

90. 1. Ist bei Abweisung der Klage die Revision des Beklagten zulässig, wenn die Abweisung nur darauf beruht, daß die Klageforderung durch eine vom Beklagten eventuell zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung für getilgt erachtet ist?

2. Wird eine Arresthypothek, wenn der Arrest wegen mangelnder Rechtmäßigkeit aufgehoben wird, im Falle eines inzwischen eingetretenen Eigentumswechsels von dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung, oder von dem gegenwärtigen Eigentümer erworben?

3. Findet die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. auch auf die Arresthypothek Anwendung?

BPD. §§ 545, 546, 868, 932.

BGB. § 1163 Abs. 1.

V. Zivilsenat. Ur. v. 4. März 1912 i. S. R. (Bell. u. Widerkl.) w. D. (Kl. u. Widerbell.). Rep. V. 184/11.

I. Landgericht II Berlin

II. Kammergericht daselbst.

Die Parteien waren Miteigentümer eines Grundstücks in R. Der Beklagte erwirkte gegen die Klägerin wegen einer angeblichen ihm am 18. März 1908 abgetretenen Darlehnsforderung des Rentners B. von 19000 M und eines Kostenpauschquantums von 2000 M einen Arrestbefehl vom 2. Juli 1908 und ließ auf Grund dieses Arrestes eine Höchstbetragshypothek von 21000 M auf den Anteil der Klägerin an dem Grundstücke für sich eintragen. Demnächst wurde auf Antrag der Klägerin die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft angeordnet. Im Versteigerungstermin am 6. November 1908 wurde das Grundstück dem Beklagten als Meistbietendem zugeschlagen. Die Arresthypothek fiel in das geringste Gebot, und im Zuschlagsbeschlusse wurde ihr Bestehenbleiben ohne Anrechnung auf das Bargebot ausgesprochen. Durch das vollstreckbare Urteil des Kammergerichts vom 7. Dezember 1908 wurde der durch landgerichtliches Urteil vom 10. August 1908 zunächst bestätigte Arrest aufgehoben. In der Kaufgeldebelegungsverhandlung vom 17. Dezember 1908 wurde noch einmal festgestellt, daß die Arresthypothek als Teil des geringsten Gebotes vom Ersteher zu übernehmen sei. Die Klägerin nahm die Arresthypothek für sich in Anspruch. Auf ihren Antrag wurde vom Grundbuchamt am 29. Dezember 1908 die Hypothek als Grundschuld auf ihren Namen umgeschrieben.

Demnächst klagte sie mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in die Grundstückshälfte, auf der die Arresthypothek eingetragen stand, 21000 M nebst Zinsen an sie zu zahlen. Der Beklagte erhob Widerklage mit dem Antrage, die Klägerin zu verurteilen, darin zu willigen, daß sie als Hypothetengläubigerin der Arresthypothek gelöscht und die Hypothek als Eigentümergrundschuld auf ihn, den Beklagten, umgeschrieben werde. Er machte geltend, die Hypothek stehe ihm zu, weil er zur Zeit der Aufhebung des Arrestes Eigentümer der belasteten Grundstückshälfte gewesen sei. Eventuell stellte er die Forderung, wegen deren er den Arrest ausgebracht hatte, zur Aufrechnung.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten, an die Klägerin bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in die genannte Grundstückshälfte 319,62 M zu zahlen. Mit dem weitergehenden Anspruche wies es die

Klägerin ab. Auf die Widerklage verurteilte es die Klägerin, darin zu willigen, daß die auf ihren Namen eingetragene Sicherungshypothek in Höhe von 20680,88 *M* auf den Beklagten umgeschrieben werde. Mit dem weitergehenden Widerklagenspruche wies es den Beklagten ab. Beide Parteien legten Berufung ein. Der Beklagte stellte in der Berufungsinstanz den Antrag, die Klage gänzlich abzuweisen und die Klägerin nach dem vollen Antrage der Widerklage zu verurteilen. Durch Zwischenurteil vom 4. März 1910 erkannte der Berufungsrichter, die fragliche Hypothek stehe der Klägerin zu, sofern nicht das Urteil des Kammergerichts vom 7. Dezember 1908 aufgehoben sei. Im Termine zur mündlichen Verhandlung vom 21. März 1911 erklärte die Klägerin, nachdem sie erfolglos die Vertagung beantragt hatte, nicht verhandeln zu wollen, und entfernte sich. Der Beklagte beantragte, gegen die Klägerin Versäumnisurteil zu erlassen. Der Berufungsrichter wies die Berufung beider Parteien zurück, und zwar die Berufung der Klägerin durch Versäumnisurteil. Der Beklagte legte Revision ein und beantragte, das Berufungsurteil, soweit zu seinem Nachteile erkannt sei, aufzuheben und ganz nach seinem in der Berufungsinstanz gestellten Antrage zu erkennen. Der Revision wurde stattgegeben.

