

13. Berechtig im Falle der Ausnahme eines Hypothekendarlehns unter der Verpflichtung des aufnehmenden Eigentümers, eine ihm bereits heimgezahlte Vorhypothek zur Lösung zu bringen, der Umstand, daß er in Konkurs verfällt, bevor er die zur Lösung erforderlichen Erklärungen abgegeben hat, die Konkursmasse, über die Vorhypothek zum Nachtheile des Nachhypothekars zu verfügen? Rechtliche Bedeutung der betreffenden Verpflichtung nach preussischem Hypothekenrechte.

I. Civilsenat. Urth. v. 5. März 1887 i. S. S. (Rl.) w. Sch.'sche Konkursmasse (Bekl.). Rep. I. 23/87.

- I. Landgericht Kottbus.
- II. Kammergericht Berlin.

Auf dem Grundstücke des Brauereibesizers D. in Spremberg standen hinter einer Hypothek von 9000 *M* für die M.'schen Erben 7500 *M* Darlehen für den Kläger eingetragen, als D. in Konkurs verfiel. In der infolge hiervon eingeleiteten Subhastation kamen auf die Hypothek von 9000 *M* 7127 *M* zur Hebung, während die klägerischen 7500 *M* ausfielen. Der Konkursverwalter liquidirte die Hypothek von 9000 *M* in Höhe der zur Hebung gelangten 7125 *M* für die Konkursmasse, weil der Gemeinschuldner vor der Konkursöffnung und während er Eigentümer des Grundstückes war, diese Post an die M.'schen Erben zurückgezahlt und von denselben lösungsfähige Quittung erhalten hatte. Kläger als der nacheingetragene ausgefallene Hypothekengläubiger widersprach, indem er behauptete, der Gemeinschuldner hätte von ihm das Darlehen von 7000 *M*, für welches die dahinterstehende Hypothek ausgestellt worden, nur gegen die Verpflichtung, die vorstehenden 9000 *M*, die damals schon zurückgezahlt waren, zur Lösung zu bringen, erhalten, Hypothekendokument und Quittung der M.'schen Erben seien auch vom Gemeinschuldner in seinem Beisein dem Notar zum Zwecke der Vornahme der für die Lösung erforderlichen Schritte

übergeben worden; bei diesem sei die Sache aus Versehen bis zur Konkursöffnung liegen geblieben. Da dessenungeachtet das Ergebnis der Kaufgelderbelegung die Eintragung der 7127 *M* für die Konkursmasse war, so erhob Kläger gegen dieselbe Klage mit dem Antrage, dieselbe zur Einwilligung in die Umschreibung dieser Post auf seinen Namen zu verurteilen. Das Berufungsgericht erachtete das behauptete Lösungsabkommen, in bezug auf welches Kläger Beweis angetreten und diesen Beweis, dessen Ergebnis das Gericht erster Instanz für unzureichend erachtet halte, in der Berufungsinstanz ergänzt hatte, für unerheblich, weil die Verpflichtung, die Lösung herbeizuführen, bis zur Konkursöffnung unerfüllt geblieben sei, und Kläger daher nur eine Interesseforderung als Konkursgläubiger geltend machen könne, und erkannte auf Klageabweisung. Dieses Urteil wurde vom Reichsgerichte aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Allerdings sind mit der Konkursöffnung alle noch nicht aus dem Eigentume des Gemeinschuldners herausgegangenen Gegenstände, soweit kein Absonderungsrecht in bezug auf Befriedigung aus einzelnen derselben besteht, ausschließlich zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger bestimmt, und derjenige, der einen Anspruch auf Übertragung eines dieser Gegenstände zu Eigentum oder aus einem Vertrage, aus dem er selbst schon Erfüllung geleistet hat, einen Anspruch auf Erfüllung seitens des Gemeinschuldners hat, kann nicht diese Übergabe, nicht die Erfüllung fordern, sondern nur eine Forderung wegen der Nichterfüllung als Konkursgläubiger geltend machen (§§. 2. 21 R.O.).

