

73. Hat eine im Wege des Arrestverfahrens für eine persönliche Forderung im Grundbuche eingetragene Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek (§. 22 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über den Eigentumserwerb *ıc*) gar keine oder

hat sie wenigstens die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung gemäß
 R.R.N. I. 29. §§. 81. 83?

II. Hilfssenat. Urtr. v. 3. März 1881 i. S. v. B. (Kl.) w. St. (Bekl.)
 Rep. Va. 451/80.

- I. Kreisgericht Nordhausen.
- II. Oberlandesgericht Raumburg.

Im Wege des Arrestverfahrens war auf dem der B. gehörig gewesenen, inzwischen subhastierten Hause Nr. 674 zu N. in Abteilung III Nr. 14 „eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts des Klägers auf Eintragung einer Hypothek von 1188 M. wegen der gleich hohen Mietsforderung desselben“ eingetragen. Für den Beklagten waren unter späterem Datum und unter Nr. 15 1500 M. Darlehn als Hypothek eingetragen. In der Kaufgelberbelegung am 5. Mai 1879 liquidierte Kläger 1188 M. für sich, und zwar zum Zweck der Depositionierung auf so lange, bis er seine Mietsforderung rechtskräftig ausgenommen habe. Beklagter, welcher bei Berücksichtigung des Liquidats einen Ausfall von über 1200 M. erleiden würde, hat das Liquidat des Klägers aus dem Grunde angefochten, weil die Forderung desselben eine rein persönliche sei. Im gegenwärtigen Prozeß, auf welchen der Subhastationsrichter den Kläger verwiesen hat, verlangt dieser von dem Beklagten Anerkennung seines bedingten Hypothekenrechts bezüglich der Vormerkung in Höhe von 1188 M., und zwar dergestalt, daß das auf diese Post gefallene Perzipiendum an ihn ausgezahlt werde, sobald er nachweise, daß die Mietsforderung zu seinen Gunsten rechtskräftig entschieden sei. Beklagter ist bei seinem Widerspruch verblieben. In erster Instanz ist 1. die Klage abgewiesen und 2. die Streitmasse dem Beklagten zugesprochen. In zweiter Instanz ist unter Nr. 1 des Tenors in Bezug auf die Abweisung des Klägers bestätigend erkannt, dagegen unter Nr. 3 des Tenors (Nr. 2 interessiert hier nicht) die Streitmasse dem Subhastationsrichter zur anderweiten Verteilung überwiesen.

Der Appellationsrichter hat den Klageantrag abgewiesen, weil die Vormerkung als solche zu Unrecht eingetragen sei, indem Kläger zur Zeit ihrer Eintragung keinen Titel zum Pfandrecht gehabt habe, die Gültigkeit der nach §. 22 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 eingetragenen

Vormerkung aber das Vorhandensein eines solchen Titels voraussetze: „Die Wirkung eines durch die Vormerkung (bedingt) geschaffenen Realrechts“ lasse sich aus diesem Grunde „jener Vormerkung . . . nicht beilegen“. Der Prozeßrichter habe auch den Grundbuchrichter um die Eintragung einer solchen Vormerkung nicht ersuchen dürfen. Die erfolgte Eintragung habe dem Kläger ein Realrecht, eine bedingte Hypothek, nicht verschaffen können. Gleichwohl hat der Appellationsrichter, wie geschehen, erkannt. Er ist nämlich der Ansicht, daß aus dem bisher Gesagten nicht folge, daß der Vormerkung alle und jede Wirkung abzuspreehen sei, daß nichts entgegenstehe, derselben wenigstens die geringere Wirkung einer Arrestprotestation zuzuerkennen, wenngleich sie faktisch nicht als bloßer Arrest eingetragen sei. Die Wirkung des Arrestes gehe dahin, daß Beklagter von seiner Hypothek dem Kläger gegenüber keinen Gebrauch machen könne, daß beide Forderungen nur als Personalforderungen in Betracht kämen, und daß die Streitmasse unter den Parteien nach den Vorschriften der §§. 72 flg. R.D. zu verteilen sei.

