

85. Erlischt die Gesamthypothek auf den mitverhafteten Grundstücken, wenn das Vorzugsrecht derselben nachstehenden Gläubigern des einen Grundstückes abgetreten ist, und die Cessionare bei der Subhastation dieses Grundstückes auf Grund der Abtretung den Betrag der Post aus den Kaufgeldern gehoben haben?

V. Civilsenat. Urtheil v. 1. Februar 1882 i. S. F. (Bekl.) w. R. (Kl.).
Rep. V. 794/81.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Beklagte war Inhaberin einer im Grundbuche von Kastanienallee Nr. 10 B. eingetragenen Hypothekensforderung von 16 500 *M*, die auch im Grundbuche von Kastanienallee Nr. 11 eingetragen war. Sie räumte damit nacheingetragenen Gläubigern von Nr. 11 die Priorität ein. Bei der Subhastation des letzteren Grundstückes machten die Prioritätscessionare von dem eingeräumten Rechte Gebrauch, und erhielten die auf die Hypothek der Beklagten gefallene Hebung. Bei der demnächstigen Subhastation von Nr. 10 liquidirte die Beklagte, die bei der Subhastation von Nr. 11 ausgefallen war, ihre Hypothekensforderung an der betreffenden Stelle; die Klägerin, als nächste ausfallende Hypothekengläubigerin, widersprach dem, und die darauf fallende Hebung wurde zu einer 15 983,86 *M* betragenden Streitmasse genommen. Klägerin beanspruchte nunmehr die Streitmasse für sich, behauptend, daß die Gesamthypothek der Beklagten bereits erloschen sei; Beklagte stellte dies in Abrede. Der erste Richter erkannte nach dem Klageverlangen; die von der Beklagten eingelegte Berufung wies der zweite Richter zurück. In den Gründen ist die Wirkung der Vorrechtseinräumung bei Hypotheken dahin bestimmt, daß derjenige Teil des Pfanderlöses, welcher bei der Verteilung auf die vortretende und die zurücktretende zusammen oder auf letztere allein fällt, zunächst zur Befriedigung der vortretenden zu verwenden ist, und nur der etwaige Ueberrest der zurücktretenden zuzuteilen ist. Sodann ist ausgeführt, daß die Mehrzahl der Versuche, das Rechtsverhältnis zu konstruieren, darin übereinkomme, daß der vortretende Gläubiger die Forderung des zurückgetretenen realisire, und letzterer, was derartig gezahlt, als auf seine Forderung gezahlt anerkennen müsse, und daß sonach auch dritten Interessenten gegenüber der Prioritätscedent in Höhe des von seinem Cessionar auf Grund der Cession erhobenen Betrages als mit seiner Forderung befriedigt zu gelten habe. Endlich ist hieraus, mit Rücksicht auf §. 42 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 und das daselbst verordnete Erlöschen einer aus einem verhafteten Grundstücke herichtigten Vorrealhypothek auf den mitverhafteten Grundstücken, gefolgert, daß

Beklagte, nachdem ihre Vorrechtscessionare auf Grund der Cession aus den Kaufgeldern des Grundstückes Kastanienallee Nr. 11 in Höhe der ganzen Hypothek der Beklagten Zahlung erlangt haben, aus den Kaufgeldern von Nr. 10 daselbst nicht nochmals Befriedigung verlangen könne, und daß die Klägerin als nächstinteressierte Hypothekengläubigerin des letzteren Grundstückes das Erlöschen der Hypothek der Beklagten geltend zu machen berechtigt sei.

Beklagte hat die Revision eingelegt und Aufhebung des Vorderrichtersurteils nebst Abweisung der Klage, Klägerin hat Zurückweisung der Revision beantragt. Die Revision ist zurückgewiesen worden.

