

45. 1. Kann der Konkursverwalter für die Konkursmasse Eigentümergrundschulden des Gemeinschuldners in Anspruch nehmen, die aus früheren Hypotheken dadurch entstanden sind, daß der Hypothekengläubiger aus einem von ihm mit Anspruch auf die erste Stelle gewährten neuen Hypothekendarlehen die vorgehenden Hypotheken abgelöst hatte, ohne daß es bis zur Konkursöffnung zu deren Löschung gekommen war?

2. Kann der Konkursverwalter in solchem Falle gegen die vom Hypothekengläubiger wegen seiner Darlehensforderung erwirkte Pfändung der Eigentümergrundschulden vorgehen?

RGW. § 1163. R.D. §§ 3, 221.

V. Zivilsenat. Urf. v. 2. Dezember 1931 i. S. M. als Verwalter im Konkurs über den Nachlaß Pr. (Pl.) v. Ostpreuß. General-Landschafts-direktion (Bekl.). V 132/31.

I. Landgericht Königsberg i. Pr.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Auf dem Gute *Er.*, das seit 1914 den Erben des Rittergutsbesitzers *Kr.* in ungeteilter Erbengemeinschaft gehörte, hafteten für die Beklagte Pfandbriefhypotheken aus Darlehen von 259800 M. und 3150 Zentnern Roggen. Im Jahre 1925 nahmen die Erben bei der Beklagten ein neues Pfandbriefdarlehen von 165500 *GM.* auf, mit dem die alten Hypotheken beseitigt werden sollten. Die Beklagte hat abredgemäß für Rechnung des Gegenwertes der neuen Hypothek die den alten Hypotheken entsprechenden Pfandbriefe angeschafft, über diese Hypotheken löschungsfähig quittiert und die Löschungsurkunden samt dem Lösungsantrag des Bevollmächtigten der Miteigentümer dem Grundbuchamt zur Löschung eingereicht. Es ist aber nicht zur Löschung gekommen, weil jener Bevollmächtigte den Lösungsantrag zurücknahm. Nunmehr hat die Beklagte wegen ihrer Ansprüche aus der neuen Hypothek die durch Rückzahlung der alten Hypotheken entstandenen Eigentümergrundschulden gepfändet und sich zur Einziehung überwiesen; die Pfändung ist im Grundbuch vermerkt; die Hypothekenbriefe sind im Besitz der Beklagten verblieben. Am 29. Oktober 1929 wurde über den *Kr.* schen Nachlaß Konkurs eröffnet. Der klagende Konkursverwalter verlangt auf Grund des § 221 *RO.* die Feststellung, daß der Beklagten aus der Pfändung der Eigentümergrundschulden kein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus der Konkursmasse zustehe. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers blieb erfolglos.

Gründe:

Der Kläger nimmt die alten Hypotheken der Beklagten als Eigentümergrundschulden für die Nachlaßkonkursmasse in Anspruch. Man kann nach § 221 *RO.* im Nachlaßkonkurs auf Grund einer gegen den Nachlaß — wenn auch vor der Konkursöffnung — vorgenommenen Zwangsvollstreckungsmaßregel keine abgesonderte Befriedigung verlangt werden. Deshalb hält der Kläger die von der Beklagten ausgebrachte Pfändung der Grundschulden für unwirksam. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, es liege eine Zwangsvollstreckung nicht in den Nachlaß, sondern in das Vermögen der Erben vor; diese hätten die Beklagte befriedigt und dadurch selbst die Grundschulden erworben. Ebenso seien die Forderungen, deretwegen die Beklagte vollstrecke, gegen die Erben als die Nehmer des neuen Hypothekendarlehens gerichtet. Die Revision läßt diese Begründung nicht gelten.

Sie meint, es handle sich bei Aufnahme der neuen und bei der damit verbundenen Tilgung der alten Darlehensschuld um die Verwaltung des Nachlasses durch die als Beauftragte anzusehenden Erben; diese hätten die Beklagte mit Mitteln des Nachlasses befriedigt und demgemäß die Grundschulden für den Nachlaß erworben. Für ihr Privatvermögen etwas zu erwerben, sei angesichts der Fortsetzung der Erbgemeinschaft und der erweislichen Trennung des Nachlasses von ihm nicht ihre Absicht gewesen; auf den Erwerbswillen komme es aber an.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Begründung des angefochtenen Urteils insoweit den Fall tatsächlich und rechtlich nicht erschöpft. Diese stützt sich nur auf den äußeren Umstand, daß das neue Hypothekendarlehen, mit dessen Hilfe die alten Hypothekenschulden getilgt wurden und auf dem auch die später von der Beklagten vollstreckte Forderung beruht, von den Erben aufgenommen worden ist. Nicht beachtet wurde dagegen, daß die Erben das Geschäft, wirtschaftlich betrachtet, zur Verwaltung des Nachlasses vorgenommen haben, daß es also, nachdem dieser durch den Konkurs wieder von ihrem Vermögen getrennt worden war, als für Rechnung des Nachlasses abgeschlossen gilt (§ 1978 B.G.B.). Hiernach konnte das Berufungsgericht die Zugehörigkeit der infolge des Geschäfts (wenngleich nicht unmittelbar durch dieses) auf die Erben übergegangenen Grundschulden zum Sondervermögen der Erben, das jetzt Nachlaßkonkursmasse geworden ist, nicht ohne eine weitere Prüfung der Rechtslage verneinen.

