

48. Verkauf eines Grundstücks zum Fortbetrieb eines auf ihm eingerichteten Bordells. Kann der dinglichen Klage aus einer Hypothek, die für rückständiges Kaufgeld aus einem solchen Vertrage bestellt worden ist, der Einwand entgegengesetzt werden, daß die Hypothek wegen der Unsitlichkeit des Kaufvertrags nichtig sei? Aufrechnung der Provisionsforderung für Vermittlung des Kaufvertrags bei einem Bordellgrundstück.

B.G.B. §§ 138 Abs. 1. 387. 817. 1137. 1163 Abs. 1. 1168 Abs. 1. 1169.

V. Zivilsenat. Ur. v. 21. April 1906 i. S. F. (Rl.) m. L. (Bekl.).
Rep. V. 505/05.

- I. Landgericht Hamburg.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagte hatte durch notariellen Kaufvertrag vom 22. Mai 1902 von dem Kläger ein Hausgrundstück in Hamburg für 104000 M gekauft und demnächst aufgelassen erhalten. Sie blieb ein Restkaufgeld in Höhe von 38400 M schuldig, welches für den Kläger, mit 5 Prozent vom 1. Juli 1902 ab verzinslich, auf dem verkauften Grundstück hypothekarisch eingetragen wurde. Auf Zahlung der Zinsen für die Zeit vom 1. Juli 1902 bis zum 1. Januar 1903 im Betrage von 960 M

war die Klage mit dem Antrage gerichtet, die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu verurteilen. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage dahin, festzustellen, daß die vom Kläger beanspruchte Restkaufgeldforderung von 38400 *M* nebst Zinsen nicht zu Recht bestehe, und den Kläger zur Löschung der für ihn eingetragenen Hypothek zu verurteilen. Sie behauptete, eine Gegenforderung in Höhe von 1000 *M* für Vermittlung eines Kaufes über ein Haus in Lübeck gegen den Kläger zu haben, deren Aufrechnung auf die jetzt eingeklagten Zinsen mit ihm vereinbart sei, und sie machte ferner geltend, daß der ganze Kaufvertrag, aus welchem für den Kläger die Restkaufgelder in Höhe von 38400 *M* eingetragen wurden, nichtig sei, weil er gegen die guten Sitten verstoße. Kläger habe nämlich in dem Hause ein Bordell betrieben und nicht bloß das Haus, sondern auch dessen gesamte, dem Bordellbetriebe dienende Einrichtung und das Bordellgeschäft selbst an sie für einen auf 129000 *M* vereinbarten Kaufpreis verkauft. Lediglich um die Immobilienabgabe zu verringern, sei das Geschäft, welches ein einheitliches Rechtsgeschäft darstelle, in zwei gesonderte Verträge zerlegt, und der Preis für das Grundstück auf 104000 *M* angesetzt worden. Es seien auf die vereinbarten 129000 *M* Gesamtkaufpreis 29000 *M* bar gezahlt, und davon 25000 *M* auf das Inventar und das Geschäft, und 4000 *M* auf den Kaufpreis des Grundstücks angerechnet worden. In Wahrheit aber liege ein einheitliches Rechtsgeschäft vor. Letzteres bestritt der Kläger; er behauptete, es seien eben deshalb zwei gesonderte Verträge geschlossen worden, weil der Kaufvertrag über das Grundstück nicht dem Einwande, daß er gegen die guten Sitten verstoße, habe ausgesetzt werden sollen. Was die Gegenforderung von 1000 *M* anlangt, so macht Kläger geltend, daß gerade diese aus einem Geschäfte herrühre, das gegen die guten Sitten verstoße. Denn das Haus in Lübeck sei ein öffentliches Haus (ein Bordell) gewesen, und die Beklagte habe sich die Provision für die Vermittlung eines Kaufvertrags über dieses versprechen lassen.

