

6. 1. Fällt der Rangrücktritt einer bereits eingetragenen Hypothek hinter eine gleichzeitig einzutragende neue Hypothek unter die Vorschriften der §§ 877, 879 oder die des § 880 BGB.?

2. Kann § 181 BGB. auf die Zustimmung des Eigentümers nach § 880 Abs. 2 das. auch dann Anwendung finden, wenn diese dem Grundbuchamt gegenüber erklärt wird?

V. Zivilsenat. Beschl. v. 27. Januar 1938 in einer Grundbuchsache.  
V B 13/37.

I. Amtsgericht (Grundbuchamt) Beuthen O. Schl.  
II. Landgericht daselbst.

Der Sachverhalt und die Entscheidung ergeben sich aus folgenden

Gründen:

W. ist eingetragener Eigentümer eines Grundstücks, auf dem in Abteilung III Nr. 3 des Grundbuchs eine Grundschuld von 30000 RM. für die F.-GmbH. lastet. Er ist zugleich auch Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Er erklärte in zwei notariell beglaubigten Urkunden vom 7. Juni 1937:

1. als Grundstückseigentümer bewillige und beantrage er die Eintragung einer neuen Grundschuld von 12000 RM. für die Stadtsparkasse in B.,

2. als Geschäftsführer der Grundschuldgläubigerin Abt. III Nr. 3 räume er der neuen Grundschuld von 12000 RM. den Vorrang ein und bewillige die Eintragung dieser Rangänderung in das Grundbuch,

3. als Grundstückseigentümer stimme er der Rangänderung zu.

Die beiden Urkunden wurden dem Grundbuchamt eingereicht mit dem Antrag, die neue Grundschuld von 12000 RM. mit dem Vorrang vor der Grundschuld von 30000 RM. einzutragen. Das Grundbuchamt beanstandete den Antrag und verlangte den Nachweis, daß die F.-GmbH. den W. in Ansehung der Vorrangseinräumung von der Vorschrift des § 181 BGB. befreit habe. Die gegen diese Beanstandung gerichtete Beschwerde des Antragstellers wurde vom Landgericht als unbegründet zurückgewiesen. Das Kammergericht möchte auch die weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich daran aber gehindert durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bayerischen Obersten Landesgerichts zu § 181 BGB. und hat die Sache daher gemäß § 79 Abs. 2 GVO. dem Reichsgericht vorgelegt. Im Vorlegungsbeschuß ist ausgeführt:

Wie jetzt allgemein anerkannt sei, falle der Rücktritt einer bereits bestehenden Hypothek hinter eine gleichzeitig einzutragende neue Hypothek nicht unter § 877, § 879 Abs. 2, sondern unter § 880 BGB. Die nach § 880 Abs. 2 Satz 2 erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers sei eine einseitige, empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung, die der Beschränkung des § 181 BGB. unterliege. Diese Beschränkung müsse auch dann Platz greifen, wenn der Grundstückseigentümer, wie das hier geschehen sei, seine Erklärung gemäß § 880 Abs. 2 Satz 3 BGB. nicht an den vortretenden

oder den zurücktretenden Hypothekengläubiger, sondern an das Grundbuchamt richte. Die gegenteilige Meinung des Reichsgerichts und des Bayerischen Obersten Landesgerichts werde dem Gesetze nicht gerecht und sei in der neueren Rechtsprechung des Kammergerichts wiederholt abgelehnt worden. Bei dieser Rechtsprechung wolle der vorliegende Senat stehen bleiben.

Die Voraussetzungen des § 79 Abs. 2, 3 BGB. sind erfüllt. Sachlich sind zwei grundsätzliche Fragen zu entscheiden:

1. Fällt der Rücktritt einer bereits bestehenden Hypothek hinter eine gleichzeitig einzutragende neue Hypothek unter § 880 BGB.?

2. Greift § 181 BGB. bei einer Zustimmungserklärung nach § 880 Abs. 2 Satz 2, 3 BGB. auch dann Platz, wenn der Eigentümer diese Erklärung dem Grundbuchamt gegenüber abgibt?

