
45. Nach welchen Grundsätzen hat die Verrechnung des Betrages zu geschehen, welchen ein Hypothetengläubiger aus einem Subhastationsverfahren auf eine ihm für mehrere Forderungen haftende Hypothek, insbesondere auf eine Kautionshypothek, erhoben hat?

III. Civilsenat. Urth. v. 17. April 1885 i. C. S. (Bekl.) w. F. (Bl.)
Rep. III. 322/84.

- I. Landgericht Oldenburg.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger F. hatte von dem in Konkurs verfallenen B. aus sieben Wechseln im Ganzen ungefähr 40 000 M zu fordern; hierfür hafteten ihm drei Hypotheken, welche ihm von B. zur Sicherung aller

feiner aus ihrer Geschäftsverbindung sich herschreibenden gegenwärtigen und künftigen Forderungen nacheinander bis zur Höhe von 25 000 *M*, ferner von 10 000 *M* und endlich von 6000 *M* bestellt worden waren. Außerdem hatte der Beklagte für die zweitälteste dieser Wechselorderungen im Betrage von 9000 *M* schon vor Bestellung der ersten Hypothek die Bürgschaft übernommen; die übrigen Forderungen waren unverbürgt. F. meldete seine sämtlichen Forderungen auf Grund seiner Hypotheken und seines Absonderungsrechtes zu der von dem Konkursverwalter betriebenen Zwangsversteigerung der Immobilien des Gemeinschuldners an und erhob hierauf den auf die beiden ältesten Hypotheken entfallenden Rest des Versteigerungserlöses mit 32 250 *M*. Außerdem erhob er aus der Konkursmasse auf seine angemeldeten Ausfallsforderungen eine Dividende von 165 *M*, sodaß von seinen Forderungen im Ganzen mehr als der Betrag der von dem Beklagten verbürgten Forderung unbezahlt übrig blieb. Darauf klagte er diese Forderung gegen den Beklagten ein, indem er davon ausging, daß er berechtigt sei, die erhobenen Beträge zunächst auf seine übrigen Forderungen in Abzug zu bringen. Die erste Instanz wies seine Klage ab; sie hielt dafür, daß die eingeklagte Forderung durch die dem Kläger zugeflossenen Zahlungen getilgt worden sei, weil die letzteren zunächst auf die ältere Forderung vor der jüngeren und auf die verbürgte Forderung vor der nicht verbürgten anzurechnen seien. Die zweite Instanz verurteilte den Beklagten im vollen Umfange des Klageantrages, weil hier der Grundsatz zur Anwendung zu kommen habe, daß, wenn ein Pfand für mehrere Forderungen hafte, es von der Wahl des Gläubigers abhängige, auf welche von diesen Forderungen der Erlös des Pfandverkaufes zunächst in Abrechnung zu bringen sei. Auf die Revision des Beklagten wurde das zweitinstanzliche Urteil aufgehoben und die in einer anderen nebensächlichen Beziehung für noch nicht spruchreif erachtete Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Das angefochtene Urteil trifft zunächst der Vorwurf, daß dasselbe den für die Berechnung der Beträge, welche der Kläger aus der Zwangsversteigerungssache seines Hauptschuldners B. erhoben hat, als maßgebend hingestellten Grundsatz unterschiedslos auch auf die von dem Kläger aus der Konkursmasse des B. erhobenen 165 *M*

in Anwendung bringt. Der dem Kläger aus der Konkursmasse ausgezahlte Betrag bestand in einer prozentualen Dividende, welche ihm auf seine sämtlichen, von ihm in dem Konkursverfahren angemeldeten und daselbst festgestellten Ausfallsforderungen gewährt worden ist, und welche daher in diesem Prozentsatze auch von der jetzt eingeklagten Forderung nach Maßgabe der Höhe, in der dieselbe in dem abgeforderten Verfahren ausgefallen ist, zum Abzuge gebracht werden muß.

