

76. Ist der Besitzer eines verpfändeten Grundstückes verpflichtet, ein der Subhastation desselben entgegenstehendes Hindernis, welches beim Erwerbe des Grundstückes schon bestand, zu beseitigen, dasselbe namentlich aus dem Nexus der öffentlichen Straße einer Stadt wieder zu lösen?

II. Hilfssenat. Urt. v. 17. März 1881 i. S. B. (Bekl.) w. C. (Kl.)
Rep. Va. 603/80.

- I. Stadtgericht Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Nach dem eignen Vortrag des Klägers hat er das streitige Areal in dem Kaufvertrage vom 23. März 1872 an H. verkauft und ist für ihn auf dasselbe im Grundbuch ein Kaufgelderrest von 24 000 Thaler nebst 5% Zinsen eingetragen. Der Rechtsnachfolger des H., die

Rheinische Baugesellschaft, hat das Eigentum der fraglichen Parzelle an den königlichen Straßenfiskus zur Anlage einer Straße durch Verhandlung vom 11. Juni 1874 ohne Entgelt überlassen, ohne daß indes eine Auflassung erfolgt ist. Der Fiskus hat nur eine Vormerkung wegen seines Rechtes auf Auflassung eintragen lassen. Es ist aber das ganze Terrain darauf zur Anlage einer neuen öffentlichen Straße unter dem Namen „Sorauer Straße“ verwendet, die dem öffentlichen Verkehr übergeben ist, nachdem die Anlegung durch Allerhöchsten Erlaß genehmigt und die Straße in den Bebauungsplan eingetragen war. Demnächst sind sämtliche öffentliche Straßen Berlins, soweit sie dem Straßenfiskus zustanden, unter ihnen also auch die Sorauer Straße, von letzterem der Stadtgemeinde Berlin abgetreten und in deren Besitz übergegangen.

Kläger hat gegen die noch als Eigentümerin eingetragene Rheinische Baugesellschaft die Pfandklage angestrengt und ein rechtskräftiges Mandat auf Zahlung von 24 000 Thalern erstritten, ist aber mit dem Antrage auf Einleitung der Subhastation zurückgewiesen, weil das verpfändete Terrain als Straße dem öffentlichen Verkehr übergeben sei, mithin als *res publica* gemäß §. 39 der Subhastationsordnung der Zwangsversteigerung nicht unterliege. Kläger ist deshalb gegen die Beklagte mit dem Antrage klagbar geworden, die Stadtgemeinde Berlin zu verurteilen, nach ihrer Wahl entweder die fragliche Parzelle, soweit solche zur Sorauer Straße hineingezogen ist, aus dem Nexus der öffentlichen Straßen binnen einer Frist von zwei Monaten derartig zu lösen, daß dieselbe wegen des Kapitals der 72 000 Mark nebst Zinsen und Kosten der dinglichen Exekution unterzogen werden kann, oder, wenn sie dies nicht will oder nicht kann, dem Kläger das Kapital der 72 000 Mark nebst Zinsen und Kosten bei Vermeidung der Exekution zu zahlen.

Nachdem Kläger mit diesem Antrage vom ersten Richter abgewiesen war, hat der Appellationsrichter die Beklagte nach dem Klageantrage verurteilt, weil dieselbe als Besitzerin des verpfändeten Grundstückes passiv legitimiert sei und das noch eingetragene und ihr bei der Erwerbung bekannt gewesene Pfandrecht gegen sich gelten lassen müsse. So lange nicht eine Expropriation stattgefunden habe, bleibe das Pfandrecht bestehen, und soweit könne die dem Privatverkehr entzogene Sache als außerhalb der Sphäre des Privatverkehrs gestellt nicht erachtet werden. Beklagte habe den fraglichen Straßenteil mit der auf

ihm ruhenden Last übernommen und könne sich der ihr dadurch auferlegten Verpflichtung durch Berufung auf das öffentliche Recht nicht entziehen. Hiernach müsse Beklagte den Verkauf gestatten, und durch die ihr gestellte Wahl, entweder dem Kläger die Möglichkeit der Subhastation wieder zu gewähren oder die Forderung zu bezahlen, erledige sich auch der Einwand der Beklagten, daß sie nicht weiter hafte, als der Wert des Grundstückes reiche.

Mit Recht beschwert sich Beklagte über diese Entscheidung.