Beide Parteien haben die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt. Was die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten betrifft, so rügt derselbe Verletzung der §§. 72 flg. R.D., des §. 73 Subhast.-D. und eines dahin formulierten Rechtsgrundsatzes:

einer wegen Mangels des Titels zur Hypothek ungültiger Weise eingetragenen Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung einer Forderung kann nicht ohne weiteres den eingetragenen Gläubigern gegenüber die Wirkung der Eintragung einer Arrestprotestation beigelegt werden.

Der Antrag geht dahin, daß das zweite Erkenntnis, soweit es die anderweite Verhandlung über die streitige Masse vor dem Subhastationsrichter anordnet, zu vernichten und das erste Erkenntnis zu bestätigen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten ist für begründet erachtet und ist nach dessen Anträgen erkannt aus folgenden

Gründen:

„Der Appellationsrichter hat keine besonderen tatsächlichen Umstände festgestellt, auf Grund welcher er zu der Annahme gelangt ist, daß die Vormerkung dem naheingetragenen Beklagten gegenüber die Wirkung der Eintragung einer Arrestprotestation habe. Besondere Ge-

sehe, um dieses zu rechtfertigen, führt er nicht an. Es ist aber auch nicht richtig, daß eine nach §. 22 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 eingetragene Vormerkung die geringere Wirkung einer Verfügungsbeschränkung habe. Die Wirkung der Vormerkung ist in dem §. 22 a. a. O. genau dahin bestimmt, daß durch sie die endgültige Eintragung, die Stelle in der Reihenfolge der Eintragung gesichert werde. Sie setzt, wie der Appellationsrichter unter Ausführungen einer Reihe von Entscheidungen mit Recht ausführt, voraus, daß die Forderung mit einem Titel zum Pfandrecht versehen sei. Vgl. die Entscheidung des preussischen Obertribunals vom 27. Mai 1878 (Entscheid. Bd. 82 S. 63). Aus der Entstehungsgeschichte des §. 22 ergibt sich, daß die Vormerkung die Bedeutung der alten protestatio pro conservando jure et loco hat. Diese diente zur Sicherung eines streitigen Realrechts. Wenn der Protestant dasselbe durch Erkenntnis oder auf andere Weise wirklich behauptete, so trat dasselbe ohne weiteres an die Stelle, wo die Protestation eingetragen war und ging allen nachher eingetragenen Posten vor. Bis dahin ist der Effekt derselben der gewesen, daß, so lange sie auf dem Grundstück haftete, alle mit letzterem vorgenommenen Verfügungen und darauf geschehende Eintragungen dem Protestanten an seinem wirklichen Recht nicht nachteilig werden konnten (Hypothekenordnung II. §§. 298, 299). Die Vormerkung sichert also das bestehende Recht zur Sache dahin, daß dieses Recht später verwirklicht werde, und daß, sobald die Existenz des Rechts zur Sache festgestellt ist, dieses bereits vorhandene Recht als ein bestehendes dingliches Recht anerkannt wird. Es handelt sich dabei also um ein bereits bestehendes Recht des Gläubigers zur Sache. Wenn daher nachher für einen Dritten eine Hypothek eingetragen wird, so ist durch die Vormerkung über das Grundstück bereits verfügt und kann der Dritte ein Hypothekenrecht nur mit dem Range nach der durch die Vormerkung gesicherten Stelle erlangen. Dieses ist aber nicht der unmittelbare Zweck der Vormerkung, sondern, wenn auch mittelbar beabsichtigt, nur eine notwendige Folge der Vormerkung. Andererseits ist aber der Eigentümer in keiner Weise an einer sonstigen Verfügung, insbesondere an der Veräußerung des Grundstückes gehindert. Einer solchen Veräußerung kann derjenige, zu dessen Gunsten die Vormerkung eingetragen ist, nicht widersprechen, selbst dann nicht, wenn der Erwerber persönlich zur Zahlung der Schuld nicht imstande ist.