Gründe:

„Es handelt sich lediglich um die Frage, ob die für die Beklagte auf dem Grundbuchblatte von B. Kastanienallee Nr. 10 unter Abtl. III Nr. 7 eingetragen gewesene Post von 16 500 *M* in Gemäßheit des §. 42 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 — §. 74 des Subhastationsgesetzes — bereits dadurch erloschen war, daß die Prioritätscessionare der Beklagten bei der Subhastation des Grundstückes Nr. 11 daselbst den auf dieselbe, dort gleichfalls eingetragen gewesene, Post gefallenen Vollbetrag erhoben haben. Denn daß, wenn dies der Fall, die Klägerin als Gläubigerin der auf dem Grundbuchblatt Nr. 10 nächstfolgenden Post Abtl. III Nr. 13 von 11 750 *M*, um den Ausfall der letzteren zu verhüten, das Erlöschen geltend machen und die Streitmasse von 15 983,86 *M* beanspruchen kann, wird nach §. 70 des Subhastationsgesetzes einem Bedenken nicht unterliegen.

Das Ergebnis der Ausführung des Vorderrichters, die sich auf eine Vergleichung und Prüfung der verschiedenartigen dogmatischen Begriffsbestimmungen der Prioritätseinräumung stützt, ist, daß die Beklagte ein Recht, Befriedigung aus den Kaufgeldern von Nr. 10 zu verlangen, nicht habe, nachdem ihre Prioritätscessionare aus den Kaufgeldern des mitverhafteten Grundstückes ihre Befriedigung in Höhe der Gesamthypothek der Beklagten an Stelle derselben entnommen haben. Dies Ergebnis samt der Ausführung wird seitens der Beklagten als rechtsirrtümlich angefochten, indem unter Bezugnahme auf die rechtliche Natur der Prioritätseinräumung die Vorschriften über die Rangordnung der Hypotheken und §. 42 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 die Sätze aufgestellt werden, daß

a. der Prioritätscedent in Folge der Hebung seines Cessionars nicht

befriedigt werde und seiner persönlichen Forderung nicht verlustig gehe;

b. der Gesamthypothekar sein Recht auf jedes der verhafteten Grundstücke geltend machen könne, und die Gläubiger und der Eigentümer des nicht in Anspruch genommenen Grundstückes nicht verlangen können, daß er sich an das andere, sei es auch nur mit bestimmter Priorität, halte;

c. der Grundsatz, daß die Prioritätseinräumung Zwischengläubigern nicht nachtheilig sein dürfe, den Gläubigern mitverhafteter Grundstücke nicht zu statten komme.

Diese Sätze können ganz richtiges enthalten, sie entscheiden aber über die obige Frage nicht. Nach dem allein maßgebenden preussischen Rechte ist das Hypothekenrecht das Recht des Gläubigers, sich wegen seiner Forderung an die verpfändete Sache zu halten und aus ihr — ihren Einkünften oder ihrem Erlöse — seine Befriedigung zu entnehmen (§. 43 des Gesetzes vom 5. Mai 1872, *U.L.R.* I. 20. §§. 1. 436. 490). Dieses Recht steht allen Hypothekengläubigern zunächst gleichmäßig zu, bei unzureichender Sache aber entscheidet zwischen den konkurrierenden Gläubigern das durch die Eintragung begründete Vorzugsrecht, d. h. die Stelle der Hypothek in der gesetzlichen Rangordnung (§§. 17. 34 des angeführten Gesetzes, *U.L.R.* I. 20. §. 500). Das Vorzugsrecht der Hypothek besteht danach in dem Rechte auf vorzugsweise Befriedigung der durch sie gesicherten Forderung nach Maßgabe ihrer Rangstelle vor den durch Hypotheken niederen Ranges gesicherten Forderungen. Das Vorzugsrecht kann mit der Wirkung, daß die Vorrechte der Zwischenhypotheken unberührt bleiben, auf nachstehende Hypothekengläubiger übertragen werden; das Hypothekenrecht selbst, als accessorisches Recht, ist von der Forderung, für die es bestellt ist, nicht trennbar (§§. 35. 52 des angeführten Gesetzes). Die Abtretung des Vorzugsrechtes kann daher allerdings nur als Abtretung des dem zurücktretenden Hypothekenrechte beimwohnenden Rechtes auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfande aufgefaßt werden. Die Ausübung dieses Rechtes kann aber nur so geschehen, daß der Cessionar dasselbe an Stelle des Cedenten auf Grund und nach dem Umfange der Hypothek und Forderung desselben für sich und zur Befriedigung wegen seiner eigenen Forderung in Anspruch nimmt, und dem Cedenten überläßt, seine Befriedigung nach ihm an bereiter Stelle der Rang-