Was die aus dem Erlöse der Zwangsversteigerung erhobenen Beträge anlangt, so ist der Vorinstanz darin beizustimmen, daß die Berechnung derselben nicht nach dem von der ersten Instanz zur Anwendung gebrachten Grundsätze, welcher sich nur auf eine von dem Schuldner freiwillig geleistete Zahlung bezieht, sondern nach denjenigen Grundsätzen zu geschehen hat, welche in den Quellen für die Berechnung des Erlöses eines von dem Pfandgläubiger vorgenommenen Pfandverkaufes gegeben sind. Die Verschiedenheit dieser Grundsätze beruht darin, daß für die Berechnung der von dem Schuldner freiwillig geleisteten Zahlung, in Ermangelung einer besonderen Bestimmung desselben, die voranzusetzende Absicht des Zahlenden und folglich dessen Interesse, dagegen für die Berechnung der Befriedigung, welche der Gläubiger sich vermöge der Ausübung seines Pfandrechtes erzwingen hat, das Recht des Gläubigers bestimmend sein muß. Und man kann demnach keinen Anstand nehmen, die Vorschriften, welche das römische Recht für den Fall eines von dem Gläubiger vorgenommenen Pfandverkaufes getroffen hat, auch da in Anwendung zu bringen, wo ein Hypothekengläubiger in Ausübung der Befugnisse, auf welche ihn das moderne Recht verweist, seine Hypothek durch Anmeldung in einem Subhastationsverfahren geltend gemacht und sich auf diesem Wege die Partizipation an dem Subhastationserlöse gleichfalls erzwingen hat.

Aber der Vorinstanz kann nicht zugegeben werden, daß bei dieser Anwendung der quellenmäßigen Vorschriften auf den vorliegenden Fall es von der Wahl des Klägers abzuhängen habe, auf welche von seinen mehreren hypothekarischen Forderungen der ihm vermöge seines hypothekarischen Rechtes aus der Zwangsversteigerung zugeflossene Betrag zu verrechnen sei. Ihre Entscheidung kann sich nur auf die Aussprüche der l. 73, l. 101 §. 1 Dig. de sol. 46, 3 stützen wollen. Allein die erstere dieser Stellen betrifft nicht den hier in Rede stehenden Fall der Konkurrenz mehrerer selbständiger Forderungen, denn sie besagt nur,

daß derjenige, welchem für seine ganze Forderung ein Pfand und außerdem für einen Teil derselben ein Bürge bestellt ist, den Pfanderlös zunächst auf den nicht verbürgten Teil seiner Forderung verrechnen darf. Und auch die letztere Stelle ist anscheinend nur von der Verrechnung auf verschiedene — insbesondere naturale und civile — Bestandteile derselben Hauptforderung zu verstehen:

licere ei, pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti posse.

Vgl. auch Sintenis, *Civilrecht* Bd. 2 §. 106 Note 33.

Jedenfalls ist die Entscheidung des vorliegenden Falles aus der l. 96 §. 3 eod. zu entnehmen. Dieselbe bestimmt, daß, wenn eine Sache gleichzeitig für mehrere selbständige Forderungen (*duobus contractibus*) verpfändet worden ist, der Pfanderlös nach Verhältnis der geschuldeten Beträge (*pro modo pecuniae cujusque contractus*) über die mehreren Forderungen repartiert werden soll, sodaß ein Wahlrecht des Gläubigers nicht stattfindet (*nec in arbitrio ejus electio erit*). Ein solcher Fall liegt gegenwärtig vor. Dem Kläger sind durch die Errichtung einer jeden der beiden Kautionshypotheken, mit welchen er in der Zwangsversteigerungssache zur Hebung gelangt ist, die Immobilien seines Schuldners für eine Mehrheit von selbständigen Forderungen zur Hypothek bestellt worden; nämlich für seine sämtlichen aus ihrer Geschäftsverbindung ihm damals bereits zustehenden und in Zukunft noch zur Entstehung kommenden Forderungen an denselben.

