

PROZESSRECHTLICHE ABHANDLUNGEN

RANGSTREITIGKEITEN  
IM VERTEILUNGSVERFAHREN  
NACH DER ZIVILPROZESSORDNUNG

VON

DR. R. H. PAPPENHEIM

 Springer

PROZESSRECHTLICHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN IN GEMEINSCHAFT MIT  
HEINRICH B. GERLAND · AUGUST HEGLER  
EDUARD KOHLRAUSCH · JOHANNES NAGLER

VON  
JAMES GOLDSCHMIDT

---

---

IV

---

---

RANGSTREITIGKEITEN  
IM VERTEILUNGSVERFAHREN  
NACH DER ZIVILPROZESSORDNUNG

VON

DR. R. H. PAPPENHEIM

BERLIN

MIT EINEM NACHWORT

VON

DR. J. GOLDSCHMIDT

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT  
BERLIN



---

---

VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1931

ISBN 978-3-642-98337-5      ISBN 978-3-642-99149-3 (eBook)  
DOI 10.1007/978-3-642-99149-3

ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG  
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN.  
COPYRIGHT 1931 BY JULIUS SPRINGER IN BERLIN.  
Softcover reprint of the hardcover 1st edition 1931

# Inhaltsverzeichnis.

## Einleitung.

### Das Verteilungsverfahren bis zur Widerspruchsklage.

	Seite
§ 1. Begriff und Wesen des Verteilungsverfahrens . . . . .	I
§ 2. Der Gang des Verfahrens bis zur Verhandlung über den Verteilungsplan . . . . .	5
§ 3. Rechtsmittel des Vollstreckungsschuldners . . . . .	8
§ 4. Rechtsmittel der Vollstreckungsgläubiger . . . . .	10
§ 5. Der Widerspruch . . . . .	14
§ 6. Die Verhandlung über den Widerspruch . . . . .	16

## Hauptteil.

### Rangstreitigkeiten im Verteilungsverfahren insbesondere die Widerspruchsklage nach § 878.

#### I. Allgemeiner Teil.

§ 7. Die Parteien . . . . .	21
§ 8. Zulässigkeit des Rechtsweges . . . . .	25
§ 9. Die Zuständigkeit . . . . .	29
§ 10. Die Einwirkung anhängiger Prozesse auf die Widerspruchsklage . . . . .	32

#### II. Besonderer Teil.

##### Die Begründung der Widerspruchsklage.

§ 11. Allgemeines . . . . .	34
§ 12. Das Pfändungspfandrecht als Grundlage der Rangordnung . . . . .	37
I. Ursprüngliches Fehlen des Pfändungspfandrechtes des Beklagten.	
1. Die mangelhafte Pfändung als Widerspruchsgrund.	
§ 13. Der mangelhafte Vollstreckungstitel . . . . .	42
§ 14. Der mangelhafte Vollstreckungsbetrieb . . . . .	47
2. Die mangelhaften materiellen Pfandrechtsvoraussetzungen als Widerspruchsgrund.	
§ 15. Der fehlende Anspruch als Widerspruchsgrund bei rechtskräftigen Urteilen . . . . .	53
§ 16. Der fehlende Anspruch als Widerspruchsgrund bei sonstigen vollstreckbaren Titeln . . . . .	59
§ 17. Die Geltendmachung von Rechten des Vollstreckungsschuldners durch den Widerspruchskläger . . . . .	62

II. Nachträglicher Wegfall des Pfändungspfandrechtes des Beklagten.	
	I.
§ 18. Das Erlöschen des Pfändungspfandrechtes als Widerspruchsgrund	Seite 64
	2.
§ 19. Die Rechtslage bei Aufhebung des Vollstreckungstitels . . . .	70
	3. Exkurs.
§ 20. Die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 121, S. 349ff. . . . .	75
	III.
§ 21. Eigene Rechte der Konkurrenten als Widerspruchsründe . . . .	88
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	<b>91</b>
Nachwort von Professor Dr. J. GOLDSCHMIDT . . . . .	94

---

Einleitung.

## Das Verteilungsverfahren bis zur Widerspruchsklage.

### § 1. Begriff und Wesen des Verteilungsverfahrens.

Das *Verteilungsverfahren* ist das, dem Parteibetrieb entzogene, besondere gerichtliche Vollstreckungsverfahren, welches stets eintritt, wenn die mehrfache Pfändung desselben Vermögensgegenstandes zur Hinterlegung eines Geldbetrages geführt hat, der zur Befriedigung aller bei der Zwangsvollstreckung beteiligten Gläubiger nicht ausreicht.

I. Verteilungsgericht (§ 879 I) ist gemäß § 873 das zuständige AG., und zwar:

1. bei mehrfacher Sachpfändung<sup>1</sup> das Vollstreckungsgericht (§ 827 II);

2. bei mehrfacher Forderungs- oder sonstiger Vermögensrechtspfändung dasjenige AG., dessen Beschluß dem Drittschuldner zuerst zugestellt wurde. Es wird hierdurch zum Vollstreckungsgericht im Sinne des § 764<sup>2</sup>, ohne Rücksicht darauf, ob es auch zum Erlaß des die Zuständigkeit begründenden ersten Pfändungsbeschlusses berechtigt war<sup>3</sup>. Entscheidend ist nur, ob die Hinterlegung zu Recht erfolgte<sup>4</sup>.

II. Ist das Verteilungsverfahren anhängig, so unterliegt es dem Amtsbetrieb. Dies ist darauf zurückzuführen<sup>5</sup>, daß der Gerichtsvollzieher oder der Drittschuldner, die das erforderliche Material in Händen haben und die notwendige Anzeige erstatten (§§ 827 II, 853, 854 II),

---

<sup>1</sup> Entweder in der allgemeinen Form des § 808 oder in der besonderen Form des § 826.

<sup>2</sup> RG. in JW. 1895, 600, Nr. 17. — Es wird hiermit auch zuständig für die Widerspruchsklage aus § 771: RG. in Gruchot 27, 1120.

<sup>3</sup> OLG. Dresden in Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht u. Prozeß 6, 238 (1896). Dieses Urteil wurde vom Reichsgericht in der Revisionsinstanz bestätigt: RG. 36, 361.

<sup>4</sup> Im Ergebnis zustimmend: STEIN - JONAS: § 873 I, § 853 III; FÖRSTER-KANN: § 873 I.

<sup>5</sup> Vgl. die Materialien S. 463.

kein eigenes Interesse haben, von sich aus das Verfahren zu betreiben. Die Ladungen und Zustellungen, Terminsbestimmungen und -aufhebungen erfolgen daher von Amts wegen.

III. Wie bereits klar aus dem Gesetz zu entnehmen ist, tritt das Verteilungsverfahren von Amts wegen bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein. Eines besonderen hierauf gerichteten Antrages der beteiligten Personen bedarf es nicht. Dies erscheint auch unbedenklich, wenn man berücksichtigt, daß das Gericht durch die vom Gesetz als notwendige Voraussetzung für den Eintritt des Verfahrens angesehene Anzeige (§§ 827 II, 853, 854 II) eine genügende Kenntnis von dem Stand der Sachlage erhält. Hiermit hat es die Möglichkeit, von Amts wegen die erforderlichen Anordnungen zu treffen, ohne daß die Parteien dies noch besonders zu beantragen brauchten. Erläßt das Gericht einen diesbezüglichen Beschluß, so enthält er lediglich die Feststellung des Vorhandenseins der gesetzlich notwendigen Voraussetzungen. Für den Eintritt des Verfahrens ist er nicht begriffsnotwendig<sup>1</sup>.

IV. Mit Eintritt aller für das Verteilungsverfahren erforderlichen Voraussetzungen müssen sämtliche Streitigkeiten zwischen den beteiligten Gläubigern über die Verteilung der Masse *ausschließlich* in diesem Verfahren und nur mit Hilfe der hierfür vorgesehenen besonderen Rechtsbehelfe ausgetragen werden<sup>2</sup>. Das Vorhandensein besonderer Bestimmungen rechtfertigt auch ohne ausdrücklichen gesetzlichen Hinweis die Annahme, daß der Gesetzgeber andere Möglichkeiten, die aus einer Gläubigerkonkurrenz sich ergebenden Streitigkeiten zu schlichten, ausschließen wollte.

V. Ohne Hinterlegung eines Geldbetrages, der dann die Masse im Sinne der §§ 874 II, 880 darstellt, ist die Anzeige (§§ 827 II, 853, 854 II) wirkungslos. Die zur Hinterlegung Berechtigten sind auch zur Hinterlegung verpflichtet. Der Drittschuldner kann durch Klage nach § 856, der Gerichtsvollzieher durch Erinnerung gemäß § 766 zur Hinterlegung gezwungen werden. Ist die Hinterlegung des in Frage stehenden Geldbetrages bereits aus einem anderen Grunde (z. B. aus §§ 805 IV, 769 ZPO., 372 BGB.) erfolgt, so genügt dies auch für das Verteilungsverfahren. Es wäre ein unerträglicher Formalismus, wollte man in derartigen Fällen erst noch eine erneute und besondere Hinterlegung gemäß §§ 827 II, 853, 854 II verlangen<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> So die durchweg herrschende Ansicht. Vgl. statt aller: RG. 49, 362: „der Beschluß ist keine rechtsbegründend wirkende Vollstreckungsanordnung“.

<sup>2</sup> So auch: STEIN-JONAS: § 872 II; FALKMANN: § 54, 3; § 68 II; EMMERICH: S. 399; Braunschweig in OLG. 7, 324; Hamburg in OLG. 15, 166 (eine anderweitig erhobene Klage wurde mit Recht als „unzulässig“ abgewiesen); AG. Mannheim in Bad. Rspr. 90, 163.

<sup>3</sup> STEIN-JONAS: § 872 I 2; FÖRSTER-KANN: § 872 I c. LG. II Berlin in ZJP. 33, 290ff.; München in OLG. 29, 407; Dresden in OLG. 33, 120.

VI. An dem Verteilungsverfahren nehmen nur diejenigen Gläubiger teil, welche die Pfändungen ausgebracht haben.

1. Hierher gehören die Pfändungspfandgläubiger, Vorphändungspfandgläubiger (§ 845) und Arrestpfandgläubiger (§ 930)<sup>1</sup>. Daraus, daß auch Arrestpfandgläubiger am Verfahren teilnehmen können<sup>2</sup> folgt, daß bei Forderungspfändungen eine Überweisung noch nicht erfolgt zu sein braucht<sup>3</sup>. Andererseits ist aber aus dem Sinn des Verteilungsverfahrens und dem Wortlaut des § 872 zu entnehmen, daß mindestens *ein* Gläubiger einen Anspruch auf Befriedigung haben muß, wenn das Verfahren eintreten soll. Konkurrieren demnach nur Arrestpfandgläubiger, so kann es nie zu einem Verteilungsverfahren kommen, da sie nicht Befriedigung, sondern lediglich Sicherung ihrer Ansprüche zu verlangen haben.

2. Andere Gläubiger nehmen am Verfahren nicht teil<sup>4</sup>. Wer ein sonstiges Pfand- oder Vorzugsrecht am Pfändungsobjekt hat, muß gemäß § 805 Klage erheben<sup>5</sup>; das gleiche gilt für Gläubiger des § 771, welche ein die Veräußerung hinderndes Recht geltend machen wollen. Alle diese Gläubiger erhalten auch nicht die nach § 873 vorgesehene Aufforderung, eine Berechnung ihrer Ansprüche einzureichen. Zum Termin für die Erklärung und Ausführung des Verteilungsplanes werden sie nicht geladen. Auch die Frist des § 878 gilt für ihre Klageerhebung nicht<sup>6</sup>. Das Verteilungsverfahren bleibt zulässig und muß durchgeführt werden, es sei denn, daß die Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 805 IV, 769, 770 oder §§ 771 III, 769, 770 angeordnet und hierdurch die drohende Ausführung des Verteilungsplanes einstweilen verhindert wird.

a) Vollstreckt der Gläubiger, der eine Klage aus § 805 gegen einen oder mehrere am Verteilungsverfahren teilnehmende Gläubiger siegreich durchgeföhrt hat, aus dem erstrittenen Urteil, so nimmt er damit noch nicht am Verteilungsverfahren teil. Vielmehr ist hierzu auch jetzt noch ein Titel gegen den Vollstreckungsschuldner erforderlich. Aus praktischen Gründen, insbesondere um die Abwicklung des Verfahrens zu beschleunigen, wird der aus § 805 klagende Gläubiger daher den oder die anderen am Verteilungsverfahren beteiligten Gläubiger zusammen mit dem Vollstreckungsschuldner verklagen (§ 805 III).

