

109. 1. Findet der § 1165 B.G.B. auch Anwendung, wenn die Hypothek infolge Ausfalles bei der Zwangsversteigerung erloschen ist?
2. Was ist im § 1165 B.G.B. unter Verzicht auf die Hypothek zu verstehen?
3. Steht dem Schuldner auch die *exceptio doli generalis* zur Seite?

V. Zivilsenat. Urtr. v. 17. September 1904 i. S. F. (Kl.) w. D. Erben
(Bekl.). Rep. V. 61/04.

- I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Auf dem Grundstücke S. Nr. 68 war in Abteil. III unter Nr. 5 eine Kaufgelderforderung von 28600 *M* mit 4 Prozent Zinsen für den Kläger eingetragen, deren persönliche Schuldnerin die Erblasserin der Beklagten, Witwe D., dadurch geworden war, daß sie dieselbe beim Erwerbe des Grundstückes in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hatte. Die Witwe D. verkaufte das Grundstück im März 1900 an F., der es im Dezember 1901 an Sch. weiter verkaufte. Beide Käufer übernahmen die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis. Kläger verweigerte jedoch auf die Anzeige von der Veräußerung an F. und von dessen Übernahme der Hypothek die Genehmigung der Schuldübernahme. Das Grundstück wurde am 4. Juli 1902 zwangsweise versteigert, wobei Kläger mit 6564,80 *M* ausfiel. Kläger machte seinen persönlichen Anspruch gegen die Beklagten als die Erben, bzw. Erbeserben der am 7. Mai 1901 verstorbenen Witwe D. mit dem Antrage geltend: die Beklagten als Erben der Witwe D. zu verurteilen, ihm als Gesamtschuldner 6564,80 *M* nebst Zinsen zu zahlen. Der erste Richter verurteilte die Beklagten diesem Antrage gemäß. Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen. Ebenso ihre Revision aus folgenden

Gründen:

„Die Beklagten haben folgendes eingewendet. Da sie im Falle der Befriedigung des Klägers vom Eigentümer Sch. oder seinem Rechtsvorgänger F., welche die Hypothek übernommen haben, Ersatz verlangen könnten, würden sie nach § 1164 B.G.B. Anspruch auf die Hypothek gehabt haben. Da jedoch der Ausfall der Hypothek auf Verzicht, eventuell auf dolosem Verhalten des Klägers selbst beruhe, seien sie nach § 1165 B.G.B. von der Haftung für den Ausfall befreit. Kläger habe nämlich, obwohl davon benachrichtigt, zugelassen und sogar gestattet, daß Sch. das ganze Inventar im Werte von 19236 *M* vom Pfandgrundstück veräußert habe. Damit habe er auf einen wesentlichen Teil der Hypothek verzichtet. Hätte Kläger die

Veräußerung des Inventars verhindert, so würde das Grundstück weit über 6564,80 *M* mehr wert gewesen, und der Ausfall des Klägers nicht eingetreten sein.

1. Auf die Bestimmung des § 1165 B.G.B. können die Beklagten nach Lage der Sache ihr Bestreiten des Klagenanspruches nicht stützen.

Im Anschluß an frühere Entscheidungen des Reichsgerichts (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 28 S. 187; Jurist. Wochenschr. 1892 S. 167 Nr. 38, S. 173 Nr. 60) und in Übereinstimmung mit der für Bürgschaften in § 776 B.G.B. getroffenen Bestimmung (vgl. Prot. d. 2. Les. Bd. 3 S. 609 flg. Nr. V) ist im § 1165 B.G.B. für die Fälle, in denen der den Gläubiger befriedigende persönliche Schuldner einer Hypothekensforderung von dem Eigentümer des Pfandgrundstückes Ersatz verlangen kann, bestimmt, daß der Schuldner von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit in dem Augenblicke kraft Gesetzes frei wird, wo der Gläubiger durch gewisse Verfügungen, die ihm an sich nach dem Gesetze nicht verwehrt sind, die Hypothek ganz oder teilweise entwertet, und zwar frei insoweit, als er ohne diese Verfügungen aus der Hypothek seinen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer hätte befriedigen können. Nach der allgemeinen Fassung des § 1165 findet diese Vorschrift nicht nur Anwendung, wenn der im § 1164 vorausgesetzte Tatbestand vorliegt, daß die Hypothek noch besteht und dem Schuldner als Ersatz dienen kann, sondern auch dann, wenn bei der Inanspruchnahme des persönlichen Schuldners die Hypothek infolge Ausfalls bei der Zwangsversteigerung erloschen ist. Letzteres wird sogar die Regel sein, da nach der Auffassung des Verkehrs der Gläubiger sich in erster Linie an das Grundstück halten und nur bei unzureichender Realsicherheit zu deren Ergänzung die persönliche Haftung des Schuldners in Anspruch nehmen wird. Durch die Erwähnung des § 1164 im § 1165 soll das Freiwerden des Schuldners nicht an die Voraussetzung gebunden werden, daß die Hypothek noch auf den Schuldner übergehen kann, sondern der § 1164 wird nur angezogen, um zu bestimmen, nach welchem Maßstabe das Freiwerden des Schuldners zu bemessen ist. Hat sich eine Wertminderung der Hypothek bereits dadurch herausgestellt, daß sie bei der Zwangsversteigerung ganz oder zum Teil ausgefallen ist, so ist der Schuldner, falls der Gläubiger durch seine Verfügung die Entwertung der Hypothek verursacht hat, insoweit frei geworden, als er ohne diese

Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek würde Ersatz verlangen können, wenn sie noch bestände.

