

**35. Kann Löschung der auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkung einer Hypothek gegen Sicherheitsleistung verlangt werden?**

**B.G.B. §§ 648, 883, 885.**

**C.P.D. §§ 935 ff.**

VII. Zivilsenat. Ur. v. 28. April 1908 i. S. B. (Bekl.) w. G. (Pl.).  
Rep. VII. 32/08.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger hatte zu einem Neubau des Beklagten in B. die Maurerarbeiten geleistet und eine Restforderung hierfür in Höhe von 10400 *M* eingeklagt. Noch vor der Klagestellung hatte er eine einstweilige Verfügung des Amtsgerichts erwirkt, auf Grund deren für ihn in Höhe von 10400 *M* auf dem Grundstück des Beklagten eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek von gleicher Höhe eingetragen wurde. Der Beklagte stellte nun beim Landgerichte in dem daselbst anhängigen Prozesse über die Forderung des Klägers den Antrag:

1. dem Beklagten nachzulassen, 10400 *M* zu hinterlegen;
2. nach erfolgter Hinterlegung die einstweilige Verfügung aufzuheben und das Grundbuchamt um die Löschung der Vormerkung zu ersuchen.

Das Landgericht entsprach dem Antrage des Beklagten; das Kammergericht dagegen wies den Antrag zurück. Auf die Revision des Beklagten ist das Urteil des Landgerichts wiederhergestellt worden.

Gründe:

„Der Berufungsrichter erachtet die Aufhebung der einstweiligen Verfügung gegen Hinterlegung des durch die Vormerkung zu sichernden Geldbetrages schlechthin für unzulässig. Seine Beweisführung gipfelt in den Sätzen: „Ebenso wenig, wie die Löschung der Sicherheitshypothek durch Hinterlegung des zu sichernden Betrages erfolgt, geschieht auch die Löschung einer Vormerkung durch Hinterlegung des durch die Vormerkung zu sichernden Betrages, da die Vormerkung nur das Korrelat der Sicherheitshypothek ist.“ Und weiter: „Recht der Gläubiger von einem ihm zustehenden Rechte zur Sicherung seiner Forderung Gebrauch — und ein solches Recht ist ihm nach § 648 B.G.B. gegeben —, so kann der Schuldner ihm dieses Recht durch den Hinweis auf einen Weg, durch welchen er nach Meinung des Schuldners seine Sicherungsrechte ebensogut wahrnehmen könne, nicht illusorisch machen, es sei denn, daß der Gläubiger sein Recht nur aus

Schikane gegen den Schuldner verfolgen würde, wovon im vorliegenden Falle keine Rede sein kann."

In diesen Ausführungen tritt der Rechtsirrtum, auf dem das angefochtene Urteil beruht, deutlich hervor; der Berufungsrichter erkennt einerseits die rechtliche Grundlage der vom Gläubiger erlangten Vormerkung wie der dem Schuldner nachgelassenen Hinterlegung, andererseits den Zweck und die rechtliche Tragweite der Hinterlegung.

Was zunächst den letzteren Punkt betrifft, so wirkt die Hinterlegung unzweifelhaft als Sicherheitsleistung im Sinne des § 939 C.P.D. Allein damit ist ihre Bedeutung nicht erschöpft; der Beklagte hat sie auch keineswegs ausschließlich oder auch nur vorzugsweise in diesem Sinne angeboten, sondern zum Zwecke einer vorweggenommenen, an die Bedingung der rechtskräftigen Zuerkennung des klägerischen Anspruchs geknüpften Zahlung der eingeklagten Forderung. So hat auch das Landgericht das Anerbieten des Beklagten aufgefaßt, und nur in diesem Sinne hat es die Hinterlegung gestattet; die Gründe des Urteils bemerken ausdrücklich, daß der Kläger auf Grund des rechtskräftigen Urteils die Auszahlung der hinterlegten Summe ohne weiteres erwirken könne. Die Zahlung der Schuldsomme vernichtet aber von selbst das auf den § 648 B.G.B. gestützte Recht des Klägers auf Eintragung einer Sicherungshypothek. Zwar kann der Gläubiger auch an der Eintragung der Hypothek ein selbständiges Interesse haben, das ihn berechtigt, das Zahlungsanerbieten mit der Erwiderung zurückzuweisen, es sei ihm nicht um die Zahlung, sondern um die Erlangung der Hypothek zu tun. Hiervon ist aber im vorliegenden Falle keine Rede; der Kläger verlangt in erster Linie Geld, nicht eine Hypothek, und er hat auch nicht die der einstweiligen Verfügung entsprechende Klage auf Bewilligung der Hypothekeneintragung, sondern Klage auf Zahlung der Schuldsomme erhoben, verlangt also selbst eine Handlung des Schuldners, durch die sein Anspruch auf Hypothekeneintragung von selbst hinfällig wird. Nun kann der Gläubiger seinen Anspruch auf die Sicherungshypothek nicht früher und nicht anders durchsetzen, als durch Erwirkung eines seine Forderung feststellenden rechtskräftigen Urteils; in demselben Augenblicke und demselben Umfange ist aber auch durch die Hinterlegung seine Befriedigung in der Hauptsache gewährleistet, und steht demnach der Wegfall des accessorischen Rechts der Sicherungshypothek fest.

