

105. Hat der Bedent einer Briefhypothek den für diese empfangenen Gegenwert zurückzuzahlen, wenn er den Hypothekenbrief dem Zessionar nicht ausgehändigt hat, und sodann im Zwangsversteigerungsverfahren die Hypothek erloschen und ausgefallen ist?

B.G.B. §§ 323, 325, 812, 818.

V. Zivilsenat. Urtr. v. 23. Juni 1906 i. S. W. (Rl.) w. G. (Bekl.).  
Rep. V. 585/05.

I. Landgericht Dresden.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte hatte dem Kläger im November 1901 eine Teilhypothek von 9500 M gegen Barzahlung übertragen, ihm aber den Teilhypothekenbrief niemals ausgehändigt. Nachdem diese Teilhypothek

in der Zwangsversteigerung vom 22. Oktober 1904, wobei der Beklagte das Grundstück erstanden hat, ausgefallen war, klagte der Kläger auf Zahlung von 9500 *M* nebst 4 Prozent Zinsen seit dem 1. Juli 1903. Der erste Richter wies die Klage ab, und vom Oberlandesgericht wurde die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Das Reichsgericht hat den Beklagten nach dem Klagantrage verurteilt.

#### Gründe:

„Das Berufungsgericht hat sein Urteil im wesentlichen wie folgt begründet. Unrichtig sei die besonders im ersten Rechtszuge vom Kläger vertretene Ansicht, daß der Abtretungsvertrag wegen unterbliebener Aushändigung des Hypothekenbriefes nichtig gewesen sei. Auf die §§ 326 Abs. 1. 327 Abs. 1. 346 Abs. 1 B.G.B. könne sich der Kläger nicht stützen, weil er den Beklagten nie wegen der Briefherausgabe gemahnt und in Verzug gesetzt habe. Ebenjowenig lasse sich die Klage mit Unmöglichkeit der Erfüllung ohne, oder mit Verschulden des Beklagten nach den §§ 323. 325. 287 Satz 2. § 280 Abs. 1 B.G.B. begründen. Der Beklagte habe zwar seine Pflicht, den Hypothekenbrief herauszugeben, nicht erfüllt, aber dadurch die Ungültigkeit und Unbrauchbarmachung des Briefes nicht verursacht. Diese seien vielmehr nur infolge des Nichtausbietens der Hypothek und ihres Erlöschens ohne Verschulden des Beklagten herbeigeführt worden. Der Kläger erkenne dies in seinem Briefe vom 1. November 1904 selbst an. Auch durch beiderseits unverschuldeten Zufall im Sinne des § 323 B.G.B. sei die Vertragserfüllung nicht unmöglich geworden; Kläger habe vielmehr diese Unmöglichkeit selbst durch seine Untätigkeit, durch Nichtausbieten der Hypothek verschuldet. Wenn er sich auf Mangel an Vermitteln berufe, so berühre doch dieser Umstand keinesfalls den Beklagten.

Mit Recht wirft die Revision diesem Urteil Verletzung der §§ 323. 325 B.G.B. vor.

Es war vor den Vorderrichtern bestritten, und es fehlen genaue Feststellungen darüber, ob der Beklagte dem Kläger die Teilhypothek verkauft, oder nur nach schon geschehener Zahlung ohne zugrundeliegenden Kaufvertrag abgetreten hat. In jedem Falle, sei es nach den §§ 433. 437. 444 B.G.B., oder sei es nach den §§ 398. 401. 402 im Zusammenhalt mit den auf beide Fälle anzuwendenden §§ 1154 Abs. 1, 1117. 1152 daselbst, war er verpflichtet, dem Beklagten die abgetretene

Hypothek zu verschaffen und ihm den zum Hypothekenerwerb unbedingt erforderlichen Teilhypothekenbrief herauszugeben. Daß diese Hypothekverschaffung durch Erlöschung der Hypothek in der Zwangsversteigerung, und daß die Auslieferung des Briefes durch dessen Vernichtung gemäß § 91 Abs. 1 Zw.V.G. § 130 daselbst. § 69 G.B.D. mit § 148 sächs. Verordn. z. Ausf. der G.B.D. unmöglich wurde, ist nicht bestritten. Daß er dem Kläger eine ganz ähnliche Hypothek auf dem von ihm ersteigerten Grundstück verschaffen könne oder wolle, behauptet der Beklagte selbst nicht; es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob in dieser Weise die Unmöglichkeit der ursprünglichen Erfüllung wieder beseitigt oder gar nicht eingetreten sein könnte.