Der Arrest (Arrestprotestation) dagegen ist nach seiner Natur und Wirkung aus den in U.G.D. I. 29. §§. 81. 83. 87 enthaltenen Vorschriften zu beurteilen. Der Arrestat kann zum Nachteil des Arrestanten von der Arrestanlegung an, also künftig über das Grundstück nicht durch Verpfändung verfügen. Wenn er gleichwohl eine Hypothek bestellt, so behält zwar die Hypothek an sich ihren Rang unmittelbar hinter den unmittelbar vor ihr eingetragenen Hypotheken bezw. dinglichen Rechten. Sie ist nur dem Arrestanten gegenüber, wenn er dadurch beeinträchtigt ist, also nur relativ und bedingungsweise ungültig. Der Effekt des Arrestes ist also schon soweit ein rein negativer, aber nach der anderen Seite hin ein weitergehender, als der der Vormerkung. Denn, wenn der Arrestat das Grundstück veräußert, so ist selbst die Veräußerung in Ansehung des Arrestanten null und nichtig.

Danach hat die Arrestprotestation nicht eine geringere, sondern sachlich eine ganz andere Wirkung, wie die Vormerkung nach §. 22 des Gesetzes vom 5. Mai 1872.

Die Wirkungen einer Eintragung richten sich danach, was eingetragen ist, und was als Wirkung des Eingetragenen gesetzlich vorgeschrieben ist. Dieses ist die Grundlage des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Es ist daher unzulässig, einer Eintragung, welcher die für dieselbe gesetzlich bestimmten Wirkungen aus irgend einem Grunde fehlen, Wirkungen beizulegen, welche das Gesetz mit einer anderen, aber nicht bewirkten Eintragung verbindet.

Festgestelltemaßen ist vorliegend für den Kläger eine Vormerkung nach §. 22 des Gesetzes vom 5. Mai 1872, kein Arrest eingetragen. Der Kläger macht auch nur ein durch die Vormerkung gesichertes bedingtes Hypothekenrecht, nicht die Rechte eines Arrestanten geltend. Mit zutreffenden Gründen hat der Appellationsrichter ihm das in Anspruch genommene Recht abgesprochen. Der Eintragungsvermerk er giebt selbst den Grund der Ungültigkeit der Vormerkung. Wenn nun der Appellationsrichter ihr die Wirkung einer bloßen Verfügungsbeschränkung beilegt, so irrt er rechtsgrundsätzlich in dem vom Beklagten bezeichneten Sinn. Sein Urteil unterliegt daher zu 3 des Tenors der Vernichtung und kommt es auf die Nichtigkeitsangriffe des Klägers zu diesem Punkt nicht weiter an.

Eine Prüfung der Nichtigkeitsangriffe des Klägers zu Punkt 1 des

Tenors, nach welchem das erste Erkenntnis, betreffend denselben Punkt, bestätigt ist, würde dagegen erforderlich sein, wenn nicht die freie Beurteilung zur Bestätigung des ersten Erkenntnisses in dessen zweiten Punkt führt, weil dann auch der Klageantrag hierdurch materiell seine Erledigung findet.

Die Bestätigung mußte aber erfolgen, wie sich schon aus dem vorstehenden ergibt. Eine Mietsforderung ist nicht an sich mit einem Titel zum Pfandrecht versehen. Die betreffs ihrer eingetragene Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek ist daher zu Unrecht eingetragen. Durch die zu Unrecht erfolgte Eintragung konnte ein Titel zur Hypothek ebensowenig als eine bedingte Hypothek geschaffen werden. Eine Verfügungsbeschränkung der Subhastation ist nicht eingetragen. Die Vormerkung hat auch nicht die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers zur Sicherung einer persönlichen Forderung. Beklagter ist hinter der Vormerkung als Hypothekengläubiger eingetragen. Soweit er durch das Liquidat aus der Vormerkung einen Ausfall erleidet, ist er befugt, das vom Kläger beanspruchte Realrecht zu bestreiten (§. 70 der Subhastationsordnung). Sein erfolgtes Bestreiten ist ein gegründetes. Demnach war, wie in erster Instanz geschehen, der Kläger mit seinem Klageantrage abzuweisen und dem Beklagten gemäß §. 73 der Subhastationsordnung die Streitmasse zuzusprechen.“