Aus den Gründen:

„Die Revision ist zulässig. Sie richtet sich gegen die Entscheidung des Berufungsurteils, wodurch die Berufung des Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen worden ist. Insoweit ist das Berufungsurteil, da es gegen den Beklagten erging, der gegen die nicht verhandelnde Klägerin Erlass des Versäumnisurteils (§§ 331, 332, 333, 542 *RPD.*) beantragt hatte, nicht ein Versäumnisurteil, gegen das dem Beklagten der Einspruch zustände, sondern ein in der Berufungsinstanz erlassenes Endurteil, das der Anfechtung durch Revision unterliegt, sofern die sonstigen Voraussetzungen für dieses Rechtsmittel gegeben sind.

Vgl. Entsch. des RG.'s in *Zivilf.* Bd. 15 S. 391; *Jur. Wochenschr.* 1896 S. 637 Nr. 10.

Dies ist der Fall, insbesondere ist die Revisionssumme vorhanden. Allerdings ist nach dem entscheidenden Teile des erstinstanzlichen Urteils der Beklagte nur in Höhe von 319,62 *M* verurteilt und zur Widerklage nur mit seinem über 20680,88 *M* hinausgehenden An-

spruche abgewiesen, also ebenfalls nur in Höhe von 319,62 *M* unterlegen. Nach den zur Erläuterung der Entscheidung heranzuziehenden Entscheidungsgründen ist der Beklagte jedoch in Wirklichkeit zu einem weit höheren Betrage unterlegen.

Der Beklagte hatte gegenüber der Klage sowie zur Begründung seiner Widerklage in erster Linie geltend gemacht, die in Rede stehende, für die Klägerin als Grundschuld umgeschriebene Arresthypothek von 21000 *M* stehe ihm zu, weil der Arrest zu einer Zeit aufgehoben worden sei, in der er das Eigentum an der mit der Hypothek belasteten Grundstückshälfte erlangt gehabt habe; deshalb sei die Klage aus der Hypothek unbegründet und die Widerklage auf Bewilligung der Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen gerechtfertigt. Nur eventuell, d. h. für den Fall, daß ihm die Hypothek nicht zustehen sollte, hat er seine angebliche Forderung von 19000 *M*, wegen deren er den Arrest ausgebracht hatte, nebst $4\frac{1}{2}$ v. H. Zinsen gegen die für die Klägerin umgeschriebene Grundschuld zur Aufrechnung gestellt. Der erste Richter hat angenommen, daß die Hypothek zufolge Aufhebung des Arrestes durch das vorläufig vollstreckbare Urteil des Kammergerichts vom 7. Dezember 1903, wiewohl damals der Beklagte kraft des Zuschlagsbeschlusses vom 6. November 1908 Eigentümer der belasteten Grundstückshälfte war, auf die Klägerin als Grundschuld übergegangen sei, und hat nur deswegen in Höhe von 20680,38 *M* die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben, weil diese Grundschuld der Klägerin in Höhe der 20680,38 *M* durch die eventuell erklärte Aufrechnung der Forderung des Beklagten, die nebst den Zinsen am 7. Dezember 1908 in dieser Höhe bestanden habe, getilgt und daher auf den Beklagten übergegangen sei. Dem gegenüber hat der Beklagte nach dem Tatbestande des angefochtenen Berufungsurteils auch in der Berufungsinstanz die Hypothek deshalb, weil er zur Zeit der Aufhebung des Arrestes Eigentümer der belasteten Grundstückshälfte gewesen sei, für sich in Anspruch genommen und nur eventuell seine Forderung, die nach seiner weiteren Behauptung den ganzen Betrag der Hypothek von 21000 *M* erreichen sollte, zur Aufrechnung gestellt. Der Berufungsrichter aber hat unter Bezugnahme auf die Gründe des Zwischenurteils vom 4. März 1910 erklärt, dem Beklagten stehe ein Anspruch auf die Hypothek nicht zu, und hat die Kosten der Berufungsinstanz gegeneinander aufgehoben, weil der Beklagte die