Nun ist allerdings von einigen Rechtslehrern die neuerdings namentlich von

Dernburg, *Pfandrecht* Bd. 2 S. 211, verteidigte Meinung aufgestellt worden, die Vorschrift der l. 96 §. 3 a. a. D. sei daraus herzuleiten, daß eine gleichzeitige Verpfändung derselben Sache für mehrere Forderungen im Zweifel in dem Sinne verstanden werden müsse, daß das Pfandstück für jede einzelne Forderung nicht in *solidum*, sondern nur *pro rata* ihres Betrages verhaftet sein solle, und Dernburg zieht aus dieser Auffassung das konsequente Resultat, daß das Verhältnis der Verteilung des Pfanderlöses auf die einzelnen Forderungen sich nicht nach den Beträgen, welche der Gläubiger im Zeitpunkte des Pfandverkaufes zu fordern hat, sondern nach den Beträgen, in welchen seine Forderungen im Zeitpunkte der Pfand-

bestellung bestanden hatten, zu richten habe, sodas, wenn z. B. die eine Forderung schon vor dem Pfandverkaufe bezahlt worden ist, der zur Befriedigung des Gläubigers wegen seiner übrigen Forderungen nicht ausreichende Erlös nicht zum vollen dem Gläubiger zuzukommen, sondern die auf die bereits getilgte Forderung entfallende Rate desselben dem Pfandschuldner zu verbleiben habe. Wäre diese Auffassung richtig, so würde damit die Anwendbarkeit der Vorschrift der l. 96 §. 3 auf den Fall einer Kautionshypothek ausgeschlossen sein, denn das Wesen einer Kautionshypothek besteht gerade darin, daß sie dem Gläubiger auch für künftige, ihrer Existenz und ihrem Betrage nach noch ungewisse Forderungen Sicherung gewähren soll, und zwar bergestalt, daß ihm die Hypothek in solidum haftbar ist für alle Beträge, welche er aus dem unterliegenden Geschäftsverhältnisse im Zeitpunkte ihrer Realisierung zu fordern haben wird.

Aber die erwähnte Auffassung kann nicht für richtig gehalten werden. Wenn in einem Vertrage, durch welchen dieselbe Sache für mehrere Forderungen verpfändet worden ist, besondere Verabredungen über die Art der demnächstigen Verrechnung des Pfanderlöses oder über den Umfang der Haftbarkeit des Pfandes getroffen sind, so muß es selbstredend hierbei sein Bewenden behalten. In Ermangelung solcher besonderer Verabredungen ist aber kein Grund vorhanden, aus welchem den Kontrahenten die Absicht einer Einschränkung der rechtlichen Haftbarkeit des Pfandstückes zugeschrieben werden könnte, und man muß daher voraussetzen, daß das Pfand für jede einzelne Forderung in solidum bestellt sein soll. Die Konkurrenz der mehreren, vermöge der gemeinschaftlichen Pfandbestellung (consortioni) gleichberechtigten Pfandforderungen macht eine gegenseitige Beschränkung ihrer Wirksamkeit nur für den Fall, daß der demnächstige Pfanderlös nicht für die volle Befriedigung des Gläubigers ausreichen sollte, zu einer tatsächlichen Notwendigkeit, und da der Eintritt dieser Notwendigkeit einerseits von dem Ausfalle des Pfandverkaufes und andererseits von den Beträgen, welche der Gläubiger in diesem Zeitpunkte noch zu fordern hat, abhängig ist, so muß man es als stillschweigende Absicht der Kontrahenten annehmen, daß eine hierdurch etwa notwendig werdende Verteilung des Pfanderlöses auf die einzelnen Forderungen nach Maßgabe der dem Gläubiger im Zeitpunkte des Pfandverkaufes noch geschuldeten Beträge stattzufinden habe.

Vgl. Jahrbücher für Dogmatik Bd. 14 S. 482 flg.

Ist hiernach die gedachte Vorschrift der l. 96 §. 3 a. a. D. auch für den Fall einer Kautionshypothek anwendbar, so folgt, daß die von dem Kläger aus dem Zwangsversteigerungserlöse erhobenen Beträge auf die sämtlichen von ihm in dem Subhastationsverfahren angemeldeten Forderungen nach dem Verhältnisse ihrer daselbst liquidierten Beträge in Abzug zu bringen sind.“ . . .