

25. 1. Wird durch die Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer eines Grundstückes, daß der Brief über eine vom Käufer zugunsten eines Dritten zu bestellende Hypothek dem Dritten vom Grundbuchamt übersandt werden soll, die Übergabe des Briefes gemäß § 1117 Abs. 2 B.G.B. ersetzt?

2. Steht dem Käufer solchenfalls wegen Schadensersatzforderungen gegen den Verkäufer ein Zurückbehaltungsrecht am Briefe zu?  
B.G.B. §§ 1117, 328, 334, 273, 274.

G.B.D. § 60.

V. Zivilsenat. Ur. v. 27. April 1907 i. S. S. (Bekl.) w. B. (Kl.).  
Rep. V. 434/06.

I. Landgericht Lyd.

II. Oberlandesgericht Königsberg.

Durch notariellen Vertrag vom 4. April 1905 tauschte der Beklagte von dem Gutsbesitzer Karl B., dem Ehemanne der Klägerin,

und dem Gutbesitzer J. das Gut P. ein. In Anrechnung auf den in Höhe von 270 000 *M* festgesetzten Tauschwert des Gutes übernahm der Beklagte eingetragene Hypotheken von zusammen 212 700 *M*. Ferner wurde bestimmt, daß Beklagter „auch eine erst in das Grundbuch einzutragende, zu 4 $\frac{1}{2}$  Prozent verzinsliche Hypothek von 27 000 *M* für die Klägerin übernehme“. Bei der Auflassung des Gutes an den Beklagten seitens des B. und des J. am 8. April bewilligte und beantragte der Beklagte die Eintragung der Hypothek für die Klägerin gemäß dem Vertrage, und „die Erschienenen beantragten, über die für die Klägerin einzutragende Hypothek einen Hypothekenbrief zu bilden und denselben der Klägerin zu übersenden“. Die Hypothek wurde dann für die Klägerin eingetragen, und ein Hypothekenbrief gebildet. Bevor dieser an die Klägerin ausgehändigt werden konnte, ging beim Grundbuchamte am 15. April ein notariell beglaubigter Antrag des Beklagten ein, den Brief nicht der Klägerin, sondern ihm zuzustellen, oder den Brief bei den Akten zurückzubehalten. Hierauf verfügte der Grundbuchrichter die Affirmierung des Briefes. Klägerin erhob daher Klage auf Verurteilung des Beklagten, darin zu willigen, daß das Grundbuchamt den Brief an sie zu Händen ihres Ehemannes herausgebe. Der Beklagte bestritt die Aktivlegitimation der Klägerin. Der erste Richter verurteilte nach dem Klageantrage. In der Berufungsinstanz wendete Beklagter weiter ein, ihm stehe ein Zurückbehaltungsrecht zu wegen Schadensersatzansprüche von mindestens 6000 *M*, die ihm gegen B. und J. wegen arglistigen Verschweigens, daß ein großer Teil des Pferdebestandes des Gutes P. an Räude erkrankt gewesen, entstanden seien. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Auf die Revision des Beklagten wurde, unter Aufhebung des Berufungsurteils, die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen aus folgenden

#### Gründen:

„Der Berufungsrichter läßt dahingestellt, ob die Klägerin, wie sie behauptet, beim Abschlusse des notariellen Vertrages vom 4. April 1905 durch ihren Ehemann als Bevollmächtigten vertreten gewesen ist. Er gelangt auf Grund der Bestimmung in dem Vertrage, daß Beklagter eine „erst in das Grundbuch einzutragende“ Hypothek von 27 000 *M* für die Klägerin übernehme, und mit Rücksicht darauf, daß bei der Auflassung des Gutes P. der Beklagte die Eintragung der

