

65. 1. Kann der Testamentvollstrecker ein zum Nachlasse gehöriges Grundstück vor Eintragung des Eigentumsüberganges auf die Erben rechtswirksam belasten?

2. Konvalesciert eine aus Versehen oder Rechtsirrtum gegen den nicht eingetragenen Eigentümer eingetragene Hypothek durch nachträgliche Eintragung des Eigentumes des Verpfänders?

3. Einwand der Arglist gegenüber der Aufsechtung einer solchen Hypothek.

Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 §§. 5. 19.

R.G.B. I. 20 §§. 16. 406.

V. Civilsenat. Ur. v. 30. September 1891 i. S. 1) Q. Ci. 2)

A. E.'sche Erben (zugleich Kl. und Befl.) w. N. B. (ebenfalls Kl. u. Befl.) Rep. V. 119/91.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Auf dem den Erben des Directors E. gehörigen Grundstücke zu Cöpenik standen in Abt. III des Grundbuchblattes u. a. eingetra-

gen: Nr. 3. eine Vormerkung für den Maurermeister B. wegen einer Bauforderung von 22465,46 *M*, Nr. 4. eine Hypothek von 9164,81 *M* für den Bergwerksbesitzer Ci.

Beide Eintragungen waren zu einer Zeit erfolgt, als der vorige Eigentümer Direktor E. bereits verstorben war, aber noch als Eigentümer im Grundbuche eingetragen stand; die Eintragung der Hypothek geschah auf Grund der Eintragungsbewilligung des Testamentsvollstreckers. Erst nachträglich wurden die E.'schen Erben als Eigentümer eingetragen. Das Grundstück kam zum Zwangsverkauf und wurde von dem Maurermeister B. erstanden. Bei der Kaufgelderbelegung ergab sich nach Deckung der voreingetragenen Posten ein Kaufgeldrest von 9834,17 *M*, welche der Erstehrer B. zu Deckung seiner vorgemerkten Bauforderung in Anspruch nahm und hinterlegte. Gegen den unter Berücksichtigung des Liquidates des B. aufgestellten Verteilungsplan erhoben der Bergwerksbesitzer Ci. als ausfallender Hypothekengläubiger und die E.'schen Erben als Eigentümer des Grundstückes Widerspruch, den sie im Wege der Klage gegen B. verfolgten, während dieser zur Durchführung seines Liquidates gegen die Widersprechenden ebenfalls Klage erhob. Durch Beschluß des Prozeßgerichtes erster Instanz sind die hierdurch anhängig gewordenen Streitfachen verbunden worden. Nach Aufstellung des Verteilungsplanes und noch im Laufe des gegenwärtigen Rechtsstreites hat sich eine Veränderung der Rechtslage insofern vollzogen, als einerseits die für den Maurermeister B. eingetragene Vormerkung infolge Aufhebung der ihr zu Grunde liegenden einstweiligen Verfügung gelöscht worden, andererseits in einem von B. gegen die E.'schen Erben wegen seiner Bauforderung in Höhe von 10000 *M* siegreich geführten Prozesse der Anspruch des B. an dem hinterlegten Kaufgelderteile zunächst infolge des Arrestes, sodann im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet und dem B. zur eigenen Einziehung überwiesen worden ist, und B. nunmehr aus dem Rechte der E.'schen Erben die Streitmasse für sich in Anspruch genommen und die seiner Befriedigung hinderliche Ci.'sche Hypothek als ungültig angefochten hat.

Der Berufungsrichter hat unter Abänderung des entgegengesetzt lautenden Urteiles erster Instanz die Streitmasse dem Maurermeister B. zugesprochen. Auf die Revision des Bergwerksbesitzers Ci. ist das

Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen worden.

Aus den Gründen:

. . . „Die Rechtsgültigkeit der Ei.'schen Hypothek ist in erster Linie aus dem Grunde angefochten worden, weil die Hypothek zufolge der Eintragungsbewilligung des Testamentvollstreckers des Direktors E. zu einer Zeit eingetragen worden ist, als E. noch als Eigentümer des verpfändeten Grundstückes eingetragen war. Die Frage, ob der Testamentvollstrecker befugt ist, ein zum Nachlasse gehöriges Grundstück rechtsgültig zu belasten, während noch der Erblasser als Eigentümer eingetragen ist (§§. 5. 19 des Eig. Erm.-Ges.), ist in Theorie und Praxis verschieden beantwortet worden.

Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 3 §. 167; Johow, Jahrb. der Entscheidungen des Kammergerichtes Bd. 2 S. 114, Bd. 4 S. 188; dagegen Lurnau, Grundbuchordnung Bd. 2 S. 462; Johow, Jahrbuch für endgültige Entscheidungen der Appellationsgerichte Bd. 7 S. 210, Bd. 8 S. 154.

Der Berufungsrichter hat die Frage verneint, und zwar mit Recht.

