

56. Kann an Grundstücken, welche sich im vollen Eigentume des Verpfänders befinden, eine Nebenienhypothek bestellt werden?

N.R. I. 20. §. 1. 26. 225; I. 18. §. 228; II. 4. §§. 80 flg.
Gesetz über den Eigentumswerb etc vom 5. Mai 1872 §. 45.

V. Civilsenat. Ur. v. 28. Januar 1885 i. S. v. P. (N.) w. preuß.
Hypothekenbank (Bekl.). Rep. V. 236/84.

- I. Landgericht Stolp i. P.
- II. Kammergericht Berlin.

Auf dem Grundbuchblatte des dem v. B. eigentümlich gehörenden Gutes M. sind in Abtheilung III

1. unter Nr. 6—8 für die Beklagte Nebenienhypotheken im Gesamtbetrage von 1 000 000 M am 15. Dezember 1880 eingetragen, ferner

2. unter Nr. 9 und 14 für die Klägerinnen Substanzhypotheken im Gesamtbetrage von 270 000 M am 19. Oktober 1881 vorgemerkt und am 28. Januar 1882 in definitive Hypotheken umgeschrieben.

Die Klägerinnen beantragten in der Klage, die Beklagte zu verurtheilen, anzuerkennen, daß sie berechtigt seien, die gedachten Nebenienhypotheken zu bestreiten, und daß die Beklagte nicht berechtigt sei, dieselben vor den klägerischen Hypotheken Nr. 9 und 14 zu beanspruchen, weder aus der Substanz noch aus den Nebenien des Gutes M., indem sie ausführten, daß nach bestehendem Rechte Nebenienhypotheken an Grundstücken, welche sich im freien Eigentume des Verpfänders befinden, nicht gültig bestellt werden können.

Der erste Richter erkannte nach dem Klageantrage. Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht (welches, da das

Oberlandesgericht zu Stettin als Fideikommiß-Aufsichtsbehörde an der Sache beteiligt war, an dessen Stelle getreten war) die erhobene Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerinnen ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Pfandrecht bezweckt, den Gläubiger wegen seiner Forderung durch andere Gegenstände zu sichern und zu befriedigen. Es entspricht daher seinem Zwecke und der natürlichen, an sich unbeschränkten Vertragsfreiheit der Kontrahenten, daß alles verpfändet werden kann, was zu dieser Sicherung und Befriedigung geeignet ist.

Aus Rücksicht auf das praktische Bedürfnis und auf thunlichste Freiheit und Wirksamkeit der Vertragsschließung schützte schon das römische Recht, indem es das pignus über seine ursprünglichen Grenzen thatsächlich ausdehnte, den Gläubiger auch dann, wenn ihm von dem Schuldner an einer eigenen Sache desselben nur ein ususfructus oder auch nur eine Prädialservitut pfandweise bestellt war, weil auch hierdurch die Sicherung und Befriedigung des Gläubigers erreicht werden konnte.

Vgl. l. 11 §. 2. l. 12 Dig. de pignor. 20, 1 (Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est).

Offenbar aus gleicher Rücksicht aber ist im §. 1 U.Ö.R. I. 20 der Begriff des Unterpfandrechtes von vornherein soweit gefaßt, daß er als eine besondere Art der Einräumung eines solchen auch die bloße Verpfändung des nach §. 12 U.Ö.R. I. 8 zum Eigentume „gehörigen“ Nutzungsrechtes — die Bestellung eines Nutzungs- oder Nebenücnpfandes — gestattet. Denn in der Definition jenes Begriffes sind unter der zu verpfändenden „Sache“ auch Rechte zu verstehen (vgl. §. 8 U.Ö.R. I. 2), und zu diesen gehört das Nutzungsrecht des Eigentümers ebenfalls. Auch kann gegen die Verpfändung des letzteren nicht eingewendet werden, daß es kein selbständiges Recht, sondern nur einen Bestandteil des Eigentumsrechtes bilde; denn eben durch die Verpfändung selbst gestaltet es sich in der Hand des Pfandgläubigers auch zu einem selbständigen Rechte, und zwar zu einem solchen, welches einen besonders geeigneten Gegenstand seiner Sicherung und Befriedigung bildet.