Hypothek und die nur eventuell zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung in Anspruch nehme, ihm aber die Hypothek nicht zustehe. Hieraus erhellt, daß auch der Berufungsrichter, weil die Hypothek zufolge Aufhebung des Arrestes auf die Klägerin übergegangen sei, die Klage aus der Grundschuld an sich für begründet und die Widerklage für ungerechtfertigt erachtet und den Ausspruch des ersten Richters gebilligt hat, daß der Beklagte nur durch Aufrechnung seiner Forderung zur Klage sowie zur Widerklage obsiegen könne, und zwar auch nur in Höhe der vorgenannten 20680,38 *M.* Danach ist der Beklagte dadurch beschwert, daß seine Forderung in Höhe von 20680,38 *M.* zu Aufrechnung verwendet und somit getilgt, im übrigen für nicht bestehend erklärt worden ist, während er in erster Linie geltend machte, die Klägerin müsse mit ihrer Klage abgewiesen und nach seinem Widerklagantrage verurteilt werden, ohne daß er seine Forderung, die 21000 *M.* betrage, zur Aufrechnung zu stellen brauche.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 37 S. 403.

Der Wert des Gegenstandes der Revisionsbeschwerde beträgt daher 21000 *M.* . . .

Auch in der Sache selbst kann der Revision der Erfolg nicht versagt werden. Nach § 868 ZPO. „erwirbt der Eigentümer des Grundstücks“ die auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels eingetragene Sicherungshypothek, wenn durch eine vollstreckbare Entscheidung die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet oder wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln angeordnet wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt. Gemäß § 932 Abs. 2 ZPO. findet die Vorschrift des § 868 auf die in Vollziehung eines Arrestes eingetragene Sicherungshypothek Anwendung. Daraus folgt, daß, wenn durch eine vollstreckbare Entscheidung der Arrestbefehl, sei es auf Widerspruch wegen Unrechtmäßigkeit des Arrestes (§ 925 Abs. 2 ZPO.), sei es wegen Nichterhebung der Klage in der Hauptsache (§ 926 ZPO.), oder wegen veränderter Umstände (§ 927 ZPO.) aufgehoben wird, der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Arresthypothek erwirbt. Vor-

liegend ist durch das vollstreckbare Urteil des Kammergerichts vom 7. Dezember 1908 der Arrest als ungerechtfertigt aufgehoben. Wäre daher die Klägerin zu dieser Zeit noch Eigentümerin der Grundstückshälfte gewesen, auf die für den Beklagten die Arresthypothek eingetragen worden war, so hätte sie die Hypothek erworben. Jedoch hatte der Beklagte schon vorher durch Zuschlagsbeschluß vom 6. November 1908 das Eigentum an der Grundstückshälfte erlangt. Trotzdem meint der Berufungsrichter, daß die Hypothek auf die Klägerin übergegangen sei. Dieser Ansicht ist, soweit sie sich auf die bezeichneten Vorschriften der Zivilprozessordnung gründet, nicht beizutreten.