Über ein durchaus anderer Fall ist es, wenn der Gemeinschuldner durch den geschlossenen Vertrag ein ihm zustehendes Recht seines materiellen Inhaltes bereits insoweit erlebtigt hat, daß er auf die Geltendmachung desselben gegen denjenigen, mit dem er den Vertrag geschlossen, oder zu dessen Nachteil verzichtet hat. Hier kann der Umstand, daß durch solchen Verzicht das Recht in seinem formalen Bestande noch nicht beseitigt ist, und daß diejenigen Handlungen, zu denen sich der Gemeinschuldner über jenen Verzicht auf die Geltendmachung hinaus noch behufs Beseitigung des Bestandes überhaupt verpflichtet hat, zur Zeit der Konkursöffnung noch unerfüllt sind, nicht dem Rechte den materiellen Inhalt zum Nachtheile des Gegenkontrahenten des Gemein-

schuldners wieder zuführen, den es durch die Rechtshandlung des Gemeinschuldners bereits eingebüßt hat.

Nach der Behauptung des Klägers hatte sich der Gemeinschuldner, als ihm Kläger das Darlehen von 7500 *M* gegen hypothekarische Eintragung gewähren sollte, demselben gegenüber verpflichtet, die vorstehenden 9000 *M*, die er damals dem Hypothekengläubiger dieser Post bereits zurückgezahlt hatte, zur Lösung zu bringen. Diese Verpflichtung unter diesen Umständen wäre nicht als Verpflichtung, erst mit dem Augenblicke der Lösung auf das Verfügungsrecht über die 9000 *M* zu verzichten, auch nicht bloß als Verpflichtung, eine für das Grundbuch erhebliche Handlung zum Zwecke des Erlöschens des dinglichen Rechtes vorzunehmen, aufzufassen. Vielmehr schloß diese Verpflichtung naturgemäß den Verzicht des Beklagten auf die Ausübung des durch die Tilgung, wie sie durch die Quittung des eingetragenen Gläubigers nachgewiesen, für ihn begründeten Verfügungsrechtes dem Kläger als dahinter einzutragendem Hypothekengläubiger gegenüber schon mit dem Zeitpunkte des Empfanges des Darlehens von 7500 *M* in sich. Wenn auch das Hypothekenrecht nach §. 57 des Eigentums-gesetzes vom 5. Mai 1872 nur durch Lösung im Grundbuche aufgehoben wird, so ist doch der Verzicht auf die Geltendmachung desselben, der gegenüber einem bestimmten Interessenten erfolgt, ein durchaus der Wirksamkeit fähiges Rechtsgeschäft, sodaß es dahingestellt bleiben kann, ob in dem Verfügungsrechte der §§. 63. 64 des gedachten Gesetzes, vgl. auch §. 5 des preuß. Gesetzes betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883, solange der Grundstückseigentümer von demselben noch keinen Gebrauch gemacht hat, ein wirkliches Hypothekenrecht zu finden ist. Da der fragliche Verzicht auf seiten des Klägers ein Handelsgeschäft gewesen wäre, so würde der mündliche Verzicht rechtswirksam gewesen sein. Über diesen Verzicht hinaus hätte sich der Gemeinschuldner, um das Recht des Klägers nicht bloß an sein persönliches, dem Abkommen entsprechendes Verhalten zu knüpfen, sondern es vor allen Fährlichkeiten des Überganges der Post an einen dritten gutgläubigen Erwerber zu schützen, verpflichtet, die Post völlig zu beseitigen. Daß diese Verpflichtung zur Zeit der Konkursöffnung noch nicht erfüllt war, gleichviel ob nur der Lösungsantrag des Gemeinschuldners noch nicht gestellt war, oder ob auch das Hypothekendokument mit der Quittung des Gläubigers noch nicht dem