Hypothek für die Klägerin bewilligt und beantragt hat, während alle Vertragsschließenden beantragt haben, den Hypothekenbrief der Klägerin zu übersenden, zu der Feststellung, daß nicht die Verkäufer B. und J. die Hypothek für die Klägerin hätten bestellen, und Beklagter diese habe übernehmen, sondern daß Beklagter sich selbst zur Bestellung der Hypothek habe verpflichten wollen und verpflichtet habe, sowie daß nach dem zum Ausdruck gelangten übereinstimmenden Willen aller Vertragsschließenden die Klägerin den Hypothekenbrief sich unmittelbar vom Grundbuchamte auszuhändigen lassen sollte. Diese auf tatsächlicher Würdigung beruhende, ohne ersichtliche Gesetzesverletzung getroffene Feststellung ist für die Revisionsinstanz bindend. Unter ihrer Zugrundelegung nimmt der Berufungsrichter an, die Klägerin habe nach Eintragung der Hypothek und Herstellung des Hypothekenbriefes zwar nicht Eigentum an diesem erworben, wohl aber ein unmittelbares obligatorisches Recht auf Aushändigung des Briefes. Ein Rechtsirrtum ist hierin nicht zu erkennen. Der Gläubiger erwirbt eine Briefhypothek und damit zugleich das Eigentum an dem hergestellten Hypothekenbriefe gemäß §§ 1117, 952 B.G.B. erst, wenn ihm der Brief von dem Grundstückseigentümer übergeben wird, oder wenn Eigentümer und Gläubiger die Vereinbarung treffen; daß letzterer berechtigt sein solle, sich den Brief von dem Grundbuchamte auszuhändigen zu lassen. Eine solche Vereinbarung ist vorliegend nicht, wie die Revisionsbeklagte auszuführen sucht, getroffen worden. Durch die Vereinbarung soll, um den Erwerb der Hypothek zu beschleunigen, die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger ersetzt, und der mittelbare Besitz des Briefes (§ 868 B.G.B.) im voraus auf den Gläubiger übertragen werden (Prot. Bd. 3 S. 729). Wie daher die Übergabe an den Gläubiger zu erfolgen hat, so ist auch für die Vereinbarung zu erfordern, daß sie mit dem Gläubiger getroffen wird; die Vereinbarung mit einem Dritten über Aushändigung des Briefes an den Gläubiger kann nur dann die Übergabe ersetzen, wenn der Dritte Vertreter des Gläubigers ist. Die §§ 328 flg. B.G.B., betreffend Verträge zugunsten Dritter mit der Wirkung unmittelbaren Rechtserwerbs dieser sind auf die Vereinbarung unanwendbar, da die Einigung auf dem Gebiete des Sachenrechts, der dingliche Vertrag, zwar den Vorschriften des Allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte (§§ 104—185 B.G.B.), nicht aber den Vorschriften

über Verträge auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse unterliegt, soweit nicht im dritten Buche des Bürgerlichen Gesetzbuchs besonders auf sie Bezug genommen ist. — Auch eine einseitige Bestimmung des Eigentümers gemäß § 60 Abs. 2 G.B.D., daß der Gläubiger berechtigt sein soll, Aushändigung des Hypothekenbriefes vom Grundbuchamte zu verlangen, oder daß, wie vorliegend, der Brief vom Grundbuchamte dem Gläubiger übersandt werden soll, hat nicht die Wirkung der Übertragung des Eigentums in dem Augenblicke der Herstellung des Briefes; vielmehr geht in diesem Falle das Eigentum auf den Gläubiger erst dann über, wenn dem Gläubiger vom Grundbuchamte der Brief wirklich ausgehändigt worden ist.

Hat sonach auch vorliegend die Klägerin, wenn sie bei dem Vertragsschlusse nicht durch ihren Ehemann vertreten gewesen ist, an dem ihr noch nicht ausgehändigten Hypothekenbriefe Eigentum nicht erworben, so folgert doch der Berufungsrichter aus der von ihm festgestellten Bedeutung der vorgenannten Erklärungen der Vertragsschließenden mit Recht, daß die Klägerin unmittelbar die obligatorische Berechtigung gegenüber dem Beklagten erlangt hat, Aushändigung des hergestellten Hypothekenbriefes zu fordern. Denn danach hat der Beklagte als Gegenleistung für die Übereignung des Gutes B. die Verpflichtung übernommen, für die der Klägerin gegen die Verkäufer B. und S. zustehende Forderung Hypothek mit dem Gute zu bestellen, und ist also die Bestellung der Hypothek für die Klägerin, und damit die zum Erwerbe der Hypothek erforderliche Aushändigung des Hypothekenbriefes, welcher der Klägerin auch vom Grundbuchamte unmittelbar übersandt werden sollte, als eine Leistung zugunsten eines Dritten im Sinne des § 328 B.G.B. ausbedungen worden.

Danach ist mit dem Berufungsrichter die Berechtigung der Klägerin, die Aushändigung des Hypothekenbriefes im Klagewege zu verfolgen, für gegeben zu erachten. . . .

Begründet dagegen ist der Angriff der Revision gegen die Zurückweisung der in der Berufungsinanz geltend gemachten Einrede des Zurückbehaltungsrechts. Nach dem Berufungsurteile ist, da der Berufungsrichter dahingestellt gelassen hat, ob bei der Vereinbarung über die Hypothekbestellung und die Befugnis der Klägerin, sich den Hypothekenbrief auszuhändigen zu lassen, der Verkäufer B. zugleich als Bevollmächtigter der Klägerin aufgetreten ist, die Berechtigung der