Die Vorschrift des § 868 BPD. ist durch die Novelle vom 17. Mai 1898 eingefügt. In der Begründung (Sahn-Mugdan, Materialien Bb. 8 S. 166) ist bemerkt, in den in § 868 (§ 757d der Novelle) bezeichneten Fällen müsse das Recht des Gläubigers aus der Sicherungshypothek in Wegfall kommen; jedoch dürfe sich entsprechend den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Eigentümerhypothek (§ 1163 Abs. 1) die Aufhebung des dem Gläubiger aus der Sicherungshypothek zustehenden Rechtes nicht durch Löschung der Hypothek, sondern nur in der Weise vollziehen, daß der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek erwerbe. Danach ist die Vorschrift des § 868 BPD. der Bestimmung des § 1163 Abs. 1 BGB. nachgebildet. Jedoch ist dies dahin einzuschränken, daß die Nachbildung nur den Satz 2 des § 1163 Abs. 1 betrifft. Soweit die erwähnte Begründung den Abs. 1 im ganzen anführt, ist sie ungenau. Dies ergibt sich daraus, daß der Wortlaut des § 868 BPD. nicht dem des Satzes 1 des § 1163 Abs. 1 BGB., wonach im Falle der Nichtentstehung der Forderung die Hypothek „dem Eigentümer zusteht“, entspricht, sondern dem Wortlaute des Satzes 2, indem dieser ebenso wie § 868 BPD. die Worte enthält: „so erwirbt der Eigentümer die Hypothek“. Auch läßt sich nur der Fall des Satzes 2 § 1163 Abs. 1 BGB., wonach, wenn die Forderung erlischt, der Eigentümer die Hypothek erwirbt, dem Falle des § 868 BPD. gleichstellen. Denn beide Fälle haben das Gemeinsame, daß nach Begründung des Gläubigerrechtes für den als Gläubiger Eingetragenen die Hypothek infolge Eintritts einer späteren Tatsache auf den Grundstückseigentümer übergeht, während im Falle des Satzes 1 § 1163 Abs. 1

BOB. der als Gläubiger eingetragen die Hypothel wegen Nichtentstehung der Forderung überhaupt nicht als wirklicher Gläubiger erlangt, sondern die Hypothel von vornherein dem Eigentümer zusteht.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 55 S. 220.

Daß im Falle des Satzes 2 § 1163 Abs. 1 BOB. unter dem Eigentümer, der die Hypothel erwirbt, derjenige zu verstehen ist, welcher zur Zeit des Erlöschens der Forderung Eigentümer ist, daß also, wenn zwischen der Eintragung der Hypothel und dem Erlöschen der Forderung ein Eigentumswechsel stattgefunden hat, nicht der frühere Eigentümer, sondern der Eigentümer zur Zeit des Erlöschens der Forderung die Hypothel erwirbt, ist vom Reichsgerichte ausgesprochen (vgl. Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 55 S. 220, 222) und auch sonst anerkannten Rechts. Entsprechend ist in § 868 BPD. als Eigentümer derjenige als gemeint zu erachten, welcher zur Zeit des Eintritts der dort bezeichneten Tatbestände der Eigentümer des mit der Zwangshypothel belasteten Grundstücks ist. Dies ergibt sich auch, ebenso wie im Falle des Satzes 2 § 1163 Abs. 1 BOB., unmittelbar aus dem Wortlaute der Vorschrift. Denn soll sich durch den Eintritt der fraglichen Tatbestände der Erwerb der für den Gläubiger eingetragenen Hypothel für den Grundstückseigentümer vollziehen, so muß der Erwerbende Eigentümer des Grundstücks sein; wem früher das Grundstück gehört hat, ist zu der maßgebenden Zeit des Eintritts der Tatbestände nicht Eigentümer und kann daher die Hypothel nicht erwerben.

Zu Unrecht glaubt der Berufsrichter aus den weiter zurückliegenden Vorarbeiten zum Gesetze eine Stütze für seine Ansicht entnehmen zu können, daß unter dem erwerbenden Eigentümer der Eigentümer, gegen den die Eintragung der Zwangshypothel bewirkt worden, der Vollstreckungsschuldner, zu verstehen sei. Allerdings wurden zu § 1133 des I. Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wonach die Zwangs- und die Arresthypothel im Falle der Aufhebung oder der Einstellung der Vollstreckung ohne Bewilligung des Gläubigers sollte zur Löschung gebracht werden können, von der zweiten Kommission Abänderungsanträge dahin angenommen, daß bei Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln die Zwangshypothel als Eigentümerhypothel dem „Schuldner“ zustehe und die Arresthypothel als Eigentümerhypothel