Der erste Richter erhob Beweis und erkannte sodann unter der Feststellung, daß es sich beim Abschlusse des Kaufvertrags zwischen den Parteien um den Kauf und Verkauf eines als Bordell benutzten und als Bordell zu benutzenden Hauses gehandelt habe, und daß an

diesem Inhalte des Kaufvertrags durch die Fassung, die er erhalten, nichts geändert werde, dahin:

- „I. Der Kläger wird mit der erhobenen Klage abgewiesen.
- II. Dem widerklagend geltend gemachten Anspruch auf Feststellung des Nichtbestehens der Kaufpreisforderung entsprechend wird festgestellt, daß die Kaufpreisforderung von 38400 *M.*, für welche auf das Grundstück in Hamburg eine Hypothek eingetragen ist, nicht zur Entstehung gelangt ist.
- III. Der widerklagend geltend gemachte Anspruch auf Löschung der vorgenannten Hypothek wird abgewiesen.“

Gegen diese Entscheidung legten beide Parteien Berufung ein. Der Kläger erhöhte die Klage um 600 *M.*, als den Rest der am 1. Juli 1903 fällig gewordenen Zinsen, und beantragte, die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 1560 *M.* zu verurteilen und die Widerklage gänzlich abzuweisen.

Die Beklagte beantragte, der Widerklage auch insoweit stattzugeben, als sie vom ersten Richter abgewiesen worden war, und den Kläger auch mit den neu geforderten 600 *M.* abzuweisen.

Der Berufungsrichter hob im ersten Rechtszuge das Urteil des Landgerichts auf und erkannte dahin: „Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger 600 *M.* zu bezahlen. Mit dem weitergehenden Anspruche wird der Kläger abgewiesen. Die Widerklage der Beklagten wird abgewiesen.“

Dieses Urteil wurde vom Reichsgericht auf die Revision des Beklagten und auf die Anschließung des Klägers durch Urteil vom 27. Juni 1904 aufgehoben, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Gründe hierfür ergeben sich, soweit erforderlich, aus der Begründung des jetzigen (zweiten) Revisionsurteils.

Bei der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht erweiterte der Kläger den Zinsensanspruch bis zum 1. Juli 1904, so daß er jetzt insgesamt 3840 *M.* Zinsen forderte. Der Berufungsrichter änderte nunmehr nach erneuter Verhandlung und Beweiserhebung das Urteil des Landgerichts bezüglich der Kostenentscheidung ab; in der Sache selbst aber wies er die Berufung beider Parteien zurück.

Dieses Urteil wurde auf die Revision des Klägers (die Beklagte hat es nicht angefochten) insoweit aufgehoben, als es die Berufung des Klägers gegen das Urteil erster Instanz zurückweist, und in der

Sache selbst wurde unter entsprechender Abänderung des letzteren Urteils die Beklagte verurteilt, an den Kläger zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das mit der Hypothek belastete Hamburger Grundstück 2840 *M* zu zahlen. Mit der Mehrforderung wurde der Kläger abgewiesen, und im übrigen die Revision zurückgewiesen. Die Entscheidung ist ergangen aus folgenden

Gründen:

„Daß die Parteien nicht zwei voneinander abhängige Verträge, den einen über das Hausgrundstück, auf welchem das Bordell betrieben wurde, und den anderen über die dem Bordellbetriebe dienende Einrichtung (Inventar) und über das Bordellgeschäft selbst, geschlossen haben, daß ihr Wille und ihre Einigung vielmehr dahin ging, über diese Gegenstände (Haus, Inventar und Bordellgeschäft) ein einheitliches Kaufgeschäft abzuschließen, durch das die Beklagte in den Stand gesetzt werden sollte, das bisher vom Kläger betriebene Bordell weiter zu betreiben, hat der Berufungsrichter auf Grund der Beweisaufnahme bedenkenfrei festgestellt. Es ist daher ohne Belang, daß die Parteien, nachdem sie sich über das ganze Geschäft zu einem einheitlichen Preise von 129000 *M* geeinigt hatten, zwei gesonderte Kaufverträge verlautbarten, von denen sie den einen mit einem Preise von 104000 *M* auf das Grundstück, und den anderen mit einem Preise von 25000 *M* auf das Inventar und das Bordellgeschäft abstellten. Durch eine solche nur äußerliche Trennung konnte, wie der Berufungsrichter richtig und im Anschluß an das hierüber in dem früheren Revisionsurteil Ausgeführte angenommen hat, die in der Willenseinigung und Absicht der Parteien begründete Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts nicht beseitigt werden. Hat aber, wie hieraus hervorgeht, das ganze — einheitliche — Rechtsgeschäft einen unsittlichen Charakter, weil es getätigt worden ist, um die Beklagte in den Stand zu setzen, das Bordellgeschäft fortzusetzen, so wird hiervon auch jeder Teil des einheitlichen Rechtsgeschäfts ergriffen, und deshalb erweist sich nicht bloß der Kaufvertrag über das Inventar und Bordellgeschäft, sondern auch der über das Grundstück als ein gegen die guten Sitten verstößendes Rechtsgeschäft und ist deshalb nach § 138 Abs. 1 B.G.B. nichtig. Was hiergegen die Revision vorgebracht hat, läuft wieder auf die äußere Trennung in zwei gesonderte Verträge hinaus und ist darum nicht zu beachten.

