

81. Kann der nacheingetragene Hypothekengläubiger bei der Kaufgelderbelegung vor dem voreingetragenen Konventionalhypotheken- bezw. Grundschuldgläubiger volle oder nur anteilige Befriedigung verlangen, wenn für ihn, den nacheingetragenen Gläubiger, vor Eintragung der Konventionalhypothek bezw. Grundschuld ein Arrest in Höhe seiner Hypothekensforderung eingetragen war?

II. Hilfssenat. Urk. v. 7. Juli 1881 i. S. W. (Kl.) w. Sch. (Bekl.)  
Rep. Va. 769/80.

I. Landgericht Bielefeld.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den Gründen. In erster Instanz ist dem Klageantrage gemäß auf anteilige Verteilung der Streitmasse unter die Parteien, in zweiter Instanz ist auf Abweisung des Klägers und auf Zuweisung der ganzen Streitmasse an den Beklagten erkannt. Die hiergegen vom Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zwar für begründet erachtet, jedoch ist das zweite Erkenntnis aufrecht erhalten aus folgenden

Gründen:

„Die Nichtigkeitsbeschwerde erscheint begründet. Indem der Appellationsrichter die Streitmasse dem Beklagten lediglich darum zuspricht, weil die Arrestprotestation zur Sicherung einer persönlichen Forderung die Wirkung einer bedingten Judikatshypothek habe, welche der Forderung für den Fall der rechtskräftigen Verurteilung des Schuldners im voraus eine vorzügliche Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen sichere, verletzt er die als verletzt bezeichneten §§. 1. 81. 83. 87 A. G. O. I. 29. Gerade in dem vom Appellationsrichter für seine Ansicht angeführten Plenarbeschluß des früheren preussischen Obertribunals vom 30. Mai 1842 (Entsch. Bd. 8 S. 57, insbesondere S. 72) ist ausgesprochen,

daß eine im Wege des Arrestes wegen einer persönlichen Forderung eingetragene Protestation *de non amplius intabulando* in der Natur des dadurch sicher gestellten Anspruches an sich nichts ändere, und diesem weder ein Hypothekenrecht noch überhaupt ein Vorzugsrecht erwerbe. Vielmehr hat der Arrest, wie das den Gründen des Plenarbeschlusses vorangestellte Präjudiz ausdrückt, nur eine negative Wirkung. Solches entspricht dem klaren Wortlaute der §§. 1. 81. 83 A.G.D. I. 29. Auch das Reichsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen konstant angenommen, daß der für eine persönliche Forderung eingetragene Arrest zwar den Schuldner hindert, zum Nachtheile des Arrestanten eine Hypothek zu bestellen, aber nicht selbst die rechtliche Natur einer dem Letzteren bestellten Hypothek annehmen kann, ferner, daß der Arrestant als solcher bei der Subhastation des arrestierten Grundstückes im Kaufgelderbelegungsverfahren überhaupt keine Rechte geltend machen kann, weil der Arrestant nach den klaren Bestimmungen der §§. 60—62. 14 der Subhastationsordnung vom 15. Mai 1869 nicht zu den Subhastationsinteressenten gehört, ihm auch nach §§. 70. 71 a. a. D. ein Widerspruchsrecht gegen die Liquidate der Gläubiger nicht eingeräumt ist; vergl. z. B. Erkenntnis vom 17. April 1880 in Sachen Sporberg w. Koennebeck'sche Konkursmasse (Rep. V. 183/79); Erkenntnis vom 3. Januar 1881 (Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 3 S. 315). Hatte Beklagter sonach auf Grund des Arrestes kein Vorrecht vor dem Kläger und überhaupt kein Recht, bei der Kaufgelderbelegung zu liquidieren, so war doch bei freier Beurteilung die angegriffene Entscheidung aufrechtzuerhalten.

Für den Beklagten ist zur Sicherheit seiner Forderung zunächst zwar nur ein nachher für justifiziert erklärter Arrest eingetragen. Nachdem die Forderung aber rechtskräftig festgestellt worden, ist für ihn die Hypothek unter Nr. 10 eingetragen. Als Hypothekengläubiger ist er Subhastationsinteressent, und als solcher bestreitet er das dingliche Recht der für den Kläger unter Nr. 8 eingetragenen Grundschuld.

Er gründet seinen Widerspruch gegen die ihn benachteiligende Befriedigung des Klägers wegen der für diesen am 23. Mai 1878 eingetragenen Forderung auf den am 3. Mai 1878 in Abt. II eingetragenen Arrest, und beruft sich dabei auf A.G.D. I. 29. §. 83. Und dieses mit Recht. Denn im vorliegenden Falle handelt es sich um eine Grundschuld, also um eine auf der Verfügung des Arrestanten beruhende Verpfändung des Grundstückes. Kläger will zwar dem Arrest die Wirkung

