

15. 1. Ist die unter der Herrschaft des früheren Rechtes eingetragene nicht valutierte Hypothek mit dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechtes zu einer Eigentümerhypothek geworden?

Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 192.

B.G.B. §§ 1163, 1177.

Preuß. Ausf.-Ges. zum B.G.B. Art. 33 § 1.

2. In welcher Weise hat der als Gläubiger einer solchen Hypothek Eingetragene zur Berichtigung des Grundbuchs mitzuwirken?

B.G.B. § 894.

G.B.D. § 22.

3. Hat der als Gläubiger Eingetragene auch bei der Umwandlung der dem Eigentümer als Grundschuld zugefallenen Hypothek in eine Hypothek mitzuwirken?

B.G.B. §§ 1177 Abs. 1, 1180, 1198.

V. Zivilsenat. Ur. v. 2. März 1901 i. S. R. (RL) w. die Landschaft der Prov. Sachsen (Bekl.). Rep. V. 352/00.

I. Landgericht Torgau.

II. Oberlandesgericht Raumburg a. S.

Auf Grund der Bewilligung des Klägers war auf dessen Grundstück im Jahre 1889 eine Darlehnshypothek von 9000 M unter Bildung eines im Besitze des Klägers befindlichen Hypothekendriefes für die Beklagte eingetragen worden. Diese Hypothek entbehrte der materiellen Unterlage, da das Darlehn nicht gegeben worden war. Im Jahre 1898 stellte die Beklagte dem Kläger eine schriftliche Erklärung dahin aus, daß die Pfandbriefe nicht zur Ausfertigung gekommen seien, und daß sie in die Löschung der Hypothek willige. Das Grundbuchamt lehnte es ab, auf Grund dieser Erklärung die

Hypothek auf den Namen des Klägers oder anderer von diesem bezeichneten Personen umzuschreiben. In der im Dezember 1899 angestellten Klage behauptete der Kläger, daß die Hypothek eine materielle Unterlage dadurch erhalten habe, daß er seiner Frau und dem Landwirte M. je 4500 *M* verschulde und ihnen versprochen habe, jene Hypothek auf ihre Namen umschreiben zu lassen. Der Klagantrag ging auf Verurteilung der Beklagten, die Hypothek mit je 4500 *M* und Zinsen an jene beiden Gläubiger abzutreten und in die Umschreibung der Hypothek auf deren Namen zu willigen. Demnächst stellte der Kläger mit Rücksicht auf den am 1. Januar 1900 eingetretenen Wechsel der Gesetzgebung den Eventualantrag, die Beklagte zu verurteilen, in eine Berichtigung des Grundbuches dahin zu willigen, 1. daß ihr an der Hypothek keine Rechte zustehen, 2. daß diese vielmehr Eigentümerhypothek des Klägers sei. Die Beklagte erkannte den eventuellen Anspruch zu 1 an, trug aber im übrigen auf Abweisung der Klage an.

Der erste Richter verurteilte die Beklagte, anzuerkennen, daß ihr Rechte an der Hypothek nicht zustehen, wies aber im übrigen die Klage ab. In der Berufungsinstanz wiederholte der Kläger seine abgewiesenen Anträge und bat, die Beklagte wenigstens noch zu verurteilen, anzuerkennen, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt sei, niemals zur Entstehung gelangt sei. Letzterer Bitte wurde stattgegeben, im übrigen aber die Berufung zurückgewiesen.

Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

„Die Revision ist, soweit sie die Begründung des Berufungsurteiles ansieht, zum Teil begründet; im Endergebnisse aber stellt sich das Berufungsurteil als richtig dar.

Der Berufungsrichter begründet seine Entscheidung dahin: das Verlangen auf Abtretung der Hypothek, welches schon in der vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erhobenen Klage gestellt sei, gründe sich auf eine bereits damals bestehende Verpflichtung der Beklagten, sei also nach altem Rechte zu beurteilen. Nach diesem habe aber der als Gläubiger einer nicht valutierte Hypothek Eingetragene nicht die Pflicht gehabt, dem Eigentümer des Pfandgrundstückes zur Rechtsbeständigkeit der Hypothek dadurch zu verhelfen, daß er die Hypothek an einen anderen Valutengeber abzutreten hatte;

