

54. Bedarf es zur Einziehung und Löschung einer legierten, mit der fideikommissarischen Substitution beschwerten Hypothek der Genehmigung des Substituten?

N.L.N. I. 12 §§. 50, 53, 466 flg.

V. Civilsenat. Ur. v. 22. Januar 1887 i. S. v. P. (Kl.) w. St. (Bekl.)  
Rep. V. 278/86.

- I. Landgericht Breslau.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Dem H. F. ist eine Hypothek vermacht mit der Bestimmung, daß demselben seine Kinder fideikommissarisch substituiert sein sollen. Die Hypothek ist im Grundbuche für H. F. unter Vermerkung der Substitution umgeschrieben. Kläger, der Schuldner der Hypothek, hat dem Cessionar des H. F. gekündigt und den Betrag der Hypothek hinterlegt, weil der Cessionar am Fälligkeitstage nicht auch die Genehmigung der F. H.'schen Descendenz zur Einziehung und Löschung beibrachte. Die Parteien streiten darüber, ob es dieser Genehmigung bedürfe und

<sup>1</sup> Vgl. Förster, Privatrecht 3. Aufl. Bd. 3 S. 694 Anm. 12; Hirschius, Zeitschrift Bd. 1 S. 410; Dernburg, Privatrecht Bd. 3 S. 45 Note 47; Koch, Kommentar Anm. 7 zu S. 15 N.L.N. II. 2; Carius in Förster's Privatrecht 4. Aufl. Bd. 4 S. 239 Anm. 12, Bd. 1 S. 11 Anm. 34; v. Bar, Internat. Privatrecht S. 362. D. C.

demgemäß der Beklagte zur Beschaffung derselben verpflichtet sei. Das Reichsgericht hat dies bejaht.

Aus den Gründen:

„Der Erblasser kann in seinem Testamente, außer dem ersten Erben, auch den, welcher in bestimmten Fällen an dessen Stelle treten soll, ernennen (§. 50 A.L.R. I. 12). „Eine fideikommissarische Substitution ist vorhanden, wenn dem zuerst eingesetzten Erben oder Legatario die Pflicht auferlegt worden, die Erbschaft, oder das Vermächtnis, in den bestimmten Fällen, oder unter den angegebenen Bedingungen, einem anderen zu überliefern“ (§. 53 A.L.R. I. 12). Der Fiduziar erwirbt, als der „zuerst eingesetzte Erbe“ beim Erbansfalle sofort das Eigentum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten (§. 288 A.L.R. I. 12, §§. 367. 368 I. 9) und bleibt Eigentümer der Erbschaft bis dahin, daß der Zeitpunkt eingetreten ist, in welchem nach dem Willen des Erblassers der ihm fideikommissarisch nachgesetzte Erbe (§. 480 A.L.R. I. 12) an seine Stelle tritt und Eigentümer der Erbschaft wird (§. 369 A.L.R. I. 9). Solange der Fiduziar Eigentümer der Erbschaft ist, kann es nicht zugleich der Fideikommissar sein. Die Besonderheiten, welche das Familienfideikommiß auszeichnen, dürfen nicht auf die fideikommissarische Substitution übertragen werden, denn durch die Anordnung einer fideikommissarischen Substitution wird nicht geteiltes Eigentum hervorgerufen, es giebt keinen Obereigentümer, welchem nur ein Miteigentum an der Proprietät zusteht, und keinen nutzbaren Eigentümer, welcher das ausschließliche Nutzungsrecht hat und Miteigner der Proprietät ist (§§. 16—20 A.L.R. I. 8, §§. 1 flg. I. 18). Ebensovienig unterliegt die fideikommissarische Substitution den Vorschriften über gemeinschaftliches Eigentum; denn das volle Eigentum über die Erbschaft steht nicht dem Fiduziar und dem Fideikommissar gleichzeitig zu (§§. 14. 15 A.L.R. I. 8, §. 1 I. 17), vielmehr sind der Fiduziar und der Fideikommissar einander der Zeit nach folgende Erben bezw. Eigentümer. Infolge dieses Zeitverhältnisses wird das Eigentumsrecht des Fiduziars allerdings durch das Recht des Fideikommissars beschränkt, die Beschränkung ist aber eben nur eine zeitliche, eine Beschränkung in der Dauer, nicht eine den Inhalt des Eigentumsrechtes ergreifende. Wenn in dem §. 466 A.L.R. I. 12 bestimmt wird, daß bei der fideikommissarischen Substitution der eingesetzte Erbe oder Legatarius so lange, bis der Substitutionsfall eintritt, alle Rechte und

