

32. Ist beim Hypothekendarlehn der Darlehnsnehmer im Zweifel verpflichtet, dem Darlehnsgeber die Hypothek an erster Stelle zu gewähren?

B.G.B. §§ 445. 439.

V. Civilsenat. Urt. v. 20. Juni 1903 i. S. B. (Kl.) w. B. (Befl.).
Rep. V. 64/03.

- I. Landgericht Kurbolstadt.
- II. Oberlandesgericht Jena.

Der Kläger hatte laut gerichtlicher Urkunde vom 6. November 1901 bekannt, daß ihm der Beklagte ein bares Darlehn von 13000 *M* ausgezahlt habe, und sich zu dessen Verzinsung und Zurückzahlung verpflichtet. Zur Sicherheit hatte er eine Gesamthypothek an seinen Grundstücken und an seinem Tafelschieferbruch bestellt und die Eintragung beantragt. Die Eintragung war erfolgt hinter einer Hypothek von 16000 *M*. Da der Beklagte das Darlehn von 13000 *M* nicht ausgezahlt hatte und auch nicht zahlen wollte, erhob der Kläger mit dem Antrage Klage, den Beklagten zur Zahlung von 13000 *M* an ihn zu verurteilen. Der erste Richter erkannte nach dem Klagantrage. Auf die Berufung des Beklagten wurde die Entscheidung von einem

dem Beklagten dahin auferlegten Eide abhängig gemacht, daß ihm der Kläger vor der am 6. November 1901 erfolgten Verpfändung seines Grundbesitzes nicht mitgeteilt habe, auf diesem Grundbesitze sei bereits eine Hypothek von 16000 *M* eingetragen. Für den Schwörungsfall wurde der Beklagte verurteilt, dem Kläger in Ausführung des Darlehnsvertrags von Anfang November 1901 13000 *M* zu zahlen Zug um Zug gegen Beseitigung aller der Hypothek des Beklagten im Range vorgehenden Hypotheken durch den Kläger; für den Nichtschwörungsfall wurde, wie im landgerichtlichen Urteile geschehen, erkannt. Auf die Revision des Klägers und die Anschließung des Beklagten ist das Urteil aufgehoben worden aus folgenden

Gründen:

... „Das Berufungsgericht nimmt an, daß, wenn der Beklagte bei der Bestellung der Hypothek keine Kenntnis von der Vorhypothek der 16000 *M* gehabt habe, das Versprechen, ein Darlehn gegen Hypothek zu gewähren, nach § 157 B.G.B. nur dahin ausgelegt werden könne, daß erste Hypothek gewährt werden solle; denn eine Nachhypothek werde jemand, der die Vorhypotheken nicht kenne, niemals acceptieren. Dafür spreche auch der § 439 B.G.B., welcher nach § 445 entsprechende Anwendung finde. Habe dagegen der Beklagte von der Vorhypothek Kenntnis gehabt und bei der Bestellung der Hypothek, wobei er zugegen gewesen, geschwiegen, so könne solches Verhalten nur dahin ausgelegt werden, daß er mit dem Bestehenbleiben der Vorhypothek einverstanden gewesen sei; denn andernfalls würde er sicher die Beseitigung der Hypothek ausdrücklich verlangt haben. ...

Das Berufungsgericht ... gründet seine Entscheidung lediglich auf folgende Sätze: wer ein Darlehn in Kenntnis von den bereits auf dem zu beleihenden Grundstücke haftenden Hypotheken verspricht, muß das Darlehn auszahlen, ohne Beseitigung der vorhandenen Hypotheken verlangen zu können; das Darlehnsversprechen dagegen, welches in Unkenntnis von den vorhandenen Hypotheken gegeben wird, ist so auszulegen, daß erste Hypothek gewährt werden soll, und braucht deshalb nur gegen Beseitigung aller vorhandenen Hypotheken erfüllt zu werden. Diese Sätze spricht das Berufungsgericht nicht etwa in Anlehnung an einen bestimmten konkreten Sachverhalt aus, sondern stellt sie als allgemein gültig auf. Es leitet sie aus

§ 157 B.G.B. ab, wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treue und Glaube mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Vermuthlich soll eine Verkehrssitte mit der hinzugefügten Bemerkung ausgedrückt werden, daß jemand eine Nachhypothek niemals acceptieren werde, wenn er die Vorhypotheken nicht kenne. Mag nun auch eine solche Verkehrssitte sich gebildet haben, so kann daraus nur gefolgert werden, daß der Darleiher das Darlehn nicht eher geben wird, als bis er sich über den Belastungszustand des zu beleihenden Grundstücks vergewissert hat. Daß daraus aber nach Treue und Glauben folge, der Darleiher wolle nur gegen erste Hypothek das versprochene Darlehn geben, ist nicht einzusehen. Werden doch unzählige Darlehne ohne alle Sicherheitsleistung oder auf zweite oder eine fernere Hypothek bewilligt, ohne daß darüber eine besondere Verabredung getroffen wird! Mit Treue und Glauben ist es sehr wohl verträglich, daß beim Versprechen eines Darlehns gegen Hypothek als selbstverständlich angesehen und daher in dem Pfandvertrage nicht erwähnt wird, die Hypothek solle an der im Grundbuche zurzeit zunächst freien Stelle gewährt werden. Es wird sogar die Regel sein, daß, wenn eine Hypothek mit bestimmtem Range bestellt werden soll, dies ausdrücklich ausgemacht wird. Wenn das Berufungsgericht weiter sagt, auch das Bürgerliche Gesetzbuch gehe jedenfalls von der Anschauung aus, es müsse das Pfandversprechen wie angegeben ausgelegt werden, weil der § 445 die analoge Anwendung des § 439 vorschreibe, so läßt sich nicht erkennen, wie es sich dies denkt. Es kann doch unmöglich der Meinung sein: wie der Verkäufer eine auf dem verkauften Grundstücke haftende Hypothek zu beseitigen müsse, auch wenn der Käufer die Belastung kenne, so müsse auch der für ein Darlehn Hypothek bestellende Darlehnsempfänger die auf dem zu belastenden Grundstücke bereits haftenden Hypotheken zu beseitigen, auch wenn dem Darleiher diese Hypotheken bekannt seien; denn es hätte dann doch die Entscheidung nicht von dem dem Beklagten auferlegten Eide abhängig gemacht werden können, die ja gerade verschieden ausfallen soll, je nachdem der Beklagte die Vorbelastung mit der Hypothek von 16000 M kannte, oder nicht. Es kann auch die analoge Anwendung nicht auf den Abs. 1 des § 439 beschränken wollen, da im Abs. 2 des § 439 eine Ausnahme von der Vorschrift des Abs. 1 für den Fall bestimmt ist, daß der Mangel im Rechte in der Belastung des Grundstücks mit