vielmehr habe er nur die Verpflichtung gehabt, die Löschung der nur formal bestehenden Hypothek zu bewilligen. Der abgesehen hiervon allein noch streitige Anspruch auf Anerkennung, daß die Hypothek Eigentümerhypothek des Klägers sei, sei erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erhoben. Der Anspruch sei auf § 1163 B.G.B. gestützt, welcher jedoch auf die vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechtes eingetragenen Hypotheken keine Anwendung finden dürfe, einmal weil die nacheingetragenen Gläubiger, welche ihre Hypotheken in der Kenntnis von dem Nichtbestehen der voreingetragenen Hypothek erworben haben, dadurch beeinträchtigt werden könnten, und sodann weil Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. rechtswirksam bestehende Hypotheken voraussetze und nicht die Möglichkeit eröffne, die alten nur formal bestehenden Hypotheken zu wirksamen Eigentümerhypotheken zu erheben. Daher könne Kläger nicht Anerkennung der Hypothek als Eigentümerhypothek verlangen.

Der Annahme des Berufungsrichters, daß der vom Kläger vor dem 1. Januar 1900 erhobene Anspruch auf Abtretung der Hypothek an die im Klageantrage bezeichneten Personen lediglich nach altem Rechte zu beurteilen sei, kann nicht beigetreten werden. Wäre die Hypothek, wie der Berufungsrichter annimmt, mit dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechtes ganz bedeutungslos geworden, sodas über sie nur durch Löschung verfügt werden könnte, so würde die Untersuchung des Berufungsrichters, ob die Beklagte nach altem Rechte zur Abtretung verpflichtet gewesen wäre, als überflüssig bezeichnet werden müssen, da diese Frage im vorliegenden Rechtsstreite nur für den Kostenpunkt in Betracht kommen könnte, der Kläger aber auch dann die Kosten des Rechtsstreites zu tragen haben würde, wenn sein Antrag nur infolge des im Laufe des Prozesses eingetretenen Wechsels der Gesetzgebung abgewiesen werden müßte.

Vgl. Urst. des Reichsgerichtes in der Jurist. Wochenschr. 1900 S. 726 flg.

Der Kläger hat diesen Antrag aber auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes aufrecht erhalten, und daher muß untersucht werden, ob er sich aus diesem herleiten läßt. Selbstverständlich entfällt die Veranlassung zu dieser Prüfung, wenn von der Unanwendbarkeit des neuen Rechtes ausgegangen werden müßte. Daher ist zunächst in die Frage der Anwendbarkeit des letzteren einzutreten. Diese Frage läßt

sich nicht, wie die Beklagte meint, mit der Ermägung beiseite schieben, daß sie, weil sie unter der Herrschaft des alten Rechtes die Erklärungen abgegeben habe, zu denen sie nach diesem verpflichtet gewesen sei, nicht gezwungen werden könne, Erklärungen abzugeben, deren der Kläger etwa nach dem neuen Rechte benötige. Wäre die Hypothek, welche buchmäßig noch besteht, in eine Eigentümergrundschuld des neuen Rechtes übergegangen, so würde das Grundbuch, welches die Beklagte als die Gläubigerin der Hypothek aufweist, unrichtig sein. Die aus dem unrichtigen Buchzustande sich ergebenden Verpflichtungen der Beklagten würden aber zweifellos nicht nach dem früheren Rechte, sondern nach den §§ 894 flg. B.G.B. zu beurteilen sein.

In erster Reihe steht die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. in Frage. Während nach früherem Rechte eine nicht valutierte Hypothek nicht zu einer Eigentümerhypothek werden konnte, steht sie nach § 1163 dem Eigentümer zu. In Lehre und Rechtsprechung herrscht Streit darüber, ob letztere Bestimmung sich auch auf Hypotheken bezieht, die vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechtes eingetragen worden sind. Das Kammergericht (Johow-Ring, Entsch. Bd. 1 A S. 311 flg.), Sabicht (Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuches 10 Aufl. 2 S. 474) und Trusen-Müller (Ausf.-Ges. S. 308 flg.) haben dies verneint¹, während das Oberlandesgericht Dresden (Mugdan-Falkmann, Rechtspr. Bd. 1 S. 453), Stranz-Gerhard (Preuß. Ausf.-Ges. zum B.G.B. S. 217) und Turnau-Förster (Liegensch.-Recht Bd. 1 S. 690 Nr. III) sich für die Bejahung entschieden haben. Das Reichsgericht schließt sich letzterer Ansicht an. Nach Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. und Art. 33 § 1 preuß. Ausf.-Ges. zum B.G.B. gilt eine zur Zeit des Inkrafttretens des Liegenschaftsrechtes bestehende Hypothek von dieser Zeit an als eine Hypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diese Vorschriften bezwecken eine Angleichung der nach den früheren Landesgesetzen an Grundstücken bestehenden Pfandrechte an die nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches bestellten Hypotheken und Grundschulden unter möglichster Wahrung der zur Zeit des Inkrafttretens des Liegenschaftsrechtes bestehenden konkreten Rechtslage (Motive