Pflichten eines Nießbrauchers hat, so ist damit der Fideuziar nicht auf die Rechtsstellung eines Nießbrauchers herabgedrückt, sondern, wie der sich anschließende §. 467 ergibt, wird hier nur das Rechtsverhältnis bestimmt, nach welchem die Restitutionspflicht des Fideuziars gegenüber dem Fideikommissar bei dem Eintritte des Substitutionsfalles bemessen werden soll. Bis zu diesem Zeitpunkte steht dem Fideikommissar kein dingliches Recht an der Erbschaft zu, sondern nur ein persönliches auf dereinstige Herausgabe der Erbschaft gegen den Fideuziar, kein Eigentum sondern nur ein Titel zum Eigentume. Der Fideuziar ist als der einzige und volle Eigentümer des Nachlasses Dritten gegenüber zu allen aus dem Eigentum fließenden Verfügungen befugt. Er bleibt zwar dem Fideikommissar für Überschreitungen in der Verwaltung und Nutzung der Erbschaft verantwortlich, der Fideikommissar kann aber erst dann, wenn er selbst Erbe und Eigentümer geworden ist, auch unbefugte Dispositionen des Fideuziars Dritten gegenüber anfechten. Der Fideuziar ist hiernach während der Dauer seines Rechtes befugt, über die Substanz der mit der Substitution beschwerten Sachen unter Lebenden zu verfügen. Er wird als Eigentümer der mit dem Fideikommiße belasteten Grundstücke im Grundbuche eingetragen und ist dadurch zu deren Veräußerung, Verpfändung und anderweiten Belastung legitimiert (§. 1 N.R. I. 8, §§. 15. 404. 405 I. 20, §§. 1. 19 I. 11; Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 §§. 2. 13. 19). Die zur Erbschaft gehörigen Hypotheken und Grundschulden werden auf seinen Namen im Grundbuche umgeschrieben; er kann dieselben verpfänden und abtreten.

Die vorstehenden Sätze sind, soweit sie sich nicht unmittelbar aus dem Gesetze ergeben, der Judikatur der höchsten Gerichtshöfe entnommen. Das Obertribunal hat den bezeichneten Standpunkt in den Erkenntnissen vom 27. Oktober 1838,

vgl. Koch, Schlesiſches Archiv Bd. 5 S. 249,  
und vom 9. August 1847,

vgl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 2 S. 67,  
eingenommen und — abgesehen von einer Entscheidung, in welcher gesagt wird, daß dem eingesezten Erben oder Legatar durch die Anordnung der fideikommissarischen Substitution die Verfügung über die ihm zugewendete Sache ganz und gar entzogen werde, in dem Maße, daß er über solche weder unter Lebenden noch von Todeswegen verfügen dürfe, eben weil die Sache den Erben desselben ungeschmälert erhalten bleiben solle,

vgl. Erkenntnis vom 29. November 1852, Entsch. des Obertrib. Bd. 24 S. 96,

stets, auch nachdem es in einer eingehenden Abhandlung Widerspruch erfahren hatte,

vgl. Wienstein, in Gruchot, Beiträge Bd. 8 S. 305 flg. festgehalten.

Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 26 S. 14, Bd. 40 S. 114, Bd. 76 S. 163; Striethorst, Archiv Bd. 9 S. 99, Bd. 23 S. 9, Bd. 65 S. 41, 84, Bd. 82 S. 8, Bd. 91 S. 140, Bd. 99 S. 90.

Das Reichsoberhandelsgericht ist demselben beigetreten,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 19 S. 156,

und das Reichsgericht hat wiederholt in dem gleichen Sinne erkannt.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 14 S. 288; Gruchot, Beiträge Bd. 25 S. 436, Bd. 26 S. 976, Bd. 27 S. 926.

Auch in der Doktrin ist die Ansicht des Obertribunales überwiegend vertreten.

Vgl. Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrechte Bd. 2 8. Aufl. S. 109 Anm. 72; Koch, System Bd. 2 §. 823, dessen Erbrecht §. 119; Ulrich, Archiv Bd. 6 S. 100 flg.; Bornemann, Bd. 6 S. 104; Gruchot, Erbrecht Bd. 1 S. 395 flg., Bd. 2 S. 82 flg.; Crelinger, Erbrecht S. 226; Förster-Eccius, Bd. 4 §. 275; v. Kamph, Jahrbücher Bd. 6 S. 245 flg.; Deutsche Gerichtszeitung 1865 S. 197 flg.; zum Teil anderer Meinung ist Dernburg, Lehrbuch Bd. 3 §. 158.