Klägerin zur Geltendmachung des Klagenanspruchs lediglich darauf gestützt, daß die Klägerin auf Grund des zwischen dem Beklagten und den Verkäufern B. und F. geschlossenen Vertrages die Aushändigung des Hypothekenbriefes fordern kann. Gemäß § 334 B.G.B. kann daher der Beklagte Einwendungen, die ihm aus dem Vertrage gegenüber seinen Vertragsgegnern zustehen, auch gegenüber der Klägerin geltend machen. Eine solche Einwendung ist die Einrede der Mangelhaftigkeit der Vertragserfüllung, die der Beklagte durch die Behauptung erhebt, die Verkäufer hätten ihm arglistig verschwiegen, daß ein großer Teil des Pferdebestandes des Gutes B. an Räude erkrankt gewesen sei, und es sei ihm hierdurch ein Schaden von mindestens 6000 M entstanden. Wäre diese Behauptung richtig, so könnte Beklagter von seinen Vertragsgegnern gemäß § 463 B.G.B. Ersatz des durch den Mangel des Kaufgegenstandes ihm entstandenen Schadens verlangen (vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 53 S. 92), und er würde, wenn die Vertragsgegner gegen ihn einen Anspruch aus dem Vertrage geltend machten, wegen dieser aus demselben rechtlichen Verhältnis entstandenen, fälligen Schadenersatzforderung die von ihm beanspruchte Leistung gemäß §§ 273, 274 B.G.B. verweigern dürfen. Mit derselben Wirkung kann daher der Beklagte die Schadenersatzforderung gegenüber dem von der Klägerin erhobenen Vertragsansprüche geltend machen. Klägerin ist allerdings zur Leistung des Schadenersatzes nicht persönlich verpflichtet; eine solche Verpflichtung soll aber auch im Urteil nicht ausgesprochen werden; vielmehr hat die Einrede, wenn sie begründet ist, nur die Wirkung, daß die Erfüllung des von der Klägerin erhobenen Anspruchs im Urteil von der Leistung des Schadenersatzes Zug um Zug abhängig zu machen ist (vgl. Planck, Bem. 2 zu § 334 B.G.B.). Der Berufungsrichter erkennt auch an, daß der Beklagte berechtigt sein würde, die ihm gegenüber der Klägerin obliegende Vertragsleistung bis zur Befriedigung seines Schadenersatzanspruchs gegen die Verkäuferer zu verweigern. Trotzdem weist er die Einrede des Beklagten zurück, weil die von der Klägerin verlangte Leistung, nämlich die Einwilligung des Beklagten in die Aushändigung des Hypothekenbriefes, bereits erfüllt sei. Tatsächlich jedoch liegt die Sache so, daß Beklagter zwar in der Auflassungsverhandlung vom 8. April 1905, ebenso wie die Verkäufer B. und F., die Übersendung des zu bildenden Hypothekenbriefes

an die Klägerin beantragt, dann aber die Ausführung der beantragten Übersendung durch den widersprechenden Antrag vom 10. April 1905 selbst verhindert hat. Die zufolge dieses vertragswidrigen Verhaltens dem Beklagten noch obliegende Leistung auf Grund des Vertrages ist die von der Klägerin im Rechtsstreit verfolgte Einwilligung in die Herausgabe des Hypothekenbriefes, durch welche das der Erlangung des Briefes und damit dem Erwerb der Hypothek entgegenstehende Hindernis beseitigt wird. Der Widerruf der ursprünglichen Einwilligung hatte allerdings keine Wirkung gegenüber der Klägerin; das aus dieser Einwilligung in Verbindung mit den anderen Erklärungen der Vertragsschließenden sich ergebende unmittelbare Recht der Klägerin, die Herausgabe des Briefes zu fordern, blieb trotz des einseitigen Widerrufs des Beklagten bestehen. Aber ebenso, wie Klägerin, wenn der Grundbuchrichter etwa den Brief dem Beklagten trotz dessen ursprünglichen Antrages ausgehändigt hätte, die Herausgabe des Briefes als eine Leistung aus dem Vertrage vom Beklagten fordern könnte, ist vorliegend die Klägerin berechtigt, die zur Ermöglichung der Erlangung des Briefes erforderliche Einwilligung in die Aushändigung seitens des Grundbuchamts vom Beklagten als Vertragsleistung zu verlangen; und an dieser Vertragsleistung kann Beklagter ein Zurückbehaltungsrecht mit der vorbezeichneten Wirkung ausüben, wenn ihm ein Schadensersatzanspruch gegen die Verkäuferin zusteht.

Anders wäre die Rechtslage, wenn der Ehemann der Klägerin beim Vertragschluß und in der Auflassungsverhandlung zugleich als Vertreter der Klägerin aufgetreten wäre und die Bestellung der Hypothek seitens des Beklagten sowie die Erklärung, daß der Hypothekenbrief der Klägerin überhandt werden solle, im Namen der Klägerin angenommen hätte. Dann würde die Klägerin bereits mit der Herstellung des Briefes an diesem das Eigentum erlangt und damit die Hypothek erworben haben, und würde zwischen der Klägerin, vertreten durch ihren Ehemann, einerseits und dem Beklagten andererseits ein besonderer Vertrag auf Hypothekbestellung geschlossen sein, aus dem die Klägerin selbständig, und unabhängig von dem zwischen dem Beklagten und den Verkäufern B. und J. geschlossenen Vertrag, die Einwilligung des Beklagten in die Aushändigung des Briefes verfolgen könnte. In diesem Falle würde Beklagter nicht berechtigt

---

sein, der Klägerin wegen der Schadenserzatzforderung aus dem letzteren Vertrag ein Zurückbehaltungsrecht entgegenzustellen. Der Berufungsrichter ist aber in eine Erörterung darüber, ob der Ehemann der Klägerin Vertreter dieser gewesen ist, nicht eingetreten.“ . . .