der „Schuldner“ erwerben solle (Prot. Bd. 3 S. 701, 706). Jedoch wurden die Anträge zugleich an die Redaktionskommission verwiesen, um dem darin enthaltenen Gedanken den zutreffenden Ausdruck zu geben (Prot. Bd. 3 S. 707), und die Redaktionskommission hat dann in den demnächst in die Zivilprozessordnung übernommenen vorhin genannten Bestimmungen an die Stelle des „Schuldners“ den „Eigentümer“ gesetzt (Prot. Bd. 6 S. 739). Dies entsprach den von der zweiten Kommission gegebenen Vorschriften über den Übergang des dinglichen Hypothekenrechts auf den Eigentümer, wofür die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner der Hypothekenforderung nicht maßgebend waren. Demnach wird, wenn in der Zwischenzeit von der Eintragung der Zwangshypothek bis zum Eintritt eines der in § 868 ZPO. bezeichneten Tatbestände ein Eigentumswechsel stattgefunden hat, die Zwangshypothek von dem Eigentümer zur Zeit des Eintritts des Tatbestandes erworben, nicht von dem früheren Eigentümer, gegen den die Eintragung der Hypothek bewirkt wurde.

Vgl. RGer. in der Jur. Wochenschr. 1911 S. 277 Nr. 4.

Ist dies aber der Fall, so muß gemäß § 932 Abs. 2 ZPO. auch hinsichtlich des Erwerbes einer Arresthypothek im Falle der Aufhebung des Arrestbefehls gleiches gelten. Der Berufungsrichter lehnt in zweiter Linie auch diese Gleichstellung wenigstens für den Fall ab, der vorliegend gegeben ist, daß nämlich die Aufhebung des Arrestbefehls wegen mangelnder Rechtmäßigkeit der Arrestanordnung erfolgt ist. Er meint, in einem solchen Falle werde, wie durch die Worte in § 945 ZPO.: „Erweist sich die Anordnung eines Arrestes als von Anfang an ungerechtfertigt“ bestätigt werde, durch das den Arrest aufhebende Urteil festgestellt, daß der Arrest niemals gerechtfertigt gewesen sei, und somit daß eine durch Sicherungshypothek zu sichernde Forderung von Anfang an nicht bestanden habe; daher müsse ebenso, wie im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB., die Hypothek dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung zustehen. Allein die in § 932 Abs. 2 ZPO. vorgeschriebene Anwendung des § 868 ZPO. hat auf sämtliche den Tatbeständen des § 868 entsprechende Fälle der Aufhebung des Arrestes in gleichmäßiger Weise zu erfolgen, da das Gesetz in dieser Hinsicht keine Unterscheidung trifft; es hat mithin für sämtliche Fälle, also auch für den Fall der Aufhebung

wegen mangelnder Rechtmäßigkeit, der Satz des § 868 zu gelten, daß „der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek erwirbt“. Aus diesem Satze aber folgt nach den vorstehenden Ausführungen, daß, wer zur Zeit der Aufhebung Eigentümer des Grundstücks ist, die Hypothek erwirbt. Auch wird der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer, wie sich aus dem Wortlaute des § 868 ergibt, allein durch den Eintritt der bezeichneten Tatbestände, insbesondere durch den Erlaß einer Entscheidung der genannten Art, herbeigeführt, ohne Rücksicht darauf, ob und wann die Voraussetzungen für den Eintritt, insbesondere für die Erlassung der Entscheidung, gegeben waren (vgl. Prot. Bd. 3 S. 707).

Hieraus folgt jedoch nach der vorliegend gegebenen Sachlage noch nicht ohne weiteres, daß der Beklagte die in Rede stehende Arresthypothek, weil er zur Zeit des Erlasses des den Arrest aufhebenden Urteils vom 7. Dezember 1908 Eigentümer der belasteten Grundstückshälfte war, erworben, oder da die Hypothek für ihn selbst eingetragen worden war, richtiger, daß ihm trotz Aufhebung des Arrestes das Gläubigerrecht an der Hypothek verblieben ist. In der Rechtslehre wird die Ansicht vertreten, daß eine Zwangshypothek nur nach Maßgabe des § 868 BPD. zur Eigentümerhypothek werden könne und daß die aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche sich ergebenden allgemeinen Gründe des Übergangs einer Hypothek auf den Eigentümer, insbesondere die in § 1163 Abs. 1 BGB. vorgesehenen, auf die Zwangshypothek keine Anwendung fänden. Wäre dies zutreffend, so müßte folgerichtig auch hinsichtlich der Arresthypothek angenommen werden, daß sie nur beim Eintritte der prozessualen Tatbestände, die den in § 868 BPD. bezeichneten entsprechen, zur Eigentümerhypothek werde. Es ist jedoch der herrschenden Meinung beizutreten, wonach die materiellrechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer von der Anwendung auf die Zwangshypothek nicht durch die Vorschrift des § 868 BPD. ausgeschlossen sind, sondern neben dieser Vorschrift auch für die Zwangshypothek Geltung haben, und das Entsprechende ist auch bezüglich der Arresthypothek anzunehmen.

