

85. 1. Muß bei einer Kautionshypothek (Höchstbetragshypothek) die Forderung genau bezeichnet werden?  
2. Begriff und Form eines Vertrages, den gesetzliche Erben über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten schließen.  
Preuß. Eig.-Erw.-Ges. § 24.  
B.G.B. §§ 1190, 312.

V. Zivilsenat. Urte. v. 20. März 1907 i. S. Sch. (N.) w. Gewerbank in B. (Bekl.). Rep. V. 393/06.

- I. Landgericht Hanau.  
II. Oberlandesgericht Kassel.

Im Grundbuche von Sch. war in Abteilung III Nr. 5 auf Grund der Eintragungsbewilligung des Fürsten F. vom 25./26. August 1887 für dessen Söhne, die Prinzen F. W. und M., eine Kautionshypothek von 420000 M zur Sicherung ihres „Erteils an dem (väterlichen) Allod-Nachlaß“ eingetragen. Prinz M. trat durch notarielle Urkunde vom 21. September 1901 seinen „Erteil, wie und soweit solcher in Höhe von 210000 M durch Hypothek gesichert ist, mit allen Rechten“ seiner Schwester, der Freifrau A. von B., ab, und diese verpfändete durch notarielle Urkunde von demselben Tage den so abgetretenen Erbteil dem Comptoir d'escomptes du Jura in B. für einen ihr gewährten Kredit. Beides war im Grundbuche unter dem 12. Oktober 1901 eingetragen.

Der Fürst F. lebte damals noch. Er starb am 5. Juni 1903 mit Hinterlassung eines Testaments vom 29. März 1892. Prinz M. soll die Erbschaft aus dem Testament ausgeschlagen und den Pflichtteil in Anspruch genommen haben.

In betreff der Ansprüche auf die Kautionshypothek war die Beklagte, die alle Rechte und Pflichten des Comptoir d'escompte übernommen hatte, an dessen Stelle getreten. Der Kläger, dem eine vollstreckbare Wechselforderung gegen die Freifrau A. von B. zustand, war der Ansicht, daß nach § 312 B.G.B. zwar die Abtretung der Hypothek an seine Schuldnerin, nicht aber die weitere Verpfändung rechtmäßig gewesen sei. Er ließ durch Pfändungsbeschuß vom 29. Oktober 1903 „die angebliche Forderung seiner Schuldnerin an den Nachlaß des Fürsten F. aus der eingetragenen Sicherungshypothek“ in Höhe von 3000 *M* pfänden und die Pfändung am 3. November 1903 im Grundbuche eintragen. Sodann erhob er auf Grund des § 894 B.G.B. Klage mit dem Antrage, die Beklagte solle einwilligen, daß die für ihre Rechtsvorgängerin, das Comptoir d'escompte, eingetragene Verpfändung im Grundbuche gelöscht werde.

Die Klage ist jedoch in den Vorinstanzen abgewiesen, und die Revision zurückgewiesen worden aus folgenden

#### Gründen:

„Zutreffend gehen beide Vorderrichter davon aus, daß der Kläger nur dann zur Klage nach § 894 B.G.B. berechtigt ist, wenn er durch die Pfändung der Kautionshypothek und deren Eintragung in der Tat ein dingliches Recht an dieser Hypothek erworben hat, und daß, wenn dies nicht der Fall ist, die Klage ohne Rücksicht darauf, ob die Beklagte ein Recht auf die Hypothek hat, abzuweisen ist.

Während aber das Landgericht den Mangel des klägerischen Rechts daraus herleitete, daß Prinz M. am Nachlasse seines Vaters nur einen Pflichtteilsanspruch erlangt habe, und daß, wenn man die Kautionshypothek auch auf diesen Pflichtteilsanspruch beziehen wolle, doch jedenfalls dessen Pfändung nach § 852 der B.P.O. ausgeschlossen sei, hat das Berufungsgericht in erster Linie verneint, daß die Kautionshypothek überhaupt rechtswirksam entstanden sei. Nach dem im Jahre 1887 geltenden gemeinen Recht und nach dem preussischen Grundbuchrecht sei Voraussetzung der Hypothek ein Forderungsverhältnis; ein solches Verhältnis aber sei „der Erbteil“ weder nach

dem damaligen noch nach dem heutigen Rechte. Der Pflichtteilsanspruch sei allerdings ein Forderungsrecht, es sei aber ausgeschlossen, daß der Fürst einen solchen, gegen sein eigenes Testament gerichteten Anspruch habe sicherstellen wollen; die Kautionshypothek sei also nicht auf diesen Anspruch zu beziehen. Jedenfalls sei aber schon die erste Verfügung über die Hypothek zugunsten der Freifrau von P., der Schuldnerin des Klägers, nichtig. Denn wenn die Abtretung an die Schwester überhaupt als Vertrag im Sinne des § 312 Abs. 2 B.G.B. aufgefaßt werden könne, so sei doch die Form nicht gewahrt, weil die notarielle Beurkundung der Annahme fehle. Deshalb komme es auf die Frage der Anwendbarkeit des § 852 B.G.B. nicht an.

