestehender Anspruch gegen den Beklagten, für welchen gar keine, auch keine nur formale, Hypothek bestand, abgetreten. Die Urkunde enthält kein Wort davon, daß einem Ansprüche der Klägerin gegen F. der nicht valutierte Teil der für den Beklagten eingetragenen Hypothek als Sicherheit verschafft, daß ein Anspruch der Klägerin jener Hypothek untergeschoben werden solle. Wenn aber auch eine solche Vereinbarung zwischen der Klägerin und F. . . getroffen sein sollte, so fehlt es an jedem Anhalte dafür, daß der Beklagte davon in einer ihn bindenden Weise Kenntnis erhalten, daß F. ihn angewiesen hätte, den nicht valutierte Teil der Hypothek an die Klägerin abzutreten. Ohne eine solche Anweisung war der Beklagte rechtlich nicht in der Lage, über die materiell nicht bestehende Hypothek zu verfügen. Eine Verpflichtung zu einer solchen Verfügung hätte nur unter der

Voraussetzung, daß F. die Abtretung an die Klägerin genehmigen oder anordnen werde, mit rechtlichen Wirkungen eingegangen werden können. Hätte Beklagter seiner angeblichen Pflicht genügt und die materiell nicht bestehende Hypothek, welche er ohne Mitwirkung des F. nicht zur materiellen Existenz bringen konnte, der Klägerin abgetreten, so würde Klägerin damit ein Recht auf die Hypothek nicht erworben haben, da F. dadurch rechtlich nicht behindert wurde, sich den Betrag der nicht valutierten Hypothek von einem Dritten zu verschaffen und den Beklagten anzuweisen, die Hypothek an diesen zu cedieren. . . .

Auch aus der angeblich mangelhaften Erfüllung des Versprechens des Beklagten, der Klägerin von dem Orte und der Zeit der Zahlung des M. Nachricht zu geben, lassen sich die Klaganträge nicht herleiten, weil Klägerin ein Recht zur Empfangnahme der von M. zu zahlenden Valuta nicht nachgewiesen, und nicht dargelegt hat, daß ihre Anwesenheit bei der Zahlung des M. den Erfolg gehabt haben würde, daß die 8000 M an sie gezahlt worden wären. Einen Anspruch gegen M. auf Zahlung hatte Klägerin nicht, da sie zu diesem in keinen obligatorischen Beziehungen stand. Der Berufungsrichter nimmt an, daß M. an den Beklagten, und dieser dann die 8000 M an F. gezahlt habe. Diese Annahme findet in dem Thatbestande keine Unterlage. Die Klägerin selbst hat nur behauptet, daß Beklagter in die Zahlung der 8000 M an F. eingewilligt habe. Beklagter hatte aber keinen Anspruch auf Empfang der 8000 M; vielmehr gebührten sie dem F., der dem M. die Hypothek beschaffen sollte und beschafft hat. Hätte Beklagter also wirklich die 8000 M in Empfang genommen, so würde er verpflichtet gewesen sein, sie an F. abzuführen. Daß Beklagter vermöge irgend eines Rechtsverhältnisses die Macht gehabt hätte, auf die Entschlüsse des F. oder des M. darüber, an wen das Geld abzuführen sei, einzuwirken, ist nicht ersichtlich. Daher ist es gleichgültig, ob er der Auszahlung an F. zugestimmt hat. . . .