Die Verpfändung des Nutzungsrechtes ergreift zugleich die Früchte, welche vermöge dieses Rechtes bezogen werden dürfen, die letzteren sind daher durch dieselbe mittelbar ebenfalls verpfändet, und umgekehrt kann

durch die Verpfändung der „Früchte“ auch die Verpfändung des Nutzungsrechtes ausgedrückt sein. Die letztere ist aber von einer bloßen Verpfändung von Früchten, bei welcher eben nur diese, als bewegliche Sachen, den Gegenstand des Pfandrechtes bilden sollen, zu unterscheiden.

Das Allgemeine Landrecht behandelt das Nutzungspfand als ein Pfandrecht an der fruchttragenden Sache, welches durch besonderen Nebenvertrag auf die Befugnis des Gläubigers, sich aus den Früchten zu befriedigen, eingeschränkt ist (vgl. §. 26 und besonders §. 225 A.L.R. I. 20). Hat es daher ein Nutzungsrecht an Grundstücken ohne Übergabe derselben (§. 114 a. a. D.) zum Gegenstande, so ist es auf diesen Grundstücken unter Angabe der bezeichneten Einschränkung als Nebenünehypothek einzutragen. Denn nach §. 6 A.L.R. I. 20 giebt der Titel zum Pfandrechte für sich allein noch kein wirkliches dingliches Recht, sondern es muß, um dieses zu erlangen, außerdem die gesetzmäßige Erwerbssart, nach §§. 7. 8 a. a. D. die Übergabe der verpfändeten Sache oder gerichtliche Eintragung, hinzukommen (vgl. §§. 135. 136 A.L.R. I. 2). Eine unmittelbare (besondere) Eintragung des verpfändeten Nutzungsrechtes ist nun zwar nicht denkbar, weil nach der letztgedachten Vorschrift nur Grundstücke und solche selbständige Berechtigkeiten, welche die Gesetze den unbeweglichen Sachen gleichachten, besonders eingetragen werden können (vgl. §. 69 des Eigentumsgesetzes vom 5. Mai 1872). Die Eintragung des Nutzungsrechtes erfolgt deshalb mittelbar eben dadurch, daß eine Hypothek auf das Grundstück selbst mit der Einschränkung des Gläubigers auf eine Befriedigung aus den Früchten (als beschränkte Grundstückshypothek) eingetragen wird; denn in Wirklichkeit erscheint hier nicht das Grundstück, auf welchem die Eintragung erfolgt, sondern nur das Nutzungsrecht an denselben als die verpfändete Sache, da die Befugnis, sich aus der verpfändeten Sache selbst, das heißt aus ihrer Substanz, zu befriedigen (§. 1 a. a. D.), ein so wesentliches Merkmal jedes Pfandrechtes bildet, daß eine Verpfändung eben nur durch die Einräumung dieser Befugnis und nur in soweit, als sie dem Gläubiger eingeräumt wird, erfolgen kann, mithin das Grundstück als solches, das heißt die Substanz desselben, wenn der Gläubiger darüber keine Verfügung haben soll, im Rechtsinne überhaupt nicht verpfändet ist. Im Gegensatze zur Nebenünehypothek erscheint die unbeschränkte Grundstückshypothek als Substanzhypothek.

Da das Nutzungspfand nur als eine Anwendung des allgemeinen Pfandbegriffes sich darstellt, so bildet auch seine Zulässigkeit nicht eine Ausnahme, sondern die Regel. Es ist daher immer zulässig, soweit es nicht durch singuläre Ausnahmbestimmungen in besonderen Fällen ausgeschlossen wird.

Alles dieses entspricht auch der Auffassung der Verfasser des Gesetzes.

Die Definition des Unterpfandrechtes im §. 1 A.L.R. I. 20 war wegen des darin aufgenommenen Merkmales der Befriedigung aus der Substanz von einigen Momenten beanstandet, weil oft, z. B. bei Lehen und Fideikommissen, nur die fructus verpfändet würden. Sie blieb jedoch unverändert, als Suarez entgegnete, daß beim Lehn nur die Früchte Gegenstand des Pfandrechtes seien, aber doch immer deren Substanz.

Vgl. Bornemann, Preuß. Civilrecht Bd. 4 §. 304 Anm. 1.