<sup>1</sup> Im Falle einer Ausschüttung der Masse ist ihr Anteil gemäß § 930 II zu hinterlegen. Entsprechendes gilt im Falle des § 720.

<sup>2</sup> RG. in Gruchot 27, 1120.

<sup>3</sup> FALKMANN: § 68 III 3 a.

<sup>4</sup> Vgl. im Gegensatz hierzu § 9 ZVG.

<sup>5</sup> A. A.: KOHLER: S. 166. Gegen ihn mit Recht STEIN: Grundfragen, S. 100.

<sup>6</sup> Es ist dies eigentlich so selbstverständlich, daß man sich über das Vorliegen einer Reichsgerichtsentscheidung (RG. 51, 318ff.) wundern muß. Zudem hat das Berufungsgericht auch noch einen abweichenden Standpunkt vertreten.

b) Für den im Prozeß nach § 77I obsiegenden Kläger gilt dies natürlich nicht. Hier kann, vorausgesetzt, daß er sein die Veräußerung hinderndes Recht allen beteiligten Vollstreckungsgläubigern gegenüber durchgesetzt hat, eine Verteilung nicht mehr erfolgen.

3. Wird nun ein derartiges Vorzugs- oder Widerspruchsrecht gemäß §§ 805 oder 77I *allen* am Verteilungsverfahren beteiligten Vollstreckungsgläubigern gegenüber geltend gemacht, so ist, wenn das Verteilungsverfahren gemäß §§ 769, 770 einstweilen eingestellt war, die weitere Durchführung davon abhängig, daß mindestens einzelne der beteiligten Vollstreckungsgläubiger im Prozeßwege oder auf sonstige Weise die aus der Geltendmachung des Vorzugs- oder Widerspruchsrechtes sich für sie ergebende Beeinträchtigung bereits beseitigt haben. In diesem Falle ist das Verteilungsgericht verpflichtet, dem Verfahren bei Vermeidung der Beschwerde Fortgang zu geben. Bei der Aufstellung des Verteilungsplanes und der gegebenenfalls sich hieran anschließenden Auszahlung der an die nicht mehr beeinträchtigten Gläubiger entfallenden Liquidate müssen aber auch die anderen Konkurrenten, die noch durch das erhobene Eingriffsrecht betroffen sind, des Ranges wegen mitberücksichtigt werden, damit der auf sie entfallende Anteil an der Masse für den Fall gesichert ist, daß es auch ihnen gelingen sollte, die Beeinträchtigung zu beseitigen. Andererseits ist ein derartiges Verfahren auch wichtig für den Dritten. Dieser erhält dann nämlich im Falle seines Obsiegens<sup>1</sup> den nach dem Verteilungsplan seinem Gegner gebührenden Anteil ausgezahlt. Sonst könnte nämlich unter Umständen die Masse bereits erschöpft sein, bis der Dritte oder die Vollstreckungsgläubiger den Interventionsprozeß zu Ende geführt haben.

Das Verteilungsgericht hat demnach so vorzugehen, als wenn sämtliche am Verteilungsverfahren beteiligten Gläubiger ihre Liquidate unbeeinträchtigt erheben könnten. Eine Auszahlung erfolgt allerdings nach Maßgabe des Verteilungsplanes nur an diejenigen Vollstreckungsgläubiger, die den Nachweis zu erbringen vermögen, daß für sie eine Beeinträchtigung durch das Vorzugs- oder Widerspruchsrecht nicht mehr besteht. Auch derjenige, der das Eingriffsrecht geltend gemacht hat, bekommt lediglich diejenigen Beträge ausgezahlt, welche nach dem Teilungsplan auf die vom Verteilungsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger entfallen würden. Der Anteil an der hinterlegten Masse, der den noch betroffenen Gläubigern nach Maßgabe des Verteilungsplanes

---

<sup>1</sup> Ein solches teilweises Obsiegen nur einzelnen Vollstreckungsgläubigern gegenüber ist praktisch sehr wohl denkbar. Man denke nur an den Fall, daß der Intervenient die Pfandstücke belastet erworben hat (vgl. § 936 BGB.).

gebühren würde, bleibt dann als Streitmasse zwischen ihnen und dem Dritten hinterlegt<sup>1</sup>.

4. Entsprechendes gilt, wenn das Eingriffsrecht von vornherein überhaupt nur gegen *einzelne* der am Verteilungsverfahren beteiligten Vollstreckungsgläubiger gerichtet war<sup>2</sup>. Die Abwicklung des Verteilungsverfahrens erfolgt dann nach den obigen Grundsätzen.

VII. Der hinterlegte Betrag darf zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger nicht ausreichen.

Dies ist für die Hinterlegung durch den Gerichtsvollzieher Voraussetzung (§§ 827 II, 854 II). Anders bei der Hinterlegung durch den Drittschuldner gemäß § 853. Hier braucht es nicht zu einem förmlichen Verteilungsverfahren zu kommen, wenn der vom Drittschuldner hinterlegte Betrag zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht<sup>3</sup>. Stellt sich im Laufe des Verfahrens die Zulänglichkeit der Masse heraus (z. B. durch Fortfall einzelner Gläubiger usw.), so ist das Verfahren wegen Fortfalles der nach § 872 erforderlichen Voraussetzungen einzustellen<sup>4</sup>.

## § 2. Der Gang des Verfahrens bis zur Verhandlung über den Verteilungsplan.

I. Hat das zuständige Gericht die in den §§ 827 II, 853, 854 II vorgesehene Anzeige erhalten, so fordert es die aus ihr ersichtlichen Gläubi-

---

<sup>1</sup> Im Ergebnis zustimmend: STEIN-JONAS: § 872 I 2; LG. I Berlin in KGBl. 1915, 105; LG. I Berlin in JW. 1915, 936; LG. I Berlin in KGBl. 1917, 65; LG. II Berlin in ZZP. 33, 290ff. — Teilweise abweichend: FÖRSTER-KANN: § 872, I C.

<sup>2</sup> Eine solche Möglichkeit ergibt sich aus dem Beispiel S. 4 Anm. 1; oder wenn sich der Dritte (z. B. die Ehefrau des Vollstreckungsschuldners) einzelnen Gläubigern gegenüber verpflichtet hat, sein Eingriffsrecht nicht geltend zu machen.

<sup>3</sup> Wie sich das Verteilungsgericht in diesem Falle zu verhalten hat, ist nicht ganz klar. Aus dem Wortlaut des § 853 ergibt sich die Hinterlegungs-befugnis des Drittschuldners, auch wenn der Schuldbetrag zur Befriedigung aller Vollstreckungsgläubiger ausreicht. Andererseits ist aber für ein Verteilungsverfahren gemäß § 872 nur Raum bei Unzulänglichkeit des hinterlegten Betrages. Man wird wohl sagen müssen, daß das Gericht lediglich zur Entgegennahme des vom Drittschuldner hinterlegten Betrages berechtigt und verpflichtet ist. Im übrigen müssen sich aber die den hinterlegten Betrag in Anspruch nehmenden Vollstreckungsgläubiger selbst über die Auszahlung, erforderlichenfalls durch Prozesse, auseinandersetzen. Im Ergebnis zustimmend: HELLWIG-OERTMANN: § 334 I d; FALKMANN: § 65, Anm. 4 I. Es kommt daher nicht zu einer Auszahlungsanordnung durch das Verteilungsgericht. A. A.: STEIN-JONAS: § 872 I 4; FÖRSTER-KANN: § 872 I d; ROSENBERG: § 202 I IV.

<sup>4</sup> Zustimmend: HELLWIG-OERTMANN § 334, I d. A. A.: FÖRSTER-KANN § 872, 2.

ger auf, binnen zwei Wochen<sup>1</sup> nach Zustellung (§ 329 III) der Aufforderung (§ 221) eine Berechnung ihrer Forderung nach Kapital, Zinsen, Kosten<sup>2</sup> und sonstigen Nebenforderungen einzureichen (§ 873). Kommt ein Gläubiger dieser Aufforderung bis zur Anfertigung des Verteilungsplanes nicht nach, so erfolgt die Berechnung seiner Forderung nach Maßgabe der Anzeige und der beigefügten Unterlagen (§ 874 III). Eine nachträgliche Ergänzung ist unzulässig. Andererseits kann aber aus § 874 III gefolgert werden, daß, wenn ein Gläubiger beispielsweise nur die Hauptforderung angibt, das Verteilungsgericht trotzdem die aus der Anzeige oder aus sonstigen Mitteilungen ersichtlichen Nebenforderungen berücksichtigen und in den Teilungsplan einsetzen muß. Nach Ablauf der Frist des § 873 fertigt das Gericht ohne mündliche Verhandlung<sup>3</sup> einen Verteilungsplan an. Hierbei tritt es nicht in eine sachliche Prüfung der angemeldeten Ansprüche ein. So kann es z. B. nicht verhindern, daß gleichzeitig mit der Hauptforderung Zinsen in Ansatz gebracht werden, die materiell unberechtigt hoch sind, daß Kosten, die nicht notwendig im Sinne der §§ 788, 91 sind, verlangt werden, oder daß Ansprüche geltend gemacht werden, die nicht oder nicht mehr bestehen<sup>4</sup>. Zu einer formellen Prüfung, ob überhaupt eine wirksame Pfändung für die angemeldeten Haupt- oder Nebenansprüche vorliegt, oder ob die Masse für die geltend gemachte Forderung haftet, ist das Verteilungsgericht selbstverständlich berechtigt. Weiterhin ist es aber auch verpflichtet, die Rangfolge der Vollstreckungsgläubiger von Amts wegen zu ermitteln. Diese wird sich meistens nach der Reihenfolge der Pfändungen (§ 804 III) richten. Ausnahmsweise gilt dies jedoch nicht für einen Vollstreckungsgläubiger, der bereits ein älteres vertragliches oder gesetzliches Pfandrecht hat, vorausgesetzt nur, daß er überhaupt eine wirksame Pfändung ausbringen läßt<sup>5</sup>. Reicht die Masse höchstens zur vollen oder auch nur teilweisen Befriedigung des nach dem Verteilungs-

<sup>1</sup> Beachte einerseits § 224 II; andererseits § 874 III und § 224 I.

<sup>2</sup> Hierzu gehören auch gemäß § 788 die den einzelnen Vollstreckungsgläubigern aus dem Verteilungsverfahren entstehenden Kosten. Vgl. z. B. § 39 RaGebO.

<sup>3</sup> STEIN - JONAS: § 874 I; FÖRSTER-KANN: § 874 I; BAUMBACH: § 874 I; FALKMANN: § 68 IV 5. — A. A.: MARCUS: ZZP. 42, 331 u. 332, der die Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung aus § 764 III folgern zu können glaubt. Allein er übersieht die Bedeutung des § 875 I, der nicht erforderlich wäre, wenn die beteiligten Gläubiger bereits bei Aufstellung des Teilungsplanes mitverhandeln und sich erklären könnten.

<sup>4</sup> Die Behauptung, daß einem Vollstreckungsgläubiger, wenn sein formelles Beteiligungsrecht erwiesen ist, keine Forderung zusteht, hindert den Eintritt des Verteilungsverfahrens nicht. Die nachstehenden Konkurrenten können dies daher nicht auf dem Wege des § 793, sondern lediglich auf dem Wege des § 878 geltend machen.

<sup>5</sup> Vgl. auch unten § 21 I 2.

plan bestberechtigten Gläubigers aus, so ist das Gericht trotzdem verpflichtet, einen genauen Teilungsplan unter Berücksichtigung sämtlicher teilnahmeberechtigten Vollstreckungsgläubiger aufzustellen, da die Rangverhältnisse sich später noch aus irgendwelchen Gründen verändern können<sup>1</sup>.

Ist der Teilungsplan vom Gericht angefertigt, so werden die aus ihm ersichtlichen Gläubiger und der Vollstreckungsschuldner<sup>2</sup> zu einem von Amts wegen anzuberaumenden Termin geladen. Drei Tage vor dem Termin soll<sup>3</sup> der Teilungsplan auf der Geschäftsstelle niedergelegt werden. Allen Beteiligten ist Einsicht zu gewähren (§ 875 I). Eine Zustellung des Planes findet nicht statt, jedoch haben die Parteien (§ 760) auch noch nach allgemeinen Grundsätzen das Recht, die Verteilungsakten einzusehen und Abschriften aus ihnen zu verlangen (§ 299).

