

61. 1. Ist die Gültigkeit der Eintragung der Unterschiebung einer anderen Forderung unter eine bestehende Hypothek davon abhängig, daß die der Eintragung zugrunde liegende Einigung in einer der Formen des § 873 Abs. 2 B.G.B. geschlossen ist?

B.G.B. § 1180.

2. Kann, wenn mehrere Beklagte in Streitgenossenschaft stehen, die Abweisung der Klage gegen einen Streitgenossen von der Leistung eines einem anderen Streitgenossen auferlegten Eides abhängig gemacht werden?

B.P.D. § 476.

3. Kann der Eigentümer, dem der wahre Gläubiger die Lösung einer Hypothek versprochen hat, vom Buchgläubiger Berichtigung des Grundbuchs (durch Lösung) verlangen?

B.G.B. § 894.

4. Zum Begriffe der Unentgeltlichkeit im Sinne des § 3 Nr. 3 des Anfechtungsgesetzes.

V. Zivilsenat. Ur. v. 11. März 1905 i. S. R. (Kl.) w. F. u. R. (Bekl.).
Rep. V. 649/04.

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

Der Beklagte F. bot dem Kläger im Jahre 1901 in notariell beurkundetem Protokolle zwei Grundstücke zum Kaufe an gegen Übernahme der eingetragenen Hypotheken im Gesamtbetrage von 130000 M. Der Kläger nahm das Angebot — nach seiner Angabe mit einer Maßgabe — an, worauf ihm die Grundstücke aufgelassen wurden. Unter den Hypotheken von 130000 M. befand sich eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 40000 M für laufenden Kredit, eingetragen für den Beklagten K. Diese Hypothek wurde bereits vor dem Kaufangebot in eine Darlehnshypothek umgeschrieben unter gleichzeitiger Abtretung eines Teilbetrags von 30000 M an den Kläger, und zwar mit dem Vorrechte vor dem Überreste. 10000 M blieben also als Darlehnshypothek für den K. eingetragen. Nach der Auflassung wurden von ihr 4200 M auf Grund der Bewilligung des K. gelöst. Der Kläger verlangte vom Beklagten F. Herbeiführung

der Löschung auch der Resthypothek von 5800 *M* und vom Beklagten *R.* Bewilligung dieser Löschung, oder Anerkennung, daß die Resthypothek dem Beklagten *H.* zustehende, oder Duldung der Zwangsvollstreckung in diese Hypothek wegen verschiedener rechtskräftiger Forderungen des Klägers an den Beklagten *H.*

Der Kläger behauptete, daß der Beklagte *H.* sich vor der Auflassung unter teilweiser Änderung des Kaufangebots ihm gegenüber verpflichtet habe, die für *R.* eingetragene Hypothek von 10000 *M* löschen zu lassen. In dem Angebote hatte der Beklagte *H.* sich verpflichtet, die damals im Bau befindlichen Gebäude zu vollenden. Diese Verpflichtung habe — behauptete der Kläger — der in Vermögensverfall geratene Beklagte *H.* nicht erfüllen können, und deshalb sei vereinbart worden, daß der Kläger die Grundstücke mit den unvollendeten Gebäuden zu einem um 10000 *M* ermäßigten Preise zu übernehmen habe. Daraus ergebe sich die Löschungsspflicht des Beklagten *H.* Die Anträge gegen den Beklagten *R.* seien deshalb gerechtfertigt, weil *R.*, der unstreitig dem Beklagten *H.* weder laufenden Kredit gewährt, noch ein Darlehn gegeben habe, nur formal als Hypothekengläubiger erscheine. Außerdem sucht der Kläger die Hypothek gegen *R.* wegen ihm unstreitig zustehender rechtskräftiger Forderungen gegen den Beklagten *H.* im Gesamtbetrage von mehr als 5800 *M* an, weil sie auf einer unentgeltlichen Verfügung beruhe.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage, indem sie die Behauptungen des Klägers bestritten. Sie behaupteten, daß der Beklagte *R.* auch materiell Hypothekengläubiger in Höhe von 5800 *M* gewesen sei. *R.* habe nämlich an den Vater des Beklagten *H.* eine aus Wechselln herkommende Forderung in jener Höhe gehabt. Nach Eintragung der Sicherungshypothek von 40000 *M* habe *R.* die Kreditgewährung davon abhängig gemacht, daß *H.* für die Schuld seines Vaters Bürgschaft übernehme oder ihn wegen dieser Schuld befriedige. Der Beklagte *H.* habe darauf die Schuld des Vaters als eigene übernommen, und es sei zwischen den beiden Beklagten vereinbart worden, daß die Sicherungshypothek für diese Schuld mit haften und in Höhe von 5800 *M* in eine feste Hypothek für *R.* umgeschrieben werden solle. Zu einer Kreditgewährung des *R.* sei es nicht gekommen, weil der Kläger nach Abtretung eines Teilbetrags von 30000 *M* der ganzen in eine Verkehrshypothek umgeschriebenen