Da der Besitzer eines Lehn- oder Fideikommissgutes nicht dieses, aber unter Umständen sein Nutzungsrecht daran verpfänden kann, so hatte man hier offenbar eben die Verpfändung des letzteren im Auge, indem man sie, wie solches im Gesetze ebenfalls geschieht, kurz als Verpfändung der „Früchte“ bezeichnete. Nach der ohne Widerspruch gebliebenen Bemerkung von Suarez bestand daher bei der Aufnahme der bezeichneten Definition Einverständnis darüber, daß die Verpfändung des Nutzungsrechtes, wie sie oft (also nicht bloß beim Lehn- und Fideikommiss) vorkomme, in dieser Allgemeinheit beibehalten werden müsse, durch die Definition aber in der That auch getroffen sei, weil bei derselben die verpfändete, bezüglich ihrer Substanz der Verfügungsbefugnis des Gläubigers wirklich unterworfenen Sache nur in dem Nutzungsrechte und den Früchten, welche den Gegenstand desselben bilden, bestehe.

Das Allgemeine Landrecht erwähnt nun zwar das Nutzungspfand nur in einzelnen Vorschriften, welche sich auf besondere Fälle beziehen. Allein nach dem soeben Angeführten können hierin Ausnahmbestimmungen, nach welchen die Verpfändung des Nutzungsrechtes nur in diesen Fällen gestattet wäre, nicht gefunden werden. Vielmehr beruhen die bezeichneten Vorschriften sämtlich auf der Voraussetzung der allgemeinen Zulässigkeit des Nutzungspfandes.

Dies gilt zunächst von §. 26 A.L.R. I. 20.

Der Pfandgläubiger kann der Befugnis, durch Veräußerung der verpfändeten Sache über ihre Substanz zu verfügen (§. 25 a. a. D.), auch durch ausdrücklichen Nebenvertrag nicht wirksam entfagen, weil durch den Wegfall dieses wesentlichen Merkmales des Pfandrechtes das letztere selbst aufgehoben würde, ein solcher Nebenvertrag daher das bestellte Pfandrecht wieder negiert, also demselben direkt widerstreitet. Um aber einen Nebenvertrag des bezeichneten Inhaltes dennoch aufrecht zu erhalten (vgl. §. 74 A. L. R. I. 4), wird ihm mittels gesetzlicher Interpretation — wie solches bereits in l. 4 und 5 Dig. de pignor. act. 13, 7 geschieht — ein anderer Sinn beigelegt.

Der §. 26 a. a. D. will ihn so gedeutet wissen, daß der Gläubiger sich nur aus den Früchten und Nutzungen befriedigen solle; kann aber dies nicht die Absicht der Kontrahenten gewesen sein (z. B. bei nicht fruchttragenden Sachen), so soll der Nebenvertrag nach §. 27 a. a. D. die Wirkung haben, daß die Veräußerung erst im Konkurse des Schuldners verlangt werden kann.

Im §. 26 a. a. D. ist hiernach nur die Interpretationsregel aufgestellt, daß der dem Pfandrechte widerstreitende Nebenvertrag im Zweifel ebenso zu verstehen und zu beurteilen sei, als wenn statt der verpfändeten Sache ausdrücklich nur ein Nutzungsrecht an derselben, also ein anderer Gegenstand, verpfändet wäre. Eine Bestimmung darüber, unter welchen Voraussetzungen eine ausdrückliche Verpfändung des Nutzungsrechtes zulässig sei, ist darin nicht enthalten. Da aber durch jene Interpretationsregel der dem Pfandrechte widerstreitende Vertrag nur aufrecht erhalten werden konnte, wenn die ausdrückliche Verpfändung des Nutzungsrechtes demselben nicht widerstreitet, sondern als zulässig und wirksam erscheint, so ist dieses im §. 26 a. a. D. als selbstverständlich vorausgesetzt, mithin aus dem allgemeinen Begriffe des Unterpfandrechtes zu erklären, weil es an einer besonderen Bestimmung hierüber fehlt.

Ebenso verhält es sich mit §. 225 a. a. D.

Nach den §§. 7, 8 a. a. D. wird das Unterpfandrecht als eigentliches Pfandrecht (Besitzpfand) durch Besitzerräumung an Immobilien unter hinzutretender gerichtlicher Eintragung (§. 100), als Hypothek dagegen nur durch letztere bestellt.

