

52. 1. Gehört die Vorlegung des Briefes zur Begründung der Hypothekenklage?
2. Führt der bei Nichtvorlegung des Briefes gemäß § 1160 Abs. 1. § 1161 B.G.B. von seiten des Schuldners erhobene Widerspruch zur Abweisung der Klage, oder nur zur Verurteilung zur Zahlung gegen Vorlegung des Briefes?
3. Ist dem Kläger eine Frist zur Vorlegung des Briefes zu gewähren?

V. Zivilsenat. Urt. v. 27. Juni 1903 i. S. K. (Kl.) w. B. (Bekl.).  
Rep. V. 76/03.

- I. Landgericht Brieg.
- II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Beklagten waren Eigentümer eines Grundstücks, in dem sie Gastwirtschaft betrieben. Durch das Schriftstück vom 23. Januar 1899 verpflichteten sie sich, ihren gesamten Bierbedarf von der klagenden Brauerei zu entnehmen, wenn ihnen die Klägerin auf das Grundstück ein auf fünf Jahre unkündbares Hypothekendarlehen von 10000 *M* gebe, das durch bestimmte Aufschläge zum Bierpreis amortisiert werden solle. Das Darlehen wurde gegeben; die Eintragung erfolgte unter Briefbildung, und ein Betrag von 326 *M* wurde amortisiert. Später begehrte die Klägerin mit persönlicher und dinglicher Klage Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung des Darlehens von noch 9674 *M* nebst Zinsen. Der erste Richter wies die Klage ab.

Die Klägerin legte Berufung ein. Durch Schriftsatz vom 30. November 1902 verlangten die Beklagten Vorlegung des Hypothekenbriefes, und erklärten in der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 1902, sie stellten dieses Verlangen gemäß § 1160 B.G.B., weil sie Anlaß zu der Annahme hätten, daß die Klägerin sich nicht im Besitze des Briefes befinde. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin erklärte in jenem Termine, daß er vorläufig zur Vorlegung des Briefes außer stande sei; der Schriftsatz vom 30. November sei ihm rechtzeitig zugestellt; er habe an die Klägerin geschrieben, und diese habe geantwortet, daß sie den Hypothekenbrief an ihn absende. Es wurde neuer Termin zur Verkündung der Entscheidung auf den 20. Dezember anberaumt. Am 16. Dezember reichte der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin den Brief zu den Akten ein, und überreichte ihn im Verkündungstermine dem Berufungsgerichte mit der Bitte, die mündliche Verhandlung, falls nötig, wieder zu eröffnen und den Brief den Beklagten vorzulegen. Das Berufungsgericht lehnte diesen Antrag ab und erkannte auf Zurückweisung der Berufung.

Auf die Revision der Klägerin ist dieses Urteil aufgehoben, und auf Zurückverweisung an das Berufungsgericht erkannt worden, aus folgenden

#### Gründen:

„Der Berufungsrichter nimmt an, daß mit der Klage die Hypothek und die ihr zugrunde liegende Forderung geltend gemacht würden, und demgemäß die Voraussetzungen zur Anwendung der §§ 1160, 1161 B.G.B. vorlägen; der in dem Verlangen der Vorlegung des Hypothekenbriefes liegende Widerspruch gegen die Geltendmachung enthalte ein Bestreiten der Aktivlegitimation. Lege der Kläger den Brief nicht in dem Verhandlungstermine vor, so könne er nicht Verurteilung des Schuldners Zug um Zug gegen Aushändigung des Briefes verlangen; denn die Anwendung des § 322 B.G.B. setze voraus, daß der Schuldner bereits ein Recht auf Aushändigung des Briefes habe; ein solches gewinne er aber erst bei Befriedigung des Gläubigers (§ 1144 B.G.B.). Die Anwendung des § 322 würde auch zu der Härte führen, daß dem Schuldner die Kosten auferlegt werden müßten, gleichviel ob der Gläubiger zur Zeit des Urteils-erlasses den Brief schon besitze, oder nicht, vorausgesetzt nur, daß er sich zur Vorlegung erbiete.

Von den drei gegen diese Ausführungen erhobenen Revisionsangriffen ist einer begründet und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils.

1. . . .