früheren Höchstbetragshypothek sich zur Beschaffung von Baugelbern verpflichtet habe.

Der erste Richter verurteilte den Beklagten H. nach dem Klageantrage, wies dagegen die Klage gegen K. ab. Auf die Berufung des Klägers und des Beklagten H. wurde das erste Urteil dahin abgeändert: „Der Beklagte H. soll schwören, daß er vor Eintragung der Umwandlung der Sicherungshypothek von 40000 M in eine Darlehenshypothek eine Schuld seines Vaters an K. im Betrage von 5800 M aus Wechselakzepten als eigene übernommen und mit K. vereinbart habe, daß die Hypothek für diese Schuld haften solle. Für den Fall der Eidesweigerung soll die Klage gegen K. abgewiesen, und die einstweilige Verfügung, soweit sie ihn betrifft, aufgehoben, dagegen der Beklagte H. zur Bewirkung der Löschung der 5800 M und, falls er dies in der Zwangsvollstreckungsinstanz nicht tut, zur Zahlung von 5800 M und Zinsen verurteilt werden. Für den Fall der Eidesleistung soll die Klage gegen H. abgewiesen, und die einstweilige Verfügung, soweit sie ihn betrifft, aufgehoben werden. Der Beklagte K. soll schwören, daß ihm bei Bestellung der Sicherungshypothek von 40000 M durch den Beklagten H., bei Übernahme der 5800 M betragenden Schuld des Vaters durch ihn und bei der Vereinbarung, daß für diese übernommene Schuld die Sicherungshypothek mit haften solle, eine Absicht des Beklagten H., seine Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt gewesen sei. Für den Fall der Eidesleistung soll die Klage gegen ihn abgewiesen, und die einstweilige Verfügung, soweit sie ihn betrifft, aufgehoben werden. Für den Fall der Eidesweigerung soll K. verurteilt werden, einzuwilligen, daß der Kläger in die Hypothek von 5800 M aus den in der Urteilsformel aufgezählten vollstreckbaren Titeln die Zwangsvollstreckung betreibe.“

Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen, aus folgenden Gründen:

... „Der Berufungsrichter nimmt für erwiesen an, daß der Beklagte H. auf das an ihn gestellte Ansinnen des Klägers sich nicht zur Löschung der Hypothek von 10000 M verpflichtet, sondern nur versprochen hat, sich um die Löschungsbewilligung des Beklagten K. zu bemühen. Es wird in Auslegung des bezeugten Versprechens ausgeführt, daß H. sich nur insoweit habe verpflichten wollen und