Für das Besitzpfand (nicht die Hypothek) enthält das Gesetz einen besonderen Abschnitt von „Nebenverträgen,“ mit dem §. 225, welcher

dem Schuldner gestattet, sich vorzubedingen, daß der Gläubiger seine Befriedigung nur aus den Nutzungen des Pfandes suchen könne.

Allein hierin liegt keine singuläre Bestimmung für das Besitzpfand, vielmehr wird die aus dem Pfandbegriffe folgende allgemeine Zulässigkeit des Nutzungspfandes hier ebenfalls vorausgesetzt.

In ähnlicher Weise ist die Anwendbarkeit allgemeiner Grundsätze bei dem Besitzpfande auch sonst besonders ausgesprochen (vgl. §§. 72 flg. a. a. O.) Die Erwähnung der Zulässigkeit des Nutzungspfandes im §. 225 erklärt sich aber daraus, daß die beim Besitzpfande zulässigen Nebenverträge in dem hierzu speziell bestimmten Abschnitte vollständig aufgeführt werden sollten, da die Bestellung des Nutzungspfandes, wie bereits hervorgehoben, als ein die Verpfändung der fruchttragenden Sache einschränkender Nebenvertrag behandelt wird.

Um statt dessen in der Vorschrift des §. 225 a. a. O. eine singuläre Ausnahmebestimmung für das Besitzpfand finden zu können, müßte, wie nicht der Fall ist, ein nachweisbarer Grund für eine solche Singularität vorliegen; denn, solange sich ein Rechtsatz aus der Anwendung allgemeiner Grundsätze erklären läßt, ist er als eine Singularität nicht anzusehen.

Bezüglich der Lehn- und Fideikomnisse enthalten nun allerdings der §. 228 A.L.R. I. 18, der §. 80 A.L.R. II. 4 und die damit zusammenhängenden Vorschriften singuläre Bestimmungen über Pfandbestellungen, nach denen auch die Verpfändung des Nutzungsrechtes hier nur in besonderen Fällen (unter gewissen Voraussetzungen) gestattet ist.

Insbondere kann nach der erstgedachten Vorschrift der Besitzer des Lehns die Substanz desselben überhaupt nicht, die Nutzungen aber nicht über seine Besitzzeit hinaus eigenmächtig beschweren; und nach der zweiten ist nur bei der Aufnahme notwendiger Darlehen auf die Einkünfte des Fideikomnisses die Zuziehung gewisser Familienglieder genügend, während sonst die Belastung desselben nach §. 76 a. a. O. durch einen Familienschluß bedingt erscheint, soweit nicht das Gesetz vom 15. Februar 1840 über die Errichtung von Familienschlüssen *ıc* abweichende Bestimmungen enthält.

Indes auch hier ist die Zulässigkeit des Nutzungspfandes als allgemeine Regel vorausgesetzt. Nur sind Lehen und Fideikomnisse wegen des eingeschränkten Rechtes ihrer Besitzer auch von dieser Regel an sich

ausgenommen. Soweit aber bei denselben die Bestellung eines Nutzungspfandes (als Ausnahme von der Ausnahme) in bestimmten Fällen gestattet ist, kommt wieder die Regel seiner allgemeinen Zulässigkeit zur Anwendung.

Die letztere ist auch bereits von

Göschel (1830) in der Zeitschrift von Simon und Strampff, Bd. 1 Nr. 10 S. 409 flg.

näher nachgewiesen und seitdem in Theorie und Praxis nicht besonders in Zweifel gezogen.

Vgl. Bornemann, Preuß. Civilrecht Bd. 4 §. 310 Nr. 1; Ministerialverfügung vom 26. November 1840 (im Justizministerialblatt S. 393); Entsch. des Obertrib. Bd. 11 S. 316 flg. (Erkenntnis v. 31. März 1845).

Eine andere Frage ist es, ob nicht nach den Bestimmungen des Eigentumsgesetzes vom 5. Mai 1872 die Bestellung einer Nebenünehypothek als unzulässig erscheint. Dieselbe ist zu verneinen.