Die erste Frage hat das Reichsgericht in Übereinstimmung mit dem Vorlegungsbeschuß bejaht, die zweite aber entgegen der Auffassung des Kammergerichts verneint.

Zu 1: Wenn das Kammergericht glaubt, es sei schon jetzt „allgemein anerkannt“, daß der Rangrücktritt einer bestehenden Hypothek hinter eine gleichzeitig neu einzutragende Post nicht unter die §§ 877, 879, sondern unter § 880 BGB. falle, so geht es allerdings zu weit. Wichtig ist, daß das Kammergericht selbst in fester Rechtsprechung diese Rechtsansicht vertritt (RGZ. Bd. 21 S. A 308, Bd. 34 S. A 240, Bd. 40 S. A 243). Das Bayerische Oberste Landesgericht scheint aber im Beschuß vom 19. Juni 1908 zur Gegenansicht zu neigen (Seuff. Archiv Bd. 64 S. 69 Nr. 31). Das Reichsgericht hat in einer älteren stempelrechtlichen Entscheidung vom 2. Oktober 1908 (RGZ. Bd. 69 S. 327) die Auffassung des Kammergerichts geteilt und näher begründet (S. 328 flg.). Auch das Urteil vom 6. Februar 1915 (RGZ. Bd. 86 S. 221) geht ersichtlich von diesem Rechtsstandpunkt aus (S. 224). Dagegen läßt sich aus dem Erkenntnis vom 9. November 1910 (BarnRspr. 1911 Nr. 83) wohl eher ein Rückschuß auf die Gegenmeinung ziehen. In dem zuletzt ergangenen Urteil vom 26. April 1930 (RGZ. Bd. 128 S. 276) hat der erkennende Senat die Frage, ob § 880 oder die §§ 877, 879 BGB. anwendbar seien, ausdrücklich offen gelassen (S. 279). Man wird also nicht sagen können, daß diese Frage in der Rechtsprechung bereits im einen oder andern Sinne abschließend geklärt sei. Aber auch die Meinungen im Schrifttum gehen bisher immer noch auseinander.

Die Erläuterungsbücher von Pland-Strecker (BGB. Bd. III<sup>1</sup> 5. Aufl. Anm. II 2d S. 194) und Güthe-Triebel (BGB. 6. Aufl. Bd. I Anm. 34 zu § 45 S. 979) stehen auf dem Boden der Rechtsprechung des Kammergerichts. Andere namhafte Werke, z. B. der Reichsgerichtsräte-Kommentar (BGB. 8. Aufl. Bd. III Anm. 1 zu § 880) und Staudinger-Rober (BGB. Bd. III<sup>1</sup> 10. Aufl. Anm. 3 unter b,  $\beta$  zu § 880 S. 152) vertreten die Gegenansicht. Es ist nunmehr an der Zeit, höchstrichterlich eine endgültige Stellung zu dieser Frage einzunehmen. Der vorgelegte Fall gibt dazu die erwünschte Gelegenheit. Der beschließende Senat ist dem Kammergericht beigetreten. Zwar ist nicht zu verkennen, daß rechtstheoretisch und logisch sich die eine wie die andere Ansicht verteidigen läßt. Handelt es sich doch im Grunde genommen lediglich um die Frage, ob ein Recht, das genau im Augenblick seiner Eintragung vorrücken soll, in diesem mathematischen Zeitpunkt „schon eingetragen“ oder „noch nicht eingetragen“ sei. Das Rechtsleben verlangt aber klare, einfache Lösungen, die den Verkehrsbedürfnissen entgegenkommen. Was in dieser Richtung schon in RGZ. Bd. 69 S. 329 angedeutet worden ist, das gilt auch heute noch. Der gesunde Menschenverstand wird keinen durchschlagenden Grund dafür finden, daß eine Vorrangseinräumung, die sich gleichzeitig mit der Eintragung des vortretenden Rechts vollziehen soll, rechtlich anders behandelt werden müßte als eine Vorrangseinräumung, die unmittelbar darauf, vielleicht nur einige Sekunden später, zwischen denselben Rechten vollzogen wird. Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 880 BGB. hindern jedenfalls nicht, beide Fälle gleichmäßig unter diese Vorschrift zu bringen. Damit wird eine einfache, klare, zweckmäßige, einheitliche Behandlung innerlich zusammengehöriger Lebensvorgänge erzielt. Diese Behandlung hat nun auch bereits die von der kammergerichtlichen Rechtsprechung geführte Übung im größten Teile des Deutschen Reiches für sich. Bewußt dieser Rechtsprechung sich entgegenstellende Stimmen höherer Gerichte in anderen Reichsgebieten sind nicht bekannt geworden. Das Reichsgericht hat daher keinen Anlaß gefunden, sich für eine abweichende Gesetzesauslegung einzusetzen.