Wäre bei dieser Sachlage die Beklagte auf Zahlung der rückständigen Zinsen des Kaufpreises mit der persönlichen Klage in Anspruch genommen worden, so wäre die Zurückweisung der Klage unbedenklich. Eine persönliche Klage ist aber nicht erhoben. Allerdings hat der Kläger, als er im ersten Rechtszuge der Berufungsinstanz den Klagenanspruch um 600 *M* (den Rest der am 1. Juli 1903 fällig gewordenen Zinsen) erweiterte, dabei nicht zum Ausdruck gebracht, daß er auch diese 600 *M* nur mit der dinglichen Klage einfordere, und dementsprechend ging auch das damalige Berufungsurteil schlechtweg dahin, daß die Beklagte zur Zahlung von 600 *M* an den Kläger verurteilt wurde; aber schon in der Klage ist der Antrag dahin eingeschränkt, daß die Beklagte bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zur Zahlung verurteilt werden soll, und dieselbe Einschränkung enthält der jetzt in der Berufungsinstanz gestellte Antrag des Klägers, durch den, wie im Tatbestande bemerkt, der geltend gemachte Zinsanspruch bis zum 1. Juli 1904 erstreckt worden ist. Erhoben ist also die dingliche Klage, mag auch der Kläger im Laufe des Rechtsstreits zu erkennen gegeben haben, daß er die Beklagte auch für persönlich verpflichtet erachtet. Daß dies in der Tat seine Meinung ist, erhellt am besten daraus, daß er den Kaufvertrag um das Grundstück als ein selbständiges, von der Unsitlichkeit des anderen Kaufvertrags unberührtes Rechtsgeschäft darzustellen bemüht ist. Wäre er dies, so könnte natürlich davon, daß die Beklagte eine persönliche Haftung wegen der Unsitlichkeit des Rechtsgeschäfts ablehnen dürfte, keine Rede sein. Auf die Meinung des Klägers käme es nun zwar nicht an, sondern auf die von ihm gestellten Anträge; aber die Meinung des Klägers und der Umstand, daß ihr entsprechend wenigstens zeitweise auch die Anträge des Klägers gelautet haben, kommt hier insofern in Betracht, als die Beklagte widerklagend eine Feststellung dahin verlangt hat, daß eine Kaufpreisforderung von 38000 *M* gegen sie nicht zur Entstehung gelangt sei. Hätte der Kläger anerkannt, daß er die Beklagte persönlich auf Zahlung und Verzinsung dieses Kaufgelderrückstandes nicht in Anspruch nehmen könne, so hätte die Beklagte ihr rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung darüber, daß sie persönlich nicht verpflichtet sei, anderweit dartun müssen; das Verhalten des Klägers aber ergibt ein solches rechtliches Interesse zur Genüge (§ 256 Z. P. O.).

Und die Feststellung selbst, welche die Beklagte verlangt, folgt unmittelbar aus § 138 Abs. 1 B.G.B. und aus der oben erwähnten bedenkenfreien Feststellung des Berufungsgerichts. Mit Recht ist daher die Berufung insoweit zurückgewiesen worden, als sie sich gegen die auf die Widerklage hin getroffene Feststellung des ersten Richters (Ziff. 2 des Urteils erster Instanz) richtet. Insoweit ist daher auch die Revision unbegründet. Dabei mag bemerkt werden, daß die Entscheidung des ersten Richters insoweit, als durch sie die Widerklage abgewiesen wird (Ziff. 3 desselben Urteils), rechtskräftig geworden ist. Denn das Berufungsgericht hat nunmehr beide Berufungen zurückgewiesen, und hiergegen hat nur der Kläger Revision eingelegt. Die Beklagte und Widerklägerin hat das Berufungsurteil nicht angefochten.

