

7. 1. Wann ist die Hypothekverpfändung genügend bestimmt?
  2. Kann sie mittels Benutzung einer alten, inzwischen ungültig gewordenen Verpfändungsurkunde geschehen?
  3. Wann ist der Gläubiger bei Entgegennahme der Hypothekverpfändung bösgläubig?
  4. Wann kann er, falls ihm wegen seiner Bürgschaftsleistung die Hypothek verpfändet ist, diese einziehen?
- BB. §§ 1204, 1253, 1273, 1274, 1278, 1154, 126, 1137, 1138, 892, 1285, 1282.

V. Zivilsenat. Ur. v. 2. Dezember 1911 i. S. W. (Bekl.) w. K. (Gl.).  
Rep. V. 266/11.

- I. Landgericht Elbing.
- II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Der Beklagte kaufte von H. am 22. Juni 1902 das Grundstück E. I Nr. 80 für 380000 M und übernahm dabei eine Hypothek der Frau St. von 45000 M als Selbstschuldner. Diese längst gekündigte Hypothek wurde von Frau St. am 9. März 1903 an H., angeblich nur zu fiduziarischem Eigentume, übertragen. Am 22. Februar 1904 verpfändete sie H. mittels notariell beglaubigter Urkunde unter Zustimmung der Frau St. dem Kläger „für alle diesem gegen ihn“ (H.) „ohne Unterschied des Rechtgrundes jetzt und künftig zustehenden Ansprüche an Hauptforderung, Zinsen und Kosten“, angeblich unter Übergabe des Hypothekenbriefs, weil sich der Kläger für ihn der S.-Kasse gegenüber verbürgt hatte. Die Schuld H.'s an diese Kasse wurde sodann von der Firma D. & Sch. in B. abgelöst, und diese Firma wurde anfangs 1905 von der Pr.-Kasse, die gegen Verbürgung des Klägers an H. Darlehen bewilligte, befriedigt. Alle genannten Geldgeber sollten die erwähnte Verpfändungsurkunde nebst dem Hypothekenbriefe für die Zeit ihrer Gläubigerschaft in Besitz erhalten haben, und der Kläger behauptete insbesondere, daß diese Urkunden für ihn seit dem 21. Februar 1905 bei der Pr.-Kasse hinterlegt gewesen, aber zum Zwecke der jetzigen Klagerhebung von dieser Kasse an ihn herausgegeben worden seien.

Weil sich diese Gläubigerin an ihn als Bürgen hielt und H., der den Offenbarungseid geleistet hatte, ihn nicht von der Bürgschaft

befreien konnte, stellte der Kläger, zugleich gestützt auf schriftliche Einwilligung H's, den Klagantrag, den Beklagten zu verurteilen, bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück E. I. Nr. 90 an den Kläger direkt oder an die Pr.-Kasse 30104,18 M (das Gesamtguthaben der letztgenannten) nebst 5% Zinsen seit dem 1. Juli 1909 zu zahlen.

Der Beklagte begründete seinen Klagabweisungs- und seinen Widerklagantrag, womit er Herausgabe des Hypothekenbriefs und der St.'schen Abtretungsurkunde vom 9. März 1903 begehrte, wie folgt. Der Hypothekenbrief nebst Übertragungsurkunde sei dem Kläger nie ausgehändigt gewesen, keinesfalls in seinem Besitze verblieben; die alte — übrigens selbst zu allgemeine und daher unwirksame — Verpfändungsurkunde vom 22. Februar 1904 könne nicht für die neue Verpfändung vom Februar 1905 gelten, und überdies sei der Kläger bei diesen Hypothekverpfändungen nicht gutgläubig gewesen. Er habe nämlich schon damals gewußt, daß er, der Beklagte, gegen H. aus dem Kaufe einen Gewährleistungs- oder Schadenersatzanspruch von 100000 M — inzwischen rechtskräftig auf 57832 M festgestellt — erhoben, dafür Arrest erwirkt und schon am 2. Juni 1903 und dann wieder am 2. März 1904 damit aufgerechnet habe.