beilegen, daß er auf seine Forderung nur anteilige Befriedigung verlangen könne. Er beruft sich dabei auf den citirten Plenarbeschluß des ehemaligen preussischen Obertribunals. In dessen Gründen ist auch im letzten Absatze eine Verteilung nach den Vorschriften der Konkursordnung, das ist unter Berücksichtigung des Vorranges der persönlichen Forderungen angeordnet. Er übersieht hierbei aber, daß es in dem damals zur Entscheidung stehenden Falle um die Kollision zweier im Jahre 1829 eingetragenen Arreste mit zwei in den Jahren 1829 und 1830 nach eingetragenen Subfaktshypotheken sich handelte. Wenn das Obertribunal die Verteilung der insuffizienten Masse nach den Vorschriften der Konkursordnung anordnete, so konnten unter diesen nur die zur Zeit der Kollision gültigen Vorschriften der A.G.D. I. 50 gemeint sein. Nach diesen mußten auch die Hypothekengläubiger auf den Konkurs sich einlassen; sie hatten kein Absonderungsrecht. Und nur hierauf konnte es beruhen, daß die Rangordnung zwischen dem Arrestanten und dem Hypothekengläubiger nach den Vorschriften der Konkursordnung sich regelnd angenommen ist. Inwieweit es zulässig war, diese Vorschriften auch außerhalb des Konkursverfahrens im Kaufgelderliquidationsprozeß — A.G.D. I. 51. §§. 2 bis 50 — zur Anwendung zu bringen, kann dahingestellt bleiben. Denn der damalige Stand der Gesetzgebung ist seitdem durchgreifend geändert. Abgesehen von der Subhastationsverordnung vom 4. März 1834, und von der Verordnung vom 20. Dezember 1840 ist nicht nur das Konkursrecht, sondern auch der Subhastationsprozeß vollständig neu geordnet. Die Realgläubiger brauchen sich auf den Konkurs, soweit sie ihr dingliches Recht verfolgen, überhaupt nicht mehr einzulassen. Soweit sie dieses dingliche Recht verfolgen, bleibt die Dualität der denselben zu Grunde liegenden persönlichen Forderung gänzlich außer Betracht. Persönliche Gläubiger finden bei der Kaufgelderverteilung gar keine Berücksichtigung. Nur das, was von der abgesonderten Masse nach Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger übrig bleibt, fließt zur gemeinschaftlichen Konkursmasse behufs Verteilung auf die persönlichen Gläubiger (Konkursordnung §§. 2. 31. 38). Daher kann derjenige, welcher einen Grundstücksarrest wegen einer persönlichen Forderung erwirkt hatte, weil der Arrest kein dingliches Recht wirkt, im Konkurse an die Kaufgeldermasse sich nicht halten; vielmehr verliert der Arrest für die Dauer des Verfahrens seine Wirkung vollständig. Vergl. Striethorst, Archiv Bd. 66 S. 231, Bd. 93 S. 191; Entsch.

Ab. 70 S. 272. Gewährt nun der Arrest, wenn Konkurs eröffnet ist, keinen Anspruch auf irgend welche Beteiligung an den zu verteilenden Raufgeldern, so kann er ein solches Recht auch bei der Subhastation außerhalb des Konkurses nicht gewähren, und ist nach dieser Richtung hin eine Verweisung auf die Vorschriften der Konkursordnung zur Bestimmung der Rangordnung völlig unerfindlich. Falls aber der Arrestant, wie vorliegend, eine Hypothek erlangt hat, kann er diese und zwar nur diese liquidieren. Die Liquidation erfolgt nach der Vorschrift des §. 60 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869. Diese Bestimmung verweist hinsichtlich der Reihenfolge und des Umfangs, in welcher die Realgläubiger zu befriedigen sind, auf die §§. 46—71 der Konkursordnung. Nach §. 53 der Konkursordnung bestimmt sich die Rangordnung der hypothekarisch versicherten Forderungen lediglich nach der Zeit der Eintragungen im Hypothekenbuche. Auch hier kommt es auf die Qualität der persönlichen, den Eintragungen zu Grunde liegenden Forderungen in keiner Weise an, und ist aus keiner gesetzlichen Vorschrift herzuleiten, daß von dieser Rangordnung abgewichen werden müsse, wenn für einen nacheingetragenen Gläubiger vor der Eintragung der ihn vorhergehenden Forderung ein Arrest wegen seiner persönlichen Forderung eingetragen ist. Denn auch darüber, welche Wirkung der Arrest zu Gunsten des nacheingetragenen Gläubigers habe, entscheiden lediglich die §§. 81. 83. 87 A.G.D. I. 29. Diese enthalten nichts über eine anteilige Befriedigung.

Der §. 83 A.G.D. I. 29 bestimmt aber, daß die Verpfändung einer mit Arrest belegten Sache seitens des Eigentümers in Ansehung des Arrestanten null und nichtig ist. Nach §. 70 der Subhastationsordnung kann der nacheingetragene und ganz oder teilweise ausfallende Gläubiger das Realrecht einer voreingetragenen Forderung bestreiten. Es macht keinen Unterschied, ob das Realrecht überhaupt, oder ob es nur als ein dem nacheingetragenen Gläubiger gegenüber wirksames bestritten wird. Vermöge des zu Gunsten des Nacheingetragenen vor der vom Eigentümer bewirkten Konstituierung der vorhergehenden Post eingetragenen Arrestes ist das dem Voreingetragenen konstituierte dingliche Recht in Ansehung des Nacheingetragenen null und nichtig, und kann dieser verlangen, daß er, soweit seine Forderung reicht, an der Stelle des Voreingetragenen, also, wenn die Masse reicht, vollständig befriedigt werde. Übrigens wäre es auch nicht einleuchtend und dem §. 83

A.G.D. I. 29 direkt widersprechend, der trotz des Arrestes vom Eigentümer selbst vorgenommenen Verpfändung die Wirkung beizulegen, daß sie in Ansehung des Arrestanten nicht vollständig, sondern nur zum Teil null und nichtig wäre, so daß der nachher eingetragene Gläubiger einen Abzug von dem ihm ganz zukommenden Perzipiendum zu Gunsten desjenigen sich gefallen lassen müßte, welcher des gegen den Eigentümer ergangenen Verfügungsverbotes ungeachtet von demselben ein Pfandrecht sich konstituieren ließ.

Hiernach ist der Anspruch des Klägers hinfällig.“