Es bleibt somit in der Sache selbst noch über die Zurückweisung der Klage zu erkennen, wobei — wie bereits hervorgehoben — festzuhalten war, daß sie als dingliche Klage erhoben worden ist, und der Kläger den eingeklagten Zinsenanspruch nach seinem jetzt in der Berufungsinstanz gestellten Antrag auch nur als dinglichen geltend machen will. Dieser Umstand nötigt, Stellung zu der Frage zu nehmen, ob und in welcher Weise die auf sachenrechtlichem Gebiete liegenden Erfüllungsgeschäfte von der Unfittlichkeit des zugrunde liegenden Kaufgeschäfts beeinflusst werden. Das Urteil des VII. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 19. Februar 1904 (Entsch. Bb. 57 S. 95) beschäftigt sich mit dieser Frage nur hinsichtlich der wucherlichen Kaufgeschäfte; für diese aber und für ihren Zusammenhang mit dem zu ihrer Erfüllung eingegangenen dinglichen Rechtsgeschäft ist im § 138 Abs. 2 B.G.B. eine auf die Eigentümlichkeiten des Wuchers abgestellte Spezialbestimmung gegeben, so daß dieses Urteil für die hier zu beantwortende Frage, für die es an einer solchen Spezialbestimmung fehlt, nicht maßgebend sein kann.

Die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte (z. B. Übergabe, Auffassung) sind nach dem Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Rechtsgeschäfte konstruiert, die die Macht, eine sachenrechtliche Wirkung hervorzubringen (z. B. Eigentum zu übertragen), in sich selbst tragen. Man bezeichnet sie deshalb als losgelöst von dem Kaufgeschäfte, oder man spricht von einem dinglichen Vertrage, der ihr eigentliches Wesen sei, und der, weil sich bei ihm der beiderseitige Wille nur auf die Herbeiführung der sachenrechtlichen Wirkung (z. B. auf Übertragung

und Erwerb des Eigentums) richte, nichts von dem Kaufgeschäft in sich aufgenommen habe. Man nennt die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte daher auch abstrakte Rechtsgeschäfte, abstrakt insofern, als sie auf sich selbst gestellt sind, und in dem Kaufgeschäft, das ihnen zugrunde liegt, zwar ihre Veranlassung finden, aus ihm aber keinen ihre Wirksamkeit bedingenden Faktor herübernehmen. Hält man diesen selbständigen Charakter der sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte fest, so ist die von Dernburg auch für das heute geltende Recht vertretene Annahme abzulehnen,

vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 § 127 Nr. 2, Bd. 2 Abs. 2 § 379, Bd. 3 § 64 a. E.,

daß die Unsittlichkeit des Kaufgeschäfts, und die an sie gesetzlich geknüpfte Folge der Nichtigkeit dieses Geschäfts auch die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte (Übergabe, Auflassung) nichtig mache. Gerade im Gegensatz hierzu ist andererseits die Meinung aufgestellt worden,

vgl. Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1 § 98 Nr. 2, § 158 Nr. 4, § 355 Anm. 1 und Eccius, in der Deutsch. Juristztg. 1903 S. 41,

daß die abstrakten Erfüllungsgeschäfte von der dem zugrunde liegenden Kaufgeschäft anhaftenden Unsittlichkeit überhaupt nicht ergriffen werden könnten, weil die Elemente, aus denen sie sich zusammensetzen, und aus denen sie ihre Wirksamkeit entnehmen, mit dem Zwecke des Kaufgeschäfts, der dieses zu einem unsittlichen stempelt, nichts zu tun hätten. Ob man soweit gehen soll, oder ob man nicht vielmehr mit Förster (im Recht 1905 S. 356) anzunehmen haben wird, daß in der Regel die Unsittlichkeit, die dem Kaufgeschäft anhaftet, auch dem Erfüllungsgeschäft anhaftet, kann dahingestellt bleiben. Denn das, worauf es ankommt, ist die Frage, ob auch das Erfüllungsgeschäft, wofern ihm eine Unsittlichkeit anhaftet, vom Gesetz als nichtig behandelt wird, und diese Frage ist zu verneinen. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts wäre unvereinbar mit dem § 817 B.G.B. Denn wäre das Erfüllungsgeschäft nichtig, so könnte davon keine Rede sein, daß aus der Leistung zu unsittlichem Zwecke nur eine Rückforderung (Kondition) stattfände. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts, z. B. der Auflassung, müßte zur Folge haben, daß eine Vermögensverschiebung überhaupt nicht eingetreten, das Eigentum

