

31. Kann sich der Hypothekengläubiger, der zwei Hypotheken unmittelbar hintereinander besitzt, nachdem er im Wege des Einlösungsrechts (ius offerendi) mit der ersten Hypothek befriedigt worden ist, auf den Satz *nemo subrogat contra se* zugunsten seiner zweiten Hypothek berufen?

BGB. §§ 1150, 268 Abs. 3.

V. Zivilsenat. Urt. v. 2. April 1913 i. S. G. (Rl.) w. Konkursmasse der Vereinsbank Fr. (Befl.). Rep. V. 504/12.

- I. Landgericht III Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Auf einem Grundstück in Gh. hafteten für die B. Vereinsbank in M. in Abt. III Nr. 4 und 18 zwei Hypotheken von 297500 M und 37500 M. Nr. 18 folgte im Range unmittelbar hinter Nr. 4, und es war zu ihren Gunsten bei Nr. 4 eine Löschungsvormerkung eingetragen. Wegen rückständiger Zinsen der ersten Post (Nr. 4) hatte die Gläubigerin die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung des Grundstücks einleiten lassen, wurde aber mit den zur Zwangsvollstreckung stehenden Beträgen von der R.- und D.-Bank in B., die mit einer in Abt. III Nr. 17 haftenden Hypothek von 120000 M im Range ihr folgte, im Versteigerungstermine vom 8. September 1911 befriedigt. Die Zwangsversteigerung, die einstweilen eingestellt wurde, wurde dann wegen weiterer Zinsen der Post Nr. 4 und wegen eines Teilbetrags der Post Nr. 18 fortgesetzt und das Grundstück in dem neuen Versteigerungstermine vom 12. Dezember 1911 dem Kläger zugeschlagen. Dieser hatte sich der B. Vereinsbank gegenüber verpflichtet, deren Hypotheken voll auszubieten, war aber dieser Verpflichtung nicht nachgekommen und ließ die Hypothek von 37500 M, die ihm die B. Vereinsbank abgetreten hatte, und die im Verteilungstermine vom 9. Januar 1912 mit 25263,18 M ausfiel, auf dem Grundstücke für die Bank neu eintragen.

Im Verteilungsverfahren der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung liquidierte die R.- und D.-Bank die von ihr der B. Vereinsbank gezahlten Beträge von 6794,85 M und 574,62 M mit dem Range der Post Nr. 4. Dagegen erhob aber der Kläger wegen seines Ausfalls von 25263,18 M Widerspruch. Er hat dann, als die R.- und D.-Bank am 16. Januar 1912 ihm mitteilte, daß sie ihre Liquidate der Beklagten abgetreten habe, gegen diese mit dem Antrage geklagt, seinen Widerspruch für begründet zu erklären.

Zur Begründung hat der Kläger geltend gemacht, daß nach den §§ 1150, 268 Abs. 3 BGB. der Zahlende die auf ihn übergehenden Hypothekenrechte nicht zum Nachteile des Hypothekengläubigers, den er befriedige, geltend machen dürfe. Die R.- und D.-Bank habe daher nicht vor der im Range unmittelbar folgenden und durch die Löschungsvormerkung geschützten zweiten Hypothek der B. Vereinsbank,

die erst nachträglich auf den Kläger übergegangen sei, liquidieren dürfen.

Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers und seine Revision wurden zurückgewiesen.

Gründe:

„Die Beklagte hatte zunächst den Einwand erhoben, sie sei nicht zur Sache legitimiert, weil sie den streitigen Anspruch erst nach dem Verteilungstermin, in dem die Ansprüche auf die Masse festgestellt worden seien, erworben habe. Der Berufungsrichter hat jedoch diesen Einwand mit Recht verworfen, da die Abtretung zwar nach dem Verteilungstermin, aber noch vor Erhebung der Klage stattgefunden hat, § 265 Abs. 2 ZPO. daher nicht zur Anwendung kommt und ein anderer Grund, der die Inanspruchnahme der Beklagten als nunmehrigen Inhaberin des Anspruchs (§ 398 BGB.) hindern könnte, nicht vorliegt.