Die Eintragung einer Hypothek kann nur auf Grund der Einwilligung des eingetragenen Eigentümers oder gegen diesen erfolgen (§. 19. des Eig. Erm.-Ges.). Sie kann also nicht erfolgen, wenn und solange es an einem eingetragenen Eigentümer fehlt. Dieser Zustand tritt ein infolge Erbganges, solange der Erbe sich nicht als Eigentümer hat eintragen lassen. Denn in diesem Falle ist der Erbe Eigentümer, aber als solcher nicht eingetragen; dagegen ist zwar der Erblasser noch als Eigentümer eingetragen, er kann aber keine Hypothek mehr bewilligen, weil er als Rechtssubjekt nicht mehr existiert, alle seine Rechte und Befugnisse nebst den damit verbundenen Pflichten im Augenblicke seines Todes auf seine Erben übergegangen sind (§§. 367. 368 A.L.R. I. 9). An dieser Rechtsfolge wird durch die Bestellung eines Testamentvollstreckers nichts geändert. Ist derselbe nach preussischem Rechte auch als Bevollmächtigter des Erblassers anzusehen (§. 557 A.L.R. I. 12), so ist er doch nicht dessen Vertreter; denn eine nicht existierende Rechtspersönlichkeit kann nicht vertreten werden; und wenn man den Testamentvollstrecker mit Dernburg auch als Vertreter des Nachlasses bezeichnen will, so ist er als solcher doch nur Vertreter des Erben, dem der Nachlaß gehört. Eine hereditas jacens im

Sinne des römischen Rechtes ist im preußischen Rechte durch die §§. 367 flg. A.L.R. I. 9 ausgeschlossen, ebenso wie die Fiktion einer Fortdauer der Rechtspersönlichkeit des Erblassers in der Funktion des Testamentsvollstreckers. Hiernach fehlt es an jedem Anhalte für die Annahme, daß eine Belastung des Nachlaßgrundstückes durch den Testamentsvollstrecker vor Eintragung des Eigentumsüberganges auf die Erben gegenüber den Vorschriften der §§. 5. 19 Eig. Erw.-Gef. zulässig sei.

Es fragt sich aber weiter, ob die zu Unrecht erfolgte Eintragung der E.'schen Hypothek durch die nachträgliche Eintragung der E.'schen Erben als Eigentümer des verpfändeten Grundstückes konvalesciert ist. Daß diese Eintragung erst nach der Kaufgelberbelegung, nachdem also bereits das Eigentum durch den Zuschlag auf B. übergegangen war, geschehen sein soll, hat der Berufsungsrichter nicht besonders in Erwägung genommen, da er die Konvalescenz der gesetzwidrig eingetragenen Hypothek grundsätzlich verneint hat. Auch bei dieser Frage war dem Berufsungsrichter beizutreten.

Das von der Revision in Bezug genommene Urteil des Reichsgerichtes (Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 11 S. 325) verhält sich nicht über die hier vorliegende Frage. Dort war die Hypothek nicht vor Eintragung des Eigentumes des Verpfänders, sondern gleichzeitig mit dieser Eintragung, also nicht gegenüber einem nicht eingetragenen Eigentümer zur Eintragung gelangt. Es konnte daher dort, wie in den Gründen ausdrücklich hervorgehoben ist (S. 327), von der Konvalescenz einer in nicht gesetzlicher Weise eingetragenen Hypothek nicht die Rede sein, und es ist die Frage, ob und inwieweit die Grundsätze des Allgemeinen Landrechtes über die spätere Konvalescenz ursprünglich ungültiger Eintragungen durch das Eigentumserwerbsgesetz abgeändert sind, ausdrücklich unentschieden gelassen.

Die Frage der Konvalescenz, das heißt die Frage der fortdauernden Anwendbarkeit der §§. 16. 406 A.L.R. I. 20 im Bereiche des Immobilienpfandrechtes ist eine kontroverse. Die herrschende Meinung verneint die Konvalescenz.

Vgl. Turnau, Grundbuchordnung 4. Aufl. Bd. 1 S. 281 flg. und die dort (S. 388) angeführten Schriftsteller und Entscheidungen. Die Frage braucht aber hier nicht im ganzen Umfange erörtert und entschieden zu werden. Der Streit unter den Kommentatoren und

Rechtslehrern betrifft hauptsächlich die Konvalescenz der Eintragungsbewilligung (Verpfändungserklärung) des noch nicht eingetragenen Eigentümers, die Frage nämlich, ob auf Grund derselben die Eintragung erfolgen kann, wenn inzwischen der Verpfänder seine Eintragung als Eigentümer erlangt hat oder sie gleichzeitig erlangt. Solche Fälle haben auch dem die Konvalescenz verneinenden Urteile des Obertribunals (Entsch. desselben Bd. 76 S. 125, Bd. 79 S. 13) zu Grunde gelegen. Die Schriftsteller, welche vorzugsweise die fort-dauernde Geltung des Konvalescenzprinzipes verteidigen (Dernburg, Hinrichs, Achilles), sprechen von der Konvalescenz der „Verpfändung“, der „Verpfändungserklärung“ (Dernburg u. Hinrichs, Preuß. Hypothekenrecht S. 266. 269. 270), der „Verfügung“, der „Bewilligung“ (Achilles, Grundbuchrecht 4. Ausg. S. 92. 169), des „Titels“ (Dernburg, Lehrbuch Bd. 1 S. 811 4. Aufl.), lassen aber die Frage der Konvalescenz einer gegen den nicht eingetragenen Eigentümer erfolgten Eintragung unerörtert. Die Zulassung einer solchen Konvalescenz würde aber nach den Prinzipien des Grundbuchrechtes selbst dann verjagt werden müssen, wenn man für die materiellrechtliche Verpfändungserklärung dem Konvalescenzprinzipe aus den §§. 16. 406 A.L.R. I. 20 Raum geben wollte.