Aus dem Umstande aber, daß das Eigentum des Fiduziars mit dem Eintritte des Substitutionsfalles erlischt, ergiebt sich von selbst, daß der Fiduziar nicht zu allen Verfügungen berechtigt sein kann, welche einem völlig unbeschränkten Eigentümer zustehen. Dadurch, daß ihm vom Erblasser bereits ein Erbe nachgesetzt worden, sind ihm alle Verfügungen verwehrt, welche über die Dauer seines Rechtes hinaus zu wirken bestimmt sind, also insbesondere die Verfügungen von Todeswegen über die mit der Substitution beschwerte Erbschaft (§. 468 A.L.R. I. 12) und von den Verfügungen unter Lebenden diejenigen, deren Natur der Beschränkung durch einen Endtermin widerstrebt. Bei dem Eigentum und der Hypothek trifft das letztere nicht zu, deshalb

darf der Fideuziar Grundstücke veräußern und verpfänden, sowie Hypotheken abtreten und verpfänden. Durch derartige Dispositionen wird die Existenz des Grundstückes und der Hypothek nicht gefährdet, der Fideikommißar bleibt ungeachtet derselben imstande, beim Eintritte des Substitutionsfalles das Grundstück und die Hypothek von dritten Erwerbern zurückzuverlangen bezw. die Befreiung der Erbschaftsobjekte von den darauf durch den Fideuziar gelegten Lasten zu fordern. Anders steht es dagegen, wenn es sich um die Einziehung und Löschung einer Hypothekenforderung handelt. Durch die Zahlung wird die Forderung getilgt, durch die Löschung wird die Hypothek aufgehoben. Diese Akte dulden keinen Endtermin, sie enthalten eine endgültige und nicht ungeschehen zu machende Verfügung, eine Verfügung, welche für alle Zeit, also über die Dauer des Rechtes des Fideuziars hinaus wirkt, weil sie den Bestand ihres Gegenstandes völlig aufhebt. Nach Löschung der Hypothek bleibt nichts übrig, was der Fideikommißar beim Eintritte seines Rechtes für sich in Anspruch nehmen könnte. Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß der Fideuziar Hypotheken, welche dem Fideikommißar zu restituieren sind, nicht einziehen und zur Löschung bringen darf. Da aber der Schuldner durch die Anordnung der Substitution nicht gehindert wird, von dem ihm zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch zu machen und auf Rückzahlung und Löschung zu dringen, so muß ein Ausweg gefunden werden, welcher die Einziehung und Löschung ermöglicht, ohne daß dadurch der Fideikommißar gefährdet wird. Das Obertribunal glaubt ein Hilfsmittel darin gefunden zu haben, daß das Kapital zum Depositum eingezogen wird.

Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 82 S. 8.

Doch ist dies nur ein unzureichendes. Dem Schuldner ist nicht damit gebietet, nur seine Zahlungspflicht zu erfüllen, er will auch sein Grundstück von der Hypothek befreien, und dazu bedarf es der Löschung im Grundbuche; dem Fideuziar werden in der Regel die niedrigen Hinterlegungszinsen nicht als eine ausreichende Nutzung erscheinen; der Fideikommißar wird es vorziehen, die gelöschte Hypothek durch eine andere Hypothek ersetzt zu sehen. Hier bleibt nur übrig, die für den Nießbrauch gegebene Bestimmung des §. 106 A.L.R. I. 21 in Anwendung zu bringen, zufolge welcher bei notwendiger Einziehung von Kapitalien der Eigentümer wegen deren anderweitiger Belegung mit dem Nießbraucher Rücksprache zu nehmen verbunden ist. Daraus ergibt sich,

daß der Fiduziar, wenn die Einziehung und Löschung einer der fideikommissarischen Substitution unterliegenden Hypothek erfolgen muß oder soll, sich mit dem Fideikommissar ins Einvernehmen über die Wiederbelegung zu setzen und dessen Einverständnis damit zu erzielen hat, daß an die Stelle der gelöschten Hypothek eine andere als mit der Substitution beschwert zu setzen ist. Dieses Einverständnis wird dem Schuldner am einfachsten und zweckmäßigsten durch die vom Fideikommissar zu der Löschungsbewilligung oder Quittung des Fiduziars erteilte Genehmigung kundgegeben, welche, in der für den Grundbuchverkehr vorgeschriebenen Form (vgl. Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 §§. 33 flg.) erklärt, zugleich alle Ansprüche des Grundbuchamtes zu erfüllen geeignet ist. Der Schuldner hat seinen Anspruch auf Erteilung der vom Fideikommissar zu genehmigenden Löschungsbewilligung lediglich gegen den Fiduziar geltend zu machen; denn dieser allein ist zur Zeit Eigentümer und Verwalter des Nachlasses und als solcher zur Vertretung desselben aktiv und passiv legitimiert und imstande, während der Fideikommissar zu dem Schuldner in keiner Beziehung steht.