2. Die Revision ist . . . der Ansicht, daß der gemäß §§ 1160, 1161 B.G.B. erhobene Widerspruch nicht zur Abweisung der Klage, sondern zur Verurteilung mit der Maßgabe führe, daß der Gläubiger den Hypothekenbrief Zug um Zug gegen Zahlung vorzulegen habe, keinesfalls aber handle es sich bei einem solchen Widerspruch um ein Bestreiten der Aktivlegitimation. Letzteres ist zuzugeben; im übrigen aber konnte der Ansicht der Revision nicht beigetreten werden. Nach § 1117 des Entwurfs erster Lesung sollte zur Geltendmachung des Rechtes aus der Briefhypothek nur berechtigt sein, wer den Hypothekenbrief vorlegt. Danach sollte die Vorlegung, soweit es sich um gerichtliche Geltendmachung handelt, zur Begründung der Klage, zur Aktivlegitimation gehören (Motive Bd. 3 S. 617, 757). Dieser Standpunkt ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch verfaßt worden. Die Vorlegung des Briefes gehört, abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Falle der Geltendmachung im Urkundenprozeß (§§ 592, 593 C.P.D.), nicht mehr zur Begründung der Klage, sondern ist nach § 1160 Abs. 1 B.G.B. nur erforderlich, wenn der Schuldner der Geltendmachung der Hypothek und der Forderung (§ 1161) deshalb widerspricht, weil der Brief nicht vorgelegt ist, wenn er also die Vorlegung verlangt. Gründe für das Vorlegungsverlangen braucht der Beklagte nicht anzugeben. Er kann das Verlangen auch stellen, wenn er die Aktivlegitimation des Klägers nicht bestreitet. Daraus ergibt sich, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts insoweit auf einer unrichtigen Grundlage beruht, nicht aber, daß im übrigen die Ansicht der Revision zutreffend ist. Freilich wurde bei den Beratungen der zweiten Kommission angenommen, daß der Widerspruch nur dazu führe, die Leistungspflicht des Schuldners von der Vorlegung des Hypothekenbriefes abhängig zu machen und dementsprechend den Urteils-tenor zu fassen (Prot. Bd. 3 S. 664); allein diese Annahme ist mit dem Wortlaut und dem Zwecke des Gesetzes nicht vereinbar. Sie verlegt den Zeitpunkt der Erfüllung der Vorlegungspflicht in den Augenblick, in dem der Schuldner freiwillig oder durch Zwangsvollstreckung gezwungen zahlt. Wenn nun auch in der Zwangsbeitreibung eine

Geltendmachung der Hypothek und Forderung gefunden werden könnte, so würde dies keinesfalls die einzige Art der Geltendmachung sein. Der Schuldner ist aber gemäß §§ 1160. 1161 nicht auf den Widerspruch gegen eine Art beschränkt; vielmehr kann er jeder Art der Geltendmachung widersprechen, so z. B. der Kündigung und Mahnung (§ 1160 Abs. 2), und also auch der Klage. Die bloße Vorlegung des Briefes an den Schuldner, von der allein die §§ 1160. 1161 handeln, genügt überdies bei der freiwilligen oder durch Vollstreckung erzwungenen Befriedigung nicht; vielmehr hat der zahlende Schuldner einen Anspruch auf die Aushändigung des Briefes, also auf eine Gegenleistung des Gläubigers (§ 1144 B.G.B.). Freilich legt der § 1145 dem Gläubiger für den — nicht vorliegenden — Fall der Teilbefriedigung die Vorlegung des Briefes als Pflicht auf; aber dann hat die Vorlegung nicht an den Schuldner, sondern an Behörden oder an einen Notar zu geschehen, und zwar zum Zwecke der Vornahme von Maßnahmen, die einen Ersatz für die in diesem Falle nicht angängige Aushändigung des Briefes bieten.

So wenig wie dem Wortlaute wird aber jene Annahme der zweiten Kommission dem Zwecke des Gesetzes gerecht. Die Übertragung der Briefhypothek (§ 1154 B.G.B.), ihre Belastung mit einem Nießbrauch oder Pfandrechte (§§ 1069. 1274 B.G.B.), sowie die Pfändung und Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 830. 837 E.P.D.) können sich ohne Eintragung in das Grundbuch vollziehen, und wenn die Voraussetzungen des § 1155 B.G.B. erfüllt sind, steht dem nicht eingetragenen Erwerb der Schutz der §§ 891—899 B.G.B. in gleicher Weise zur Seite, wie einem eingetragenen Gläubiger. Andererseits ist nach § 1140 B.G.B. die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892. 893 ausgeschlossen, soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, und ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich. Mit Rücksicht hierauf hat der Schuldner ein wesentliches Interesse daran, vor seiner Verurteilung den Brief einzusehen, um zu prüfen, ob sich aus dem Briefe nicht Einwendungen und Einreden gegen die erhobene Klage ergeben, und um sich vor der Führung oder Weiterführung eines nutzlosen Prozesses zu be-