Über die allgemeine Frage, ob ein Erbschaftsverb der Erben, den diese keinesfalls behalten könnten, unmittelbar Bestandteil des Nachlasses und der Konkursmasse wird, gehen die Ansichten auseinander, ohne daß bisher die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Klärung gebracht hätte. Der Entscheidung dieser Frage bedarf es hier nicht, weil dadurch in dem für die Revision günstigen Falle nur ein Bedenken gegen den Klagenspruch beseitigt würde. Den Kern des Streits der Parteien bildet vielmehr die Frage, ob die Klage mit dem Abkommen vereinbar ist, das der Vertreter der Erben mit der Beklagten getroffen hat. Das neue Landschafts-Hypothekendarlehen, das die Beklagte den Erben in Höhe von 165500 G.M. gab, sollte abredgemäß an die Stelle der alten, auf Mark und Roggen lautenden Hypothekendarlehen treten, die der Beklagten bis dahin am Grundstück der Erben zustanden. Die Beklagte sollte sich insoweit aus dem neuen Darlehen selber befriedigen und dann sollten die alten Hypo-

theten gelöscht werden. Demgemäß bewilligte die Beklagte nach Anschaffung der erforderlichen Pfandbriefe die Löschung der alten Hypotheken und der langjährige Bevollmächtigte der Erben, durch den sie das Darlehen aufnahmen, beantragte die Löschung, wenn er auch den Antrag später zurücknahm, angeblich wegen Meinungsverschiedenheiten mit den Machtgebern. Alle diese Ausführungen der Beklagten sind unbestritten geblieben. Der Kläger hat in zweiter Instanz nur behauptet, der Bevollmächtigte der Erben habe nicht versprochen, von den Eigentümergrundschulden keinen Gebrauch zu machen. Eines solchen besonderen Versprechens bedurfte es aber bei dem sonstigen Inhalt des Geschäfts nicht. Jeder Gebrauch der Eigentümergrundschulden verbot sich von selbst, wenn die alten Hypotheken nach der Vereinbarung der Vertragsparteien zu löschen waren. Die Beklagte ist nun der Ansicht, daß diese Vereinbarung auch den Kläger binde. Sie erhebt deshalb gegen die Klage die Einrede der Arglist. Dagegen meint der Kläger, er dürfe die Beklagte wegen ihres Anspruchs auf Löschung als Konkursgläubigerin behandeln und die Eigentümergrundschulden zur Masse ziehen.

Dieser Streit ist zugunsten der Beklagten zu entscheiden. Daß eine Vereinbarung der hier vorliegenden Art, wodurch der Eigentümer einem Hypothekengläubiger gegenüber auf eine vorhandene oder künftig entstehende Eigentümergrundschuld verzichtet, für die Vertragsparteien verbindlich ist und insbesondere bei der Zwangsversteigerung zugunsten des Versprechensempfängers wirkt, ist anerkanntes Rechtens. Das Reichsgericht hat aber in ständiger Übung auch angenommen, daß der Konkursverwalter die Vereinbarung gelten lassen müsse und die Eigentümergrundschuld zur Vermeidung der Arglisteinrede und einer Masseschuld aus § 59 R.D. nicht zur Masse ziehen dürfe, sondern sie auf Verlangen des Vertragsgegners zu löschen habe. Dabei wurde erwogen: die Vereinbarung trage im wesentlichen die Erfüllung bereits in sich, der Verzicht wirke unmittelbar auf das Recht ein und belasse dem Gemeinschuldner nur eine formale Stellung; so wenig wie er dürfe der Verwalter seiner Masse diese Stellung mißbrauchen, da er kein Dritter sei, sondern das Vermögen mit den daran haftenden Beschränkungen übernehme. Diese Rechtsprechung ergibt sich namentlich aus den Urteilen RGZ. Bd. 19 S. 59, Bd. 52 S. 5; JZ. 1900 S. 525 Nr. 17, 1908 S. 200 Nr. 15; WarnRspr. 1908 Nr. 237; SeuffArch. Bd. 61 Nr. 176; LZ. 1907 Sp. 353 Nr. 8 u. Sp. 834 Nr. 6.