Mit Unrecht bezweifelt der Vorderrichter den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Nichtauslieferung des Hypothekenbriefes, also einer Unterlassung des Beklagten, und der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung. Hätte der Beklagte noch unmittelbar vor der Zuschlagserteilung den in seinen Händen befindlichen Hypothekenbrief dem Kläger ausgehändigt, so wäre damit seine Vertragspflicht vollständig erfüllt, die Hypothek auf den Kläger übergegangen gewesen. Mit dem Zuschlag aber wurde ihm diese Erfüllung wegen Erlöschens der Hypothek und Ungültigwerdens des Briefes darüber unmöglich, und er kann sich nicht darauf berufen, daß ja der Kläger durch Ausbieten der Hypothek anderweitige Deckung oder Sicherung hätte suchen können und müssen. Eine solche unter Umständen gewagte und bei Vermögenslosigkeit unmögliche Handlung wäre, wenn sie vom Kläger dennoch vorgenommen worden wäre, keinesfalls eine Erfüllung der ursprünglichen Vertragspflicht des Beklagten gewesen. Diese war und blieb vom Zuschlag an unmöglich. Gänzlich unerheblich für die Beurteilung der Sache ist der Brief des Klägers vom 1. November 1904, worin er dem Beklagten zwar für sein Verhalten in der Zwangsversteigerung dankt, immerhin aber um Zahlung bittet, und keinesfalls auf seine Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis verzichtet.

Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst, daß vom Oberlandesgericht unzutreffend die Vorschriften über Vertragsrücktritt wegen Verzugs in den §§ 326 flg. B.G.B. zur Abweisung der Klage angewendet worden sind. Nicht wegen Verzugs des Gegners, sondern wegen Unmöglichkeit der Erfüllung will der Kläger zurücktreten, und für solches Verlangen sind die §§ 323—325 B.G.B. allein maßgebend.

Nach § 325 B.G.B. kann, wenn die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstands, den er zu vertreten hatte, unmöglich wird, der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder vom Vertrage zurücktreten, oder statt dieser beiden Rechte die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte, insbesondere daher einen Bereicherungsanspruch wegen des von ihm Geleisteten, geltend machen.

Das letzte hat der Kläger mittels der Klage getan.

Daß ein gegenseitiger Vertrag vorlag, nimmt der Berufungsrichter, indem er immer von „vertragsmäßiger Leistung“ spricht, zunächst nach den §§ 326 flg. B.G.B. urteilt, und die Anwendbarkeit des „nur auf nicht gegenseitige Schuldverhältnisse sich beziehenden § 280 B.G.B.“ verneint, an, und es sind hiergegen selbst für den Fall, daß ein bloßer Übertragungsvertrag — ohne Kauf — geschlossen war, auch nach der Geschichtserzählung des Beklagten Bedenken nicht zu erheben. Zu vertreten hat der Schuldner gemäß § 276 B.G.B. Vorsatz und Fahrlässigkeit, in besonderen Fällen auch den Zufall.

Man könnte nun in unmittelbarer oder doch entsprechender Anwendung des § 446 B.G.B., wonach die Gefahr erst mit Übergabe der Sache auf den Käufer übergeht, Haftung des Beklagten für Zufall, oder auch weitergehend, weil er sich über die Bedeutung des ihm vom Grundbuchamt zugestellten, nach Empfang des Gegenwerts ihm aber nicht mehr gebührenden Teilhypothekenbriefs nicht erkundigte und ihn sorglos bei sich liegen ließ, Fahrlässigkeit auf seiner Seite annehmen, und — weil auch zur Vertretungspflicht nach den angezogenen §§ 276, 325 förmlicher Verzug nicht gehört — sofort nach letztbezeichneter Gesetzesstelle entscheiden, daß dem Kläger der erwähnte Bereicherungsanspruch zusteht. Es ist aber nicht notwendig, die eben angeregten Rechtsfragen endgültig zu beantworten, weil, selbst wenn man Haftung des Beklagten für Zufall oder seine Fahrlässigkeit nicht für gegeben erachtet, und seine Entschuldigung, daß er von der Briefhypothek nichts wußte und verstand, und an Buchhypothek dachte, billigt, das Endergebnis ganz das gleiche sein muß. Denn jedenfalls muß dann — und noch mehr, weil der Kläger den Teilhypothekenbrief nie zu Gesicht bekam — die gleiche Entschuldigung auch für diesen, der sie ebenfalls vorgebracht hat, gelten; und es liegt dann der Fall des § 323 B.G.B. vor, daß nämlich die vom Beklagten ge-