Zu 2: Das Kammergericht geht in seinem Vorlegungsbeschuß bei der Anwendung des § 880 BGB. davon aus, daß die zur grundbuchmäßigen Verlautbarung der Einigung aus § 880 Abs. 2 Satz 1 erforderliche, von W. namens der F.-GmbH. erklärte Bewilligung

des Rangrücktritts der Grundschuld von 30000 RM. hinter die neue Sparkassengrundschuld von 12000 RM. ebensowenig durch § 181 BGB. behindert sei wie die von W. im eigenen Namen erklärte Bestellung der neuen Grundschuld für die Stadtsparkasse. Nur in Ansehung der Zustimmung des Eigentümers aus § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB. hält das Kammergericht dem W. die Schranke des § 181 BGB. entgegen, indem es ausführt:

Zwar habe W. seine Zustimmung nicht der von ihm vertretenen F.-GmbH., sondern gemäß § 880 Abs. 2 Satz 3 BGB. dem Grundbuchamt gegenüber erklärt. Rein äußerlich betrachtet sei er also nicht zugleich Erklärender im eigenen Namen und Erklärungsempfänger im Namen der von ihm vertretenen Gesellschaft. Rein äußerlich liege mithin auch der Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst im Sinne des § 181 BGB. nicht vor. Dennoch spreche für die Anwendung dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall die Erwägung, daß das Mit-sich-selbst-abschließen stets die Gefahr eines Widerstreits der Interessen und einer Schädigung des einen oder des anderen Teils mit sich bringe. Das Verbot des Handelns mit sich selbst bezwecke den Schutz des Vertretenen gegen die sich für ihn aus den gegensätzlichen Interessen ergebende Schädigungsgefahr. Dieser gesetzgeberische Grund rechtfertige es aber nicht, eine verschiedene rechtliche Behandlung Platz greifen zu lassen, je nachdem der Vertreter „die zu dem von ihm mit einem Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäft erforderliche Zustimmung des Vertretenen“ sich selbst oder dem Dritten gegenüber erkläre. Denn fehle ihm kraft Gesetzes die Vertretungsbefugnis für den Fall, daß er die Zustimmung sich selbst erteile, so könne sie ihm auch dann nicht zustehen, wenn er die Einwilligung dem Dritten erkläre. Undernfalls wäre es dem Zufall oder dem Belieben des Vertreters überlassen, ob das in seiner Wirksamkeit von der Zustimmung des Vertretenen abhängige Rechtsgeschäft wirksam werde oder nicht. Damit würde zugleich dem Vertreter die Möglichkeit gegeben, die dem Schutze des Vertretenen dienende Gesetzesbestimmung dadurch auszuschalten, daß er die Zustimmung dem anderen Teile gegenüber erkläre. Von Bedeutung sei ferner die Erwägung, daß es bei den Geschäften, deren Wirksamkeit von der Zustimmung des Vertretenen abhängt, nicht so sehr auf die Art der Erteilung wie auf die Tatsache der Zustimmung selbst ankomme. Die Tatsache als solche mache das von

