

57. 1. Enthält die Aufgabe der zur Sicherheit für eine Forderung bestellten Hypothek, oder die Aufgabe des derselben zustehenden Vorrechtes einen Verzicht auf die persönliche Forderung?

2. Wird durch die Zahlung an den vortretenden Gläubiger bei der Kaufgelderbelegung im Zwangsversteigerungsverfahren die Forderung des vortretenden oder des zurücktretenden Gläubigers getilgt?<sup>1</sup>

V. Civilsenat. Urth. v. 2. October 1886 i. S. F. u. Gen. (R.) w.  
F. (Bekl.) Rep. V. 140/86.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Auf die Revision der Klägerin ist das zweite Urtheil aufgehoben und die Berufung des Beklagten gegen das ihn zur Zahlung verurteilende erste Urtheil zurückgewiesen.

<sup>1</sup> Vgl. oben Nr. 22 S. 116.

## Gründe:

„Der am 28. Mai 1881 zu Berlin verstorbene Rentier Henri Louis Fournier sen. hat durch letztwillige Verfügung eine ihm zustehende, auf dem Grundstücke Luisenstadt Bd. III. Nr. 179 hypothekarisch eingetragene Forderung von 10 500 *M* an verschiedene Personen, darunter seine Söhne Louis und Gustav Fournier, mit der Maßgabe vermacht, daß die Substanz der Zuwendung den Kindern der beiden Söhne, und nur der Nießbrauch den Söhnen zufallen solle. Der den Kindern bestellte Pfleger hat die gegenwärtige Klage mit dem Antrage erhoben, den Beklagten zu verurteilen, daß er zur Nachlassmasse des Fournier sen. die 10 500 *M* bei der Hinterlegungsstelle hinterlege. Zur Begründung der Klage führt er folgendes an:

Im Jahre 1870 war Gustav Fournier Eigentümer des verpfändeten Grundstückes. Er verschuldete seinem Vater, dem Rentier Fournier sen., für Überlassung von Inventariestücken 10 500 *M* und bestellte ihm zur Sicherheit am 18. Juni 1870 für die Schuld mit seinem Grundstücke eine Hypothek hinter bereits eingetragenen 216 000 *M*. Am 9. Dezember 1870 verkaufte Gustav Fournier das Grundstück an den Beklagten Freudenheim. Dieser übernahm die Hypothek von 10 500 *M* in Anrechnung auf den Kaufpreis als Selbstschuldner und verpflichtete sich, den Verkäufer zu vertreten und ihn aus der persönlichen Schuld- und Zahlungsverbindlichkeit zu setzen. Mittels Vertrages vom 13. August 1877 verkaufte dann Beklagter das Grundstück an den Zimmermeister Fürle. Auch dieser übernahm die fragliche Hypothek auf das Kaufgeld. Während der Besitzzeit des Fürle — am 28. Januar 1878 — räumte Fournier sen. einer später eingetragenen Hypothek von 63 000 *M* das Vorrecht vor den ihm zustehenden 10 500 *M* ein. Diese Prioritätscession wurde auch im Grundbuche eingetragen. Die Zeit der Eintragung jener 63 000 *M* ist von den Parteien nicht angegeben. Im Jahre 1882, während der Besitzzeit des Fürle, gelangte das Grundstück zur notwendigen Subhastation. Bei derselben fiel die Hypothek von 10 500 *M* aus. Die Kläger haben den Anspruch des Gustav Fournier an den Beklagten wegen Übernahme der 10 500 *M* am 12. Dezember 1884 pfänden und sich überweisen lassen. Durch rechtskräftiges Urteil in einem Vorprozesse ist auch Gustav Fournier zur Zahlung der 10 500 *M* verurteilt worden. Die Kläger nehmen jetzt, gestützt

auf das Vermächtnis und die Überweisung, den Beklagten als persönlichen Schuldner in Anspruch. Der Beklagte hat widersprochen Er macht zunächst geltend, daß der Prozeß wider Gustav Fournier ihn nicht berühre, weil er zu demselben nicht zugezogen sei, und daß er durch denselben an der Vorschützung der ihm zustehenden Einreden nicht behindert werde. Er glaubt, daß er durch den Nachweis der Hinfälligkeit des Anspruches der Klägerin gegen Gustav Fournier zugleich auch seine Befreiung von der Klage darthun könne.