Dem allen widersprach der Kläger; nur seine allgemeine Kenntnis von der Gegenforderung des Beklagten gab er als möglich zu.

Der erste Richter wies nach Beweiserhebung die Klage ab und gab der Widerklage statt, weil die alte Verpfändungsurkunde vom 22. Februar 1904 durch Zahlung der betreffenden Schuld unwirksam geworden sei und daher für die neue Verpfändung vom Februar 1905 nicht mehr Geltung haben könne. Auf des Klägers Berufung wurde jedoch vom Oberlandesgerichte nach dem Klagantrage erkannt und die Widerklage abgewiesen. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter hat die Verpfändungsurkunde vom 22. Februar 1904 für nicht zu allgemein gefaßt und daher für wirksam erklärt. Diesem vom Revisionskläger zur Nachprüfung gestellten Aussprüche kann nicht entgegengetreten werden. Insbesondere gestattet § 1204 Abs. 2 mit § 1273 Abs. 2 BGB. die Verpfändung von Rechten auch für künftige Forderungen, und wenn eine solche Verpfändung zugunsten aller Forderungen eines benannten Gläubigers an einen

benannten Schuldner lautet, entbehrt sie der erforderlichen Bestimmtheit nicht (vgl. RG. in Jur. Wochenschr. 1907 S. 513 Nr. 13).

Die Revision meint ferner, der vom Landgerichte festgestellte, vom Berufungsgerichte dahingestellt gelassene Umstand, daß bei der Tilgung der ersten H.'schen Schuld an die S.-Kasse die Verpfändungsurkunde vom 22. Februar 1904 samt Hypothekenbrief an H. zurückgegeben worden sei, habe ihre Wiederverwendung und Wirksamkeit für das zweite Verpfändungsgeschäft vom Februar 1905 gehindert.

Hiergegen ist aber folgendes zu erwägen. Wäre das Pfandverhältnis nach dem Willen der Beteiligten bei Befriedigung der S.-Kasse noch nicht erloschen gewesen, hätte es noch fortbauern sollen und wären damals die Verpfändungsurkunde und der Hypothekenbrief an den Verpfänder H. überhaupt nicht oder nur versehenlich oder zufällig an ihn, als bloßen Verwahrer der Urkunden für den Kläger, zurückgelangt, so könnte die weitere Wirksamkeit und Gültigkeit der Urkunde vom 22. Februar 1904 zugunsten der neuen Verbürgung des Klägers der Pr.-Kasse gegenüber nicht bezweifelt werden. Die Vermutung des § 1253 Abs. 2 mit § 1278 BGB. könnte dann keinesfalls Platz greifen.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 51 S. 115 und Urteil vom 24. Juni 1904 Rep. V. 640/03.

Aber in diesen Richtungen hat der Vorberrichter keine Feststellungen getroffen, und es muß daher unterstellt werden, daß durch die Befriedigung der S.-Kasse und die damalige Zurückgabe der Verpfändungsurkunde und des Hypothekenbriefes in H.'s Besitz das Pfandverhältnis erloschen war. Unzweifelhaft war dann an sich zur Neuverpfändung der Hypothek gemäß §§ 1274, 1154 BGB. abermals Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefes erforderlich, und es fragt sich zunächst und hauptsächlich, ob das erste Erfordernis, wie das Oberlandesgericht und der Kläger unter Bestreiten des Beklagten annehmen, durch Wiederverwendung der alten, zuvor unwirksam gewordenen Verpfändungsurkunde vom 22. Februar 1904 ersetzt werden konnte.