Die Eintragung der Zwangshypothek und der Arresthypothek ist eine Maßregel der Zwangsvollstreckung.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 48 S. 248.

Deshalb und weil die Aufnahme gewisser Verfahrensvorschriften bezüglich dieser Hypotheken notwendig sei, wurden die Sonderbestimmungen darüber von der zweiten Kommission in die Zivilprozeßordnung verwiesen, während der erste Entwurf solche unter den Vorschriften über die Sicherungshypothek gegeben hatte (Prot. Bd. 3 S. 703, 711, Bd. 6 S. 739). Die zur Eintragung gelangten Zwangs- und Arresthypotheken aber sind Hypotheken im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, und zwar Sicherungshypotheken gemäß § 1184 BGB. Die §§ 866, 932 ZPO. bezeichnen sie als „Sicherungshypothek für die Forderung“. Daher müssen auch für sie die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Hypothek gelten, soweit nicht die Anwendung dieser Vorschriften durch die in der Zivilprozeßordnung gegebenen Sonderbestimmungen ausgeschlossen wird. Hinsichtlich des Erwerbs einer Eigentümerhypothek knüpfen die betreffenden Bestimmungen der Zivilprozeßordnung den Übergang der Zwangshypothek und der Arresthypothek an gewisse prozessuale Vorgänge, namentlich an die Erlassung von Entscheidungen bestimmter Art. Es erhellt zunächst ohne weiteres, daß, wenn solche Vorgänge überhaupt nicht eingetreten sind, jene Bestimmungen der Zivilprozeßordnung dem Erwerbe einer Eigentümerhypothek nach Maßgabe der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sofern die Voraussetzungen dafür gegeben sind, nicht entgegenstehen können, beispielsweise nicht dem Erwerbe der Zwangshypothek oder der Arresthypothek durch den Eigentümer gemäß § 1168 BGB., wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Aber auch wenn ein Tatbestand vorliegt, der nach der Zivilprozeßordnung den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer herbeiführt, kann an sich die Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Erwerb einer Eigentümerhypothek nicht ausgeschlossen sein, da die Tatsachen, mit deren Eintritt das Bürgerliche Gesetzbuch den Erwerb der Eigentümerhypothek verbindet, anders geartet sind. Hierbei ist allerdings die Einschränkung zu machen, daß, nachdem sich durch jenen Tatbestand der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer vollzogen hat, für den späteren Erwerb einer Eigentümerhypothek nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein Raum mehr ist; denn der Eigentümer ist dann eben bereits Inhaber der Hypothek. Andererseits ist aber, wenn bereits nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Hypothek auf

den Eigentümer übergegangen ist, auch ausgeschlossen, daß durch den späteren Eintritt eines prozessualen Tatbestandes der fraglichen Art noch der Erwerb einer Eigentümerhypothek bewirkt wird. Denn in § 868 HPO. wird, wie sich aus seinem Wortlaute ergibt, vorausgesetzt, daß die Hypothek dem als Gläubiger Eingetragenen wirklich zusteht und noch nicht auf den Eigentümer übergegangen ist. Wie sich danach in den einzelnen Fällen der Eigentümerhypothek die Rechtslage gestalten kann, bedarf vorliegend einer Erörterung nicht. Nach der gegebenen Sachlage kommt hier nur die Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. in Betracht.

Die Meinung, daß diese Vorschrift auf die Zwangshypothek und die Arresthypothek deshalb nicht anwendbar sei, weil die gesicherte Forderung nicht die ursprüngliche, sondern die durch den vollstreckbaren Schuldtitel oder den Arrestbefehl verkörperte Forderung sei, kann nicht gebilligt werden. Der vollstreckbare Titel und der Arrestbefehl ersetzen hier nur die nach § 873 BGB. zur Entstehung einer Hypothek erforderliche Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer, sowie die in § 19 HPO. bezeichnete Eintragungsbewilligung des Eigentümers.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 61 S. 428.