verpflichtet habe, als die Hypothek in Wahrheit nicht dem R., sondern ihm zugestanden habe. . . . In Höhe von 4200 M stand dem R. kein materielles Hypothekenrecht zu, und so weit hat der Beklagte H. seiner Verpflichtung auch genügt. Streit besteht, ob dem R. eine Forderung von 5800 M zusteht, und für diese die Hypothek haftet. Daß eine Hypothek auch für eine fremde Schuld bestellt werden kann, steht außer Zweifel (vgl. z. B. Jurist. Wochenschr. 1898 S. 36 Nr. 91). Die Behauptung der Beklagten geht dahin, daß der Vater des H. dem R. 5800 M aus Wechselakzepten geschuldet, und der Beklagte H. diese Schuld als eigene übernommen habe mit der Vereinbarung, daß die Hypothek dafür haften solle. Das Bestehen einer Schuld des H. sen. an R. in Höhe von 5800 M nimmt der Berufungsrichter . . . für erwiesen an. . . .

Ist sonach von dem Bestehen der Forderung des R. an H. sen. auszugehen, so bleibt zu untersuchen, ob die Hypothek für diese Forderung haftet. Der Berufungsrichter behauptet diese Frage für den Fall, daß der Beklagte H. den ihm auferlegten Eid leistet, indem er es bis zur Auferlegung eines Ergänzungseides für wahrscheinlich gemacht hält, daß H. vor Umwandlung der Sicherungshypothek in eine Darlehnshypothek die Schuld seines Vaters als eigene übernommen und mit R. vereinbart habe, die Hypothek solle für diese Schuld haften. . . . Der Berufungsrichter führt aus, daß die Schuldübernahme und die Vereinbarung der Haftung der Hypothek für die übernommene Schuld auch ohne Beobachtung einer Form gültig seien, wenn sie vor der Umwandlung der Sicherungs- in eine Darlehnshypothek vorgenommen worden seien. Nur für diesen Fall soll die Eidesleistung die Abweisung der Klage gegen H. zur Folge haben. Die Revision ist der Ansicht, daß die Einschließung einer anderen Forderung in die für laufenden Kredit bestellte Sicherungshypothek nach § 1180 B.G.B. der gerichtlichen oder notariellen Form bedurft habe. Der Revision ist zuzugeben, daß der § 1180 an sich auch auf Sicherungshypotheken Anwendung findet. Aber wenn man selbst annehmen wollte, daß diese Bestimmung auf den vorliegenden Fall anwendbar sei, so würde mit der Eintragung der Umwandlung der Sicherungs- in eine Darlehnshypothek auch diese Vereinbarung nach § 873 Abs. 1 B.G.B. bindend geworden sein. Der im § 1180 bezogene § 873 Abs. 2 macht nur die Bindung vor der Eintragung

von der Beobachtung gewisser Formen abhängig; mit der Eintragung wird die formlose Einigung ebenfalls bindend. Die Revision meint ferner, es habe sich nach der eigenen Behauptung der Beklagten nicht um eine Verpflichtung, statt des *H. sen.*, sondern um eine solche, neben ihm zu haften, gehandelt. Es liege also eine kumulative Schulübernahme oder eine Bürgschaft vor, und beide verlangten zur Gültigkeit die Schriftform. Auch dieser Angriff ist nicht begründet. Behauptet war eine Schulübernahme. Ob diese kumulativ oder privativ ist, hatte der Richter zu prüfen, ohne an die Auffassung der Parteien gebunden zu sein. Der Berufungsrichter legt die von *H. sen.* bekundete Vereinbarung im Sinne einer privativen Schulübernahme aus und hat danach den dem Beklagten *H.* auferlegten Eid gefaßt. Gegen diese Auslegung können Revisionsangriffe mit Erfolg nicht gerichtet werden. Aber wenn dies auch zulässig wäre, so wäre damit für den Kläger nichts gewonnen. Freilich ist die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags nach § 766 B.G.B. an die Beobachtung der Schriftform gebunden, und das Reichsgericht hat in den Entsch. in Zivilf. Bd. 51 S. 122 für die kumulative Schulübernahme dieselbe Form verlangt, mit der später (Jurist. Wochenschr. 1905 S. 45 Nr. 11¹) hinzugefügten Beschränkung, daß dies nur für die Regelfälle gelte, in denen die kumulative Schulübernahme mit der Bürgschaft identisch sei. Aber im vorliegenden Falle hat der Beklagte *H.* dem *R.* doch auch (durch Umwandlung der Sicherungshypothek) Hypothek in notarieller Form bestellt, und die Hypothekbestellung ist auch eingetragen. Läge also eine Bürgschaft vor, so würde daneben doch noch die Bestellung einer Hypothek für eine fremde Schuld bestehen, und diese ist gültig, wenn die Vereinbarung durch den Eid des Beklagten *H.* festgestellt wird. Die Nichtigkeit der persönlichen Bürgschaft würde auf die Bestellung und Eintragung der Hypothek keinen Einfluß haben. Richtiger hätte der Berufungsrichter vielleicht die Vereinbarung überhaupt in dem Sinne aufgefaßt, daß nicht eine Schulübernahme, sondern die Bestellung einer Hypothek für fremde Schuld beabsichtigt sei; aber auch seine Konstruktion führt nicht zur Nichtigkeit der Hypothek. . . .