¹ Ebenso Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 3, Aufl. 2, § 211 S. 598 Num. 2. D. G.

zum Einf.-Ges. zum B.G.B. S. 274). Diese Tendenz geht soweit, daß im Art. 192 Abs. 2 Einf.-Ges. zum B.G.B. sogar die bestehenden Nebenünehypotheken aufrecht erhalten worden sind, obwohl dieses Rechtsgebilde dem Bürgerlichen Gesetzbuche fremd ist. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß jedes an Grundstücken bestehende Pfandrecht unter dem Gewand einer der im Bürgerlichen Gesetzbuche anerkannten Belastungsformen erhalten bleiben soll. Freilich folgt daraus, wie der Berufungsrichter zutreffend bemerkt, nicht, daß Rechte, welche nach den früheren Gesetzen als Pfandrechte nicht anerkannt waren, durch Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. und Art. 33 preuß. Ausf.-Ges. zum B.G.B. zu solchen haben erhoben werden sollen; vielmehr ergiebt Art. 192 deutlich, daß er landesrechtlich anerkannte Pfandrechte voraussetzt.

Vgl. das demnächst zum Abdrucke gelangende Urteil des erkennenden Senats vom 9. Februar 1901, Rep. V. 324/00.¹

Aber dem Berufungsrichter kann darin nicht beigetreten werden, daß die für eine nicht zur Entstehung gelangte Forderung bestellte Hypothek nach dem früheren preussischen Rechte keine pfandrechtlichen Wirkungen gehabt habe. Mag auch auf das mehr formale Moment, daß nach den Vorschriften der §§ 18 u. 57 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 die Hypothek durch Eintragung entstand und nur durch Löschung unterging, kein allzu großes Gewicht zu legen sein, so war doch dem Dogma von der rein accessorischen Natur der Hypothek gegenüber in ständiger Rechtsprechung des Obertribunales und des Reichsgerichtes anerkannt, daß die Hypothek auch ohne die materielle Unterlage einer Forderung selbständige dingliche Wirkungen habe. War die Hypothek für eine bestehende Forderung bestellt, so blieb das hypothekarische Recht bestehen, wenn die persönliche Klage durch Einreden ausgeschlossen wurde, welche der hypothekarischen Klage eines Dritterwerbers gemäß § 38 Eig.-Erw.-Ges. nicht entgegengestellt werden konnten, oder wenn der Hypothekengläubiger nur den persönlichen Anspruch aufgab, den dinglichen aber zurückbehielt.

Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 53 S. 50 flg.; Jurist. Wochenschr. 1881 S. 180 flg.; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 327, Bd. 19 S. 342, Bd. 35 S. 242, Bd. 45 S. 186.

¹ S. jetzt Bd. 47 dieser Sammlung Nr. 50 S. 229, wo nur versehentlich „Rep. V. 234/01“ gedruckt ist. D. E.

Aber auch der Hypothek, welche für eine nicht entstandene Forderung bestellt war, wurde eine gewisse Selbständigkeit und dingliche Wirkung beigelegt. So bestand kein Zweifel daran, daß eine solche Hypothek in der Hand eines gutgläubigen Dritten, der sie gegen Entgelt erworben hatte, voll wirksam war.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 5 S. 327 flg., Bd. 19 S. 342.

So wurde es ferner für unbedenklich zulässig erklärt, daß der nicht valutierte Hypothek die noch nachträglich entstandene Forderung des Gläubigers oder eine andere Forderung desselben oder eine Forderung eines anderen Gläubigers zur Unterlage gegeben wurde mit der Wirkung, daß die Hypothek von Anbeginn (d. h. von ihrer Eintragung) an voll wirksam wurde;