II. Die Verhandlung über den Verteilungsplan soll diesen erst zu einer endgültigen Entscheidung des Vollstreckungsgerichts machen. Diese Feststellung ist wesentlich für die Frage, von wann an gegebenenfalls eine Beschwerde zulässig wird. Die Aufstellung des Planes gemäß § 874 hat lediglich die Bedeutung einer ersten rein informatorischen Zusammenstellung mit dem Zweck, die künftige Verhandlung zu erleichtern und zu beschleunigen, sowie den Vollstreckungsgläubigern bis zum Termin eine Übersicht über den nach Ansicht des Gerichts ihnen zukommenden Rang zu verschaffen<sup>4</sup>. Nimmt also ein Gläubiger in den gemäß § 875 I 2 niedergelegten Plan Einsicht, so hat er auch bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen<sup>5</sup> noch kein Beschwerderecht. Er muß seinen Anspruch auf Berücksichtigung oder bevorzugte Befriedigung im Termin zum Ausdruck bringen. Da der Verteilungsplan bis zu diesem Zeitpunkt noch keine endgültige Entscheidung ist, kann

<sup>1</sup> Zum Beispiel infolge Wegfalles eines Gläubigers oder nachträglicher Pfändung eines Vorzugsberechtigten; vgl. OLG. Dresden in Seuff. Arch. 58, 294; OLG. Karlsruhe in JW. 1927, 2475 und STILLSCHWEIG in einer Anm. zu dieser Entscheidung, JW. 1927, 2945.

<sup>2</sup> Unter Umständen kann die Ladung unterbleiben: § 875 II.

<sup>3</sup> Das Gesetz sagt an dieser Stelle allerdings „muß“. Die Bedeutung der im Text gemachten Abweichung ergibt sich für das Beschwerderecht.

<sup>4</sup> Insofern ähnelt er vielleicht der Konkurstabelle, die auch bereits vor dem allgemeinen Prüfungstermin (§§ 141 ff. KO.) angefertigt und auf der Geschäftsstelle zur Einsicht niedergelegt wird (§ 140 KO.), die aber eine besondere Bedeutung erst mit der Eintragung des Prüfungsergebnisses (§ 145 KO.) erlangt. Vor diesem Zeitpunkt soll sie nur sämtlichen Beteiligten Gelegenheit geben, sich über die Höhe und das Vorrecht der angemeldeten Forderungen zu orientieren.

<sup>5</sup> Das Gericht hat z. B. seine Forderung mit der oben als irrig bezeichneten Begründung nicht berücksichtigt, daß die Masse keinesfalls zu seiner Befriedigung ausreichen würde.

das Gericht ihn abändern und den benachteiligten Gläubiger noch späterhin berücksichtigen. Erst wenn der Plan zu einer Entscheidung des Vollstreckungsgerichts geworden ist, kann der Gläubiger, der sich durch die Nichtberücksichtigung beschwert fühlt, Beschwerde einlegen<sup>1</sup>.

1. Sind alle Beteiligten einverstanden, so gelangt der Plan nach Maßgabe des gerichtlichen Entwurfes zur Ausführung. Das Einverständnis wird gegen einen Gläubiger angenommen, der im Verhandlungstermin nicht erscheint und auch vor dem Termin keinen Widerspruch erhoben hat (§ 877 I)<sup>2</sup>. Nach herrschender<sup>3</sup> und richtiger Ansicht gilt dies auch gegen einen Gläubiger, der im Termin anwesend ist und keine Erklärungen abgibt (arg.: §§ 138, I, II 333). Aber auch nach erhobenem Widerspruch kann eine gütliche Einigung der Parteien zustande kommen. In diesem Falle wird dann der Plan entsprechend abgeändert, was zulässig ist, da der Verhandlungstermin ja gerade diesem Zwecke dient. Es gelangt dann der so geänderte Plan zur Ausführung.

2. Erledigt sich ein erhobener Widerspruch nicht, so erfolgt die Ausführung des Planes insoweit, als er durch den Widerspruch nicht betroffen wird (§ 876, 3)<sup>4</sup>. Im übrigen sind die beteiligten Gläubiger auf den Prozeßweg zu verweisen.

### § 3. Rechtsmittel des Vollstreckungsschuldners.

Der dem Verteilungsverfahren eigentümliche Rechtsbehelf des *Widerpruches* steht dem Vollstreckungsschuldner *nicht* zu. Erscheint er auf die nach § 875 I, II zulässige und erfolgte Ladung im Verhandlungstermin, und macht er trotzdem einen Widerspruch geltend, so ist er unbeachtlich. Dies selbst dann, wenn er materiell gerechtfertigt wäre, d. h., wenn also beispielsweise ein Gläubiger im Verteilungsplan berücksichtigt ist, der überhaupt nicht oder nicht mit dem zugewiesenen Rang berechtigt ist.

I. Will der Schuldner die Teilnahmeberechtigung einzelner Gläubiger bestreiten, sei es, daß er sich gegen die angemeldeten Forderungen oder gegen die Pfändungen als solche richten will, so muß er dies außerhalb des Verteilungsverfahrens tun. Zu diesem Zweck stehen ihm die üblichen Rechtsmittel des Vollstreckungsrechtes zur Verfügung. Er kann

a) Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel, Erinnerungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder Vollstreckungsgegenklage erheben (§§ 732 I, 766, 767);

<sup>1</sup> Näheres hierüber vgl. unten § 4.

<sup>2</sup> Dies gilt jedoch nur dann, wenn der in Frage stehende Gläubiger ordnungsgemäß zum Termin geladen wurde. Sonst Beschwerdegrund.

<sup>3</sup> Vgl. in der Rechtsprechung: RG. 26, 420ff. und alle Kommentare zu § 877 I.

<sup>4</sup> Vgl. im einzelnen hierüber unten § 6 IV 3.

b) den Fortgang des Verteilungsverfahrens als Teil der gesamten Zwangsvollstreckung durch vorläufige Einstellung in den Fällen der §§ 707, 719, 732 II, 769 verhindern;

c) das ganze Verfahren beendigen oder einzelne Gläubiger von der weiteren Teilnahme ausschließen, wenn die Voraussetzungen der §§ 775, 776 vorliegen.

II. Rechtsbehelfe gegen die Rangordnung der Gläubiger stehen dem Schuldner nicht zur Verfügung. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Gläubiger auch ohne Zustimmung des Schuldners<sup>1</sup> gemäß § 876 in der Lage sind, das Rangverhältnis untereinander im Wege der gütlichen Einigung entgegen ihrer materiellen Berechtigung zu bestimmen. Aber auch aus §§ 827 II, 854 II ist die Richtigkeit dieser Ansicht zu entnehmen. Dort ist nämlich ausdrücklich auch eine von der sonst maßgeblichen zeitlichen Reihenfolge (§ 804 III) abweichende Verteilungsart mit Zustimmung der übrigen Gläubiger vorgesehen, ohne daß der Vollstreckungsschuldner hierzu noch besonders gehört werden müßte. Der Vereinbarung der Gläubiger müssen sich also nicht nur die beteiligten Vollstreckungsorgane, sondern auch der Schuldner fügen. Dieser kann noch nicht einmal verlangen, daß ihm derartige Vereinbarungen mitgeteilt werden<sup>2</sup>. Das Gesetz geht zutreffend davon aus, daß der Vollstreckungsschuldner kein rechtlich anzuerkennendes Interesse an der Rangordnung seiner Gläubiger hat. Man könnte allerdings einwenden, daß bei Unzulänglichkeit der Verteilungsmasse ein Interesse für ihn bestünde, eine z. B. höher verzinsliche Forderung zuerst befriedigt zu sehen<sup>3</sup>. Aber auch dies hat das Gesetz nicht anerkannt. Nur wenn ein einzelner Gläubiger mehrere Forderungen gegen denselben Schuldner hat, soll nach dem Grundsatz des § 366 II BGB.<sup>4</sup> bei gleicher Fälligkeit und Sicherheit die lästigere, also gegebenenfalls höher verzinsliche, Schuld als zuerst getilgt gelten. Dieser Grundsatz ist aber keinesfalls auf Forderungen mehrerer Gläubiger anwendbar. Lehnt man demnach ein Eingriffsrecht des Schuldners in die Rangverhältnisse seiner Gläubiger generell ab, so ist er auch

<sup>1</sup> EMMERICH: S. 117 u. 118; 414 Anm. 294.

<sup>2</sup> RG. 26, 423.

<sup>3</sup> Insbesondere, wenn man berücksichtigt, daß Unzulänglichkeit der Verteilungsmasse im allgemeinen gleichbedeutend sein wird mit Unzulänglichkeit des Vermögens überhaupt, und daß die fortdauernde nicht vorhandene Tilgungsmöglichkeit den Schuldner mit immer anwachsenden Zinsen belastet.

<sup>4</sup> Wobei jetzt unterstellt werden soll, daß seine Anwendung im Vollstreckungsrecht zulässig ist. Die Frage ist sehr bestritten. Dafür: RGRKom. § 366, 2; ENNECCERUS § 285 II Anm. 6 nebst weiteren Nachweisen. — Dagegen z. B. STEIN-JONAS: § 827 II; BAUMBACH: § 827, 3.

nicht in der Lage, einem von ihnen im Widerspruchsprozeß über den Vorrang als Nebenintervenient beizutreten<sup>1</sup>.

III. Weist das Verteilungsverfahren formelle Verstöße auf, so muß auch dem Schuldner ein selbständiges Beschwerderecht gemäß § 793<sup>2</sup> zugewilligt werden. Es lassen sich Fälle denken, in denen eine gesetzwidrige Aufstellung des Verteilungsplanes von den beteiligten Gläubigern nicht gerügt wird, weil sie allen oder auch nur einzelnen von ihnen vorteilhaft ist, und die nicht bevorzugten Gläubiger im letzten Falle aus irgendwelchen Gründen kein Interesse haben, die Gesetzwidrigkeit zu bemängeln. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn durch die falsche Aufstellung lediglich der rangschlechteste der im Verteilungsplan aufgeführten Gläubiger Vorteile haben würde<sup>3</sup>. Hier muß der Schuldner mit Hilfe eines eigenen Beschwerderechts die Möglichkeit haben, den gesetzmäßigen Zustand herbeizuführen<sup>4</sup>.

#### § 4. Rechtsmittel der Vollstreckungsgläubiger.

I. Sind die Gläubiger mit dem im Verhandlungstermin aufgestellten Verteilungsplan nicht einverstanden, so kann dies verschiedene Gründe haben. Es können formelle Verstöße durch Verletzung von Verfahrensvorschriften oder materielle Verstöße durch unrichtige Berücksichtigung der jeweiligen Ansprüche gerügt werden. In beiden Fällen haben die beschwerten Gläubiger verschiedene Rechtsbehelfe, die gegebenenfalls konkurrieren und selbständig verfolgt werden können. Für formelle Rügen ist die sofortige Beschwerde, für materielle Rügen der Widerspruch vorgesehen.

II. Die sofortige Beschwerde (§ 793).

1. Hat das Gericht wesentliche<sup>5</sup> Verfahrensvorschriften, deren Beachtung ihm nach den §§ 872 ff. obliegt, verletzt, so kann der hier-

<sup>1</sup> GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht § 97, 3 (vgl. auch RG. 28, 422 in Beziehung zum Gemeinschuldner). — A. A.: STEIN-JONAS: § 876 I; FÖRSTER-KANN: § 876, 4; SEUFFERT: § 876, 1.

<sup>2</sup> Über die Frage, ob hier der Weg des § 766 und erst gegen den ablehnenden Beschluß die Beschwerde gegeben ist oder nicht s. unten § 4 II insbesondere 4.

<sup>3</sup> Ist z. B. bei drei Gläubigern in der Reihenfolge A, B, C die Forderung des C statt mit 500 RM irrtümlich mit 800 RM berücksichtigt, so haben selbstverständlich die vorgehenden Gläubiger A und B kein Interesse, diesen Mangel zu rügen, da ihre Liquidate nicht beeinträchtigt werden. Eine Beeinträchtigung kann immer nur durch vorgehende Konkurrenten erfolgen (vgl. auch noch unten § 5 I 1).

<sup>4</sup> A. A.: ROSENBERG: § 202 III 4. Wie hier, allerdings ohne Begründung: FALKMANN: § 68 IV 8 c.