ordnung zu entnehmen (Entsch. des Obertrib. Bd. 63 S. 189, Bd. 6 S. 359; Striethorst, Arch. Bd. 89 S. 193). Danunaber das prioritätische Befriedigungsrecht der wesentliche Inhalt des prioritätischen Hypothekenrechtes des Cedenten ist, und letzteres mit der Befriedigung aus dem Grundstücke behoben wird, so wird auch durch die Ausübung jenes Rechtes die prioritätische Hypothek realisiert und löschungsfähig. Der Cedent kann dasselbe nicht mehr ausüben; das ihm verbleibende Hypothekenrecht ist dem Range, dem Umfange und der Wirkung nach ein anderes, verändertes; es hat den Rang gewechselt und sich infolge dessen mit anderen Eigenschaften bekleidet.

Im Falle der Gesamthypothek ist die Forderung des Gläubigers durch auf mehrere Grundstücke bestellte Hypothekenrechte gesichert, die durch ihre Stellung in verschiedenen Rangordnungen bestimmt sind, aber in Beziehung auf Zweck und Wirkung eine Einheit bilden. Der Gläubiger hat das Recht, sich vermittelt ihrer nach seiner Wahl zu befriedigen, oder auch das eine oder andere aufzugeben; den Nachgläubigern steht ein Widerspruch nicht zu. Zu befriedigen ist er aber wegen seiner Forderung nur einmal, und soweit er die Hypothek aus einem Grundstücke realisiert, erlischt dieselbe auf den anderen Grundstücken (§. 42 des Gesetzes vom 5. Mai 1872). Die notwendige Folge davon ist, daß die Nachgläubiger der letzteren in die erloschene Stelle aufrücken; ihr Recht zum Aufrücken und zur Geltendmachung des Erlöschens beruht also auf dem Gesetze. Das letztere hat zwar nach dem Vorgange des §. 56 (neuer Fassung) der preussischen Konkursordnung den Grundsatz der ratielichen Haftung mitverpfändeter Grundstücke beseitigt, es hat aber, wie die Motive zu §. 42 ausdrücklich besagen, daran festgehalten, daß die Gesamthypothek durch die Befriedigung des Gläubigers erschöpft wird, und die mitverhafteten Grundstücke davon frei werden, weil sonst die nacheingetragenen Gläubiger in ihrem Rechte verletzt würden. Deshalb kann der Gesamthypothekar nicht das Befriedigungsrecht aus der Hypothek eines Grundstückes ausüben und sich dasselbe aus der Hypothek des anderen erhalten; er kann dies Ziel auch nicht dadurch erreichen, daß er das aus der einen Hypothek hervorgehende Recht auf prioritätische Befriedigung abtritt und dasselbe zu Gunsten einer zweiten Forderung, der des Cessionars, ausüben läßt; er ist nicht berechtigt, die Bestimmung und Wirkung seines Gesamthypothekenrechtes in dieser Weise zu vervielfachen. Vielmehr

realisiert, wie bemerkt, der Cessionar, indem er das ihm abgetretene Vorzugsrecht der Gesamthypothek mit Erfolg ausübt, auch die Gesamthypothek; er hat damit an Stelle des Cedenten die demselben zustehende Wahl unter den mithaftenden Grundstücken getroffen; der letztere hat das Gesamthypothekenrecht verloren; er muß seine Befriedigung aus dem, unbeschadet der Rechte der Zwischenposten sich darbietenden Hypothekenrechte, erwirken; jedenfalls steht ihm das des Cessionars zu Gebote.

Nach alledem ist es richtig, daß der Prioritätscessionar durch die Vorzugseinräumung seine persönliche Forderung nicht verlieren kann, und daß seine Nachgläubiger ihm als Gesamthypothekar nicht vorschreiben können, aus welchem Grundstücke und an welcher Rangstelle er seine Befriedigung zu nehmen habe, unrichtig ist aber die Folgerung, daß den Nachgläubigern ein Widerspruchsrecht dagegen, daß der Gesamthypothekar sein Befriedigungsrecht mehrfach ausübe, nicht zustehe.

Die behaupteten Rechtsverletzungen sind daher nicht vorhanden; das angegriffene Urtheil ist vielmehr begründet, und war die Revision zurückzuweisen.“