Darüber ist unter den Parteien kein Streit, daß das verpfändete Areal durch die kompetente Behörde zur öffentlichen StraÙe gezogen und als solche dem Verkehr des Publikums übergeben, damit aber zur *res publica extra commercium* gemacht ist. Es kann dahin gestellt bleiben, ob durch diesen staatshoheitlichen Akt, obgleich ein förmliches Expropriationsverfahren nicht stattgefunden hat und der Pfandgläubiger nicht entschädigt ist, nicht gleichwohl faktisch eine Enteignung mit der Wirkung des §. 45 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juli 1874 geschehen ist, daß nämlich das Grundstück von dem Pfandrecht frei wurde und dem Pfandgläubiger nur die Ausführung seines Entschädigungsanspruchs im Rechtswege gegen denjenigen überlassen blieb, zu dessen Gunsten die Enteignung bewirkt ist. Denn wenn auch, wie der Appellationsrichter annimmt, das Pfandrecht bestehen geblieben wäre, so würde doch jedenfalls dessen Realisierung im Wege der Subhastation durch die Umwandlung des Pfandobjekts in eine dem privaten Verkehr entzogene Sache gemäß §. 39 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 rechtlich unmöglich geworden sein. Die Klage fordert von der Beklagten Beseitigung dieses Hindernisses dadurch, daß sie das Grundstück aus dem StraÙen-Nexus wieder löse und es wieder zu einer dem privaten Verkehr unterworfenen Sache mache. Dieser Anspruch ist jedenfalls unbegründet. Denn wenn auch dem von dem Revidenten aufgestellten Satz, daß von dem Dritten persönlich nicht verpflichteten Besitzer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstückes nur ein Dulden des Verkaufes, niemals aber ein positives Handeln zur Beseitigung der dem Verkauf entgegenstehenden Hindernisse mit der *actio hypothecaria* gefordert werden könne, in dieser Allgemeinheit nicht beige stimmt werden kann, so wird doch hier eine Handlung von der Beklagten gefordert, welche sie gesetzlich nicht leisten kann, die also rechtlich unmöglich ist und zu deren Leistung sie auch nicht verpflichtet ist,

weil sie die Umwandlung des verpfändeten Grundstückes in eine öffentliche Straße nicht bewirkt, das der Subhastation entgegenstehende Hindernis also nicht geschaffen hat, diese Umwandlung vielmehr bereits vom Straßenfiskus bewirkt war, als der Beklagten die Straße abgetreten wurde.

Wenn der Appellationsrichter ausführt, das Grundstück sei dem Pfandrecht des Gläubigers unterworfen geblieben, und insoweit könne es auch als außerhalb der Sphäre des Privatverkehrs gestellt nicht erachtet werden, so würde daraus nur zu folgern sein, daß der Subhastationsrichter und der Appellationsrichter die Subhastation mit Unrecht für unzulässig erachtet haben, keineswegs aber, daß die Beklagte verpflichtet sei, durch Bewirkung einer rechtlich unmöglichen Handlung ein von ihr nicht geschaffenes Hindernis der Subhastation zu beseitigen.

Nun hat zwar der Kläger der Beklagten die Wahl gelassen, ob sie das Hindernis der Subhastation beseitigen oder 72 000 Mark nebst Zinsen und Kosten bei Vermeidung der Exekution, also als persönliche Schuldnerin, zahlen wolle. Da aber die Erfüllung jener Handlung unmöglich ist, so würde Beklagte nur scheinbar zu einer Alternative nach ihrer Wahl, in der That vielmehr als persönlich Verpflichtete zur Zahlung der ganzen Pfandsumme verurteilt werden. Eine solche persönliche Verpflichtung kann aber aus dem Pfandrecht nicht hergeleitet werden, sondern wäre nur als Entschädigungsforderung zu begründen, wenn die Unmöglichkeit der Subhastation durch eine vertretbare Handlung der Beklagten bewirkt wäre. Abgesehen indes davon, daß dies nicht der Fall, würde ein solcher Anspruch auch nur durch den Nachweis substantiiert werden können, daß Kläger durch die Subhastation des Grundstückes 72 000 Mark nebst Zinsen und Kosten wirklich erzielt haben würde, was offenbar daraus nicht folgt, daß das streitige Areal für diesen Betrag verpfändet ist.

Die gestellten Klageanträge sind hiernach unbegründet.“