<sup>5</sup> Um solche muß es sich handeln. So enthält z. B. § 875 I 2 nach h. M. nur eine „Soll“-vorschrift.

durch beschwerte Gläubiger es unternehmen, mit Hilfe der sofortigen Beschwerde dem Mangel abzuhelpfen. Einer Erinnerung gemäß § 766<sup>1</sup> bedarf es hierzu nicht. Der Teilungsplan ist eine im Vollstreckungsverfahren ergehende Entscheidung, für die eine mündliche Verhandlung nicht obligatorisch ist. Man denke nur an den Fall, daß alle beteiligten Gläubiger, trotz ordnungsmäßiger Ladung, zum anberaumten Termin nicht erscheinen. Nach § 877 I wird dann angenommen, daß sie mit der Ausführung des Planes nach Maßgabe des auf der Geschäftsstelle niedergelegten Entwurfes einverstanden sind. Die endgültige Feststellung des Verteilungsplanes kann daher auch ohne die im § 875 vorgesehene mündliche Verhandlung erfolgen, sodaß die Voraussetzungen des § 793 vorliegen<sup>2</sup>.

2. Für die Berechnung der *Beschwerdefrist* gemäß §§ 793, 577 II entstehen allerdings Schwierigkeiten, da der Verteilungsplan weder verkündet noch zugestellt wird. Man kann sogar behaupten, daß das Gesetz unseren Fall gar nicht berücksichtigt hat. Es gibt jedoch auch sonst Fälle, in denen eine Beschwerde gegen eine weder verkündete noch zugestellte Entscheidung zulässig ist: vgl. z. B. § 158 II KO. Hier ist aber eine positive Bestimmung für die Berechnung der Beschwerdefrist vorhanden, welche in unserem Falle leider fehlt. Die Frist beginnt nämlich nach der Konkursordnung mit der Niederlegung auf der Geschäftsstelle zu laufen. Mangels einer besonderen Vorschrift wird man in unserem Falle sagen müssen, daß die Beschwerdefrist im allgemeinen<sup>3</sup> mit dem Termin zu laufen beginnt. Erfolgt eine gesetzwidrige Anordnung aber erst später<sup>4</sup>, so ist als maßgebend für die Fristberechnung

<sup>1</sup> So nämlich ROSENBERG: § 202 III, 4; DU CHESNE: Sächs. Rpfl. Arch. III, 215; STILLSCHWEIG in Anm. zu OLG. Karlsruhe, JW. 1927, 2945. LG. I Berlin in KGBl. 1915, 105 u. 106; München in OLG. 26, 407; anscheinend auch: RG. 52, 312 (insbesondere S. 314, 8.—5. Zeile von unten). — Siehe auch die Ausführungen unten zu 4.

<sup>2</sup> So auch STEIN-JONAS: § 876 I; FÖRSTER-KANN: § 876, 2b; SEUFFERT: § 874, 5; BAUMBACH: § 876, 1; SYDOW-BUSCH: § 876, 5; NEUKAMP: § 876, 5; STEIN: Grundfragen, S. 101. — Marienwerder in OLG. 9, 121 = Seuff. Arch. 60, 202; Königsberg in OLG. 11, 325; Breslau in OLG. 25, 254; Frankfurt in OLG. 39, 81; OLG. Dresden in Seuff. Arch. 57, 214, Nr. 118; OLG. Marienwerder in Seuff. Arch. 59, 339, Nr. 191; 60, 381, Nr. 202; OLG. Dresden in Seuff. Arch. 64, 374, Nr. 177; OLG. Karlsruhe in JW. 1927, 2475, Nr. 13 und 2944, Nr. 9; OLG. Breslau in JW. 1930, 170, Nr. 9.

<sup>3</sup> Insofern also ungenau FALKMANN: § 68 IV 8a, der stets den Termin als maßgebend für den Lauf der Beschwerdefrist erachtet. Er übersieht dabei die nachfolgend im Text erwähnte Möglichkeit.

<sup>4</sup> Das Gericht verweigert z. B. trotz Ablaufes der Widerspruchsfrist (§ 878 I, 1, 2) die Auszahlung der planmäßig festgestellten Beträge. Vgl. RG. 21, 357.

derjenige Zeitpunkt zu erachten, an dem der benachteiligte Gläubiger von der Gesetzeswidrigkeit Kenntnis erlangt<sup>1</sup>.

3. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift<sup>2</sup> muß man versuchen, die Lücke im Gesetz bei der Frage der Fristberechnung auf die vorstehend angegebene Weise auszufüllen<sup>3</sup>, zumal die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde sicherlich einem praktischen Bedürfnis entspricht. Letzteres ist wiederholt bestritten worden<sup>4</sup>, und zwar mit dem Hinweis, daß der Beschwerde stets durch den Widerspruch und die gegebenenfalls nachfolgende Klage zu dem gewünschten Ergebnis kommen könnte. Hiergegen ist vor allem darauf hinzuweisen, daß dem Widerspruch, wie noch ausführlich gezeigt werden wird, nur ein ganz beschränktes Anwendungsgebiet zur Verfügung steht. Er soll das Mittel sein, einzelnen Gläubigern die Möglichkeit zu geben, ein von ihnen behauptetes besseres Recht als ihre planmäßigen Vormänner durchzusetzen. Der Widerspruch versagt also stets, wenn die Gläubiger nicht ein besseres materielles Recht behaupten, sondern sich nur gegen die formelle Richtigkeit der Anfertigung oder Ausführung des Verteilungsplans richten. Verweigert also der Verteilungsrichter beispielsweise aus irgendwelchen Gründen die Auszahlung des planmäßigen Betrages, oder setzt er trotz entsprechenden Hinweises im Verhandlungstermin einen geringeren Betrag in den Verteilungsplan ein als dem Gläubiger gebührt, so wird man zugeben müssen, daß dieser mit dem Widerspruch nicht zum Ziele gelangen kann. Denn erstens sind die vorgehenden Gläubiger an dieser Beeinträchtigung unbeteiligt, und zweitens kann der Benachteiligte seinen Vormännern gegenüber kein besseres Recht geltend machen. Ein Widerspruch den Nachmännern gegenüber ist aber, wie noch ausgeführt werden wird, unzulässig<sup>5</sup>. Es heißt also die praktischen Erfordernisse und Konsequenzen vollkommen verkennen, wollte man in diesen Fällen, denen sich beliebig viel ähnliche hinzufügen ließen, das Bedürfnis nach einem besonderen Rechtsmittel leugnen<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz des § 577 II.

<sup>2</sup> De lege ferenda würde sich, um Unklarheiten zu vermeiden, die Aufnahme einer dem § 158 II 3 KO. entsprechenden Bestimmung empfehlen.

<sup>3</sup> Auf die Frage der Berechnung der Beschwerdefrist geht nur FALKMANN (§ 68 IV 8a) ein. Er gelangt, allerdings ohne jede Begründung, die aber bei einer so zweifelhaften und dem Wortlaut des § 577 II sicherlich nicht ganz entsprechenden Ansicht mehr als erforderlich ist, zu dem gleichen Ergebnis. Vgl. im übrigen auch noch die oben S. 11 Anm. 3 von mir erwähnte Abweichung bei FALKMANN: a. a. O. — Vgl. ferner OLG. Marienwerder in Seuff. Arch. 60, 381, Nr. 202.

<sup>4</sup> Vgl. insbesondere DU CHESNE: a. a. O., S. 216.

<sup>5</sup> A. A., für Zulässigkeit des Widerspruches im Falle unrichtiger Berücksichtigung einer Forderung: EMMERICH: S. 411; SEUFFERT: § 874, 2b, § 876, 1. Hiergegen mit Recht: STEIN: Grundfragen, S. 101.

<sup>6</sup> Die Vertreter dieser Ansicht sind daher auch ziemlich vereinsamt geblieben.

4. Eine andere Frage ist natürlich, ob man die sofortige Beschwerde für unmittelbar zulässig hält oder erst die Einlegung einer Erinnerung gemäß § 766 verlangt<sup>1</sup>. Sicherlich hat das Beschwerdeverfahren gewisse Nachteile. Einmal geht dem beschwerten Gläubiger eine Instanz verloren, dann hat die sofortige Beschwerde keinen Suspensiveffekt<sup>2</sup> und außerdem kann das Verteilungsgericht die der Beschwerde unterliegende Entscheidung von sich aus nicht abändern (§ 577 III). Dies ist eine im Interesse der beschleunigten Abwicklung des Verfahrens sicher recht unerfreuliche Konsequenz, die aber mit in Kauf genommen werden muß, wenn man berücksichtigt, daß die für eine sofortige Beschwerde vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen sämtlich vorliegen<sup>3</sup>.

III. Das *Beschwerdeverfahren*. Gegner der sofortigen Beschwerde sind die anderen am Verteilungsverfahren beteiligten Gläubiger. Diejenigen Gläubiger, die sich durch die auf die Beschwerde ergehende Entscheidung beschwert fühlen, haben das Recht, hiergegen von sich aus weitere Beschwerde einzulegen. Im übrigen gelten keine Besonderheiten. Die Beschwerde kann bei dem Verteilungsgericht oder bei dem zuständigen Beschwerdegericht eingelegt werden.

Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so kann es unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung in der Sache selbst beschließen. Es kann aber auch die Sache zur anderweitigen Entscheidung an das Verteilungsgericht zurückverweisen und ihm die erforderliche Anordnung übertragen (§ 575). Für die Beschwerde im Verteilungsverfahren dürfte im allgemeinen mangels einer besonderen Regelung keine Ausnahme von dem Grundsatz zu machen sein, daß die Wahl zwischen diesen beiden Entscheidungsmöglichkeiten dem Ermessen des Beschwerdegerichts unterliegt. Eine Zurückverweisung wird sich jedoch stets dann empfehlen, wenn die endgültige Entscheidung des Beschwerdegerichtes eine Änderung des Verteilungsplanes herbeiführen würde. Dies bedarf noch einer Begründung:

Hat ein Gläubiger durch die Beschwerdeentscheidung die Berücksichtigung seiner ganz oder teilweise übergangenen Forderung in den Verteilungsplan erreicht, so ergibt sich von selbst hierdurch eine Benachteiligung derjenigen Gläubiger, denen er jetzt im Range vorgeht. Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, daß diese Konkurrenten die Möglichkeit haben müssen, nunmehr ihrerseits gegen den neuen Verteilungsplan vorzugehen. Dies kann aber unter Umständen bereits unmöglich geworden sein. So z. B., wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Fristen verstrichen sind, oder wenn ein weiteres Beschwerderecht nicht mehr

<sup>1</sup> Dies schlägt ROSENBERG: § 202 III 4 vor. Vgl. auch noch die oben S. 11 Anm. 1 gegebenen Nachweise.

<sup>2</sup> Allerdings wird § 572 II, III die erforderliche Sicherheit bieten.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter 1.

gegeben ist. Letzteres ist dann der Fall, wenn die nachträgliche Einstellung der vorgehenden Forderung in den Verteilungsplan auf einer Entscheidung beruht, welche nach einer weiteren Beschwerde erging. Aber auch einen Widerspruch kann der benachteiligte Gläubiger nicht mehr geltend machen, da er gemäß § 876 im Termin erhoben sein muß, und dieser bereits stattgefunden hat. Aus diesem Grunde wird es sich empfehlen, daß das Beschwerdegericht, falls die Beschwerde gegen den Verteilungsplan gerichtet ist, diesen nur aufhebt und gemäß § 575 Anordnungen für die Aufstellung eines seinen Anweisungen entsprechenden neuen Verteilungsplanes trifft<sup>1</sup>. Hierdurch wird dann zur Aufstellung dieses neuen Planes ein weiterer Verhandlungstermin erforderlich. Gegebenenfalls kann also der benachteiligte Gläubiger dann Widerspruch erheben; auch die Möglichkeit für ein neues selbständiges Beschwerderecht ist hierdurch geschaffen<sup>2</sup>.

IV. Mittels der sofortigen Beschwerde sind die am Verteilungsverfahren beteiligten Gläubiger in der Lage, die Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensbestimmungen zu erzwingen. Nun gibt es aber Fälle — und sie sind die weitaus häufigsten —, in denen die einzelnen Gläubiger mit der Anfertigung und Ausführung des Verteilungsplanes nicht einverstanden sind, weil sie sich anderen Gläubigern gegenüber benachteiligt fühlen. Sie wollen also nicht die formelle Richtigkeit des Verteilungsplans bemängeln, sondern eine vorzugsweise Befriedigung vor anderen Konkurrenten erreichen. In diesem Falle entzieht das Gesetz dem Verteilungsrichter die Entscheidungsgewalt und verweist die Beteiligten, falls sie sich nicht gütlich einigen, auf den Prozeßweg. Der hierfür in Frage kommende besondere Rechtsbehelf ist der im folgenden zu behandelnde Widerspruch mit der gegebenenfalls sich anschließenden Widerspruchsklage.