In der Sache selbst aber hat der Berufungsrichter den Klageanspruch nicht für begründet erachtet. Er hat unter Bezugnahme auf ein Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 13. Februar 1911 (Entsch. Bd. 76 S. 197) angenommen, daß die Vorschrift des § 268 Abs. 3 BGB. ebenso wie die in dem Reichsgerichtsurteil behandelte des § 774 Satz 2 BGB., wenn sie den Gläubiger gegen Benachteiligung durch den dort vorgeschriebenen Forderungsübergang schützen wolle, damit nur solche Nachteile im Auge habe, die einem etwaigen Restbetrage der bezahlten Forderung, nicht aber Nachteile, die anderen Forderungen desselben Gläubigers entstehen. Gegen diese Annahme wendet sich die Revision unter Bezugnahme auf die auch vom Berufungsrichter erwähnten abweichenden Meinungen, die in der Rechtslehre hervorgetreten sind.

In der Tat gibt der von dem VI. Zivilsenat aufgestellte Satz in seiner allgemeinen Fassung (Entsch. Bd. 76 S. 198) zu Bedenken Anlaß. Der im Bürgerlichen Gesetzbuch an verschiedenen Stellen,

vgl. §§ 426 Abs. 2, 774 Abs. 1, 1225, 268 Abs. 3, 1249; §§ 1143 Abs. 1, 1150, 1164, 1176,

wiederkehrende Satz, daß durch das Ablösungs- und Eintrittsrecht (ius offerendi et subintrandi) des zahlenden Schuldners oder Dritten der Gläubiger nicht benachteiligt, seine Lage nicht verschlechtert werden darf, ist dem früher geltenden gemeinen (vgl. l. 2 C. de fidejuss. 8,

41 (40); I 5 C. qui potiores 8, 18 (17), Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 3 S. 183), französischen (vgl. Code civil Art. 1251 Nr. 3, 1252, Code de com. Art. 544, Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 8 S. 291) und späteren preußischen Rechte (RD. vom 8. Mai 1855 § 86 Abs. 2, Entsch. des RDStG.'s Bd. 21 S. 210) entnommen. Während aber das französische Recht den Satz *nemo subrogat contra se* auf die Restforderung des Gläubigers einschränkte und auf andere Forderungen, die dasselbe Vorrecht genossen, nicht ausdehnte,

vgl. Zachariae-Crome, Handbuch des franz. Zivilrechts, 8. Aufl. Bd. 2 § 301 (321) Anm. 22a, 23,

hatte I. 2 § 1 C. de fidejuss. ausdrücklich bestimmt:

„Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur.“

Hierauf wird in der Begründung des 1. Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs — Motive Bd. 2 S. 170 (zu § 337, jetzt 426) und S. 674 (zu § 676, jetzt 774) — Bezug genommen, auch erwähnen die Protokolle der 2. Komm. zu §§ 1161, 1162 des 1. Entw. (jetzt § 1249 BGB.) Bd. 3 S. 462, daß der Gläubiger kaufmännische Retentionsrechte an dem ausgelösten Pfande nicht verliert.

Demnach geht, soweit Vor- und Sicherungsrechte des beweglichen Vermögens, insbesondere Mitbürgen und Faustpfänder, in Betracht kommen, überwiegend die Meinung dahin, daß der Gläubiger durch den Forderungsübergang gegenüber der Lage, die durch eine Zahlung des Schuldners nach allgemeinem Rechte, also durch Tilgung der Forderung, eingetreten wäre, auch dann nicht schlechter gestellt werden darf, wenn er in der Lage war, an der Stelle der befriedigten Ansprüche andere mit demselben Vorrechte (Pfandrechte) bekleidete Forderungen geltend zu machen.

Vgl. z. B. Planck §§ 268 Anm. 8, 426 Anm. 3, 774 Anm. 5, 1225 Anm. 2a, 1249 Anm. 3; v. Staudinger §§ 268 Anm. 4, 426 Anm. 7c, 774 Anm. 3, 1249 Anm. 1b,c; Schollmeyer § 268 Anm. 5; Komm. von RGR. § 1249 Anm. 7.

