

**46. Kann der Verwalter im Nachlasskonkurse die Löschung einer Hypothek verlangen, die nach dem Eintritt des Erbfalls auf einem Nachlassgrundstück im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragen worden ist?**

R.D. § 221.

VII. Zivilsenat. Urf. v. 29. April 1938 i. S. W. als Verwalter im Konkurse über den Nachlass G. (Kl.) v. B.-F.-er Eisenbahnges. AG. (Bekl.). VII 233/37.

- I. Landgericht Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Die Frage ist bejaht worden aus folgenden

Gründen:

Daß der Tatbestand des § 221 R.D. gegeben ist, verkennt das Berufungsgericht nicht; es meint aber, diese Bestimmung rechtfertige nicht das Verlangen des Konkursverwalters auf Löschung der Hypothek, sondern gebe ihm nur einen Anspruch auf Eintragung eines Vermerkes im Grundbuch, daß die Hypothek den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sei. Dem kann nicht zugestimmt werden. § 221 R.D. nimmt nach seinem Wortlaut einem Gläubiger, der nach dem Erbfall in den Nachlaß vollstreckt hat, zunächst nur das Recht auf abgesonderte Befriedigung auf Grund seiner Vollstreckungsmaßregel. Es handelt sich insoweit nur um eine Verfahrensvorschrift. Es ist aber nicht zweifelhaft, daß diese auch einen sachlich-rechtlichen Gehalt hat. Es hätte keinen Sinn, dem Gläubiger für die Zeit des Konkurses das Recht auf abgesonderte Befriedigung abzusprechen, wenn nicht der Konkursverwalter zugleich das Recht haben sollte, die Sache, in die vollstreckt wurde, ohne Rücksicht auf die dadurch erworbenen Rechte auf abgesonderte Befriedigung in Erfüllung seiner Aufgaben zu verwerten (§ 117 R.D.). § 221 R.D. schafft also für die Dauer des Konkurses einen Zustand sachlichen Rechts, der im Falle der Verwertung der Sache, in die vollstreckt wurde, ein Dauerzustand wird, im anderen Fall aber nach Beendigung des Konkurses oder Freigabe der Sache endigt, so daß die durch die Vollstreckung erworbenen Rechte wieder in vollem Umfange gelten. Dieser Rechtszustand besteht in der Unwirksamkeit des durch die Vollstreckung erworbenen Rechts auf abgesonderte Befriedigung, d. h., da diese Art der Befriedigung das Wesen des erworbenen Rechts ausmacht, in der Unwirksamkeit des erworbenen Rechts, zunächst für die Dauer des Konkurses, unter Umständen aber auch nach Beendigung des Konkurses. Ob man die zeitlich beschränkte Unwirksamkeit der Rechte, wie sie § 221 R.D. ausspricht, in jeder Beziehung als Unwirksamkeit gegenüber allen, aber nur für die Zwecke des Konkurses anzusehen hat, gleich der Unwirksamkeit bei der Bestellung eines dinglichen Rechts durch den Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkurses gemäß § 7 R.D. (R.G. Bd. 71 S. 38; *Menckel* R.D. 5. Aufl. § 7 Anm. 3; *Jäger* R.D. 5. Aufl. § 7 Anm. 8), und wie sich die in den §§ 28, 87, 104 der Vergleichsordnung vom

26. Februar 1935 (RGBl. I S. 321) ausgesprochene Unwirksamkeit dazu verhält, mag auf sich beruhen. Auf keinen Fall liegt nur eine derart beschränkte Unwirksamkeit vor, daß, wie das Berufungsgericht meint, die Eintragung eines Vermerks ins Grundbuch über die Unwirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern zur Berichtigung des infolge der Konkursöffnung unrichtig gewordenen Grundbuchs genügte, daß also eine Art Verfügungsbeschränkung vorläge. Dem Konkursverwalter soll durch § 221 R.D. die Möglichkeit einer Bewertung ohne Rücksicht auf die erworbenen Rechte gegeben werden. Es hieße ihn ungebührlich beschränken, wenn man ihm nicht das Recht geben wollte, die Einwilligung zur Löschung einer nach § 221 R.D. unwirksamen Zwangshypothek zu verlangen. Kraft seines Amtes hat er die Bewertung der zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände vorzunehmen. Will er ein Grundstück verwerten, so kann man ihn nicht darauf verweisen, zunächst darüber zu verfügen und dann erst, nötigenfalls nach einem langwierigen Rechtsstreit, die Löschung der Hypothek herbeizuführen. Die Aussichten auf einen Verkauf würden ungebührlich geschmälert, eine Bewertung oft unmöglich gemacht werden, wenn die Hypothek bei Verkaufsverhandlungen noch im Grundbuche stünde und der Kaufliebhaber nicht wüßte, wie sich der Hypothekengläubiger zu dem Verkaufe stellen werde. Nur in Ausnahmefällen, z. B. wenn eine Zwangshypothek auf ein schon vorher überlastetes Grundstück eingetragen wäre, so daß sie für die Bewertung durch den Konkursverwalter keine Bedeutung hätte, mag ein Anspruch auf ihre Löschung nicht gegeben sein; daß aber ein solcher Fall hier vorläge, ist nicht behauptet worden. Im übrigen muß es dem Konkursverwalter möglich sein, die Löschung der Hypothek zu verlangen (Menzel R.D. 5. Aufl. § 221 Anm. 6). Jäger (R.D. 5./6. Aufl. § 221 Anm. 5) äußert sich dazu folgendermaßen: „Beeinträchtigt eine nach § 221 Abs. 1 der Absonderungskraft ermangelnde Zwangshypothek die konkursmäßige Bewertung, so muß der Konkursverwalter zum Zweck der Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe (§ 117) berechtigt sein, die Löschung zu erwirken. Das Grundbuch ist nun unrichtig.“ Wenn dies dahin zu verstehen sein sollte, daß der Konkursverwalter erst dann die Löschung verlangen könnte, wenn er einen Kaufliebhaber gefunden oder das Grundstück gar schon verkauft hätte, so könnte dem aus den oben dargelegten Gründen nicht zugestimmt werden. Es ist nicht

anzunehmen, daß der Konkursverwalter die Zwangshypothek löschen ließe, wenn ein Verkauf des Grundstücks nicht oder nicht mehr in Frage kommt. Hatte er sie aber löschen lassen und wurde das Grundstück nicht verkauft, so würde es als seine Amtspflicht anzusehen sein, vor der Beendigung des Konkurses die Wiedereintragung der Hypothek zu veranlassen. Geht man hiervon aus, so sind auch die Belange des Gläubigers gewahrt, die das Berufungsgericht in den Vordergrund seiner Erörterungen stellt.