## § 5. Der Widerspruch.

I. Der *Widerspruch* ist der dem Verteilungsverfahren eigentümliche ausschließliche Rechtsbehelf, der den Gläubigern die Möglichkeit gibt,

<sup>1</sup> Daß eine Entscheidung auf weitere Beschwerde denkbar ist, folgt aus dem oben unter III am Anfang Gesagten. Wird der Beschwerde entsprochen, so haben, wie gesagt, die anderen Gläubiger, die sich durch diese Entscheidung beschwert fühlen, das Recht zur weiteren Beschwerde. Für sie liegt in dieser Entscheidung des Beschwerdegerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund im Sinne des § 568 II. Anders allerdings dann, wenn der Beschwerde nicht stattgegeben wird. Hier hat der Beschwerdeführer nicht die Möglichkeit zur weiteren Beschwerde, da sie gegen zwei gleichlautende Entscheidungen nicht zulässig ist (§ 568 II).

<sup>2</sup> Im Ergebnis gleichfalls für die Anwendung des § 577: STEIN-JONAS: § 876 I; FÖRSTER-KANN: § 876 2 b; DU CHESNE: a. a. O., S. 217.

eine bessere Befriedigung für sich zu erreichen als im Verteilungsplan vorgesehen.

1. Der Widerspruch kann also von einem im Verteilungsplan schlechter bedachten gegen einen besser bedachten Gläubiger geltend gemacht werden. Ziel ist stets, eine bessere Befriedigung zu erlangen als im Verteilungsplan vorgesehen ist<sup>1</sup>. Dies kann nur erreicht werden, wenn die materielle Teilnahmeberechtigung eines rangbesseren Gläubigers bestritten wird. Ein Interesse, sich gegen die Berücksichtigung eines Nachstehenden zu wenden, ist nicht ersichtlich<sup>2</sup>. Der Widerspruch ist ferner unzulässig, wenn er nur zugunsten eines Vormannes erhoben wird, da der widersprechende Gläubiger in diesem Falle für sich selbst eine bessere Befriedigung nicht erreichen würde.

2. Liegen die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Widerspruches vor, so ist zu beachten, daß er ein *ausschließlicher Rechtsbehelf* ist. Denn selbst wenn in § 4 II die Zulässigkeit der Beschwerde befürwortet wurde, so darf dies doch nicht dazu führen, den vom Gesetz für besondere Fälle vorgesehenen Rechtsbehelf auf diese Weise auszuschließen. Macht ein Gläubiger einem Vorstehenden gegenüber ein besseres Recht auf den Erlös geltend, und bestreitet er damit dessen Rang, so kann er dies nur im Wege des Widerspruches tun und nicht durch Einlegung der sofortigen Beschwerde, mag auch seine Benachteiligung auf einem formellen Fehler beruhen. Eine Rangänderung kann mit der Beschwerde nie erreicht werden. Die erschöpfende Regelung der Rang-

<sup>1</sup> Dies ist als besonders wesentlich zu beachten. Sind z. B. für drei Gläubiger in der Reihenfolge A, B, C 1000 RM. hinterlegt, und beträgt die Forderung des A 100 RM., die des B 300 RM. und die des C 800 RM., so darf B der Rangstelle des A auch dann nicht widersprechen, wenn A materiell unberechtigt wäre. Sein Anteil an der Teilungsmasse wird nämlich durch die angeblich zu Unrecht erfolgende rangbessere Berücksichtigung des A nicht verringert, da er auch an zweiter Stelle keinen Ausfall erleidet. Aktivlegitimiert zur Widerspruchserhebung wäre demnach nur C.

<sup>2</sup> So schon STEIN-JONAS: § 876 II; STEIN: Grundfragen, S. 102; ROSENBERG: § 202 III 4; wohl auch HELLWIG-OERTMANN: § 334 3c β und FÖRSTER-KANN: § 876 5a; vgl. ferner RG. in Gruchot 50, 1166ff. (insbes. S. 1170). — A. A.: EMMERICH: S. 407 II. Er hat dabei den Fall im Auge, daß „der Gläubiger außer seinem in Frage stehenden Pfandrecht noch ein nach dem Verteilungsplan gleichstehendes Pfandrecht an der Sache für eine andere Forderung hat, und das zweite Pfandrecht nur bei Nichtausübung des ersten ganz zum Zuge kommt, und wenn der Gläubiger weiter für die durch das erste Pfandrecht geschützte Forderung noch weitere Sicherungen hat, auf sein Pfandrecht am Erlös aber nicht verzichten darf, z. B. bei einem Bürgen nach § 776 BGB.“. Die von EMMERICH in diesem, wie er selbst zugeibt, höchst seltenen Fall gesehenen Schwierigkeiten bestehen aber in Wirklichkeit nicht. Der Gläubiger kann sich sein Liquidat gemäß § 366 II BGB., dessen analoge Anwendung im Vollstreckungsrecht für zulässig zu halten ist (siehe oben S. 9, Anm. 4), auf die Forderung anrechnen, für die er die geringste Sicherheit hat.

streitigkeiten läßt die Annahme berechtigt erscheinen, daß das Gesetz ausschließliche Bestimmungen treffen wollte.

II. Der Widerspruch kann vor (arg. § 877 I) oder in dem Verhandlungstermin (vgl. § 220 II) über den Verteilungsplan formlos erhoben werden. Einer Begründung bedarf er nicht<sup>1</sup>. Der widersprechende Gläubiger muß nur erkennbar zum Ausdruck bringen, daß er sich gegen die Rangordnung des Teilungsplanes wenden und eine bessere Rangstelle als einer der vorstehenden Konkurrenten für sich in Anspruch nehmen will. Dies folgt schon daraus, daß über den erhobenen Widerspruch verhandelt werden soll (§ 876), um behauptete Kollisionsansprüche durch gütliche Einigung zu erledigen. Eine solche Verhandlung kann aber nur erfolgen, wenn die beteiligten Gläubiger wissen, wogegen der Widersprechende sich richtet und welche Rangstelle er bestreitet. Hieraus ergibt sich aber noch nicht die Notwendigkeit einer Begründung. Sie wird meistens erfolgen und auch im eigenen Interesse des widersprechenden Gläubigers liegen. Weist er nämlich nach, daß sein Widerspruch gerechtfertigt ist, so besteht die Wahrscheinlichkeit, daß die Konkurrenten ihn als begründet anerkennen, und der Rangstreit somit durch gütliche Einigung schneller als im Prozeßwege erledigt wird. Begründet aber der Gläubiger seinen Widerspruch, so ist dies für eine spätere Widerspruchsklage einflußlos. Der Gläubiger braucht insbesondere nicht zu befürchten, daß er bei dieser Klage mit Gründen ausgeschlossen wird, die er, trotzdem er dazu in der Lage gewesen wäre, nicht bereits zur Begründung seines Widerspruches vorgetragen hat<sup>2</sup>. Eine dem § 146 IV KO. entsprechende Vorschrift fehlt.

## § 6. Die Verhandlung über den Widerspruch.

I. Ist ein Widerspruch ordnungsgemäß erhoben, so hat sich jeder Gläubiger, der bei demselben beteiligt ist, sofort zu erklären (§ 876 2).

<sup>1</sup> Aus diesem Grunde soll auch die überaus wichtige Frage, mit welcher Begründung eine bessere Rangstelle erreicht werden kann, hier noch nicht behandelt werden. Es bleibt dies den späteren Erörterungen über die Widerspruchsklage vorbehalten.

<sup>2</sup> Im Ergebnis ebenso: STEIN-JONAS: § 876 II; FÖRSTER-KANN: § 876 2 a; BAUMBACH: § 876 2; ROSENBERG: § 202 III 4; EMMERICH, S. 405; RG. in Gruchot 60, 345 ff. = Warn. 1915, 47 I, Nr. 302; RG. in ZBl. FG. 19, 107; KG. in OLG. 31, 127; die von EMMERICH: a. a. O. als anderer Ansicht angeführte Entscheidung des OLG. Breslau in ZZP. 23, 183 vertritt durchaus keinen anderen Standpunkt. Mißverständlich ist allerdings die Wendung „der Widerspruch muß *motiviert* sein“. Ich glaube aber nicht, daß das OLG. hiermit gemeint hat, er bedürfe einer Begründung, sondern nur, wie auch aus dem gesamten Inhalt der Entscheidungsgründe gefolgert werden kann, er müsse schlüssig und berechtigt sein. Im übrigen kann die angeführte Entscheidung aber für unsere Frage nur mit allergrößter Vorsicht verwertet werden.

1. Als *beteiligt* haben nur diejenigen Gläubiger zu gelten, deren Liquidate bei erfolgreichem Widerspruch beeinträchtigt werden würden<sup>1</sup>. Dies ist die Kehrseite des vorstehend<sup>2</sup> als wesentlich bezeichneten materiellen Legitimationsgrundes für das Widerspruchsrecht. Ist nämlich ein Widerspruch nur begründet, wenn der widersprechende Gläubiger einen höheren Anteil an der Masse erlangen will, so ist auch nur derjenige Gläubiger hieran beteiligt, auf dessen Kosten dies erreicht werden soll.

*Nicht beteiligt* im Sinne des § 876 2 sind demnach:

a) diejenigen Konkurrenten, die den vom Widerspruch betroffenen Gläubigern unbedingt vorgehen.

Dies ergibt sich von selbst, da der Widerspruch nicht gegen sie gerichtet ist, und sie jedenfalls nach Maßgabe des Verteilungsplanes befriedigt werden sollen und müssen. Für sie besteht kein Interesse an dem Umfange und der Reihenfolge der Befriedigung ihrer Nachmänner;

b) diejenigen Konkurrenten, die zwischen den Widerspruchsparteien stehen<sup>3</sup>.

Für sie gilt folgendes: sind sie mit der nach dem Verteilungsplan vorgeschlagenen Rangfolge nicht einverstanden, so können auch sie selbstverständlich Widerspruch erheben oder sich dem Widerspruch der nachstehenden Gläubiger anschließen<sup>4</sup>. Machen sie aber von diesem Recht keinen Gebrauch, so geben sie zu erkennen, daß sie mit der Art und Weise der geplanten Verteilung einverstanden und mit dem ihnen nach dem Verteilungsplan zukommenden Anteil zufrieden sind. Ihr Liquidat kann sich weder vergrößern noch verringern. Sie werden stets nach Maßgabe des Planes befriedigt, mag auch bei begründetem Widerspruch eines nachstehenden Gläubigers gegen einen auch ihnen vorgehenden Konkurrenten eine andere Verteilungsfolge Platz greifen;

c) diejenigen Konkurrenten, die dem widersprechenden Gläubiger nachgehen.

Für sie besteht gleichfalls kein Interesse, in den Streit ihrer Vormänner über die Reihenfolge ihrer Befriedigung einzugreifen. Ihre Erlösquote steht nach dem Verteilungsplan fest und kann durch irgendwelche Umgruppierungen in der Rangordnung nicht mehr verändert werden.

2. Das Gesetz verlangt eine *sofortige* Erklärung. Die am Widerspruch beteiligten Gläubiger haben daher nicht das Recht, die Anberaumung eines neuen Termines oder die Gewährung einer Erklärungsfrist zu verlangen. Der § 272 a findet keine Anwendung<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> RG. 26, 420 (insbes. S. 424).

<sup>2</sup> Vgl. oben § 5 I 1.

<sup>3</sup> A. A. anscheinend SEUFFERT: § 877 2.

<sup>4</sup> RG. 26, 421; RG. in Gruchot 42, 743; RG. in JW. 1899, 674, Nr. 10.

<sup>5</sup> So mit Recht FÖRSTER-KANN: § 876 5 c.