Die von ihm in zweiter Instanz noch aufrecht erhaltenen Einreden gehen dahin:

1. Der Gläubiger Fournier sen. habe den Ausfall der Hypothek von 10 500 *M* selbst verschuldet. Das verpfändete Grundstück sei für 307 107 *M* zugeschlagen, die fragliche Hypothek würde also, da ihr nur 216 000 *M* vorgingen, ohne den Rücktritt des Fournier sen. hinter 63 000 *M* unbedenklich zur Hebung gelangt sein. Fournier sen. habe also den Ausfall durch die Prioritätscession selbst veranlaßt.

2. Das Verhalten des Fournier sen. sei sogar als ein doloses zu bezeichnen, da er sich selbst habe sagen müssen, daß er durch die von ihm angeblich gegen pekuniäre Vorteile bewilligte Vorrechtseinräumung Gefahr lief, seine Forderung zu verlieren.

3. Es finde die Vorschrift des §. 41 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 Anwendung, weil Gustav Fournier nach dem 1. Oktober 1872 seinem Vater die Übernahme der 10 500 *M* durch ihn (Beklagten) und ebenso er dem Fournier sen. die Übernahme seitens des Fürle mitgeteilt, Fournier sen. aber nicht innerhalb eines Jahres die Hypothek gekündigt und demnächst eingeklagt habe.

Der erste Richter hat den Beklagten nach dem Klageantrage verurteilt, der Berufungsrichter dagegen die Klage abgewiesen. Die von den Klägern gegen diese Entscheidung eingelegte Revision muß für begründet erachtet werden.

Der Berufungsrichter geht mit Recht davon aus, daß die Kläger befreit sind, die ihnen vermachte Forderung des Fournier sen. an seinen Sohn Gustav Fournier auf Grund der Überweisung der Ansprüche, welche dem letzteren aus dem Vertrage vom 9. Dezember 1870 gegen den Beklagten zustanden, geltend zu machen. Es kann in betreff dieser nach früherem

Recht zutreffenden Entscheidung auf die im zweiten Urtheile angezogene konstante Praxis des früheren preussischen Obertribunals verwiesen werden.

Der Beklagte hat seinen Anspruch auf Befreiung von der ihm kontraktlich obliegenden Verpflichtung, die 10 500  $\mathcal{M}$  als Selbstschuldner zu übernehmen und den Verkäufer aus der persönlichen Schuldverbindlichkeit zu setzen, theils auf Rechtsgründe, welche eine Aufhebung der Übernahmepflicht bewirken, theils auf solche, welche eine Tilgung der Forderung oder eine Verpflichtung zur Nichtausübung derselben darthun sollen, gestützt. Auf ersteren Fall beziehen sich die aus §. 41 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 entnommenen Einreden. Mit Recht führt jedoch der Berufungsrichter aus, daß die Anwendung dieses Gesetzes auf den vorliegenden Fall nicht stattfindet. Letzteres versucht Beklagter durch die Einreden, daß die Forderung durch Befriedigung des Prioritätscessionars erloschen sei, und daß jedenfalls die Kläger an der Geltendmachung derselben wegen schuldvollen, oder sogar dolosen Verhaltens ihres Rechtsurhebers verhindert seien.

Der Berufungsrichter hat zu Gunsten der Kläger angenommen, daß der Prioritätscedent an sich durch die Vorrechtseinräumung seine persönliche Forderung nicht verliert. Seine Ausführung muß ferner dahin verstanden werden, daß durch die Befriedigung des vortretenden Gläubigers dessen Forderung, nicht diejenige des zurücktretenden getilgt ist. Er gelangt jedoch zur Abweisung der Klage, weil anzunehmen sei, daß Journier sen. durch seine eigene Unvorsichtigkeit bezw. Sorglosigkeit die Sicherheit der fraglichen Forderung geschmälert habe, und somit die Geltendmachung des persönlichen Anspruches vermöge der sogenannten *clausula doli generalis* ausgeschlossen sei.