Dabei muß auf die Bedeutung und die Erfordernisse der gesetzlich angeordneten schriftlichen Beurkundung eines Rechtsgeschäftes zurückgegangen werden. Schon die Rechtsprechung zu dem für gesetzlich angeordnete oder verabredete Schriftlichkeit der Verträge maßgebenden

§ 116 preuß. UR. I. 5 war schließlich wenig streng. Obgleich diese Gesetzesstelle bestimmt, daß solche Verträge ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift erhalten, woraus auf die Notwendigkeit des Nachfolgens der Unterschrift nach der Willenseinigung und deren Niederschrift geschlossen werden konnte, wurde doch von diesem Erfordernis abgesehen und gestattet, daß die Unterschrift vorausgehe. Demzufolge wurde die Aushändigung bloßer Blätter mit Unterschriften (sog. Blankette), die der Empfänger der Abrede gemäß ausfüllen dürfe, um so mehr gestattet, als auch § 440 Abs. 2 BPD. für die Zulässigkeit bloßer Blankette spricht.

Vgl. gegen Ob.Trib. Bd. 50 S. 29 Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 14 S. 301, Bd. 36 S. 241; ferner Urteil vom 25. Februar 1905 Rep. V. 554/04.

Einen Schritt weitergehend hat der erkennende Senat zu dem angezogenen § 116 in seinem in Bd. 27 S. 269 der Entsch. des RG.'s abgedruckten Urteile ausgesprochen, daß derselbe Grundsatz, der für Blankette gelte, daß nämlich die Unterschrift der Niederschrift des Rechtsgeschäfts vorausgehen dürfe und daß die Unterschrift das ganze Maß der Schriftlichkeit erfülle, auch auf die nachträgliche Verwendung einer unwirksam gewordenen Urkunde zu einem neuen Vertragsabschlusse Anwendung finden müsse.

In vorliegender Sache ist nicht das preuß. Landrecht, sondern § 126 BGB. anzuwenden, dessen Absatz 1 bestimmt:

„Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.“

Da diese Vorschrift den ausdrücklichen Beisatz des § 116 UR. I. 5, daß die Urkunde ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift erhalten, nicht aufgenommen hat, so ist um so weniger ein Grund dafür ersichtlich, die im vorstehenden dargelegte Rechtsprechung zu § 116 UR. nicht auf § 126 BGB. anzuwenden (vgl. Motive I. S. 185). So wurde denn auch vom VI. Zivilsenat des Reichsgerichts in den Entsch. Bd. 57 S. 66 die Verbürgung mittels eines nachträglich mit dem Namen des Gläubigers ausgefüllten Blanketts nach §§ 126, 766 BGB. für gültig erklärt. Derselbe Senat erachtete in Bd. 70 S. 411 die Forthaftung eines Bürgen für gegeben, wenn er sie

trog an sich anzunehmender Bürgschaftsbesetzung nach § 91 ZmWB. dem Hypothekengläubiger bloß mündlich erklärt hatte, und der erkennende Senat hat in seinem Urteile vom 14. Januar 1911 Rep. V. 88/10 die Gültigkeit einer Mietvertragsurkunde nach Abänderung der Zeitdauer, jedoch mit unverändert gebliebenen alten Unterschriften, anerkannt und dabei auf die erwähnte Rechtsprechung, insbesondere auf die Entscheidung Bd. 27 S. 269 hingewiesen.

Es fragt sich aber, ob diese milde Anwendung des § 126 BGB. auch dann statthaft ist, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die das Grundbucheintragungsrecht berühren und deshalb im allgemeinen vom Gesetze strengeren Formvorschriften unterworfen sind. Bei der Mannigfaltigkeit der hierbei in Betracht kommenden Fälle braucht sich und hat sich aber die gegenwärtige Entscheidung nur auf den Fall der Hypothekverpfändung, über deren Erfordernisse jetzt gestritten wird, zu erstrecken. Allerdings erfolgt gemäß § 1274 BGB. die Bestellung eines Pfandrechts an einem Rechte nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften, und diese erfordern bei Briefhypotheken — abgesehen von der sie ersetzenden Grundbucheintragung — schriftliche Form neben Übergabe des Hypothekenbriefs. Nun hat freilich der erkennende Senat in den Entsch. des RG.'s Bd. 63 S. 230 die Frage verneint, ob nach dem jetzt geltenden Rechte eine Grundschuld rechtswirksam in blanco oder durch nachträgliche Einsetzung des neuen Gläubigers in die Urkunde abgetreten werden könne. Aber die Begründung dieser Entscheidung erkennt einerseits an, daß vielfach, wenn auch nur ausnahmsweise nach § 126 BGB. die Zulässigkeit von Verfügungen in blanco anerkannt werden muß und andererseits läßt sie ersehen, daß sie nur für den besonderen Fall der Grundschuldbabtretung ergangen ist, indem sie namentlich den vom Gesetzgeber (Motive III S. 783) ausdrücklich erklärten Willen hervorhebt, den § 55 preuß. Eig. Erw. Ges. nicht ins Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen und den Grundschuldbriefen die Bedeutung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber tatsächlich nicht zu verschaffen. Es liegt auf der Hand, daß diese Entscheidung auf bloße Grundschuldb- oder gar Hypothekverpfändungen nicht zutrifft. § 55 preuß. Eig. Erw. Ges. handelte nicht von Verpfändungen, und trotz der Verpfändung bleibt die Grundschuld oder die Hypothek nach wie vor für einen bestimmten Gläubiger im Grundbuche und im Briefe