vielmehr bei demjenigen, der die Auflassung erteilt hat, verblieben wäre, und von ihm mit der Eigentumsklage (Vindication) geltend gemacht werden könnte. Dies ist nun aber ersichtlich nicht der Standpunkt, den das Bürgerliche Gesetzbuch im § 817 einnimmt. Denn wenn dort darüber Bestimmung getroffen wird, wann die Rückforderung zulässig, und wann sie ausgeschlossen sein soll, so ist damit anerkannt, daß die Vermögensverschiebung stattgefunden hat; das abstrakte Erfüllungsgeschäft (die Auflassung *zc*) kann also nicht nichtig gewesen sein; denn sonst hätte es die Wirkung, eine Vermögensverschiebung herbeizuführen (Eigentum zu übertragen), nicht haben können.

Nun ist aber nach § 817 Satz 2 die Rückforderung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt, „es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand“. Auf welche Fälle sich die in den letzten Worten zugelassene Ausnahme bezieht, wird noch zu erörtern sein; hier muß zunächst der Annahme des Berufungsgerichts entgegengetreten werden, daß die Anwendbarkeit der Vorschrift überhaupt „von den Umständen“ abhängt, und daß sie im vorliegenden Falle auf den Hausverkauf nicht anwendbar sei, weil dieser an sich nichts Unfittliches enthalte. Denn damit wird wiederum, wie schon in dem ersten aufgehobenen Berufungsurteile, das einheitliche Geschäft in besondere, voneinander unabhängige Teile zerlegt, und dann nur ein Teil — der Kaufvertrag über das Haus — der richterlichen Beurteilung unterstellt. Dies ist, wie schon in dem früheren Revisionsurteil ausgeführt wurde, unzulässig und wird jetzt auch durch die von dem Berufungsrichter getroffene Feststellung ausgeschlossen. Der Kaufvertrag über das Hausgrundstück unterliegt also, da auch ihm die Unfittlichkeit anhaftet, ebenfalls dem § 817. Damit wird eine Rückforderung des Grundstücks für den Kläger ausgeschlossen. Nicht so zweifellos ist, inwieweit eine Rückforderung auch für die Beklagte ausgeschlossen bleiben muß. Gewiß ist freilich in dieser Beziehung, daß sie das bar gezahlte Geld nicht zurückfordern kann; denn die Rückforderung läßt das Gesetz für den Leistenden, der mit seiner Leistung gleichfalls gegen die guten Sitten verstieß, nur zu, wenn „die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand“, und davon kann bei Barzahlung selbstverständlich keine Rede sein. Dagegen könnte man in der Hypothekenbestellung für das Kaufgeld eine

solche Leistung finden, nämlich eine Leistung, die in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht, und wäre dies so, so müßte man die Beklagte für befugt erachten, die Hypothek zu kondizieren, d. h. die Aufhebung des Hypothekenrechts zu verlangen. Daß dies zu einem dem Gerechtigkeitsgefühl unerträglichen Ergebnis führen würde, liegt auf der Hand; denn die Beklagte würde, obwohl sie mindestens ebenso unsittlich gehandelt hat wie der Kläger, das Grundstück behalten und für den noch schuldigen Kaufpreis weder persönlich noch mit dem Grundstücke haftbar zu machen sein. Persönlich haftbar ist sie gewiß nicht; dies folgt — wie bereits ausgeführt — mit zwingender Notwendigkeit aus § 138 Abs. 1 B.G.B.; aber die in Erfüllung des Vertrags begründete dingliche Verhaftung des Grundstücks vermag sie nicht zu beseitigen. Denn die Hypothekenbestellung gehört nicht zu der Ausnahme, für welche der § 817 Satz 2 die Rückforderung zugelassen hat. Dies ergibt sich, wenn man auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift eingeht, um darüber zur Klarheit zu kommen, an welche Fälle man gedacht hat, als man ausnahmsweise („es sei denn“ etc) die Rückforderung zuließ.