II. Ist ein nicht anwesender Gläubiger am Widerspruch im Sinne der vorstehenden Ausführungen beteiligt, so wird angenommen, daß er den Widerspruch nicht als begründet anerkennt (§ 877 II). Ist er aber im Termin anwesend ohne sich zu erklären, so muß angenommen werden, daß er seine Berechtigung zugesteht, es sei denn, daß aus seinem übrigen Verhalten das Gegenteil zu entnehmen ist (arg. § 138 I, II)<sup>1</sup>. Die hiervon abweichende Ansicht zieht einen meines Erachtens unzulässigen Analogieschluß aus § 877 II. Zwar ist aus § 333 zu folgern, daß dem Ausbleiben das Nichtverhandeln des Erschienenen gleichgestellt wird. Jedoch muß § 138 I, II als Fundamentalsatz des Prozeßrechtes vorgehen. Hiernach gilt grundsätzlich Schweigen als Zugeständnis. Nur hierdurch gelangen wir ja auch zu dem berechtigten Analogieschluß aus § 877 I, durch welchen auch gegen einen Gläubiger, der zwar erschienen ist, aber nicht verhandelt, angenommen wird, daß er mit der Ausführung des Verteilungsplanes einverstanden sei. Dieser Analogieschluß entspricht nicht nur dem § 333, sondern auch dem § 138 I, II. Anders jedoch im Falle des § 877 II. Diese zweifellos dem Grundsatz des § 138 I, II widersprechende Regelung verträgt meines Erachtens keine erweiternde Auslegung. Hätte das Gesetz auch den hier in Rede stehenden Fall abweichend von dem allgemeinen Grundgedanken regeln wollen, so hätte es dies eindeutig zum Ausdruck bringen müssen. Da es dies nicht getan hat, muß § 138 I, II angewandt werden, so daß kein Analogieschluß aus § 877 II, wie es die herrschende Lehre tut, sondern ein *argumentum e contrario* am Platze ist.

III. Die Berechtigung des erhobenen Widerspruches unterliegt lediglich der Verhandlung und Nachprüfung durch die beteiligten Gläubiger. Das Verteilungsgericht darf demnach einen vorschriftsmäßig erhobenen Widerspruch nicht als unbegründet zurückweisen<sup>2</sup>; es würde hiermit eine wesentliche Verfahrensvorschrift verletzen. Der benachteiligte Gläubiger könnte im Wege der sofortigen Beschwerde Berücksichtigung seines Widerspruches, auch wenn er materiell unberechtigt sein sollte, verlangen<sup>3</sup>. Die Aufgabe des Gerichts erschöpft sich in der Anordnung und Leitung der Verhandlung über den Widerspruch, dem Versuch seiner gütlichen Erledigung und in der Entgegennahme der von den beteiligten Gläubigern dieserhalb abgegebenen Erklärungen. Die vornehmlichste Aufgabe ist lediglich, Streitigkeiten zu schlichten und auftretende Zweifel zu klären. Eine sachliche Prüfung und Entscheidung ist dem Verteilungsrichter entzogen. Hieraus folgt weiter, daß der

<sup>1</sup> A. A.: STEIN-JONAS: § 877 II; SEUFFERT: § 876 3; FALKMANN: § 68 IV 8b.

<sup>2</sup> STEIN-JONAS: § 876 II 2; FALKMANN: § 68 IV 8b.

<sup>3</sup> STEIN-JONAS: § 876 II 2; FÖRSTER-KANN: § 876 5d bb.OLG. Dresden in Seuff. Arch. 64, 374, Nr. 177 (insbes. S. 376).

Verteilungsplan auch dann nicht vom Verteilungsgericht abgeändert werden kann, wenn es den Widerspruch für begründet erachtet<sup>1</sup>.

IV. Das Ergebnis der Terminsverhandlung nach erhobenem Widerspruch kann verschieden sein.

1. Wird der Widerspruch zurückgenommen, so gelangt der Verteilungsplan ohne sachliche Abänderung zur Ausführung.

2. Wird die Berechtigung des Widerspruches ausdrücklich oder stillschweigend<sup>2</sup> anerkannt, oder kommt anderweit eine Einigung zustande, so ist der Verteilungsplan entsprechend zu berichtigen (§ 876 3) und auszuführen. Auch hier ist zu beachten, daß nur diejenigen Gläubiger aus der Berichtigung Vorteile ziehen können, die durch ihren Widerspruch zu erkennen gegeben haben, daß sie mit dem Verteilungsplan nicht einverstanden sind. Eine Änderung in der Rangordnung ihrer Konkurrenten kann für sie weder eine Verringerung noch eine Vergrößerung ihrer Liquidate mit sich bringen<sup>3</sup>. Die am Widerspruch beteiligten Parteien sind demnach in der Lage, Vereinbarungen über ihre Rangstelle zu treffen. Auch ein Verzicht auf die bessere Rangstelle zugunsten des Widersprechenden ist zulässig<sup>4</sup>.

3. Gelingt es nicht, den Widerspruch im Verhandlungstermin zu erledigen, so wird der Verteilungsplan insoweit ausgeführt, als er durch den Widerspruch nicht betroffen wird (§ 876 4). Das Gesetz geht hierbei von dem Grundgedanken aus, daß das Verteilungsverfahren im Interesse aller Beteiligten möglichst schnell abgewickelt werden soll. Aus diesem Grunde ist vorgesehen, daß alle Gläubiger, die an einem erhobenen Widerspruch unbeteiligt sind, nach Maßgabe des Verteilungsplanes auch dann sofort befriedigt werden sollen, wenn ein allerdings nicht gegen sie gerichteter Widerspruch sich nicht im Verhandlungstermin erledigt. Alle Beträge, die von einem Widerspruch nicht betroffen sind, sind sofort an die jeweils berechtigten Gläubiger zur Auszahlung zu bringen. So ist § 876 4 zu verstehen. Hiermit in Einklang steht die Fiktion des § 877 I. Im übrigen hat die Ausführung des Verteilungsplanes zu unterbleiben, soweit er durch den Widerspruch betroffen ist. In diesem Rahmen hat der Widerspruch unbedingte Suspensivwirkung. Die Vollziehung der Vollstreckungsmaßnahmen, insbesondere also die

<sup>1</sup> A. A., aber mit unzureichender Begründung SEUFFERT: § 876 3. Gegen ihn mit Recht FÖRSTER-KANN: § 876 5d bb.

<sup>2</sup> Vgl. oben unter II.

<sup>3</sup> Vgl. oben unter I I.

<sup>4</sup> Um Mißverständnissen vorzubeugen, ist noch ausdrücklich zu betonen, daß derartige Vereinbarungen selbstverständlich immer nur die Rangstellen der am Widerspruch beteiligten Gläubiger zum Gegenstand haben können. Vereinbarungen über Rangstellen anderer Konkurrenten entbehren natürlich infolge unzulässigen Eingriffes in die Rechte Dritter der Wirksamkeit.

Auszahlung der hinterlegten Masse an die Gläubiger, muß von Amts wegen nach Maßgabe des erhobenen Widerspruches ausgesetzt werden<sup>1</sup>. Die somit ausgesetzte Durchführung des Verteilungsverfahrens muß jedoch wieder angeordnet werden, wenn der widersprechende Gläubiger nicht binnen eines Monats nach dem Terminstag<sup>2</sup> dem Verteilungsgericht den Nachweis der Klagerhebung gegen die beteiligten Gläubiger führt (§ 878 I 1)<sup>3</sup>. Fruchtloser Ablauf dieser gesetzlichen Frist<sup>4</sup> berechtigt das Gericht, den Verteilungsplan ohne Rücksicht auf den erhobenen Widerspruch auszuführen<sup>5</sup>. Eine Fristverlängerung kann gemäß § 224 II nicht gewährt werden. In dieser Frist muß die Klage erhoben und hierüber ein Nachweis erbracht sein. Im Anwaltsprozeß wird dies durch Vorlegung der Zustellungsurkunde erfolgen. Im Amtsgerichtsprozeß ist dies aber nicht möglich, da die Zustellungen und Ladungen von Amts wegen erfolgen (§§ 496, 497). Zum Nachweis der Klagerhebung genügt daher Bezugnahme auf die Prozeßakten, bei denen sich die Zustellungsurkunden befinden<sup>6</sup>. Die Frist gilt als gewährt, wenn das Verteilungsgericht durch Nachfrage beim Prozeßgericht fest-

<sup>1</sup> Dies ist insofern bemerkenswert, als die Vollziehung von Vollstreckungsmaßnahmen sonst nur auf entsprechenden Antrag und nach richterlichem Ermessen eingestellt wird (vgl. §§ 769, 770). Hier unterbleibt die Vollziehung aber ipso iure. Vgl. KOHLER: S. 179ff.

<sup>2</sup> Dies auch dann, wenn ein nach § 877 I zulässiger Widerspruch bereits vor dem Termin erhoben wurde. Ausschlaggebend für die Fristberechnung ist nicht die Tatsache der Erhebung, sondern des Unerledigtbleibens des Widerspruches. Wenn es im Interesse der beschleunigten Abwicklung des Verteilungsverfahrens zulässig ist, schon vor dem Verteilungstermin Widerspruch zu erheben, so würde es demjenigen Gläubiger, der von diesem Recht Gebrauch macht, einen unberechtigten Nachteil bringen, indem nämlich die ihm zur Klagerhebung gelassene Frist verkürzt werden würde. Im übrigen wäre es auch denkbar, daß dann bei entsprechend früher Einlegung des Widerspruches die Klagerhebungsfrist unter Umständen schon vor dem Verteilungsterminstag abgelaufen ist. Ein sicherlich unrichtiges Ergebnis, wenn man berücksichtigt, daß die Klagerhebung doch nur erfolgen soll, wenn der Widerspruch unerledigt bleibt; dies kann sich aber erst im Verteilungstermin herausstellen. Der widersprechende Gläubiger kann also vorher noch gar nicht wissen, ob er überhaupt zur Klagerhebung genötigt wird oder nicht.

<sup>3</sup> Gem. § 271 III in Verbindung mit § 878 I 2 gilt Entsprechendes auch für den Fall der Klagezurücknahme.

<sup>4</sup> Da es sich um eine Frist im Zwangsvollstreckungsverfahren handelt, wird ihr Ablauf durch die Gerichtsferien nicht gehemmt (§§ 223 II ZPO., 202 GVG.).

<sup>5</sup> Erreicht ein Gläubiger die Berücksichtigung seines Widerspruches erst in der Beschwerdeinstanz, so beginnt die Frist für ihn erst mit dem Erlaß der Entscheidung zu laufen, welche die Berücksichtigung seines Widerspruches anordnet. So auch OLG. Dresden in Seuff. Arch. 64, 374, Nr. 177.

<sup>6</sup> Eine Benachrichtigung der Gläubiger von der erfolgten Zustellung wie beim Zahlungsbefehl (§ 693 III) kennt das Gesetz nicht.

stellt, daß die ordnungsmäßig erhobene Klage innerhalb der Frist des § 878 I 1 zugestellt wurde<sup>1</sup>. Hiermit wäre es unvereinbar, wenn der Verteilungsrichter auch einen Nachweis der Klagerhebung berücksichtigen müßte, der nach Fristablauf aber noch vor Ausführung des Verteilungsplanes erbracht wird<sup>2</sup>. Tut er es dennoch, so kann er auf Beschwerde durch die vorgesetzten Instanzen zur Verteilung der Masse angehalten werden<sup>3</sup>. Im Falle rechtzeitigen Nachweises ist das Verteilungsgericht verpflichtet, nachzuprüfen, ob die Klage auch ordnungsgemäß erhoben wurde. Stellt es hierbei fest, daß beispielsweise die Klageschrift den Erfordernissen des § 253 nicht entspricht, so ist es verpflichtet, die Ausführung des Verteilungsplanes bei Vermeidung der Beschwerde anzuordnen. Der widersprechende Gläubiger kann dieser drohenden Rechtsverwirkung nur durch erneute Klagerhebung und entsprechenden Nachweis beim Verteilungsgericht begegnen. Zu beachten ist aber, daß eine derartige Nachholung nur dann den Fortgang des Verteilungsverfahrens verhindern kann, wenn sie noch innerhalb der Frist des § 878 I 1 erfolgt<sup>4</sup>.

### Hauptteil.

## Rangstreitigkeiten im Verteilungsverfahren insbesondere die Widerspruchsklage nach § 878.

### I. Allgemeiner Teil.

#### § 7. Die Parteien.

I. Der widersprechende Gläubiger ist genötigt<sup>5</sup>, binnen einer Frist von einem Monat seit dem Terminstage dem Gericht ohne vorherige Aufforderung den Nachweis der Klagerhebung zu erbringen (§ 878 I 1).

<sup>1</sup> So auch STEIN-JONAS: § 878 I 3 a; FÖRSTER-KANN: § 878 3 b; LG. III Berlin in KGBL. 1911, 45.

<sup>2</sup> So allerdings STEIN-JONAS: § 878 I 4. Wie hier RG. 99, 202 ff. (insbes. S. 206). OLG. Breslau in JW. 1930, 170, Nr. 9.