Vgl. Erf. des Obertrib., Striethorst, Archiv Bd. 9 S. 99 und Entsch. des Obertrib. Bd. 26 S. 14.

Ein Mitglied des Königl. Obertribunales in Berlin, welches (in der Deutschen Gerichtszeitung 1865 S. 197) die Frage erörtert: „Kann nach preussischem Rechte der Fiduziar eine hypothekarisch versicherte Forderung des Erblassers ohne Hinzueziehung des Substituten rechtsgültig einziehen und löschungsfähige Quittung erteilen?“ unterscheidet, ob die Forderung zu einem Universalfideikommiß gehört oder ob dieselbe den Gegenstand eines Spezialfideikommisses bildet, und bejaht die Frage für den ersten Fall, verneint sie dagegen für den anderen. Es ist nicht zu verkennen, daß für eine solche Unterscheidung gewichtige Gründe sprechen, da bei einem Universalfideikommiß die Restitution eines Vermögensbegriffes (einer universitas) in Frage kommt, bei einem Substanzbegriff aber durch den Zutritt oder Abgang einzelner Stücke die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung des Ganzen nicht geändert werden (§§. 36—38 A.R.N. I. 2), woraus sich dann, falls nicht eine Beschränkung hinsichtlich einzelner Stücke durch bestimmte Willenserklärungen oder spezielle Verbote herbeigeführt wird, eine freiere Bewegung des Fiduziars in der Verwaltung ergeben kann, während, wenn das Fideikommiß nur in der einen bestimmten Hypothekenforderung

besteht, durch die Aufhebung dieser Forderung dem Fideikommiß sein alleiniger Gegenstand genommen wird und zur Restitution an den Fideikommiß nichts mehr übrig bleibt. Es kann und soll hier jedoch unentschieden gelassen werden, ob jene Unterscheidung gerechtfertigt ist, da die Entscheidung nur bezüglich eines Singularfideikommißes, welches allein in Frage steht, getroffen werden muß.

Dernburg bemerkt (Lehrbuch Bd. 3 §. 158) unter Bezugnahme auf das erwähnte Erkenntnis des Obertribunales,

vgl. Striethorst, Archiv Bd. 82 S. 8:

„Diejenigen Forderungen, welche zur dauernden Kapitalanlage dienen, kann er, der Vorerbe, zwar kündigen, allein der Schuldner befreit sich nicht durch die Zahlung von den Ansprüchen des Nacherben, vielmehr ist zum gerichtlichen Depositum zu zahlen, falls sich die successiven Erben nicht in anderer Weise verständigen.“ Die übrigen Schriftsteller berücksichtigen bei Beurteilung der Frage vorwiegend die Restitutionspflicht des Fiduziars und beschränken sich auf die Bemerkung, der Vorerbe könne ausstehende Forderungen einziehen und die Kapitalien anders anlegen, nur müsse er als ordentlicher Hausvater verfahren.

Vgl. Förster-Eccius, Bd. 4 S. 667 flg. Anm. 19; Gruchot, Erbrecht Bd. 2 S. 85; Koch, Erbrecht S. 1066.

Aus der Praxis des Königl. preussischen Kammergerichtes, als des zur Entscheidung über die weitere Beschwerde in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufenen Gerichtes, liegt ein Beschluß vor, in welchem der Fiduziärerbe, sofern nicht das Testament ihn in der Verfügung über den Nachlaß beschränkt oder die Nacherben die Einschränkung seiner Verfügung erwirkt haben, zur Einziehung von Nachlaßhypothen für befugt und unter diesen Voraussetzungen seine Quittung und Löschungsbewilligung zur Begründung des Löschungsantrages für genügend erachtet wird. Dieser Entscheidung lag ein Fall zu Grunde, in welchem die Nachlaßhypotheke zu einer mit einer Substitution beschwerten ganzen Erbschaft gehörte. Die hier streitige Frage wird also dadurch nicht betroffen.“