Diese Entscheidung wird mit Grund von den Klägern als rechtsirrtümlich angefochten. Eine Vertragsverletzung seitens des Journier sen. hat nicht stattgefunden. Der Beklagte behauptet nicht, daß Journier sen. sich verpflichtet habe, die ihm für seine persönliche Forderung an seinen Sohn Gustav bestellte Sicherheit nicht zu verändern. In Ermangelung eines Vertrages liegt aber in der Aufgabe des Pfandrechtes weder eine kulpöse, noch eine dolose Handlung, und am wenigsten kann derjenige, welcher sich kontraktlich zu einer Leistung verpflichtet hat, dem anderen Kontrahenten einen Verstoß gegen Treu und Glauben vorwerfen, wenn

dieser dem Vertrage traut und auf die ihm weiter eingeräumte Sicherheit verzichtet. Sowohl das frühere preußische Obergericht,

vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 9 S. 257

als das Reichsgericht

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 12 S. 204 flg., III. Civilsenat, und das Urteil des V. Civilsenates vom 12. Mai 1886 i. S. v. w. Sch. Rep. V. 104/86

haben vielfach erkannt, daß eine Entfugung des Pfandrechtes keinen Verzicht auf die Forderung enthält.

Vgl. auch Förster-Eccius, Theorie 2c Bd. 3 S. 516 Note 9 und 10.

Was aber von einem Verzicht auf das ganze Recht gilt, das muß noch mehr von dem Verzicht auf ein Vorrecht, welcher infolge der Prioritätscession eintritt, gelten. Daß die Rechtslage des Bürgen, welcher für eine fremde Schuld zu haften verspricht, anders liegt, bedarf keiner näheren Ausführung.

Vgl. §. 331 A.R.N. I. 14 und das Urteil des R.G.'s in Gruchot, Beiträge Bd. 26 S. 989.

Ebenso kann hier unerörtert bleiben, ob durch die Vorschrift des §. 41 Absatz 2 des Eigentumsverwertsgegesetzes vom 5. Mai 1872, wonach der Gläubiger innerhalb eines Jahres nach der Bekanntmachung der Schuldübernahme kündigen und binnen sechs Monaten bei Verlust seines persönlichen Anspruches klagen muß, eine Änderung des bisherigen Rechtszustandes bewirkt wird.

Vgl. Turnau, Grundbuchordnung 3. Aufl. Bd. 1 S. 757 Note 25. Daß endlich auch der Thatbestand des Betruges hier nicht vorliegt, und die Einrede des dolus also auch von diesem Standpunkte aus der Begründung entbehrt, ergibt die von den Instanzrichtern festgestellte Sachlage.

Das Reichsgericht hat keinen Anlaß gefunden, in vorliegender Sache von den oben entwickelten Rechtsfragen abzugehen. Legt man dieselben aber der Beurteilung zu Grunde, so muß das Berufungsurteil aufgehoben werden.

Bei der nunmehr erforderlichen Prüfung des Klagenanspruches kommt es auf eine Entscheidung der Frage an, ob die Befriedigung der vorstehenden Forderung aus den Kaufgeldern zur Folge hat, daß die For-

derung des Prioritätscedenten, oder daß diejenige des Prioritätscessionars getilgt wird. Ersteren Falles muß die Klage abgewiesen, letzteren Falles die Verurteilung des Beklagten ausgesprochen worden. Das Reichsgericht hat die Frage zu Gunsten der Kläger beantwortet, und zwar aus folgenden Gründen.