Für den Fall der Beklagte *H.* den Eid weigert, soll er nach

¹ Jetzt abgedruckt in dieser Sammlung B. 59 Nr. 66 S. 232. D. R.

dem Klageantrage verurteilt werden. Er hat sich der Revision nicht angeschlossen, und deshalb kann das Bedenken unterdrückt werden, ob durch die notarielle Urkunde vom 12. Oktober 1901 dem § 1180 B.G.B. nicht genügt ist, so daß es nicht darauf ankommen würde, ob die Einigung vor oder bei der Umwandlung der Hypothek zustande gekommen ist. Aber es soll außerdem die Klage gegen K. abgewiesen werden, und zwar weil der Kläger zu ihm in keinen obligatorischen Beziehungen stehe. Die Revision regt das Bedenken an, ob die Entscheidung über die Berufung des Klägers gegen die Zurückweisung der Klage gegen K. von einem Eide des bei dieser Berufung nicht beteiligten Beklagten H. habe abhängig gemacht werden dürfen. Allein, da auch H. die Berufung eingelegt hat, und er Streitgenosse des K. ist, war der Berufungsrichter nach § 476 B.P.O., der dem Richter in dieser Beziehung freies Ermessen einräumt, befugt, den richterlichen Eid dem H. allein aufzuerlegen (vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 12 S. 14; Urteil des Obersten Landesgerichts für Bayern in Seuffert, Archiv Bd. 47 S. 358). Zweifelhafter ist, ob die Weigerung des Eides durch H. die Abweisung der Klage gegen K. zur Folge haben muß. Die Revision beruft sich für die Verneinung auf den § 894 B.G.B., jedoch mit Unrecht. Freilich kann der Grundstückseigentümer Beseitigung nicht rechtsbeständiger Hypotheken, deren Bestehen das Grundbuch unrichtig macht, mit der Klage auf Berichtigung geltend machen (vgl. z. B. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 48 S. 51, Bd. 53 S. 408; Gruchot, Beiträge Bd. 48 S. 937); aber im vorliegenden Falle handelt es sich um eine rechtsbeständige Hypothek, die, wenn der Beklagte K. keinen materiellen Anspruch durch Kreditgewährung oder Darlehenshingabe auf sie erworben hat, dem Beklagten H. als Eigentümergrundschuld zusteht. H. könnte unter solchen Umständen von K. Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des H. als Gläubigers verlangen. Dem Kläger als Grundstückseigentümer steht ein solches Recht nicht zu, weil durch die Unrichtigkeit nicht sein Eigentum, sondern lediglich das Recht des wahren Hypothekengläubigers betroffen wird. Nicht weil die Hypothek von 5800 M nicht besteht, sondern weil der Beklagte H. ihre Löschung angeblich versprochen hat, verlangt der Kläger die Beseitigung der Hypothek. Es handelt sich also nicht um den Fall der Grundbuchberichtigung, sondern um einen rein obligatorischen Anspruch, den der

Kläger gegen K. nur verfolgen könnte, wenn er sich den Berichtigungsanspruch des H. hätte überweisen lassen, was aber nicht geschehen ist. . .