eingetragen, besteht also bei Zulassung von Blankoverpfändung solcher Rechte die Gefahr, daß tatsächlich Inhaber-Grundsschulden oder Hypotheken dadurch geschaffen werden könnten, nicht. So hat denn auch der erkennende Senat in einem Falle die Hypothekverpfändung in blanco auch nach neuem Rechte für zulässig erklärt.

Vgl. Urteil vom 4. März 1908, Rep. V. 163/07 (Recht 1908 Nr. 1391).

Im gegebenen Falle liegt keine eigentliche Hypothekverpfändung in blanco, sondern die Verwendung einer vollständigen, äußerlich unverändert gebliebenen, aber innerlich ungültig gewordenen Hypothekverpfändungs-Urkunde für ein neues Verpfändungsgeschäft vor. Es darf aber mit der Entscheidung Bd. 27 S. 269 angenommen werden, daß dieselben Gründe, welche für Zulassung von Blankoverfügungen sprechen, es vielleicht in noch höherem Maße rechtfertigen, die Neuverwendung alter Urkunden für gültig zu erklären, soweit nicht besondere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen. In beiden Fällen blieben die früheren Unterschriften — das wesentlichste Erfordernis nach § 126 BGB. — echt, in beiden Fällen bestimmt der Wille der Beteiligten, wofür die echte Unterschrift gelten soll, und die Gefahr des Mißbrauches eines bloß mit der Namensunterschrift versehenen Blattes, eines reinen Blanketts, ist bei Wiederbenutzung einer inhaltlich vollkommenen alten Urkunde nahezu ausgeschlossen.

Dazu kommt, daß die nach § 1274 BGB. anzuwendende Vorschrift des § 1154 noch besonders für die Zulässigkeit der Wiederbenutzung einer alten Verpfändungsurkunde für ein neues gleichartiges Geschäft spricht. Die Bedeutung und die Erfordernisse der daselbst angeordneten „schriftlichen Form“ sind im allgemeinen die nämlichen, wie sie in vorstehendem zu § 126 BGB. besprochen sind. Es ist darnach zunächst notwendig, daß ein die künstliche Pfandhaftung der Hypothek für ein bestimmtes Schuldverhältnis bewilligendes, vom Verpfänder unterschriebenes Schriftstück vorliegt. Dies ist hier der Fall. Sodann verlangt § 1154 die Erteilung dieser Erklärung an den Gläubiger, und dieses nach Annahme des Vorberrichters im gegebenen Falle gleichfalls erfüllte Erfordernis ist besonders bedeutsam. Erst die erteilte Urkunde kann wirksam werden; mit der Erteilung gibt der Schuldner seinem Willen, die Hypothek zu verpfänden, den deutlichsten tatsächlichen Ausdruck, und sie beseitigt die etwa mög-