dem Vertreter im eigenen Namen vorgenommene Rechtsgeschäft wirksam. Und diese Wirkung sei die gleiche, ob der Vertreter die Zustimmung sich selbst oder dem anderen Teile gegenüber erkläre. Von diesem Standpunkt aus könne die Zustimmung, die W. in seiner Eigenschaft als Grundstüdeigentümer erklärt habe, nach dem Grundgedanken des § 181 BGB. nicht für wirksam angesehen werden. Denn bei dem Rücktritt der bestehenden Hypothek hinter die neu bestellte Hypothek einerseits und der Zustimmung des Eigentümers hierzu andererseits handle es sich, vom Endzweck aus betrachtet, um ein einheitliches Rechtsgeschäft, nämlich die Bestellung einer neuen Hypothek mit dem Vorrang vor einer bestehenden Hypothek. Bei diesem Rechtsgeschäft werde der für die Wirkung des Rangrücktritts maßgebende Wille sowohl auf der Seite der zurücktretenden Gläubigerin als auch auf seiten des zustimmenden Eigentümers gebildet und erklärt von einer und derselben Person, die auf der Gläubigerseite als deren Vertreter und auf der Eigentümerseite im eigenen Namen auftrete. Das Handeln einer Person in einer derartigen rechtlichen Doppelstellung beim Abschluß von Rechtsgeschäften mit nicht gleichgerichteten Interessen der mehreren Beteiligten solle aber durch § 181 BGB. grundsätzlich verhindert werden. Bei anderer Auslegung des § 181 wäre der Grundstüdeigentümer in der Lage, die Absicht des Gesetzes — tunlichste Verhinderung einer Schädigung oder Gefährdung fremder Interessen durch gleichzeitiges Handeln des Erklärenden in eigener Person und als Vertreter eines Dritten — dadurch zu durchkreuzen, daß er zu eigenem Vorteil unter Mißbrauch seiner Vertreterstellung und unter Schädigung oder Gefährdung der Belange des bei dem Rechtsgeschäft auf der Gegenseite Beteiligten, durch ihn Vertretenen, als Erklärungsempfänger das Grundbuchamt oder den vortretenden Gläubiger wähle.

Diese Begründung für die Anwendung des § 181 BGB. im gegebenen Falle hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Schon auf den ersten Blick fällt ein gewisser Widerspruch zwischen den Anfangs- und den Schlußgedanken des Kammergerichts auf. Seine Ausführungen beginnen mit der Klarstellung, daß die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten nach § 880 Abs. 2 Satz 1 BGB. und die nach § 880 Abs. 2 Satz 2, 3 außerdem erforderliche Zustimmung des Eigentümers zwei rechtlich getrennte