Der Kläger hat seine Klage gegen K. auch auf das Anfechtungsgesetz gegründet. Der Berufungsrichter hat diesen Klagegrund für den Fall, daß der Beklagte H. den Eid nicht leistet, verworfen, weil die Hypothek dann materiell dem Beklagten H. zustehe, also nichts aus dessen Vermögen herausgekommen sei. Für den Fall der Eidleistung hat er auf den im Tatbestande mitgeteilten Eid des Beklagten K. erkannt. Er nimmt an, daß es sich dann nicht um eine unentgeltliche, sondern um eine entgeltliche Verfügung handle, und daher der Kläger beweisen müsse, daß dem Beklagten K. eine Absicht des Beklagten H., seine Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt gewesen sei. Da dieser Beweis auf andere Art nicht geführt sei, komme es auf den zugeschobenen Eid an. Die Annahme der Entgeltlichkeit begründet der Berufungsrichter damit, daß die für den zu gewährenden laufenden Kredit bestellte Sicherungshypothek erst wirksam werde, wenn und soweit K. Forderungen gegen den Beklagten H. erwarb, und daß der Schuldübernahme als Entgelt, wenn nicht eben diese Kreditgewährung, so doch jedenfalls die Befreiung des bisherigen Schuldners gegenübergestanden habe. Die Revision meint, daß die Schuldübernahme sich dem Beklagten H. gegenüber als unentgeltliches Geschäft darstelle, da er keine Gegenleistung dafür empfangen habe.

Es ist der Revision zuzugeben, daß die Schuldübernahme und die Hypothekbestellung für eine fremde Schuld an sich in der Regel unentgeltliche Verfügungen sind. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Forderung an den Dritten wertlos ist. Ob dieser Fall hier vorliegt, steht nicht fest. Aber die Revision übersieht, daß die erwähnten Rechtshandlungen jedenfalls dann nicht unentgeltlich sind, wenn der Verfügende sie vornimmt, um eine Gegenleistung dafür zu erlangen. Das ist aber nach der Feststellung des Berufungsrichters hier der Fall. K. hat die Gewährung des Kredits an den Beklagten H., obwohl dafür schon die Sicherungshypothek bestellt war, davon abhängig gemacht, daß H. die Schuld seines Vaters übernehme. Demnach hat der Beklagte die Schuld im eigenen Interesse, um Kredit zu erlangen, übernommen, also gegen das Versprechen und in Erwartung einer Gegenleistung des K. Wenn seine Erwartung hinterher fehl geschlagen sein sollte, so würde dadurch

seine Leistung nicht rückwärts zu einer unentgeltlichen geworden sein (vgl. Urteil des I. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 22. Dezember 1888, teilweise abgedruckt in der Jurist. Wochenschr. 1889 S. 68).

Auch die Ausführung des Berufungsrichters geht nicht fehl, daß, wenn der Beklagte S. die Leistung des ihm auferlegten Eides verweigert, der Fall der Anfechtung nicht gegeben sei. Es steht dann fest, daß die Hypothek von 5800 M materiell nicht dem Beklagten R., sondern dem Beklagten S. gebührt, daß also durch die Eintragung auf den Namen des R. nichts aus dem Vermögen des Beklagten S. gekommen ist. Der Beklagte S. hat dann einen Berichtigungsanspruch an R., und, um das formale Recht des R. zu beseitigen, ist nicht die Anfechtung des formalen Rechts zulässig, sondern der Weg der Überweisung des Berichtigungsanspruchs gegeben.“ . . .