<sup>3</sup> RG. 21, 357; 99, 202.

<sup>4</sup> FREUDENTHAL-SAUERLÄNDER: § 878 7; O. HEIN: S. 504/05; KG. in OLG. 14, 186 (für den Fall einer Nachholung der Ladung des Beklagten: § 253, Nr. 3). — A. A. teilweise: STEIN-JONAS: § 878 I 3 b; FÖRSTER-KANN: § 878 3 b.

<sup>5</sup> Siehe zu dieser Terminologie GOLDSCHMIDT: Prozeß als Rechtslage, S. 81 ff., 335 ff., und sein Zivilprozeßrecht § 35. Es handelt sich um ein „Gebot eigenen Interesses“ (vgl. auch noch GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, § 2, 3), was sich aus den Folgen der Fristversäumung ergibt (vgl. oben § 6, IV 3).

Diese sog. *Widerspruchsklage* ist der einzige Weg, auf dem der Gläubiger seine durch Widerspruch geltend gemachten Rechte verfolgen und die Ausführung des Verteilungsplanes verhindern kann. Eine anderweitig erhobene Klage wäre als unzulässig abzuweisen<sup>1</sup>.

II. *Aktiv legitimiert* ist derjenige Gläubiger, der im Verhandlungstermin über den Verteilungsplan einen ordnungsmäßigen Widerspruch erhoben hat. Für eine Klage anderer Gläubiger, die am Verteilungsverfahren nicht beteiligt sind, ist kein Raum, selbst wenn sie Ansprüche auf die Masse erheben. Außerhalb des Verteilungsverfahrens ist es ihnen natürlich nicht verwehrt, ihre Rechte gegen die am Verteilungsverfahren teilnehmenden Gläubiger zu verfolgen<sup>2</sup>.

Diejenigen Gläubiger, die nicht widersprochen haben, obwohl sie formell und materiell dazu berechtigt gewesen wären, können gleichfalls die Widerspruchsklage nicht erheben<sup>3</sup>. Auch sie müssen ihre Ansprüche außerhalb des Verteilungsverfahrens, und zwar mit einer Bereicherungsklage (§ 878 II), verfolgen.

III. *Passiv legitimiert* sind sämtliche am Widerspruch im Sinne der obigen Ausführungen<sup>4</sup> beteiligten Gläubiger, soweit sie die Berechtigung des Widerspruches nicht ausdrücklich oder stillschweigend<sup>5</sup> anerkannt oder sich mit dem widersprechenden Gläubiger nicht anderweit geeinigt haben. Ein Gläubiger, der gemäß § 877 II als mit dem Widerspruch nicht einverstanden gilt, darf nun aber nicht ohne weiteres sogleich gemäß § 878 verklagt werden. Sein sofortiges Anerkenntnis befreit ihn nämlich von der Kostenlast, da er im Sinne des § 93 keine Veranlassung zur Klagerhebung gegeben hat.

Diese Ansicht wird merkwürdigerweise in der Literatur ziemlich einstimmig und in der Praxis vereinzelt abgelehnt<sup>6</sup>. Meines Erachtens

<sup>1</sup> So auch STEIN-JONAS: § 878 II; EMMERICH, S. 399; FALKMANN: § 54 II 3; O. HEIN: § 41 5; Braunschweig in OLG. 7, 325; Hamburg in OLG. 15, 166; OLG. Breslau in ZZP. 23, 183; RG. in JW. 1904, 342, Nr. 14. — A. A.: KOHLER: S. 183. Ferner unrichtig BayOLG. in Seuff. Arch. 43, 378.

<sup>2</sup> Vgl. im übrigen auch oben § I VI.

<sup>3</sup> RG. in JW. 1909, 142, Nr. 24.

<sup>4</sup> Vgl. § 6 I 1.

<sup>5</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht sind es diejenigen Gläubiger, die im Termin zwar erschienen sind, aber keine Erklärungen abgegeben haben (vgl. § 6 II).

<sup>6</sup> So von GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, § 97 3; STEIN-JONAS: § 877 II; BAUMBACH: § 877 2; FALKMANN: § 68 V 9; Frankfurt in OLG. 26, 413 A. I. — Vgl. ferner HABERLING: a. a. O., S. 601, der aber trotz seines kategorischen Tones („es kann daher keine Rede sein, daß der Beklagte durch sein Verhalten — id est Ausbleiben — nicht Veranlassung gegeben hat“) mangels einer Begründung nicht zu überzeugen vermag. Lediglich mit einer Aneinanderreihung der für das Verteilungsverfahren vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen kann man die hier erörterte Frage nicht lösen.

beruht dies auf einer Verkennung der Säumnis und der an sie geknüpften Folgen des § 877 II. Die Fiktion des § 877 II besteht im Interesse der ausbleibenden Gläubiger und nicht zu ihrem Nachteil. Diese Vorschrift war erforderlich, um den Gläubigern ihre Rechte zu wahren, wenn man bedenkt, daß für sämtliche Vollstreckungsgläubiger weder eine Pflicht (§ 141) noch eine Nötigung<sup>1</sup> zum Erscheinen im Verteilungstermin besteht. Wäre die hier bekämpfte Ansicht richtig, so würden die Gläubiger auf dem Umweg über die drohende Kostenlast genötigt werden, im Termin zu erscheinen. Ihr Ausbleiben wäre dann als Nachlässigkeit mit nachteiligen Folgen anzusehen. Dies aber wollte das Gesetz meines Erachtens gerade nicht. Weiterhin muß aber auch berücksichtigt werden, daß die Gläubiger zunächst an den ihnen nachgehenden Konkurrenten, die allein zur Widerspruchserhebung legitimiert sind<sup>2</sup>, überhaupt kein Interesse haben, und auch aus diesem Grunde dem Verteilungstermin fern bleiben. Soll sie trotzdem die Kostenlast treffen? Zwar knüpfen sich im allgemeinen an die Säumnis nachteilige Folgen, aber doch stets nur da, wo das Gesetz eine Nötigung zum Handeln statuiert. Daß wir es aber hier nicht mit einer solchen Säumnis im üblichen Sinne zu tun haben, geht meines Erachtens zwingend aus § 877 II hervor. Wollte das Gesetz in der Tat eine Säumnis — die also eine Nötigung zum Erscheinen voraussetzt — mit ihren nachteiligen Folgen annehmen, so hätte es abweichend von der getroffenen Regelung, entsprechend dem § 877 I annehmen müssen, daß der ausgebliebene Gläubiger die Berechtigung des Widerspruches anerkenne, nicht aber ihm umgekehrt Rechte vorbehalten, wenn es annimmt, daß der Widerspruch nicht anerkannt wird. Daß § 877 II eine Ausnahmebestimmung ist, hat mich ja bereits oben<sup>3</sup> veranlaßt, eine entsprechende Anwendung auf den Gläubiger, der zwar im Termin erschienen ist, sich jedoch auf den gegen ihn gerichteten Widerspruch nicht erklärt, abzulehnen. Bringt das Ausbleiben also Vorteile mit sich, so stellt es keine Säumnis im üblichen Sinne dar. Der vom Widerspruch betroffene Gläubiger ist demnach nicht genötigt, zum Verhandlungstermin über den Verteilungsplan zu erscheinen, da seine Rechtslage durch ein Ausbleiben nicht verschlechtert wird. In diesem Falle gibt er auch im Sinne des § 93 zur Klagerhebung keine Veranlassung<sup>4</sup>.

IV. Mehrere an einem Widerspruch aktiv oder passiv beteiligte Gläubiger können gemeinsam klagen oder verklagt werden. Sie sind dann Streitgenossen gemäß §§ 59ff. Die Klage wird nicht dadurch

<sup>1</sup> Vgl. S. 21 Anm. 5.

<sup>2</sup> Vgl. oben § 5 I.

<sup>3</sup> Vgl. § 6 II.

<sup>4</sup> So auch im Ergebnis KG. in KGBI. 1903, 82; Kiel in OLG. 35, 41; insbesondere aber mit ausführlicher und treffender Begründung OLG. Jena, in ThüringBl. 61, 12.

unzulässig, daß der Widersprechende nur einen der am Widerspruch beteiligten Konkurrenten verklagt<sup>1</sup>. Es steht in seinem Belieben, ob und gegen wen er seinen Widerspruch verfolgen will. Diejenigen Gläubiger aber, die nicht verklagt werden, können gemäß § 878 I 2 Auszahlung ihrer Liquidate nach Maßgabe des Verteilungsplanes verlangen. Der Widerspruch gilt dann insoweit als erledigt. Wird hierdurch die Streitmasse erschöpft, so erledigt sich dann selbstverständlich auch die Widerspruchsklage.

Es ist aber zu beachten, daß im allgemeinen eine Klage, die nicht gegen alle am Widerspruch beteiligten Gläubiger gerichtet ist, für den Kläger nutzlos und für das Verteilungsverfahren einflußlos sein wird. Will der Kläger sein besseres Recht durchsetzen, so wird er zu einem praktisch verwertbaren Erfolg nur dann gelangen, wenn er seinen Widerspruch auch gegen alle Beteiligten verfolgt. Der Einzelfall kann jedoch natürlich auch ein anderes Vorgehen rechtfertigen. Keinesfalls hat aber der Kläger in diesen Fällen die Abweisung seiner Klage wegen Unbegründetheit oder gar Unzulässigkeit zu befürchten.

V. *Umkehrung der Parteirollen.* 1. Hat ein Gläubiger dem Liquidat eines Konkurrenten widersprochen, so muß *er* Klage erheben, schon um den nach § 878 erforderlichen Nachweis erbringen und die Ausführung des Verteilungsplanes verhindern zu können. Hierzu ist er aber nicht in der Lage, wenn er durch den Gläubiger, dessen Rangstelle er bestritten hat, in die Beklagtenrolle verdrängt wird. Eine solche gegen den Widersprechenden angestrebte Klage ist nun allerdings nicht unzulässig. Sie ist nur keine Widerspruchsklage im Sinne des § 878 I und würde den Verteilungsrichter auch bei Nachweis ihrer Erhebung nicht hindern, die Masse zur Auszahlung zu bringen<sup>2</sup>. Dies folgt meines Erachtens zwingend aus dem Gesetz: „der widersprechende Gläubiger muß . . . nachweisen, daß *er* gegen die beteiligten Gläubiger Klage erhoben hat“<sup>3</sup>. Eine solche Klage könnte höchstens dem § 878 II genügen. In diesem Falle ist sie auch mit umgekehrten Parteirollen für zulässig zu halten.

Gegen die Zulässigkeit von Vereinbarungen über die Parteirollen im Rahmen der Widerspruchsklage spricht auch die Erwägung, daß der Widersprechende, falls er verklagt ist, die Zurücknahme der Klage und die hieran zwingend sich anschließende Verteilung der Masse nach Maßgabe des Verteilungsplanes<sup>4</sup> nicht verhindern könnte. Anders nur, wenn

<sup>1</sup> STEIN-JONAS: § 878 I 2; FÖRSTER-KANN: § 878 2; FALKMANN: § 68 V 9; OLG. Posen in Seuff. Arch. 60, 83, Nr. 45.

<sup>2</sup> So anscheinend auch RG. 72, 49.

<sup>3</sup> Zustimmend: FALKMANN: § 68 V 9, der aber meines Erachtens zu weit geht, wenn er (S. 912) die Verschiebung der Parteirollen schlechtweg für unzulässig hält.

<sup>4</sup> Vgl. oben S. 20, Anm. 3 und Text daselbst.

der erste Verhandlungstermin über diese Klage noch in die Frist des § 878 I fällt. Dann hätte nämlich der Beklagte<sup>1</sup> die Möglichkeit, durch Verweigerung seiner Zustimmung die Zurücknahme der Klage gemäß § 271 I zu verhindern. Diese Aussicht ist aber sehr gering, wenn man bedenkt, daß der erste Verhandlungstermin im allgemeinen erst zu einer Zeit stattfinden wird, die jenseits der erwähnten Frist liegt.

Es ist also festzustellen, daß Vereinbarungen oder eigenmächtige Umkehrungen der Parteirollen nicht schlechtweg unzulässig sind, daß aber Klagen, die in dieser Weise erhoben werden, nicht die Wirkung von Widerspruchsklagen im Sinne des § 878 I 1 haben und die Verteilung der Masse nicht aufhalten können.