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 44 S. 273 u. 296 flg. mit Nachweisungen;

eine Annahme, die nicht möglich wäre, wenn der nicht valutierte Hypothek jede dingliche Wirksamkeit versagt worden wäre. Der Berufungsrichter erklärt die bis zum Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts nicht valutierte Hypothek von diesem Zeitpunkte ab schlechthin für ungültig. Höchst auffällig wäre ein solches Ergebnis für Fälle, in denen eine Darlehenshypothek kurz vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechtes eingetragen, das Darlehn aber bald nach jenem Zeitpunkte hingeeben ist. Dann müßte die Eintragung gelöscht, der etwa gebildete Hypothekenbrief unbrauchbar gemacht, und die Hypothek aufs neue eingetragen, ein neuer Brief erteilt werden. Auffällig wäre das Ergebnis auch in Fällen, wo der Eigentümer und der als Gläubiger Eingetragene statt der nicht zur Entstehung gelangten Forderung eine andere Forderung des letzteren setzen wollten, was ihnen nach preussischem Rechte durch bloße Übereinkunft ebenfalls mit der Wirkung möglich war, daß die Hypothek als von Anbeginn an rechtswirksam galt. In diesen beiden Kategorien von Fällen konnte nach preussischem Rechte kein begründeter Zweifel an der, wenn auch bedingten, dinglichen Wirksamkeit der nicht valutierte Hypothek bestehen. Etwas zweifelhafter ist vielleicht der dritte Fall, wo statt der nicht zur Entstehung gelangten Forderung des als Gläubigers Eingetragenen die Forderung eines Dritten eingeschoben werden sollte. Dazu war nach dem preussischen Rechte ein rechtsgeschäftlicher Akt

zwischen dem Eigentümer und dem Dritten, sowie eine Mitwirkung des bisher als Gläubigers Eingetragenen erforderlich. Die Mitwirkung des letzteren konnte nur darin bestehen, daß er die Hypothek auf Anweisung des Eigentümers an den Dritten abtrat; Löschungsbewilligung genügte nicht, weil die nicht valutierte Hypothek nicht zur Eigentümerhypothek werden konnte (§§ 63. 64 Eig.-Erw.-Ges.). Nach der Ansicht des Berufungsrichters war der als Gläubiger Eingetragene zur Abtretungserklärung nicht verpflichtet. Es mag unentschieden bleiben, ob diese Annahme nicht mit § 89 Einl. zum A.L.R. in Widerspruch tritt; denn wenn man auch dem Berufungsrichter beitreten wollte, so würde damit die gänzliche Unwirksamkeit der nicht valutierte Hypothek nicht gegeben sein. Jedenfalls bot das preussische Recht dem Eigentümer die rechtliche Möglichkeit, die zu bevorzugter Stelle stehende Eintragung nach Vereinbarung mit dem als Gläubiger Eingetragenen zur Sicherung der Forderung eines Dritten zu verwerten. Gelang es ihm, den Eingetragenen zur Abtretung zu bewegen, so bestand die Hypothek für den Dritten, und die dingliche Wirkung erstreckte sich auf den Zeitpunkt der Eintragung zurück. Daß die neuen Gesetze dem Eigentümer diese rechtliche Möglichkeit, diese erworbene Rechtsposition hätten entziehen wollen, kann bei der überall hervorleuchtenden Tendenz, erworbene Rechte unangetastet zu lassen,

vgl. Motive zum B.G.B. Bd. 1 S. 21; Motive zum Einf.-Ges. zum B.G.B. S. 295 flg.,

und beim Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung nicht angenommen werden. Abgesehen davon erscheint es unzulässig, die verschiedenen Fälle der nicht valutierte Hypothek hinsichtlich der Frage der Einwirkung des neuen Rechtes verschieden zu behandeln. Daß im konkreten Falle der als Gläubiger Eingetragene sich vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechtes geweigert hat, die Hypothek an den Dritten abzutreten, ist wenigstens dann für den dinglichen Bestand der Hypothek belanglos, wenn, wie hier, über die Berechtigung der Weigerung im Prozesse vor jenem Zeitpunkte gestritten wurde. Übrigens ist auch in den neuen Gesetzen für derartige konkrete Fälle keine Ausnahmebestimmung getroffen worden.

Sein Hauptbedenken entnimmt der Berufungsrichter dem Interesse der nacheingetragenen Gläubiger. Das Gesetz bietet keine Handhabe zu einer Unterscheidung, je nachdem Gläubiger nacheingetragen sind,

oder nicht. Die Entscheidung muß daher für alle Fälle gleichmäßig ausfallen. Es ist aber auch nicht richtig, daß ein rechtlich zu schützendes Interesse naheingetragener Gläubiger gefährdet ist. Da Preußen von dem Vorbehalte des Art. 194 Einf.-Ges. zum B.G.B. keinen Gebrauch gemacht hat, könnten nur die vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechtes eingetragenen im Range nachstehenden Gläubiger in Betracht kommen; es ist jedoch vom erkennenden Senate bereits dargelegt,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 44 S. 271 flg.,

daß diese nur in besonderen, hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen ein Recht auf Vorrücken ihrer Hypothek oder auf Löschung der nicht valutierten Hypothek haben. Es kann mithin nicht davon die Rede sein, daß mit Anwendung des § 1163 B.G.B. erworbene Rechte solcher Gläubiger beeinträchtigt würden.