Rechtsgeschäfte seien. Am Schlusse seiner Ausführungen neigt das Kammergericht dagegen der Auffassung zu, daß jene Einigung und diese Zustimmung ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellten. Nur die Eingangsansicht kann richtig sein. Weder die Erwägung, daß beide Rechtsgeschäfte auf einen gemeinsamen Endzweck abzielen, noch die Tatsache, daß sachlich-rechtlich im vorliegenden Sonderfalle nicht, wie im Regelfalle, drei, sondern nur zwei natürliche Personen zur Erreichung des Endzwecks mitzuwirken brauchten und mitgewirkt haben, kann den Schluß rechtfertigen, daß hier die Einigung der beiden Hypothetengläubiger und die Zustimmung des Grundstückseigentümers rechtlich in ein einheitliches Rechtsgeschäft zusammenfielen. Es bleibt vielmehr bei der aus § 880 BGB. klar erhellenden Trennung in zwei rechtlich selbständige Willenserklärungen: die Einigung der beiden Gläubiger auf der einen, die Zustimmung des Eigentümers auf der anderen Seite. Daß W. an jener Einigung, bei der er als Vertreter der zurücktretenden Gläubigerin mitwirkte, durch § 181 BGB. nicht gehindert war, liegt auf der Hand und wird auch vom Kammergericht nicht bezweifelt. Aber auch der Zustimmung, die er im eigenen Namen als Eigentümer dem Grundbuchamt gegenüber erklärt hat, steht § 181 BGB. nicht im Wege. Freilich hätte W. diese Zustimmung nicht gegenüber der zurücktretenden Gläubigerin, also der von ihm selbst vertretenen Gesellschaft mbH., erklären können, weil ihm dieser nach § 880 Abs. 2 Satz 3 BGB. regelmäßig zulässige Weg hier ausnahmsweise durch § 181 BGB. versperrt gewesen wäre. Anders aber liegt es mit der dem Grundbuchamt gegenüber erklärten Zustimmung. Das Kammergericht möchte auch ihr im Hinblick auf den Schutzzweck des § 181 BGB. einen Kiegel vorschieben. Damit geht es aber über das Gesetz hinaus. Soweit es im ersten Teil seiner Begründung mehrfach von einer „Zustimmung des Vertretenen“ spricht, scheint es nicht scharf im Auge zu behalten, daß hier ja nur eine im eigenen Namen erklärte Zustimmungserklärung des Eigentümers W. in Betracht kommt. Diese Zustimmung erforderte aber das Gesetz (§ 880 Abs. 2 Satz 2 BGB.) auch lediglich im eigenen Interesse des Eigentümers, nämlich im Hinblick auf die Möglichkeit, daß aus dem zurücktretenden oder aus dem vortretenden Recht einmal eine Eigentümergrundschuld entstehen könnte. An einen Schutz des zurücktretenden Gläubigers als solchen dachte das Gesetz jedenfalls nicht, als es den Rangrücktritt

an die Zustimmung des Eigentümers knüpfte. Die Begründung des Kammergerichts würde also zu dem seltsamen Ergebnis führen, daß die zurücktretende Grundschuldgläubigerin, für die eine Rücktrittserklärung abzugeben W. nicht gehindert war, in ihrer Interessenlage geschützt werden soll nicht durch ein Rechtsbedenken gegen die Rücktrittseinigung, sondern durch Behinderung einer Zustimmungserklärung, die W. lediglich in seinem eignen Interesse abzugeben hatte und die er auch nicht im fremden, sondern im eigenen Namen und nicht der von ihm vertretenen Gesellschaft, sondern einer anderen Stelle, dem Grundbuchamt, gegenüber abgegeben hat. Ein solches Ergebnis läßt sich aus dem Gesetzeszweck des § 181 BGB. nicht rechtfertigen. Wichtig ist allerdings, daß diese Vorschrift den Vertretenen gegen Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter schützen will, und zwar regelmäßig in Fällen, in denen die Gefahr eines Interessengegensatzes besteht (RGZ. Bd. 68 S. 175, Bd. 143 S. 354). Nicht richtig ist es aber, wenn das Kammergericht diesem Schutzzweck zuliebe das Anwendungsgebiet des § 181 ausdehnen will über die Grenzen hinaus, die sich aus der klaren Fassung des Gesetzes ergeben. Der § 181 unter sagt dem Vertreter nur ein Rechtsgeschäft mit sich selbst, nicht etwa jedes Handeln teils im eigenen, teils im fremden Namen, sofern dabei die Gefahr besteht, daß die Interessen des Vertretenen denen des Vertreters zuwiderlaufen. Das Gesetz gibt also keine allgemeine Schutzbvorschrift gegen Mißbrauch der Vertretungsmacht, die ohne weiteres Platz greifen könnte, sobald beim Handeln des Vertreters teils im eigenen teils im Namen des Vertretenen die Möglichkeit eines Interessengegensatzes ersichtlich wäre, und die sinngemäß ausscheiden müßte, sobald bei solchem Handeln ein Interessenwiderspruch unmöglich wäre. Eine Gesetzesauslegung in diesem Sinne würde den Boden der Gesetzesvorschrift nach der einen Richtung hin ausdehnen, nach der anderen Richtung hin einschränken, alles in allem also verlassen. Das Reichsgericht hat denn auch in fester Rechtsprechung eine solche Auslegung abgelehnt. Es hat, falls der Vertreter mit sich selbst abgeschlossen hatte, den § 181, seiner eindeutigen Fassung gemäß, auch dann für anwendbar erklärt, wenn das Geschäft dem Vertretenen nur Vorteil bringen konnte, ein Mißbrauch der Vertretungsmacht also ausgeschlossen war (WarnRspr. 1910 Nr. 414, 1932 Nr. 200). Umgekehrt hat es, sofern der Vertreter nicht mit sich