einer Hypothek ic besteht, und da dieser Ausnahmefall hier vorliegen würde. Nach dem Wortlaute des § 445 kann es allerdings zweifelhaft sein, wie die Vorschriften der §§ 433—444 auf Verträge, die auf Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung finden sollen. Darüber, auf welchem Wege und von wem die Worte „oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt“ aufgenommen sind, läßt sich aus den gesetzgeberischen Verhandlungen, soweit sie veröffentlicht sind, nichts ersehen.

Vgl. Protokolle der 2. Lesung Bd. 1 S. 668, Bd. 2 S. 449 Anm. 1. S. 488 flg.

Ist nun schon von vornherein ausgeschlossen, daß mit jenen Worten ohne besondere Begründung ein Satz ausgesprochen werden soll, der dem bisherigen Rechte fremd war und auch den im Verkehr üblichen Anschauungen nicht entspricht, nämlich der vom Berufungsgericht aus einer Anwendung des § 439 hergeleitete Satz, daß beim Fehlen entgegenstehender Verabredungen derjenige, welchem für ein ihm zu gewährendes Darlehn Hypothek bestellt wird, bei Unkenntnis von dem Vorhandensein von Vorbelastungen stets eine Hypothek an erster Stelle, also Beseitigung der Vorhypotheken, verlangen könne: so sprechen auch die Vorschriften in den §§ 433—444 gegen ihre Anwendung in solchem Sinne. Es werden darin Bestimmungen darüber getroffen, welche Verpflichtungen der Verkäufer dem Käufer gegenüber hat, wenn ein Mangel im Rechte an der verkauften Sache besteht, der zur Folge hat, daß von einem Dritten Rechte gegen den Verkäufer geltend gemacht werden können, mit welchen die verkaufte Sache beschwert ist. Es wird festgesetzt, unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von solchen Rechten eines Dritten zu verschaffen hat. Haben diese im Anschluß an die bisherigen Rechte getroffenen Bestimmungen beim Kaufe ihren guten Sinn, so passen sie nicht auf Fälle, wo es sich um die Bestellung einer Hypothek für ein Darlehn handelt. Allerdings ist, wie der Verkäufer die Pflicht hat, dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen, der Verpfänder verpflichtet, dem Darleiher das Hypothekenrecht zu verschaffen und insoweit Rechte Dritter, welche dem entgegenstehen, zu beseitigen.

Vgl. auch § 681 des I. Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches und die Motive dazu Bd. 2 S. 684 flg.

Aber darüber hinaus gehen seine Verpflichtungen nicht; namentlich hat er nicht ohne weiteres das mit der Hypothek belastete Grundstück von Rechten, die der Hypothek im Range vorgehen, zu befreien. Denn nicht das Grundstück hat der Verpfänder dem Darleiher zu verschaffen, sondern das Hypothekenrecht daran; dieses ist aber mit den Rechten Dritter, die an dem Grundstück bestehen, nicht beschwert, und der Hypothekar wird durch solche Rechte Dritter auch nicht berührt, da es ausgeschlossen ist, daß sie, auch wenn sie der Hypothek im Range vorgehen, gegen ihn, den Hypothekar, geltend gemacht werden können. Von einer entsprechenden Anwendung des § 439 auf die Bestellung einer Darlehnshypothek kann daher nicht die Rede sein. Wie im übrigen der § 445 in Ansehung der Verträge, welche auf die Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, zu verstehen sei, braucht hier nicht untersucht zu werden.

Das Urteil des Berufungsgerichtes verletzt hiernach die Vorschriften der §§ 157 und 445 in Verbindung mit § 439 B.G.B. durch Mißanwendung. Bei der weiteren Verhandlung ist insbesondere ohne Rücksicht auf diese Vorschriften zu erörtern, ob die Einrede des Beklagten, welche dieser zu beweisen hat, begründet, ob also nach Lage der Sache anzunehmen ist, die Parteien seien beim Abschluß des Vertrages vom 6. November 1901 darüber einverstanden gewesen, daß der Beklagte nur dann zur Auszahlung des Darlehns verpflichtet sein solle, wenn die Hypothek die erste Stelle im Grundbuch erhalte.“ . . .