In dem Falle der Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 76 S. 197 lag aber die Sache so, daß die in Betracht kommende anderweitige Forderung (Warenforderung) das Vorrecht (Pfändungspfandrecht) an der

hinterlegten Brandentschädigung zur Zeit der Zahlung noch nicht besaß, sondern erst später erlangte. Maßgebend konnte aber nur der Zeitpunkt der Zahlung sein,

vgl. Goldschmidt, Teilzahlungen von Solidarschuldnern usw. in der Zeitschr. für das ges. Handelsr. Bd. 14 S. 397 flg., 410; v. Staudinger Ann. 4 Abs. 4 zu § 268 BGB.; RRD. § 61, jetzt 68.

Im vorliegenden Falle besaß allerdings die B. Vereinsbank zur Zeit der Zahlung außer der teilweise bezahlten Hypothek Nr. 4 auch die unmittelbar folgende Hypothek Nr. 18 an dem verpfändeten Grundstück, es können aber die Grundsätze, die für das bewegliche Vermögen und vielleicht auch für Hypotheken des gemeinen Rechtes angebracht sein mochten, nicht ohne weiteres auf das moderne Hypothekenrecht übertragen werden. Es steht hier der Grundsatz entgegen, daß durch eine Zahlung das dingliche Recht nicht erlischt, vielmehr auch dann, wenn der Schuldner selbst zahlt, fortbesteht und ein Auf-rücken der nachfolgenden Hypotheken, sei es auch desselben Gläubigers, verhindert. Nun mag es Ausnahmefälle geben, wo die allgemeinen Grundsätze wieder zur Geltung kommen, so abgesehen von dem in der vorliegenden Sache geltend gemachten Vorhandensein einer Löschungsvermerkung der des § 1178 BGB. (Zahlung von Zinserrückständen und Kosten), der im vorliegenden Falle, wie es scheint, ebenfalls gegeben ist; indessen fehlt es an einem Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber auch hier die gemeinrechtliche Ausdehnung des Grundsatzes *nemo subrogat contra se* habe anerkennen wollen.

In den Vorschriften des 1. Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, §§ 1081 und 1095, aus denen einerseits die jetzigen §§ 1150, 268 BGB., andererseits die §§ 1143, 1164, 1176 BGB. entstanden sind, war nur von der Befriedigung eines Teiles der Hypothekenforderung und von dem Vorrang des verbleibenden Restes die Rede; und daselbe gilt von den Motiven (Bd. 3 S. 690, 693, 730) und den weiteren Verhandlungen (Protok. Bd. 3 S. 577, 579, 592, 630), wo die Absicht einer Änderung nirgends hervorgetreten ist. Die Bezugnahme auf § 774 im § 1143 BGB. hatte lediglich redaktionelle Gründe und findet ihr Gegenstück in den §§ 1164, 1176, wo die alte Fassung aufrecht erhalten ist. Dementsprechend wird in den oben erwähnten Kommentaren von

Blanc § 1143 Anm. 3d, § 1150 Anm. 4; v. Staudinger § 1143 Anm. 4, § 1150 Anm. 3a — vgl. auch Dertmann § 268 Anm. 7; Biermann § 1143 Anm. 1; Oberneck, Grundbuchrecht Bd. 2 S. 240/1; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. 1 § 1150 Anm. 6, 10 —

für das Hypothekenrecht die Auffassung vertreten, daß nicht andere Hypotheken desselben Gläubigers, sondern nur dessen etwaige Resthypothek in Frage kommt.

Wollte man aber auch im Hypothekenrechte bei Anwendung der §§ 1150, 268 BGB. der weiteren Auffassung des Satzes nemo subrogat contra se Geltung verschaffen, so würde doch im vorliegenden Falle der fernere Einwand der Beklagten, daß es sich dabei nur um ein rein persönliches Recht des Gläubigers handeln könnte, Beachtung verdienen. Der dingliche Rechtsübergang wird durch die erwähnten Vorschriften nicht berührt, nur an der Geltendmachung des dinglichen Rechtes und nur dem Gläubiger (zur Zeit der Zahlung) gegenüber wäre der Zahlende verhindert. Überträgt der Gläubiger, wie im vorliegenden Falle, die nachstehende Hypothek auf eine andere Person, so kann er nicht mehr benachteiligt werden. Ebenföwenig aber kann dies der Erwerber der nachstehenden Hypothek, weil ein dingliches, dieser Hypothek anklebendes Recht nicht in Frage kommt.“ . . .