Kann es hiernach nicht zweifelhaft sein, daß, wie der Anspruch auf Hypothekleintragung durch die Zahlung, so die Sicherstellung des ersteren durch die Sicherstellung der letzteren gegenstandslos wird, so kann es sich doch fragen, ob das Gericht berechtigt ist, dem Schuldner die vom Gläubiger nicht begehrte Hinterlegung des Schuldbetrags zu gestatten und daran die Aufhebung der durch einstweilige Verfügung bewilligten Hypothekvormerkung zu knüpfen. Der Berufungsrichter glaubt — und dies ist der zweite rechtlich zu beanstandende Punkt — die Frage mit dem Hinweis darauf verneinen zu können, daß der Schuldner nach dem bürgerlichen Rechte nicht befugt ist, die Hypothek durch Hinterlegung des Schuldbetrages oder durch Anerbieten einer anderen der Hypothek gleichwertigen Sicherheit zu beseitigen; das gleiche, meint er, müsse für die Vormerkung gelten. So richtig der Vordersatz sein mag — abgesehen von Fällen, in denen die Hinterlegung nach dem bürgerlichen Rechte als Zahlung gilt —, so wenig richtig ist die daraus gezogene Folgerung. Das auf § 648 B.G.B. beruhende Recht des Gläubigers ist ein klagbares und erzwingbares Privatrecht, an dessen Stelle der Richter nicht ein ihm gutdünkendes anderes Recht setzen darf, wengleich dieses dem Gläubiger die gleiche oder noch bessere Sicherheit bieten würde. Anders liegt die Sache bei der durch einstweilige Verfügung gestatteten Vormerkung. Die Vormerkung ist nicht Vollzug des dem Gläubiger in § 648 B.G.B. eingeräumten Anspruches, sondern Vollzug einer zum Schutze dieses Anspruches vom Richter nach freiem Ermessen angeordneten prozessualen Maßregel. Wenn auch die hier fragliche Maßregel gegenüber sonstigen einstweiligen Verfügungen in den Gesetzen besonders begünstigt ist — vgl. §§ 883. 885 B.G.B. § 942 Abs. 2 C.P.D. —, so finden doch im übrigen alle Vorschriften der Civilprozeßordnung (§§ 935 flg.) auch auf sie Anwendung; insbesondere ist die Aufhebung wegen veränderter Umstände, namentlich wegen Erledigung des Grundes zu ihrer Erlassung oder auf Grund des Erbietens zur Sicherheitsleistung, zulässig (§§ 936. 927 C.P.D.), aus diesem letzteren Grunde allerdings nur unter besonderen Umständen (§ 939 C.P.D.). Solche liegen aber hier ersichtlich vor. Nicht nur das besondere und berechtignte Interesse des Beklagten an der Beseitigung einer ihm höchst lästigen Behinderung in der Verfügung über sein Eigentum ist solch ein besonderer Umstand, sondern vor allem die durch die Hinterlegung

entstehende völlig geänderte Sachlage, bei der, wie oben gezeigt, jeder Grund und jede Berechtigung für die Bewilligung, und demgemäß auch für die Fortdauer der Vormerkung wegfällt. Die Befugnis des Gerichtes aber zur Gestattung der Hinterlegung hat ihre gesetzliche Grundlage im § 938 C.P.D., wonach das Gericht nach freiem Ermessen bestimmt, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind. Wie die Vormerkung, so ist auch die Hinterlegung Vollzug einer vom Gerichte nach freiem Ermessen angeordneten prozessualen Maßregel.

Schließlich mag die Unhaltbarkeit der Rechtsanschauung des Berufungsgerichtes noch durch den Hinweis auf folgendes beleuchtet werden. Ein viel stärkeres und weiterreichendes Recht, als durch die einstweilige Verfügung, hätte der Kläger durch die Erwirkung eines Arrestes zur Sicherung seiner Geldforderung erlangt; denn die auf Grund der ersteren nur vorgemerkte Hypothek könnte auf Grund des Arrestes wirklich eingetragen werden (§ 932 C.P.D.). Diese wirklich eingetragene Hypothek müßte aber sofort gelöscht werden, sobald der Schuldner den nach § 923 C.P.D. bestimmten Geldbetrag hinterlegen würde. Wäre nun die Ansicht des Berufungsgerichtes richtig, so könnte der Gläubiger, nach Beseitigung der Arresthypothek durch Hinterlegung, dennoch durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung die Wiedervormerkung der Hypothek erlangen, und gegenüber dieser, in ihrer Wirkung gleich lästigen, ihrem rechtlichen Gehalte nach aber schwächeren, Maßregel wäre der Schuldner machtlos, wenn er sich nicht entschließen will, die bestrittene und vielleicht ganz unbegründete Forderung des Gläubigers zu zahlen! Daß dieses Ergebnis dem Gesetze nicht entsprechen kann, bedarf keines weiteren Beweises.

Nach alledem war das Berufungsurteil aufzuheben, und da von dem Berufungsgerichte nur die rechtliche Zulässigkeit, nicht aber die Zweckmäßigkeit der vom Landgerichte getroffenen Entscheidung in Frage gezogen ist, so konnte in der Sache selbst auf Zurückweisung der Berufung gegen das landgerichtliche Urteil erkannt werden.“