Die Vorschrift (§ 817 Satz 2) ist entstanden aus einer Zusammenziehung des § 747 Abs. 3 des Entwurfs I und des § 684 Abs. 3 dieses Entwurfs; die Schlussworte sind ein Zusatz der 2. Kommission. Jener § 747 Abs. 3 brachte die Bestimmung, die jetzt den Eingang des Satzes 2 im § 817 bildet, und den Regelfall darstellt, daß derjenige nicht zurückfordern darf, der selbst durch seine Leistung gegen die guten Sitten verstoßen hat. Nun erwog man aber, daß möglicherweise die Leistung in der Eingehung einer abstrakten Verbindlichkeit bestanden haben könne, durch die derjenige, der sie einging, sich ebenfalls persönlich, aber in abstrakter Weise, verbindlich gemacht haben würde. Als solche Fälle führte man an: die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit, die Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens und die vertragmäßige Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses (vgl. §§ 780—782 B.G.B. und Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 2 S. 337). Man wollte nun nicht, daß derjenige, der sich in dieser abstrakten Weise persönlich verbindlich gemacht, damit aber zugleich einen Verstoß gegen die guten Sitten begangen hatte, zur Erfüllung der von ihm eingegangenen Verbindlichkeit gezwungen werden könne. Deshalb ließ

man für solche Fälle die Kondition zu. Man begegnete sich hier mit dem Gedanken, der bereits im § 684 Abs. 3 des Entwurfs I niedergelegt war, und den man nun — etwas undeutlich — in die Worte faßte: „es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand“. Die Absicht war also, denjenigen, der sich durch ein abstraktes Rechtsgeschäft persönlich verbindlich gemacht hatte, aus dieser persönlichen Verbindlichkeit zu lösen, weil das Gesetz ein wirksames Schuldverhältnis, welches einen Verstoß gegen die guten Sitten in sich trägt, nicht anerkennen kann, also auch dann nicht, wenn es in ein abstraktes Rechtsgeschäft eingekleidet worden ist.

Aus dieser Entstehungsgeschichte erhellt, daß man an Erfüllungsgeschäfte, die auf dem Gebiete des Sachenrechts liegen, und die eine Vermögensverschiebung in dinglichen Rechten bewirken, nicht gedacht hat. Sie bilden insofern einen Gegensatz, als sie keine persönliche Haftung erzeugen und ihre Wirkung eben nur in Ansehung der Sache, auf die sie sich beziehen, zutage treten lassen. Zu ihnen gehört die Grundschuld, wenn diese für rückständiges Kaufgeld aus einem Bordellgrundstückskaufvertrage bestellt wird; nicht minder aber auch die Hypothek. Auch ihre Kondition ist unzulässig, weil das Gesetz als Regel die Rückforderung demjenigen, dem selbst ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt, versagt und sie nur ausnahmsweise unter Voraussetzungen zugelassen hat, die — wie soeben gezeigt wurde — auf die Hypothek nicht zutreffen. Die Wirkungen einer solchen Hypothek müssen so weit reichen, wie das dingliche Recht Macht hat; sie müssen also auch auf die Zinsen mitausgedehnt werden, wenn solche miteingetragen worden sind, und daher das Grundstück auch für sie dinglich verhaftet ist. Das der Hypothek zugrunde liegende Schuldverhältnis wird dadurch nicht berührt; es bleibt richtig. Die Beklagte kann also persönlich weder für das hypothekarisch gesicherte Kapital noch für die Zinsen in Anspruch genommen werden. Für beide haftet sie nur mit dem Grundstück. Ob man bei solcher Rechtslage sagen darf, eine derartige Hypothek verwandle sich in eine Grundschuld (so Förster a. a. O. S. 357), mag dahingestellt bleiben; die Ähnlichkeit beider ist unverkennbar. Aber von der Grundschuld unterscheidet sich eine derartige Hypothek immer noch dadurch, daß sie für eine persönliche Forderung bestellt worden ist, die zwar vom Gesetze für richtig erklärt wird, bei der es aber doch die Rück-