schuldete Briefübergabe und Hypothekverschaffung infolge beiderseitigen entschuldbaren Rechtsirrtums, also durch einen Umstand unmöglich geworden ist, den weder der eine noch der andere Teil zu vertreten hat. Daß angesichts der Neueinführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der für den Laien nicht ohne weiteres vorausetzenden Kenntnis davon, daß sogar noch zum Übergang einer bereits im Grundbuch überschriebenen Briefhypothek Übergabe des Briefes notwendig ist, der in Rede stehende Rechtsirrtum ein verzeihlicher war, bedarf weiterer Ausführungen nicht. Ist sonach § 323 B.G.B. jedenfalls anzuwenden, so steht nach dessen Abs. 3 der schon erwähnte Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung des grundlos gegebenen Gegenwerts von 9500 *M* dem Kläger zu, und ebenso müßte man — ganz abgesehen vom § 280 B.G.B. — gemäß § 812 Satz 2 daselbst dann entscheiden, wenn man das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrags verneinen wollte.

Unzweifelhaft ist der Beklagte durch Zahlung der 9500 *M* wirklich bereichert worden, und der glaubwürdigen Behauptung des Klägers, daß der Beklagte das Geld zinsbar angelegt und mindestens 4 Prozent Zinsen daraus gezogen habe, hat dieser nicht widersprochen. Er hat auch nicht die Einrede vorgebracht, daß er nicht mehr bereichert sei, daß er etwa das Empfangene durch den Ausfall der Hypothek in der Zwangsversteigerung wieder verloren habe. Im Gegenteil muß daraus, daß er schon im ersten Rechtszuge erklärte: „Seit der Zeit, zu der der Kläger die Teilhypothek erworben habe, sei sie nicht schlechter im Range geworden; wenn der Kläger in der Zwangsversteigerung mitgeboten hätte, so würde er entweder das Grundstück zugeschlagen erhalten haben, oder aber er wäre überboten worden“, gefolgert werden, daß er selbst als Erststehler die 9500 *M*, die er nicht ausgeboten hat, dennoch im Werte des Grundstücks erhielt. Dies scheint auch das Berufungsgericht, wie aus seinem Hinweis auf Erfüllungsmöglichkeit durch Ausbieten zu schließen, anzunehmen. Es braucht daher schon aus diesen Gründen nicht untersucht zu werden, ob der Fall des § 818 Abs. 3 B.G.B. gegeben ist. Überdies aber könnte der Beweis nicht mehr vorhandener Bereicherung nicht darauf gerichtet werden, daß der Beklagte für die untergegangene Hypothek nichts anderes erhalten hat; denn dann würde ja nicht er die Gefahr tragen, sondern der Kläger. Auch wenn der Beklagte an Stelle der

ausgefallenen Hypothek nichts erhalten hätte, ist er durch die vom Kläger empfangene Valuta bereichert. Wie der Verkäufer einer Sache, der den Kaufpreis empfangen, die Sache aber noch nicht übergeben hat, den Kaufpreis zurückgeben muß, wenn die Sache untergeht (§§ 446. 323 B.G.B.), und sich nicht darauf berufen darf, er habe ja die Sache nicht mehr und sei daher durch den an ihre Stelle getretenen Kaufpreis nicht bereichert, so ist dieser Standpunkt auch in den sonstigen Fällen des § 323 nicht denkbar.

Nach dem allem muß das Berufungsurteil wegen Nichtanwendung der Bestimmungen über Erfüllungsunmöglichkeit, insbesondere des § 323 B.G.B., aufgehoben, und, da die Sache zur Endentscheidung reif ist, der Beklagte sofort unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils gemäß §§ 823. 812. 818 B.G.B. zur Zahlung der 9500 *M* nebst 4 Prozent Zinsen seit dem 1. Juli 1903, von wo an sie nur verlangt werden, verurteilt werden.“