Nach alledem muß der vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechtes für eine nicht zur Entstehung gelangte Forderung bestellte Hypothek dieselbe Wirksamkeit beigelegt werden, wie einer unter derselben Voraussetzung gemäß § 1163 B.G.B. bestellten Hypothek. Die früher erforderliche Mitwirkung des als Gläubigers Eingetragenen fällt fort; die Hypothek steht kraft Gesetzes dem Eigentümer zu und kann von diesem übertragen werden.

Steht endgültig fest, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so verwandelt sich die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs. 1 B.G.B.). Im vorliegenden Falle stand die Nichtentstehung bereits vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechtes fest; die Hypothek ist also mit diesem Zeitpunkte direkt Eigentümergrundschuld geworden. Das Grundbuch, welches noch die Beklagte als Gläubigerin nachweist, ist unrichtig. Gemäß § 894 B.G.B. ist die Beklagte verpflichtet, zur Berichtigung des Grundbuches mitzuwirken. Dies ist aber auch durch die von der Beklagten im Laufe des Rechtsstreites abgegebenen und in den Urteilen der Vorinstanzen in Form von Verurteilungen festgestellten Erklärungen geschehen, welche vollkommen hinreichen (§ 894 C.P.D.), um den Inhalt des Grundbuches dahin richtig zu stellen, daß der Kläger als der aus der Grundschuld Berechtigte eingetragen wird. Eine Verpflichtung der Beklagten, anzuerkennen, daß die Hypothek Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld des Klägers sei, läßt sich umsoweniger annehmen, als ein solches Anerkenntnis im wesentlichen auf ein rechtliches Urteil

hinauslaufen und die rechtliche Auffassung des Grundbuchrichters keineswegs binden würde. Einer Einwilligung der Beklagten zur Berichtigung des Grundbuches bedarf es neben ihren durch die Urteile der Vorinstanzen festgestellten Erklärungen nach § 22 B.G.B. nicht, vgl. Turnau-Förster, a. a. O. S. 688 Anm. 4, und die bloße Befürchtung des Klägers, daß der Grundbuchrichter künftig falsch verfahren könnte, rechtfertigt es nicht, die Beklagte zur Abgabe von Erklärungen zu verurteilen, zu welchen sie gesetzlich nicht verpflichtet ist. Noch viel weniger ist nach dem neuen Rechte der Antrag des Klägers begründet, die Beklagte zur Abtretung an die im Klageantrage benannten Personen zu verurteilen; denn es besteht nach §§ 1163, 1177 B.G.B. keine Hypothek der Beklagten, sondern eine Grundschuld des Klägers, über welche zu verfügen die Beklagte keine rechtliche Macht hat. Die Revision weist zwar darauf hin, daß dem Kläger gemäß § 1180 B.G.B. das Recht zustehe, an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere Forderung zu setzen, und glaubt, daß die Beklagte verpflichtet sei, die nach § 1180 erforderliche Zustimmung zu erteilen; allein es wird dabei übersehen, daß es an der Voraussetzung des § 1180, nämlich an dem Vorhandensein oder Vorhandengewesensein einer Forderung, fehlt. Es hat im vorliegenden Falle zu keiner Zeit eine Forderung bestanden, und es besteht auch gegenwärtig keine Forderung, an deren Stelle eine andere Forderung gesetzt werden könnte; vielmehr handelt es sich um eine Grundschuld.

Vgl. Turnau-Förster, a. a. O. S. 723 Bem. II S. 796.

Will der Kläger diese in eine Hypothek umwandeln, so kann er das gemäß § 1198 B.G.B. durch Einigung mit seinen im Klageantrage bezeichneten Gläubigern erreichen. Eine Zustimmung der Beklagten zu dieser Umwandlung würde ganz bedeutungslos sein, da ihr keinerlei Recht an der Grundschuld zusteht. Mithin kann auch nicht davon die Rede sein, daß sie zu einer solchen Zustimmung verpflichtet sei.“ . . .