Nach §. 18 des Eig. Erw.-Ges. entsteht das Recht der Hypothek und der Grundschuld durch die Eintragung im Grundbuche. Diese Eintragung erfolgt nach §. 19 Ziff. 1 a. a. D.: wenn der eingetragene oder seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigentümer sie bewilligt. Es gehört also außer dem Konsense des Pfandbestellers zur Eintragung und folglich zur Entstehung der Hypothek notwendig, daß der Verpfänder als Eigentümer eingetragen ist. Nur gegen den eingetragenen oder (im Falle freiwilliger Verpfändung) seine Eintragung gleichzeitig erlangenden Eigentümer darf der Grundbuchrichter die Hypothek eintragen. Diese Vorschrift des §. 19 a. a. D. gehört dem formalen Grundbuchrechte an, welches seine Quelle allein in den Gesetzen vom 5. Mai 1872 hat und aus den materiellrechtlichen Grundsätzen des Allgemeinen Landrechtes nicht ergänzt oder modifiziert werden darf. Trägt der Grundbuchrichter aus Versehen oder Rechtsirrtum eine Hypothek ein, so ist ein Hypothekenrecht nicht entstanden, die Eintragung ist wirkungslos und könnte nur zu Kräften kommen, wenn dies für den Fall der späteren Eintragung des Verpfänders als Eigen-

tümers ausdrücklich vorgeschrieben wäre. In Ermangelung einer solchen Vorschrift ist die Eintragung nichtig und vermag auch unter nachträglich veränderter Sachlage ein Recht nicht zu begründen. Durch die Bestimmungen in §§. 406. 407 A.L.R. I. 20 wurde allerdings nicht bloß die Verpfändung des nicht eingetragenen Eigentümers, sondern auch die auf Grund derselben erfolgte Eintragung gedeckt. Das Erfordernis, daß der Schuldner als Eigentümer des verpfändeten Grundstückes eingetragen sei (§§. 404. 405 a. a. D.), war aber, wie aus §. 407 ersichtlich, kein absolutes. Die Eintragung einer Hypothek gegen den nicht eingetragenen Besitzer verlieh dem Gläubiger von vornherein ein durch die nachträgliche Eintragung des Schuldners suspensiv bedingtes und nur durch §. 408 beschränktes Hypothekenrecht. Nach dem gegenwärtigen Grundbuchrechte aber ist der Grundsatz, daß die Eintragung einer Hypothek oder eines anderen dinglichen Rechtes nur gegen den eingetragenen oder seine Eintragung gleichzeitig erlangenden Eigentümer erfolgen kann (§§. 13. 19 des Eig.-Erw.-Ges.), ein absolut zwingender. Eine diesem Grundsatz zuwider erfolgte Eintragung ist keine bloß „ordnungswidrige“ (wie §. 408 A.L.R. I. 20 die anticipierte Eintragung einer Hypothek bezeichnet), sondern sie entbehrt der gesetzlichen Grundlage und ist deshalb als nicht geschehen, als nichtig zu erachten.

Verschieden aber von der Frage der Konvalescenz einer illegal eingetragenen Hypothek ist die Frage, ob der Widersprechende in der Lage ist, das Nichtbestehen des Realrechtes gegenüber dem Gläubiger geltend zu machen. Es kommt hierbei auf das zwischen den Beteiligten etwa bestehende obligatorische Verhältnis an. Ist danach der Widersprechende zur Gewährung des von ihm bestrittenen Pfandrechtes dem anderen Teile persönlich verpflichtet, so verlegt er diese persönliche Verpflichtung und handelt arglistig, wenn er die Existenz des von ihm selbst oder sonst für ihn verbindlich versprochenen und — formell ungültig — bestellten Pfandrechtes bestreitet und demgemäß im Verteilungsverfahren den auf die Hypothek entfallenden Kaufgelderteil für sich in Anspruch nimmt.

Vgl. Erf. des R.G.'s bei Gruchot, Beiträge Bd. 24 S. 109.

Von diesem rechtlichen Gesichtspunkte hat der Berufungsrichter das Streitverhältnis nicht geprüft. Es mußte dies aber geschehen, da nach Lage der Sache in der Berufungsinstanz das Realrecht der

Ei.'schen Forderung von B. lediglich aus dem Rechte der E.'schen Erben, als deren Vertreter der Testamentsvollstrecker die Eintragung der Hypothek bewilligt hat, bestritten worden ist und bestritten werden konnte.“