selbst abgeschlossen hatte, den § 181 auch dann ausgeschaltet, wenn bei einem Rechtserfolg, den der Vertreter, in Doppelstellung auf-tretend, teils im eigenen Namen teils im Namen des Vertretenen durch Abschluß mit einem Dritten herbeigeführt hatte, ein Mißbrauch der Vertretungsmacht erkennbar war oder doch im Bereich der Möglichkeit lag (RGZ. Bd. 76 S. 89, Bd. 103 S. 417, Bd. 108 S. 407, Bd. 127 S. 105; WarnRspr. 1915 Nr. 179; JW. 1931 S. 2229 Nr. 3). Natürlich wird damit nicht etwa der Vertretene einem Vollmachtmißbrauch, der nicht unter § 181 fällt, schußlos preisgegeben. In solchen Fällen kann und muß vielmehr der Vertretene je nach den Umständen des Einzelfalles andere Rechtsbehelfe sich zunutze machen. Meist wird er aus dem der mißbrauchten Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den ungetreuen Vertreter herleiten können. Unter Umständen werden ihm auch die Vorschriften des § 138 oder des § 826 BGB. sowie der § 266 StGB. oder § 81a GmbHG. in Verbindung mit § 134 BGB. und § 823 Abs. 2 BGB. zur Seite stehen. Das Verbot des Selbstabschließens im § 181 BGB. aber darf nicht erstreckt werden auf Fälle, wo der Vertreter überhaupt nicht mit sich selbst abgeschlossen hat, sondern nur mit Dritten, also außerhalb des Anwendungsgebiets dieser Vorschrift in den rechtsgeschäftlichen Verkehr eingetreten ist. Das ist jetzt auch die einhellige Ansicht des Schrifttums zu § 181 BGB.<sup>1)</sup> Ihr hat sich das Bayerische Oberste Landesgericht angeschlossen (HR. 1934 Nr. 1053). Auch das Kammergericht hat früher (RGZ. Bd. 39 S. A 235) diese Auffassung vertreten. Soweit es später davon abgewichen ist (JFG. Bd. 2 S. 283, Bd. 12 S. 286), hat es den Boden des Gesetzes verlassen. Da im vorliegenden Falle B. weder bei der Einigung mit der vortretenden Sparkasse, wobei er als Vertreter der F.-GmbH. aufgetreten ist, noch bei der Zustimmung, die er als Eigentümer im eigenen Namen dem Grundbuchamt gegenüber

<sup>1)</sup> Vgl. Komm. v. RGR. 8. Aufl. Bd. I S. 306 Anm. 1 zu § 181; Pand.-Flab 4. Aufl. Bd. I S. 481 Anm. 1 a) und β) zu § 181; Güthe-Triebe 6. Aufl. Bd. II S. 2052; Enneccerus-Ripperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 13. Bearbeitung S. 553 Fußnote 12 zu § 168; Staudinger-Riezler 10. Aufl. Bd. I S. 912 Anm. 8 unter 5a) zu § 181 (abw. allerdings wohl S. 917 Anm. 23 unter 9b), wo eine „analoge“ Anwendung des § 181 bei Erklärungen des Vertreters gegenüber dem Grundbuchamt unter gewissen Umständen befürwortet wird).

---

erklärte, ein Rechtsgeschäft mit sich selbst im Sinne des § 181 BGB. vorgenommen hat, ist die weitere Beschwerde begründet. Das Grundbuchamt war demnach anzuweisen, von der aus § 181 BGB. hergeleiteten Beanstandung der Eintragungsanträge abzugehen.