Der dritte Abschnitt jenes Gesetzes handelt von dem Rechte der Hypothek und Grundschuld an Grundstücken (vgl. §§. 23. 25. 26. 28. 30. 34 a. a. D. mit §. 69), ohne die Nebenünehypothek zu erwähnen, und bestimmt im §. 45: Ein Vertrag zwischen dem hypothekarischen oder Grundschuldgläubiger und dem Eigentümer, durch welchen ersteren das Recht der Veräußerung zum Zwecke ihrer Befriedigung entzogen wird, ist nichtig.

Mit Unrecht wird Förster (Grundbuchrecht S. 167) als Vertreter der Ansicht citiert, daß hierdurch die Bestellung einer Nebenünehypothek ausgeschlossen sei; denn a. a. D. giebt er nur den Inhalt der Regierungsmotive zum §. 45 wieder, ohne Folgerungen aus denselben zu ziehen. Dagegen ist die bezeichnete Ansicht ohne nähere Begründung in den neuesten Ausgaben von

Förster, Theorie und Praxis Bd. 3 S. 402 (Anmerkung) und Koch, Kommentar zum Allgem. Landrecht (Anmerkung 84 zu §. 225 A. Q. R. I. 20),

aufgestellt, von

Ecceius in Gruchot's Beiträgen Bd. 28 S. 1 flg.

aussführlich erörtert, und auf den Inhalt der Motive gestützt von

Bahlmann, Grundbuchrecht Anmerkung 2 zu §. 45 des Eigentumsgesetzes; Achilles, Preuß. Gesetze über Grund- und Hypothekenrecht Anm. 2 zu denselben, und Turnau, Grundbuchordnung, Anm. 2

zu demselben, während Dernburg (Preuß. Privatrecht, Bd. 1 §. 328), ungeachtet des §. 45 des Eigentumsgesetzes die fortdauernde Zulässigkeit der Nebenünehypothek annimmt.

Der letzteren Ansicht ist beizutreten.

Nach dem erwähnten Zusammenhange hat der §. 45 a. a. D. (abgesehen von der im vorliegenden Falle nicht interessierenden Grundschuld) lediglich den Fall der Substanzhypothek an einem Grundstücke vor Augen, bei welcher das Grundstück ohne Einschränkung verpfändet ist, oder mit anderen Worten die verpfändete Sache selbst bildet. Unter dem Vertrage, welcher dem Gläubiger das Recht der Veräußerung dieses Grundstücks entzieht, ist daher hier derjenige Vertrag zu verstehen, mittels dessen der Gläubiger seinem Rechte, die Veräußerung der verpfändeten Sache zu verlangen, entsagt.

Dem obigen zufolge kann dieser Vertrag die bezeichnete Wirkung nicht haben, weil er dem Pfandrechte widerspricht. Nach §. 26 A.R.N. I. 20 würde er im Zweifel ebenso zu verstehen und zu beurteilen sein, als wenn ausdrücklich nur eine Nebenünehypothek bestellt, also statt des Grundstücks ein anderer Gegenstand, ein bloßes Nutzungsrecht an demselben, verpfändet wäre. Der §. 45 des Eigentumsgesetzes erklärt ihn jedoch statt dessen für nichtig, beseitigt daher hierdurch bezüglich der Hypothek die Interpretationsregeln der §§. 26. 27 a. a. D. und bezeichnet dadurch das bestellte Pfandrecht trotz dieses Nebenvertrages als vollkommen wirksam.

Auf den Vertrag, durch welchen ausdrücklich eine Nebenünehypothek bestellt wird, bezieht sich jedoch der §. 45 a. a. D. überall nicht. Denn dieser Vertrag widerspricht dem Pfandrechte nicht und unterscheidet sich dadurch von dem hier für nichtig erklärten Vertrage wesentlich. Ebensovienig konnte er im §. 45 a. a. D. als ein Vertrag bezeichnet werden, durch welchen dem Gläubiger das Recht, das Grundstück zu veräußern, „entzogen“ wird, weil die Entziehung desselben ein durch die Pfandbestellung an sich begründetes Recht voraussetzt, während die bloße Bestellung einer Nebenünehypothek dem Gläubiger ein Recht, das Grundstück zu veräußern, überhaupt nicht gewährt, also auch nicht entzieht.

Bei der Nebenünehypothek würde nach Analogie des §. 45 a. a. D., nur der Nebenvertrag nichtig sein, daß der Gläubiger deren Gegenstand, also das Nutzungsrecht oder die Früchte, nicht veräußern solle.