Das Wesen der Forderung wird dadurch nicht verändert, daß sie durch Eintragung einer Zwangshypothek oder einer Arresthypothek gesichert wird, und ihre rechtliche Beziehung zu der für sie eingetragenen Sicherungshypothek ist, wenn die Eintragung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung bewirkt worden ist, keine andere, als wenn die Eintragung auf vertraglicher Grundlage erfolgt ist. Diese Rechtsauffassung findet übrigens auch eine Bestätigung darin, daß die zweite Kommission, als sie bezüglich der Zwangshypothek die demnächst in die Zivilprozeßordnung verwiesenen Bestimmungen über den Erwerb einer Eigentümerhypothek beschloß, ausdrücklich erklärte, daß neben diesen Bestimmungen die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung kämen, nach denen unter den darin bestimmten Voraussetzungen eine Sicherungshypothek Eigentümerhypothek werde (Prot. Bd. 3 S. 707).

Nach der demgemäß auf eine Arresthypothek anwendbaren Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. steht die Hypothek, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, dem Eigentümer zu.

Dies hat, wie anerkanntens Rechts ist, die Bedeutung, daß die Hypothek im Falle des Nichtbestehens der gesicherten Forderung von dem als Gläubiger Eingetragenen überhaupt nicht erworben wird, sondern von vornherein dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung zusteht, und zwar gemäß § 1177 Abs. 1 BGB. als Grundschuld.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 51 S. 43, Bd. 55 S. 220. Auch wenn demnächst das Eigentum an dem belasteten Grundstück auf einen andern übergeht, verbleibt das Gläubigerrecht an der zur Grundschuld gewordenen Hypothek, sofern nicht eine besondere Übertragung erfolgt, dem früheren Eigentümer.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 55 S. 220.

Danach hätte vorliegend die streitige Arresthypothek, wenn und soweit die gesicherte Forderung nicht bestanden hätte, von vornherein der Klägerin als Grundschuld zugestanden, wiewohl der Beklagte als Gläubiger eingetragen worden war, und sie wäre vom Beklagten auch nicht dadurch erworben worden, daß er demnächst durch den Zuschlag vom 6. November 1908 das Eigentum an der belasteten Grundstückshälfte erlangte. Ferner aber würde er nach obigen Ausführungen auch nicht zufolge Aufhebung des Arrestes durch das Urteil vom 7. Dezember 1908 die Hypothek als Eigentümer erworben haben, da sie bereits der Klägerin zugestanden hätte, also die Aufhebung des Arrestes nicht hätte bewirken können, daß die Hypothek von ihm als Gläubiger auf ihn als Grundstückseigentümer überging.

Deshalb ist die Frage, ob und inwieweit die durch die Arresthypothek gesicherte Forderung bestanden hat, nicht nur für die eventuelle Aufrechnung gegen die für die Klägerin umgeschriebene Grundschuld von wesentlicher Bedeutung,

vgl. §§ 1142, 1192 BGB., RGr. in Warnerer Erg.-Bd. 1910 Nr. 272,

sondern vor allem auch für den vom Beklagten gegen die Klage erhobenen Einwand und für die von ihm der Widerklage in erster Linie gegebene Begründung, daß die Hypothek nicht der Klägerin, sondern ihm zustehe. Soweit die Forderung nicht entstanden wäre, würde die Hypothek mit Recht als Grundschuld auf die Klägerin umgeschrieben sein; soweit aber die Forderung bestanden hätte, würde die Hypothek dem Beklagten als Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs. 2 BGB.) zustehen. Dies verkennt der Berufungsrichter, indem

er annimmt, infolge Aufhebung des Arrestes wegen mangelnder Rechtmäßigkeit sei die Hypothek der Klägerin als der Eigentümerin, gegen die sich die Vollziehung des Arrestes gerichtet habe, zugefallen. . . .

Hiernach war das Berufungsurteil, soweit dadurch die Berufung des Beklagten und Widerklägers gegen das erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen . . . ist, aufzuheben und insoweit die Sache zur andern Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.“