Die Voraussetzung der §§ 1164, 1165, daß der Schuldner vom Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann, ist, wie nicht bestritten, erfüllt. Dagegen fehlt es an der weiteren Vorbedingung des § 1165, daß Kläger durch eine der darin bezeichneten Verfügungen die Entwertung und den Ausfall der Hypothek herbeigeführt hat. Von diesen Verfügungen kann nur der Verzicht auf die Hypothek in Frage kommen, den die Beklagten darin finden, daß Kläger die Veräußerung und Wegschaffung des Inventars vom Pfandgrundstücke durch Sch. nicht verhindert, sondern geradezu gestattet und genehmigt habe. Daß hierdurch eine Verschlechterung des Pfandgrundstücks und folglich eine Entwertung der Hypothek verursacht sein kann, die den Kläger zu den Sicherungsmaßregeln der §§ 1133—1135 berechtigt hätte, läßt sich nicht bezweifeln. Aber ein Verzicht auf die Hypothek, wie ihn § 1165 fordert, ist darin nicht enthalten. Der Wortlaut „verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek“, welcher in den §§ 1168 und 1175 Abs. 1 Satz 2 wiederkehrt, weist darauf hin, daß in allen diesen Bestimmungen der Ausdruck „Verzicht auf die Hypothek“ in demselben technischen Sinne verstanden ist, daß der Gläubiger durch eine Erklärung, also durch ein positives Handeln, die Entlastung des Pfandgrundstücks herbeigeführt hat. Nach der Sorgfalt, mit welcher bei der Redaktion des Bürgerlichen Gesetzbuches die anzuwendenden Ausdrücke gewählt, und insbesondere derselbe Ausdruck als technischer überall beibehalten ist, wo mit ihm dasselbe bezeichnet werden soll, ist es ausgeschlossen, den Verzicht auf die Hypothek im § 1165 als einen Verzicht in dem weiteren Sinne aufzufassen, der sich auch im Geschehenlassen oder Gestatten äußern kann.

2. Steht hiernach den Beklagten der § 1165 nicht zur Seite, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß ihnen die *exceptio doli generalis* zustatten kommt. Daß mit den im § 1165 bezeichneten Verfügungen des Gläubigers diese Einrede nicht erschöpft sein soll, ist ohne weiteres anzunehmen, da nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Grundsatz allgemein in Geltung steht, daß ein jeder sein Tun und Lassen so einzurichten hat, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern, und daß nicht gegen die guten Sitten verstoßen werden darf, mag dies auch nur in einzelnen Bestimmungen wortdeutlich hervor-

treten (vgl. §§ 136. 157. 162. 242. 320. 815. 817. 826). Es wäre deshalb nicht unzulässig, die Befreiung des Schuldners von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit auch da eintreten zu lassen, wo der Gläubiger durch sein Verhalten absichtlich die rechtliche und wirtschaftliche Lage seines Schuldners verschlechtert hat. Dazu würde aber nicht genügen, daß der Gläubiger lediglich von den ihm nach den §§ 1133—1135 H.G.B. zustehenden Sicherungsmitteln keinen Gebrauch macht; denn aus der Berechtigung, zu verhindern, daß der Eigentümer das Pfandgrundstück und das mit dieser haftende Zubehör verschlechtere, läßt sich eine Verpflichtung hierzu nicht ableiten. Auch das bloße Geschehenlassen oder Gestatten der Veräußerung und Wegschaffung des Zubehörs durch den Eigentümer ist nicht zur Begründung einer *exceptio doli generalis* des Schuldners geeignet; denn das Veräußern und Wegschaffen des Zubehörs bewirkt dessen Heraustreten aus der Pfandhaft, mag es vom Gläubiger geduldet oder gar gestattet sein, oder nicht, wie auch andererseits das Dulden oder Gestatten der Veräußerung und Wegschaffung des Zubehörs nicht dessen Enthftung bewirkt, wenn das Veräußern und Wegschaffen tatsächlich nicht erfolgt. Nur durch den Hinzutritt besonderer Umstände, die jene Absicht des Gläubigers erkennen lassen, kann solches Verhalten zu einer *exceptio doli generalis* des Schuldners führen. Hätte sich z. B. die Behauptung der Beklagten als richtig herausgestellt, daß Kläger auf die Aufforderung, der Devastation des Pfandgutes durch Sch. entgegenzutreten, geäußert habe: „Nein — die Erben müssen bluten“, dann würde den Beklagten wohl eine wirksame Einrede erwachsen sein. Aber die Beweisaufnahme hat nichts zuungunsten des Klägers ergeben. Es ist nicht einmal bewiesen und kann auch, wie das Berufungsgericht in unanfechtbarer Auslegung der angeblichen Äußerung des Klägers ausführt, durch den dem Kläger angetragenen Eid nicht nachgewiesen werden, daß Kläger dem Eigentümer Sch. den Verkauf und die Wegschaffung des Inventars gestattet und ihn durch sein Verhalten dazu aufgemuntert hat.“ . . .