Die rechtliche Natur der in den Pfandrechtsgesetzen fast aller Staaten (vgl. die Nachweisung von Künzel in Gruchot, Beiträge Bd. 26 S. 69 Note 6) anerkannten Prioritätscession bietet beim Mangel der näheren gesetzlichen Regelung des Rechtsinstitutes zwar mannigfache Schwierigkeiten. In der preussischen Praxis ist aber überwiegend an dem Grundsätze festgehalten, daß die Prioritätscession zwischen dem Cedenten und Cessionar nur obligatorische Wirkungen erzeugt, welche jedoch durch die Eintragung für den dritten Inhaber der Forderung bindend werden (§. 498 A.L.R. I. 20). Zweifel bestehen allerdings über den Inhalt der Obligation. Das Reichsgericht hat angenommen, daß die Obligation nicht in einem Austausch der beiderseitigen Forderungen mit der Wirkung besteht, daß die vortretende Hypothek an die Stelle der zurücktretenden gesetzt wird. Die Praxis hat vielmehr mit Recht an dem Grundsätze festgehalten, daß die Löschung der zurücktretenden Hypothek auch ohne Zustimmung des vortretenden Gläubigers erfolgen kann, und daß in solchem Falle die Zwischenhypotheken aufrücken. Ebenso wenig besteht der Inhalt der Obligation in einer Verpflichtung des Prioritätscedenten, das bei der Kaufgelderverteilung auf ihn fallende Perzipiendum an den Cessionar auszusahlen. Denn es entspricht keinesfalls dem Vertragswillen der Kontrahenten, daß der Prioritätscedent verpflichtet werden soll, den Cessionar aus seinen Mitteln zu befriedigen, auch wenn diese Verpflichtung dahin beschränkt ist, daß die Befriedigung aus den Kaufgeldern für das Pfand erfolgen soll. Man muß vielmehr annehmen, die Rechtswirkung der Vorrechtseinräumung gehe dahin, daß bei einer Kollision beider Pfandrechte der Zurücktretende den Vorrang seiner Hypothek nicht geltend machen darf, daß also die Schranke, welche das Pfandrecht des Zurücktretenden für die Ausübung desjenigen des Vortretenden bildet, fortfällt, und daß der Vortretende befugt wird, sein an sich gültig bleibendes Pfandrecht an der Stelle des Zurücktretenden geltend zu machen. Die entgegenstehende Ansicht, welche dem Vortretenden das Recht giebt, den Anspruch des Zurücktretenden auf Befriedigung aus dem Pfande auszu-

üben, führt, wie neuerdings von der Doktrin zutreffend dargethan ist, zu unannehmbaren Konsequenzen.

Vgl. Förster-Eccius, Theorie 2c Bd. 3 §. 199a S. 562 Note 18; Arch und Fischer, Kommentar zum Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 §. 29 S. 301 Note 8; Jäckel, Kommentar zu demselben Gesetz §. 125 2. Aufl. S. 447 VI. 3; Turnau, Grundbuchordnung §. 35 des Eigentumserwerbsgesetzes 3. Aufl. Bd. 1 S. 450 Note 5.

Die meiste Schwierigkeit bei der oben gedachten Rechtsansicht bietet das Verhältnis der Zwischenhypotheken zu der vortretenden Hypothek. Das relativ bessere Recht der ersteren bleibt dabei jedoch unberührt. Man muß annehmen, daß sie in demselben Umfange, wie sie früher durch die Hypothek des Zurücktretenden beschränkt wurden, infolge der Prioritätscession durch den vortretenden Gläubiger zurückgedrängt werden. Diese Ansicht wird nicht bloß in neuerer Zeit von mehreren Rechtslehrern vertreten,

vgl. z. B. Förster-Eccius, a. a. D. S. 561; Exner, Oesterreichisches Hypothekenrecht S. 495

sondern findet auch in der Judikatur sowohl des früheren preussischen Obertribunales,

vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 6 S. 364. 366; Striethorst, Archiv Bd. 89 S. 193

als des Reichsgerichtes Anhaltspunkte.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 S. 218; Urteil des V. Civilsenates in Wallmann, Zeitschrift für preussisches Recht vom 9. Januar 1884 Bd. 4 S. 154.

Das Reichsgericht hat sich derselben auch in der vorliegenden Sache angeschlossen. Ob das Urteil des Reichsgerichtes Bd. 6 S. 307 der Entscheidungen in Civilsachen auf einem anderen Standpunkte steht, kann unerörtert bleiben, da es von dem jetzt erkennenden Senate erlassen, und dieser nach §. 137 G.V.G. an seine frühere Entscheidung nicht gebunden ist.

Geht man aber im vorliegenden Falle davon aus, daß infolge der Prioritätscession des Fournier sen. der Inhaber der vortretenden Forderung von 63 000 *M* sich wegen dieser bei der Kaufgelderverteilung befriedigt hat, so folgt daraus, daß die Forderung der 10 500 *M* unverändert von Bestand blieb, obwohl die für dieselbe bestellte Hypothek ausge-

---

fallen und dadurch erloschen ist. Der Beklagte ist durch den Ausfall von der Erfüllung seiner persönlichen Verbindlichkeit nicht befreit worden. Da die tatsächlichen Grundlagen für die zutreffende Entscheidung feststehen, so mußte die Berufung des Beklagten gegen das ihn zur Hinterlegung verurteilende erste Erkenntnis zurückgewiesen werden."