Durch die Entscheidungen RÜZ. Bd. 77 S. 106, WarnRpr. 1908 Nr. 272, LZ. 1910 Sp. 223 Nr. 2 sollte sie, wie dort betont, nicht angetastet werden und sie wurde, soweit bekannt, auch späterhin nicht aufgegeben. Im Schrifttum wird sie allerdings stark angefochten; vgl. Streckler im Recht 1913 S. 154 (mit Angabe älterer Literatur); Erläuterungswerke von Pland-Streckler 4. Aufl. Anm. 6i zu § 1163 BGB.; Staudinger 9. Aufl. Anm. 1h zu § 1179 BGB.; RGRKomm. 6. Aufl. Anm. 5 zu § 1179 BGB.; Jäger RD. 6. Aufl. Anm. 30 zu § 6; ferner Enneccerus-Wolff § 146 Anm. 16. Diese Schriftsteller machen geltend, daß der Verzicht die dingliche Rechtslage nicht zu ändern vermöge, und glauben daraus den entgegengesetzten Schluß ziehen zu müssen. Dagegen sind Turnau-Foerster Diegenenschaftsrecht Bd. 1 S. 972 Anm. 10 zu § 1179 BGB.; Warneher BGB. 2. Aufl. Bd. 2 S. 431 bei Riff. VII; Bleher RD. 3. Aufl. Anm. 1a zu § 24; Mengel RD. 3. Aufl. Anm. 5 zu § 1 (S. 17) dem Reichsgericht beigetreten. Der gegenwärtige Rechtsstreit nötigt aber nicht, die gegen die Rechtsprechung erhobenen Bedenken zu erörtern. Denn mindestens die besondere Lage des Falles rechtfertigt es, den Konkursverwalter hier, ebenso wie in den früheren Entscheidungen, auf die Rechtsstellung des Gemeinschuldners zu beschränken. Die Erben haben das Versprechen, die alten Hypotheken löschen zu lassen, nicht einem beliebigen Hypothekengläubiger gegeben, sondern im Rahmen der weiteren Vereinbarung, die sie mit der Beklagten über die Herausgabe und Verwendung des neuen Hypothekendarlehens trafen. Danach übernahm es die Beklagte, die alten Hypothekenforderungen für die Erben mit Mitteln zu tilgen, die sie ihnen zu diesem Zweck zur Verfügung stellte. Sie selbst verschaffte ihnen also auf jene Zusage die Grundschulden, und zwar nur zu dem Zwecke, damit sie im Anschluß an diesen Rechtsübergang zum Besten der Beklagten gelöscht würden. Die Grundschulden, welche die Beklagte den Erben verschaffte, waren ihnen hiernach anvertraut wie fremdes Gut, worüber sie gemäß der Weisung der Beklagten nur zu deren Vorteil durch Löschung verfügen durften. Dieser Fall kann keineswegs auf dieselbe Stufe gestellt werden mit den persönlichen Verpflichtungen des Gemeinschuldners zur Zahlung, Lieferung oder Leistung, deren Erfüllung sein Vermögen infolge der Konkursöffnung nur zu gleichen Anteilen dienen darf. Es handelt sich nicht darum, daß aus der Konkursmasse etwas weggegeben werden soll, dessen Verschaffung der

Gemeinschuldner dem Gläubiger zugesagt hatte, sondern darum, zu verhindern, daß ein Gegenstand, der auf den Gemeinschuldner nur übergegangen war, um aus seinem Vermögen sofort wieder ausgeschieden zu werden, dem entgegen darin verbleibe. Wenn sich der Fall auch vom Treuhänderverhältnis unterscheidet, weil die Grundschuld nicht selbst auf die Beklagte zurückübertragen, sondern nur aufgegeben werden sollte, sodaß es allein ihr Rang war, den die Beklagte mit ihrer neuen Hypothek einnehmen konnte, so betrifft der Unterschied doch nichts, worauf es bei der hier zu treffenden Entscheidung ankommt. Hat die Beklagte ein Recht, der Bewertung der Grundschulden für die Masse zu widersprechen, so ist die Klage unbegründet als unzulässiger Versuch, die Grundschulden zum Vorteil der Masse und zum Nachteil der Beklagten geltend zu machen. Keinen Einfluß kann der Umstand haben, daß die Beklagte die Grundschulden vorsorglich gepfändet hat und daß sich die Klage dagegen richtet. Gegenstände, die — wie dargelegt — aus der Masse auszuschneiden sind, werden von der Vorschrift des § 221 R.D. überhaupt nicht betroffen. Die Klage ist auch nicht etwa damit begründet worden, daß die Beklagte mit Hilfe der Pfändung mehr aus dem zur Masse gehörigen Grundstück erlangen könnte als durch die Löschung der Grundschulden.