Die Unzulässigkeit der ausdrücklichen Bestellung einer Nebenünehypothek folgt auch nicht aus dem Wegfalle der Interpretationsregel des §. 26 A.L.R. I. 20, weil ihre Zulässigkeit nicht auf der letzteren beruhte, sondern gerade umgekehrt bei derselben vorausgesetzt war.

Wäre ein gewisser Vertrag nach gesetzlicher Interpretationsregel als Kaufvertrag zu verstehen und zu behandeln, so würden durch die Aufhebung dieser Interpretationsregel selbstverständlich nicht die Grundsätze von Kaufverträgen berührt werden. Ebenso wenig konnte die Beseitigung der im §. 26 A.L.R. I. 20 aufgestellten Interpretationsregel auf die Grundsätze über vertragsmäßige Bestellung von Nebenünehypotheken Einfluß äußern.

Eine andere Auffassung des §. 45 des Eigenthumsgesetzes läßt sich auch nicht auf dessen Motive stützen. Zwar behauptet Turnau a. a. O., daß von Dernburg die Fortdauer der Nebenünehypothek „trotz der in den Motiven klar ausgesprochenen entgegengesetzten Absicht“ angenommen werde. Allein eine solche Absicht ist in den Motiven nicht ausgesprochen, und wäre es geschehen, so würde dies für die Interpretation des Gesetzes doch keine Bedeutung haben.

Die Motive (vgl. Werner, Materialien S. 32 flg.) sagen im Eingange:

„Ein solcher Vertrag (wie im §. 45 angegeben) widerspreche direkt dem Inhalte des Hypothekenrechtes. Die Veräußerung (soll heißen: das Recht der Veräußerung), welche sein eigentlicher Inhalt ist, darf dem Gläubiger nicht entzogen werden.“ Nachdem aus diesem Grunde die Interpretationsregel des §. 27 A.L.R. I. 20 als unzutreffend bezeichnet ist, heißt es weiter: „Das Allgem. Landrecht kennt außerdem die Nebenünehypothek, §. 225 A.L.R. I. 20. Sie entsteht entweder, wenn sie ausdrücklich vorbehalten, oder wenn die Parteien verabredet haben, daß das Grundstück nicht verkauft werden soll, in Folge einer vom Gesetze aufgestellten Interpretation, §. 26 A.L.R. I. 20, oder sie ist in einzelnen Fällen bei Lehn- und Fideikommissgütern zulässig, §. 228 A.L.R. I. 18, §§. 80 flg. II. 4.“

Schon aus den ersten Sätzen erhellt, daß der §. 45 a. a. O. auch nach der Auffassung der Motive sich nur auf den dem bestellten Pfandrechte widersprechenden (dasselbe negierenden) Vertrag beziehen soll, welcher dem Gläubiger das Recht der Veräußerung des ohne Einschränkung verpfändeten Grundstückes, also der verpfändeten Sache,

nimmt, nicht aber auf den Vertrag, nach welchem ausdrücklich nur ein Nutzungsrecht an demselben (durch unbeschränkte Einräumung der Verfügungsbefugnis über dieses) verpfändet wird.

In dem folgenden Sage werden bezüglich der Nebenünehypothek nach dem bisherigen Rechte zwei verschiedene Entstehungsgründe auseinandergehalten:

1. der Vertrag, durch welchen sie ausdrücklich bestellt wird, und
2. der davon völlig verschiedene, dem Pfandrechte widerstreitende, als Bestellung einer Nebenünehypothek nur zu interpretierende Vertrag.

Wenn außerdem bemerkt ist, daß die Nebenünehypothek in einzelnen Fällen bei Lehn- und Fideikommißgütern (nach den bezüglichlichen singulären Bestimmungen) zulässig sei, so ist damit nicht ein dritter Entstehungsgrund bezeichnet, da die Nebenünehypothek beim Lehn- und Fideikommiß ebenfalls auf vertragsmäßiger Bestellung beruht, also schon unter dem zuerst bezeichneten Entstehungsgrunde begriffen ist. Es ist also dem Zusammenhange nach nur gesagt, daß die Nebenünehypothek bisher entweder auf ausdrücklichem Vertrage, welcher in einzelnen Fällen auch beim Lehn- und Fideikommiß zulässig sei, oder auf bloßer Interpretation eines anderen, dem Pfandrechte widersprechenden Vertrages beruht habe.