Von diesen Ausführungen des Berufungsrichters ist der erste Teil nicht bedenkfrei. Da das gemeine Recht die Bindung des Erblassers durch Verträge mit dem Erben anerkannte und eine besondere Form für Erbverträge nicht verlangte (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 8 S. 133), wird man auch die Bestellung einer Kautionshypothek für den Anspruch des Erben nicht als unzulässig erachten können. Der Erbteil als solcher ist freilich keine Forderung; dies schließt aber nicht aus, daß er bei der Erbteilung in eine solche übergeht. Daß die Forderung zur Zeit der Bestellung der Kautionshypothek schon vorhanden sei, oder daß sie auch nur bestimmt bezeichnet werde, war weder nach früherem noch nach heutigem Rechte erforderlich. Vielmehr genügt sowohl für die Kautionshypothek des früheren Rechts,

vgl. Tuznau, Grundbuch-Ordnung (5. Aufl.) Bd. 1 S. 382/83 Anm. 3 zu § 24 Eig.-Erw.-Ges.; Entsch. des R.G.'s bei Gruchot Bd. 42 S. 731,

wie auch für die Höchstbetragshypothek des § 1190 B.G.B.,

vgl. Tuznau-Förster, Liegenschaftsrecht (3. Aufl.) Bd. 1 S. 1818/9 Anm. 6 zu § 1190; Planck, Bem. 2d zu § 1190,

in die jene Kautionshypothek nach Art. 192 Einf.-Ges. und Art. 33 § 1 preuß. Ausf.-Ges. zum B.G.B. übergegangen ist, die allgemeine Angabe des Rechtsgrundes.

Indessen kommt es hierauf nicht an, weil jedenfalls die Abtretung vom 21. September 1901 mit dem Berufungsrichter für nichtig zu erachten ist. Der von der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs eingefügte Abs. 2

des § 312 B.G.B. gestattet, abweichend von der Praxis des gemeinen und der meisten übrigen deutschen Rechte (Motive zu § 349 des Entw. Bd. 2 S. 183), den Abschluß von Verträgen zwischen künftigen gesetzlichen Erben eines noch lebenden Dritten, soweit der gesetzliche Erbteil oder der Pflichtteil in Betracht kommt, aber — abweichend vom preussischen Recht § 649 A.L.R. I. 12, Urteil Rep. V. 593/05 in den Entsch. des R.G.'s in Zivils. Bd. 63 S. 428 — nur mit obligatorischer, nicht mit erbrechtlich-dinglicher Wirkung (Protokolle Bd. 1 S. 456, 457). Von einem solchen Vertrage kann hier füglich nicht die Rede sein. Denn die „Abtretung des hypothekarisch gesicherten Erbteils“ in der notariellen Urkunde vom 21. September 1901 stellt sich, auch wenn man die zweite notarielle Urkunde von demselben Tage als Annahmeerklärung gelten lassen will, nur als dingliche Ausführungsverfügung dar und entbehrt als solche der rechtlichen Wirksamkeit. Die Abreden der Vertragsschließenden sind darin nicht oder doch nicht vollständig beurkundet. Denn wenn man auch annehmen könnte, daß die Urkunde die Verpflichtungen und Erklärungen des Prinzen M. vollständig wiedergibt, so fehlt es doch an der Beurkundung der von seiner Schwester übernommenen Verpflichtungen und der von ihr abgegebenen Erklärungen. Es heißt davon in der Urkunde nur: „Für den Gegenwert ist besonders bescheinigt“. Wollte man also auch diese Urkunde als die Beurkundung eines Vertrages im Sinne des § 312 Abs. 2 B.G.B. gelten lassen, so würde doch der Vertrag wegen unvollständiger Beurkundung und folgerweise wegen Mangels der vorgeschriebenen Form nichtig sein.

Mit der Abtretung an die Freifrau von P. fällt auch, wie bereits bemerkt, das Pfandrecht des Klägers, das diese Abtretung zur Voraussetzung hat“ . . .