lichen Bedenken über die Art des Zustandekommens der Urkunde und wegen ihrer früher einmal etwa bestandenen Ungültigkeit. Als wieder in Kraft gesetzte Urkunde ist sie ausgehändigt und angenommen worden. Im jetzigen Streitfalle steht fest, daß eine zuvor angeblich wirkungslos gewordene, aber zu dem beabsichtigten neuen Verpfändungsgeschäfte ihrem Inhalte nach genau passende Urkunde dem Gläubiger „erteilt“ worden ist; damit wurde dem ersten Erfordernisse des § 1154 Genüge getan. Hieran kann auch der ganz nebensächliche Umstand nichts ändern, daß die in der Urkunde angegebene Zeit ihrer Niederschrift, das Datum vom 22. Februar 1904, zu der Zeit der zweiten Hingabe des Schriftstücks (Februar 1905) an sich nicht stimmt. Erst die Hingabe selbst war das Entscheidende; wie in vielen andern ähnlichen Fällen kam es auf die Zeit der Niederschrift hier nicht an. Überdies begnügt sich das Gesetz mit dem besprochenen Verlangen der Erteilung der Verpfändungsurkunde nicht, sondern es fordert zur Vollkommenheit der Hypothekverpfändung auch noch die Aushändigung des Hypothekenbriefes an den Pfandgläubiger, worin ein weiteres Mittel zur Verstärkung des Geschäfts und zur Heilung seiner etwaigen nebensächlichen Mängel gefunden werden kann.

Freilich will die Revision auch die Erfordernisse der Urkundenerteilung und der Aushändigung des Hypothekenbriefes insofern als nicht erfüllt erklären, als sie in Abrede stellt, daß die Kr.-Kasse jene Urkunden im Auftrage des Klägers für diesen in Besitz genommen und verwahrt habe. Aber daran kann nach dem Sinne der Feststellungen des Berufungsurteils nicht gezweifelt werden. . . .

Einwandfrei erklärt es der Berufungsrichter für unerheblich, daß der Kläger, wie er als möglich zugegeben hat, bei den Hypothekverpfändungen von der vom Beklagten gegen H. erhobenen großen Gewährleistungs- und Schadenersatzforderung und von der Klagerhebung und Arrestwirkung Kenntnis gehabt habe. Diese Tatsachen berührten die ursprünglich St.'sche, vom Beklagten zur Selbstschuld übernommene und nachher an H. übertragene Hypothekforderung von 45000 M wenigstens nicht unmittelbar. Angenommen, es hätte dem Beklagten wegen seiner erwähnten Forderung ein Zurückbehaltungsrecht oder ein sonstiger Einwand gegen die Hypothek, nachdem sein Schuldner H. deren Gläubiger geworden war, zugestanden, so erachtet doch die Rechtsprechung namentlich des er-

kennenden Senats nicht jede allgemeine Kenntnis des späteren Hypothekenerwerbers oder Pfandnehmers von Gegenansprüchen des Hypothekschuldners als ausreichend, um ihn nach §§ 1137, 1138, 892 BGB. bösgläubig zu machen. Es ist hierzu jedenfalls Kenntnis der Art und wahrscheinlichen Berechtigung jener Einwendung gegen die Hypothek notwendig, und es ist Sache freier Tatsachenwürdigung, solche Kenntnis zu bejahen oder zu verneinen.

Vgl. Urteil des RG.'s vom 23. Dezember 1908, Rep. V. 101 und 102/08, vom 8. März 1911, Rep. V. 287/10, vom 21. Februar 1906, Rep. V. 475/05.

Hier ist keinerlei Anhalt für eine Kenntnis dieser Art auf Seite des Klägers bei Entgegennahme der Verpfändungen gegeben, und das Oberlandesgericht konnte sie auch nicht feststellen. Vergeblich beruft sich die Revision auf das in Sachen des jetzigen Beklagten W. gegen Bl., den Besessionar einer H.'schen Kaufgelderhypothek zu 35 000 M., ergangene Urteil des erkennenden Senats vom 2. Januar 1909 Rep. V. 95/08, worin ausgesprochen wurde, daß W. als Eigentümer und Hypothekschuldner seine Gewährleistungs- oder Schadenserzagsansprüche aus dem zwischen ihm und H. abgeschlossenen Kaufe geltend machen dürfe, wenn Bl. davon Kenntnis hatte. In diesem Falle berührte der Gegenanspruch, namentlich als Minderungseinwand betrachtet, die für den Kaufpreisrest bestellte Hypothek unmittelbar, und die Umstände lagen überhaupt wesentlich anders, als in der jetzigen Streitsache, in welcher der Berufungsrichter namentlich auch aus dem Umstande, daß der erwähnte Arrest später wieder aufgehoben worden ist, auf Unerheblichkeit bloß allgemeiner Kenntnis von Gegenansprüchen des Beklagten schließen durfte.