forderung ausschließt, soweit sie bezahlt oder durch eine Vermögensverschiebung auf sachenrechtlichem Gebiet erfüllt worden ist. Darum ist es unrichtig, wenn der erste Richter auf einen solchen Fall den § 1163 Abs. 1 B.G.B. für anwendbar erachtet und angenommen hat, die Hypothek stehe, weil die Forderung, für welche sie bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt sei, dem Eigentümer — hier also der Beklagten — zu. Eine solche Annahme ist mit dem § 817 Satz 2 unvereinbar. Denn wenn die Rückforderung der Hypothek ausgeschlossen sein soll, weil demjenigen, der sie bestellt hat, gleichfalls ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt, so kann man nicht auf einem Umwege zu dem gerade entgegengesetzten Ergebnisse kommen. Dies wäre aber der Fall, wenn die Beklagte die Hypothek, die sie nicht kondizieren darf, als eine ihr zustehende Eigentümerhypothek behandeln und als solche verwerten dürfte. Aus demselben Grunde muß auch die Anwendbarkeit des § 1137 B.G.B. für ausgeschlossen gelten. Denn wollte man der Beklagten gestatten, die ihr gegen die Forderung zustehende Einrede, daß sie wegen Unfittlichkeit nichtig sei, auch der hypothekarischen Klage entgegenzusetzen, so würde die Beklagte, da sie mit dieser Einrede die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausschließen könnte, nach § 1169 B.G.B. auch verlangen können, daß der Kläger auf die Hypothek verzichte, und dies würde nach § 1168 Abs. 1 B.G.B. die Folge haben, daß sie — die Beklagte — als Eigentümerin des Grundstücks die Hypothek erwürbe. Man käme also auch hier wieder — nur auf einem anderen Wege — gerade zu dem Ergebnisse, welches mit der Vorschrift in § 817 Satz 2 unvereinbar ist. Es bleibt daher nur der Schluß übrig, daß die Hypothek, wenngleich die ihr zugrunde liegende persönliche Forderung als solche nicht geltend gemacht werden kann, zu Recht besteht, und demnach auch die hypothekarische Klage demjenigen, dem die Hypothek zusteht, nicht versagt werden kann.

Die Beklagte hat schließlich noch eingewendet, daß der Kläger mit den eingeklagten Zinsen in Höhe von 1000 *M* durch Aufrechnung mit einer Provisionsforderung befriedigt worden sei, die ihr für Vermittlung eines Kaufvertrags für ein in Lübeck gelegenes Haus gegen ihn zugestanden habe. Bezüglich dieses Einwandes steht in tatsächlicher Beziehung nach dem beiderseitigen Parteivorbringen nunmehr fest, daß die Parteien über die Aufrechnung der gedachten Provisions-

forderung auf die am 1. Januar 1903 fällig gewordenen Zinsen in der Tat einig geworden sind, die Aufrechnung also durch Vertrag vollzogen haben, daß aber auch der Kaufvertrag um das Lübecker Haus ein Bordellgrundstück betraf. Mit Rücksicht hierauf will Kläger an die Aufrechnung jetzt nicht mehr gebunden sein. Der Berufungsrichter hat sich hierüber nicht ausgesprochen, und er brauchte es auch von seinem Standpunkt aus nicht, da er ohnehin zur Abweisung der Klage gelangte. Es bedarf aber dieserhalb keiner Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz; denn mit der durch Vertrag vollzogenen Aufrechnung ist die Forderung des Klägers erloschen. Es handelt sich nicht um eine Aufrechnungsbefugnis, die die Beklagte auf Grund der gesetzlichen Vorschriften (§ 387 B.G.B.) für sich in Anspruch nähme, und die ihr zu versagen sein würde, wenn die Forderung, mit der sie aufrechnen will, aus einem gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfte herrührte. Es handelt sich vielmehr um die Frage, ob die Forderung des Klägers endgültig als getilgt anzusehen ist, nachdem er sich vertragsmäßig damit, daß sie auf eine Gegenforderung der Beklagten aufgerechnet werden soll, einverstanden erklärt hat, und diese Frage war zu bejahen. Damit ermäßigt sich der Zinsenanspruch des Klägers auf den Betrag von 2840 M; mit der Mehrforderung war der Kläger abzuweisen.“ . . .