Kläger so, daß es der Notar für ihn besaß, übergeben war, erscheint unerheblich. Denn die zurückgehaltene Leistung des Lösungsantrages stellte auch in Verbindung mit dem Besitze jener Urkunden nicht deshalb für die Konkursmasse ein Vermögensobjekt dar, weil sie, wenn sie das Abkommen des Gemeinschuldners mit dem Kläger verletzen wollte, vermöge der Grundsätze des Hypothekenrechtes durch Abtretung der Post an einen gutgläubigen Dritten diesem ein unanfechtbares Recht gewähren, für sich also einen Abtretungspreis erzielen konnte. Mit demselben Rechte würde die Konkursmasse eines Gemeinschuldners, der sich gegen die Verpflichtung, einem aus in seinen Händen befindlichen Wechseln Verbundenen die Wechsel herauszugeben, auf dieselben von diesem einen Abfindungsbetrag hat zahlen lassen, die Wechsel, weil zur Zeit der Konkursöffnung die Verpflichtung zu dieser Herausgabe noch nicht erfüllt ist, von neuem in Circulation setzen können. Ein Recht, welches der Gemeinschuldner selbst gegen seinen Gegenkontrahenten nicht geltend machen könnte, ohne den Einwand der Vertragswidrigkeit oder Arglist auf Grund des mit demselben getroffenen Abkommens hervorzurufen, kann auch seine Konkursmasse nicht geltend machen. Die Konkursmasse selbst ist kein Dritter, der den Besitz der Hypothekenukunde als ein an der Post erworbenes Pfandrecht nach §. 16 des preuß. Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung vom 24. März 1879, vgl. §. 731 der Civilprozeßordnung §. 54 des Eigentumsgesetzes vom 5. Mai 1872, §. 281 pr. A.L.R. I. 20, geltend machen könnte. Der Eintritt des Konkursverwalters in das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners ist keine Pfändung.

Die gleiche Auffassung des Rechtsverhältnisses findet sich in dem vom Revisionskläger angezogenen Urteile des V. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 17. November 1886 in Sachen der National-Hypotheken = Kreditgesellschaft wider die Gertych'sche Konkursmasse Rep. V. 238/86. Wenn auch der dort beurteilte Fall von dem vorliegenden einigermaßen abweicht, indem dort der voreingetragene Hypothekengläubiger erst nach Eröffnung des Konkurses über den Grundstückseigentümer aus der Valuta des Darlehnes, für welches mit dem Grundstücke Nachhypothek bestellt worden, durch einen Bevollmächtigten des Gemeinschuldners, an welchen der Darlehnsgeber diese Valuta gesandt hatte, befriedigt wurde, und der Grundstückseigentümer schon vor der Konkursöffnung seinen Lösungsantrag in betreff der zu til-

genden Post diesem Bevollmächtigten mit dem Auftrage, die Löschung herbeizuführen, zugestellt hatte, so beruht doch der Entscheidungsgrund nicht auf diesen Besonderheiten. Derselbe ist vielmehr dahin gegeben, daß in dem Abkommen, wonach sich der Grundstücks Eigentümer dem Darlehnsgeber zur Bewirkung der Löschung der voreingetragenen Post verpflichtet hatte, eine Vorrechtseinräumung zu finden sei, die für die Kontrahenten bereits mit der betreffenden Erklärung wirksam geworden sei. Ob man eine solche Abmachung als eine Vorrechtseinräumung im technischen Sinne dieses Begriffes, wie er dem §. 35 des Eigentums-gesetzes vom 5. Mai 1872 und den §§. 497. 498 A.L.R. I. 20 zu Grunde liegt, aufzufassen hat, kann dahingestellt bleiben. Auch wenn man hierüber Zweifel hat und deshalb die unmittelbare Anwendbarkeit der gedachten Gesetzesstellen des preussischen Landrechtes bedenklich erachten will, so liegt doch immer jener Auffassung der Gedanke zu Grunde, daß solches Abkommen eine für die kontrahierenden Interessenten sofort wirksame Aufgabe des Rechtes enthält, die dadurch nicht beseitigt werden kann, daß die Handlungen, welche solche Aufgabe auch für Dritte wirksam machen, zur Zeit der Konkursöffnung über das Vermögen des Aufgebenden noch nicht vorgenommen sind.

Das Berufungsgericht hat sich daher aus rechtlich unzutreffenden Gründen der Erörterung entzogen, inwieweit das vom Kläger behauptete Abkommen als erwiesen zu erachten ist." . . .