wahren. Diesem Interesse des Schuldners dienen die §§ 1160, 1161, die diesen ihren Zweck offensichtlich nur dann erreichen, wenn sie ihrem Wortlaute gemäß dahin aufgefaßt werden, daß die Vorlegung des Briefes vor der Beurteilung verlangt werden kann. Legt der Gläubiger ungeachtet des Verlangens des Schuldners im Laufe des Rechtsstreites den Brief nicht vor, so kann der Schuldner der Geltendmachung widersprechen, d. h. es steht ihm eine dilatorische Einrede zu, die zur Abweisung der Klage führt.

Übereinstimmend Boehm S. 233, Mittelstein S. 194, Kreßschmar Bb. 1 S. 274, Oberneck S. 657, Fuchs Bb. 1 S. 511, Pland Bb. 3 S. 548, Biermann 2. Aufl. S. 367, Turnau u. Förster 2. Aufl. Bb. 1 S. 739.

3. Aus dem zu 2 Erörterten folgt jedoch — wie die Revision zutreffend hervorhebt — nicht, daß der Gläubiger dem Verlangen des Schuldners auf Vorlegung des Briefes sofort nachkommen müsse, widrigenfalls er mit der Klage abzuweisen sei. Ist die Vorlegung nicht Voraussetzung der Klage, hat sie vielmehr, wie sich aus § 1160 B.G.B. ergibt, nur zu erfolgen, wenn der Beklagte sie verlangt, so ist die Annahme, daß der Kläger den Brief während des ganzen Laufes des Prozesses in der Tasche tragen müsse, ausgeschlossen. Er, der an der schleunigen Erledigung das alleinige oder wesentlichste Interesse hat, genügt seiner Vorlegungspflicht, wenn er den Brief dem Gegner zu einer Zeit vorlegt, wo dieser die Prüfung vornehmen und etwaige Einreden, die sich aus dem Briefe ergeben, noch im Rechtsstreite geltend machen kann. Danach ist aber nur eine Bereiterklärung zur Vorlegung, die erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung erfolgt, auf die das Urteil ergeht, nicht mehr rechtzeitig und daher nicht geeignet, die Abweisung der Klage zu verhindern. Erklärt Kläger in einer mündlichen Verhandlung, daß er bereit sei, den Brief vorzulegen, daß er ihn aber zurzeit nicht bei sich habe, so gibt der § 1160 dem Richter nicht die Befugnis, sofort auf Abweisung der Klage zu erkennen, noch auch hat der Beklagte ein berechtigtes Interesse an einer solchen Abweisung, die nur zur Folge haben würde, daß die Klage sofort aufs neue angestellt würde; vielmehr hat der Richter der Bitte des Klägers, ihm eine Frist zur Vorlegung zu bestimmen, stattzugeben, und erst dann darf er auf Abweisung erkennen, wenn die Annahme begründet erscheint, daß der Kläger den Brief nicht vor-

legen könne oder wolle. Dies liegt nicht nur im Sinne der Prozeß-  
ökonomie, sondern auch im Sinne des § 1160, der, wie gezeigt, keinen  
Anhalt für die Annahme bietet, daß der Schuldner dem Vorlegungs-  
begehren sofort nachkommen müsse. Im vorliegenden Falle haben die  
Beklagten das Begehren in dem dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin  
zugestellten Schriftsatz vom 30. November 1902 gestellt. Wann der  
Schriftsatz zugestellt ist, erhellt nicht, so daß nicht einmal ersichtlich  
ist, ob die Klägerin selbst bei größter Beschleunigung imstande ge-  
wesen wäre, den Brief bis zu dem am 13. Dezember 1902 anstehen-  
den Termine herbeizuschaffen. Es kommt hierauf aber nicht wesent-  
lich an, da der Gläubiger zu einer Beschleunigung oder zur  
unverzüglichen Vorlegung durch kein Gesetz verpflichtet ist. In der  
Erklärung des Prozeßbevollmächtigten, daß er vorläufig zur Vor-  
legung des Briefes außerstande sei, daß er aber an die Klägerin  
geschrieben und von dieser die Mitteilung der bevorstehenden Ab-  
sendung des Briefes empfangen habe, liegt deutlich die Bitte um Be-  
stimmung einer Frist, und dieser Bitte hatte das Berufungsgericht  
unter Anberaumung eines neuen Verhandlungstermines stattzu-  
geben.“ . . .