Sollte es sich aber bei etwaiger Kenntnis des Klägers von den angeblichen Aufrechnungserklärungen des Beklagten anders verhalten, so war doch für solche Aufrechnungskennntnis der Beklagte beweispflichtig, und er hat dafür nach Inhalt des Berufungsurteils keinen Beweis angetreten. Ohne Erfolg muß es bleiben, wenn der Revisionskläger hier Verabsäumung der Fragepflicht des § 139 BPD. durch den Vorderrichter rügt. Er war schon von seinem Streitgegner genügend auf die Notwendigkeit des Beweistritts in der bezeichneten Richtung hingewiesen worden, hat aber solchen Beweisritt, insbesondere auch die Eideszuschreibung, unterlassen.



Nach allem Ausgeführten ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts über die Wirksamkeit der bestrittenen Hypotheloerpfändung zu billigen. Aber auch die daraus gezogene Folgerung, nämlich die Verurteilung des Beklagten, aus dem Grundstück C. I. Nr. 90 an den Kläger direkt oder an die Pr.-Kasse 30104,30 *M* nebst Zinsen zu zahlen, sowie die Abweisung der Widerklage, die auf Herausgabe des Hypothekenbriefs usw. geht, unterliegt keinem Bedenken. Zwar hatte der Kläger gegen seinen Pfandschuldner *H.* ursprünglich keine Geldforderung, sondern nur den Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft und den bedingten Anspruch auf Ersatzleistung, falls er aus dieser Bürgschaft an die Pr.-Kasse zahlen müsse. Aber abgesehen von der ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung *H.*'s zu der gewählten Art der Klagerhebung, abgesehen ferner von dem Umstande, daß der Kläger seine Befreiung von der Bürgschaft mittels Zahlung an jene Kasse dem Beklagten nach dessen Wahl überläßt, steht die Zahlungsunfähigkeit *H.*'s und die nunmehrige Inanspruchnahme des Klägers aus der Bürgschaft fest, und in derartigen Fällen verwandelt sich der Befreiungsanspruch in einen Gelbzahlungsanspruch, wie das Reichsgericht zu §§ 415 *ABW.* schon wiederholt ausgesprochen hat.

Vgl. Urteil vom 16. März 1904 *Rep. V.* 384/03, vom 27. Juni 1908 *Rep. V.* 504/07. S. auch *Entsch. in Zivilf. Bd.* 37 S. 93. Der Kläger darf daher gemäß §§ 1285 Abs. 2, 1282 Abs. 2 *ABW.* nunmehr den von ihm unbestritten an die Pr.-Kasse zu zahlenden Betrag zu seiner Deckung aus dem Pfande, sogar ohne Zustimmung seines Schuldners *H.* einziehen.

Gegen die Abweisung der Widerklage sind besondere Revisionsangriffe nicht erhoben worden. Sie ergibt sich von selbst aus dem derzeitigen gältigen Fortbestehen der Hypotheloerpfändung. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob der Widerklage sogar bei nicht formgerechter Hypotheloerpfändung Bedenken entgegenstehen könnten (vgl. *Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd.* 66 S. 24). Die Bildung und Herausgabe eines Teilhypothekenbriefs Zug um Zug gegen Zahlung (§§ 1144, 1145 *ABW.*) oder die Vorlegung des Hypothekenbriefs (§ 1160) hat der Beklagte niemals verlangt. . .