Da nach dem im Eingange der Motive Bemerkten nur dieser letztere Vertrag für nichtig erklärt werden sollte, so ist die Gültigkeit des ersteren ganz unberührt geblieben.

Die folgenden Äußerungen derselben stehen hiermit im Einklange. Dieselben gehen dahin:

„An den letzteren Bestimmungen (d. h. den singulären Bestimmungen über die Nebenünehypothek beim Lehn- und Fideikommiß) wird durch dies Gesetz natürlich nichts geändert, es hat aber im übrigen die vertragsmäßige Nebenünehypothek nicht aufgenommen.“

Wollte man hier die Worte „im übrigen“ von einem Gegensatze verstehen, das heißt so, daß das Gesetz die vertragsmäßige Nebenünehypothek nicht aufgenommen, dagegen die beim Lehn- und Fideikommiß vorkommende aufgenommen habe, so würde dies widersinnig sein, weil auch die letztere eine vertragsmäßige und weil auch sie nicht in das Eigentumsgesetz aufgenommen (in diesem nicht geregelt) ist. Der

bezeichnete Satz kann daher, im Einklange mit dem obigen, nur so verstanden werden:

An den singulären Bestimmungen, wonach die Nebenüenhypothek beim Lehn- und Fideikommiß nur „in einzelnen Fällen“ zulässig ist, wird nichts geändert. Sie ist hier auch künftig nur in diesen einzelnen Fällen zulässig. Übrigens („im übrigen“) hat das Eigentums-gesetz die vertragsmäßige, d. h. die durch ausdrücklichen Vertrag bestellte Nebenüenhypothek überhaupt nicht geregelt, weder die beim Lehn- und Fideikommiße, noch die sonst vorkommende, sondern es bei ihrer bisherigen gesetzlichen Regelung belassen.

Die Schlußworte der Motive lauten: „Ein praktisches Bedürfnis ist für sie (die Nebenüenhypothek) nicht vorhanden und sie kompliziert die Verteilung der Kaufgelder, wenn sie neben Substanzhypotheken eingetragen ist.“

Dieser Satz endlich könnte nur dann mißverständlich auf eine beabsichtigte Beseitigung der Nebenüenhypothek bezogen werden, wenn man ihn außerhalb seines Zusammenhanges mit dem vorhergehenden betrachtete. In diesem Zusammenhange soll er aber nur die Unterlassung einer neuen Regelung derselben rechtfertigen, welche sie nach der Auffassung des Verfassers der Motive nicht verdiente.

Es kann hiernach dahingestellt bleiben, ob die bezeichneten Motive sich nur auf den ursprünglichen Gesetzentwurf, welcher die Hypothek nur im Sinne einer Grundschuld beibehalten wollte, oder auch auf das Gesetz mit seinem jetzigen Inhalte beziehen.

Wäre aber in denselben in der That die Absicht ausgesprochen, abgesehen von Lehn- und Fideikommißgütern die vertragsmäßige Nebenüenhypothek auszuschließen, so hätte diese Absicht doch in dem Gesetze selbst nach dem vorstehenden keinen geeigneten Ausdruck gefunden. Es wäre daher ein Mißbrauch der Motive, wenn man den Inhalt derselben in das Gesetz hineinzutragen versuchte.

Schließlich könnte noch die Frage aufgeworfen werden, ob die Eintragung einer Nebenüenhypothek nach dem Eigentums-gesetze noch möglich sei, obgleich dieses keine Form dafür vorschreibt.

Allein das Gesetz steht der Anwendung der bisherigen Form derselben, wonach sie auf dem betreffenden Grundstücke mit der Einschränkung des Gläubigers auf dessen Früchte und Nutzungen — als beschränkte Grundstückshypothek — eingetragen wurde, nicht entgegen.

Wie diese Form für die Eintragung von Nebenlienhypotheken an Lehn- und Fideikommißgütern ferner anwendbar erscheint, so ist sie es auch bei jeder anderen Nebenlienhypothek.

Aus dem vorstehenden ergibt sich, daß der Berufungsrichter die Gültigkeit der für die Beklagte bestellten Nebenlienhypothek ohne Verletzung einer Rechtsnorm angenommen hat.“