2. Wenn nun ein derartiger Prozeß mit umgekehrten Parteirollen vollkommen selbständiger Beurteilung unterliegt und als Verfolgung eines eigenen Rechtes des durch den Widerspruch betroffenen Gläubigers anzusehen ist, so ergibt sich, daß er auch nicht an die besonderen für die Widerspruchsklage vorgesehenen Verfahrensvorschriften gebunden ist. Die Klage ist also weder im Gerichtsstand des § 879 I zu erheben<sup>2</sup>, noch bestehen für sie die unbedingten Zuständigkeitsbestimmungen des § 879 I, II<sup>3</sup>.

### § 8. Zulässigkeit des Rechtsweges.

Für die Widerspruchsklage nach § 878 ist der *ordentliche Rechtsweg stets* gegeben, auch wenn die Geltendmachung der Forderungen des Klägers oder des Beklagten der Zuständigkeit eines Sondergerichts, einer Verwaltungsbehörde oder eines Verwaltungsgerichts unterliegen

<sup>1</sup> Das ist also derjenige Gläubiger, der den Widerspruch erhoben hat.

<sup>2</sup> So auch FÖRSTER-KANN: § 879 2 a. E. — A. A.: STEIN-JONAS: § 879 I a. E.; SYDOW-BUSCH: § 879 I.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu RG. in Warn. 1909, 299, Nr. 331; OLG. Posen in Pos. MonSchr. 1911, 51 = OLG. 25, 200. — Die Stellungnahme von STEIN-JONAS: § 878 I 1 bietet zu Zweifeln Anlaß, da es den Anschein hat, als ob auch er eine Widerspruchsklage mit umgekehrten Parteirollen für zulässig hält. Auch die Ausführungen bei FREUDENTHAL-SAUERLÄNDER sind in dieser Hinsicht (§ 878 3 b) gleichfalls unklar. Die von STEIN-JONAS § 879 I a. E. erwähnten Entscheidungen aus dem Zwangsversteigerungsrecht (RG. 15, 221; 52, 336; RG. in Gruchot 42, 743) sprechen nur von der auch von mir befürworteten prinzipiellen Zulässigkeit einer Vertauschung der Parteirollen. Hier wäre im übrigen auch noch RG. 72, 49 hinzuzufügen. Darüber hinaus aber enthalten die angeführten Entscheidungen keinerlei Äußerung zu der höchst wichtigen Frage, ob derartige Klagen dann auch als Widerspruchsklagen im Sinne des § 878 I mit Suspensivwirkung auf die Verteilung anzusehen sind, oder ob sie nicht vielmehr als Klagen zur Geltendmachung eines eigenen Rechtes des Klägers, gegen dessen Liquidat im Verteilungstermin vom Beklagten widersprochen wurde, zu gelten haben. Für letztere, von mir vertretene Ansicht, scheint RG. 72, 49 zu sprechen. — A. A. anscheinend OLG. Frankfurt in HRR. 1929, Nr. 1171.

würde<sup>1</sup>. Dies bedarf im Hinblick auf die mannigfachen abweichenden Ansichten noch einer ausführlichen Begründung.

I. Gemäß § 13 GVG. gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte, es sei denn, daß für sie die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist. Es muß daher untersucht werden, ob die Entscheidung über die Rangfolge bei Verteilungsstreitigkeiten, in welche eine an sich nicht vor die ordentlichen Gerichte gehörige Forderung verwickelt ist, den besonderen Gerichten oder Behörden zugewiesen wurde.

1. Unzweifelhaft ist der Streit über die Rangfolge eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Zwar nicht schon deshalb, weil es sich um einen vermögensrechtlichen Streit handelt, — vermögensrechtliche Ansprüche können auch dem öffentlichen Recht unterstehen —, aber meines Erachtens unbedingt deshalb, weil Grundlage der Rangfolge das bürgerliche Recht, sowohl das Privatrecht als auch das Prozeßrecht ist. In welcher Reihenfolge einzelne Forderungen befriedigt werden sollen, ergibt sich nicht aus dem öffentlichen Recht. Dieses ist lediglich Quelle der Ansprüche. Der Grundsatz der Priorität, die Bevorzugung oder Benachteiligung von Pfand- und Vorzugsrechten, die für das Entstehen des Pfändungspfandrechtes wesentlichen Voraussetzungen haben mit dem öffentlichen Recht nichts zu tun. Sie sind sämtlich dem bürgerlichen Recht, insbesondere dem Prozeßrecht zu entnehmen, mag auch der zugrunde liegende Anspruch öffentlichrechtlicher Natur sein. Ein Rangstreit ist daher ein Streit über diese dem bürgerlichen Recht angehörenden Grundregeln und demnach stets eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG.

2. Dies würde den Gesetzgeber aber noch nicht hindern, für unsere Streitigkeiten aus besonderen Gründen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte aufzuheben, wie es im § 13 GVG. ausdrücklich vorgesehen ist, und wie er sie umgekehrt für gewisse öffentlichrechtliche Ansprüche begründet hat, indem er sie ein für allemal der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte überwies<sup>2</sup>. Eine solche von der Norm abweichende Regelung hätte aber durch besondere Bestimmungen erfolgen müssen, die für das Verteilungsverfahren zweifellos fehlen, so daß meines Erachtens bereits hieraus unbedingt geschlossen werden muß, daß der

<sup>1</sup> STEIN - JONAS: § 879 III; FÖRSTER-KANN: § 879 I; SEUFFERT: § 879 I. A. A.; GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht § 97 3; SYDOW-BUSCH: § 878 4; NEUKAMP: § 878 I b; FALKMANN: § 68 V 19; O. HEIN: S. 505; FREUDENTHAL-SAUERLÄNDER: § 879 I; RG. 32, 349; 34, 246.

<sup>2</sup> So wie dies z. B. im Art. 129 I RV. für die Ansprüche der Beamten aus dem Dienstverhältnis (vgl. § 149 Reichsbeamtengesetz v. 17. Mai 1907 und RG. 104, 252) oder in Art. 153 II RV. für die Entschädigungsansprüche bei Enteignungen geschehen ist.

Gesetzgeber die grundsätzlich gegebene Zuständigkeit nicht hat verändern wollen.

3. Man könnte allerdings noch untersuchen, ob das einschlägige öffentliche Recht nicht Vorschriften enthält, aus denen die unbedingte Zuständigkeit der besonderen Gerichte und Behörden für Streitigkeiten gefolgert werden kann, welche im Hinblick auf Ansprüche entstehen, die irgendwie im öffentlichen Recht begründet sind. Derartige Bestimmungen über die Zuständigkeit beziehen sich aber selbstverständlich nur auf diejenigen Streitigkeiten, die sich aus dem besonderen materiellen Recht<sup>1</sup> und dem Verfahren, das dieses regelt, ergeben<sup>2</sup>. Bei unseren Streitigkeiten handelt es sich aber um etwas anderes. Sie entspringen nicht einem besonderen materiellen Recht, sondern den allgemeinen privatrechtlichen und prozessualen Vorschriften. Die Pfändung für einen im besonderen materiellen Recht begründeten Anspruch und die Reihenfolge der sich hieran anschließenden Verwertung hat mit diesem besonderen Recht nichts zu tun.

II. Mit einem Analogieschluß aus § 146 V KO. kann man die hier vertretene Ansicht nicht widerlegen<sup>3</sup>.

1. Ein argumentum e contrario ist meines Erachtens sogar eher am Platze, da das Verteilungsverfahren und das Konkursverfahren überhaupt nicht miteinander verglichen werden können. Schon in ihrer rein äußeren prozessualen Gestaltung und in den verschiedenen Zwecken, denen sie dienen, weisen sie beträchtliche Unterschiede auf. Das Konkursverfahren dient der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger, das Verteilungsverfahren hingegen der Durchsetzung von behaupteten und bestrittenen Vorrechten, also gerade nicht dem Interesse der Gleichmäßigkeit. Hieraus folgt auch, daß das Konkursverfahren gerade die materielle Seite der von den Gläubigern angemeldeten Ansprüche einer eingehenden Nachprüfung unterziehen muß. Aus diesem Grunde betont § 146 V KO. noch besonders, daß die Zuständigkeit anderer Behörden, die sonst zur Entscheidung über den streitigen Anspruch ausschließlich berufen sind, nicht dadurch beschränkt werden soll, daß die Nachprüfung und Feststellung des Anspruches im Konkursverfahren erforderlich wird. Für das Verteilungsverfahren läßt sich aber ein solcher Grund nicht finden. Mit der Widerspruchsklage wird ja nicht die Feststellung des zugrunde liegenden Anspruches, sondern lediglich die Feststellung des ihm bei der Verteilung zukommenden Ranges verlangt. Hierbei wird es sich natürlich nicht immer umgehen lassen, die Berechtigung

<sup>1</sup> Also z. B. aus dem Steuerrecht im Fall des § 227 AO.

<sup>2</sup> Vgl. BECKER: § 227 I. — Hier muß es sich also um typische Steuerstreitigkeiten handeln.

<sup>3</sup> Dies tun nämlich die Vertreter der Gegenansicht (vgl. die S. 26 Anm. 1 Zitierten).

des Anspruches auch nach Grund und Betrag zu untersuchen. Eine derartige Prüfung ist dann aber nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck. Die im Widerspruchsprozeß ergehende Entscheidung weicht dann von der im § 146 V KO. gedachten erheblich ab, so daß sich meines Erachtens schon aus diesem Grunde eine analoge Anwendung der Konkursvorschrift verbietet.

2. Weiterhin ist aber noch zu berücksichtigen, daß die Anwendung des § 146 V KO. von Literatur und Praxis mit Recht auf diejenigen Fälle beschränkt wird, in denen eine materielle Feststellung des Anspruches, d. h. also nach Grund und Betrag, verlangt wird. Wird dagegen das Vorhandensein eines Vorrechtes (z. B. § 61 2 KO.) untersucht, so soll hierfür wieder § 146 II KO. gelten. Die Feststellung eines bestrittenen Vorrechtes kann nur vor den ordentlichen Gerichten erfolgen<sup>1</sup>. Diese Ansicht ist unbedingt zutreffend, wenn man berücksichtigt, daß § 146 V KO. die Zuständigkeit der besonderen Gerichte und Behörden nicht erweitern wollte, sondern nur noch ausdrücklich feststellt, daß eine gegebenenfalls begründete besondere Zuständigkeit insoweit durch das Konkursverfahren nicht beeinträchtigt werden soll<sup>2</sup>. Die Sondergerichte, Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte sollen zuständig bleiben, soweit dies auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften bestimmt ist. Für die Feststellung eines behaupteten Vorrechtes sind sie aber nicht berufen, da dies eine konkursrechtliche Besonderheit ist, über die lediglich die hierfür zuständige Behörde zu entscheiden hat<sup>3</sup>.

3. Der im vorstehenden zum Ausdruck kommende Gedanke scheint mir zur Stützung der hier vertretenen Ansicht verwertbar zu sein. Gegenstand der Widerspruchsklage sind die Teilnahmeberechtigung sowie die Rangordnung. Der richterlichen Feststellung unterliegt ein von dem Kläger dem Beklagten gegenüber behauptetes Vorrecht. Insofern ist es also unerheblich, daß für die zu treffende Entscheidung auch das zugrunde liegende materielle Rechtsverhältnis untersucht werden muß, da lediglich die Rangstelle bei der Verteilung und nicht der Anspruch als solcher festgestellt wird. Wir haben also die ähnliche

<sup>1</sup> Vgl. die umfangreiche Konkursliteratur, zit. in der maßgebenden und ausführlichen Entscheidung RG. 116, 368. — Vgl. ferner noch Dresden in OLG. 15, 43; RFH. in JW. 1927, 1172 = ERFH. 20, 240; RG. 114, 372.

<sup>2</sup> Zum besseren Verständnis muß man sich noch einmal vergegenwärtigen, daß bei Streitigkeiten im Konkursverfahren die Nachprüfung und Feststellung der materiellen Berechtigung das Wesentliche ist. Ist sie es einmal nicht, z. B. im Falle des § 61 2 KO., so wird ja die auch sonst nicht hierfür gegebene Zuständigkeit durch das Konkursverfahren nicht begründet.

<sup>3</sup> Auch sonst findet sich häufig, daß Fragen, deren Entscheidung an sich bestimmten Behörden vorbehalten ist, von anderen Behörden, quasi als Vorfragen, behandelt werden. So wenn z. B. im Falle des § 823 II BGB. erörtert wird, ob ein Betrug im Sinne des § 263 StGB. vorliegt.

Situation wie bei der Entscheidung über das Vorrecht im Konkursverfahren. In beiden Fällen besteht Streit über die Reihenfolge bei der Verteilung der Masse. Ich übersehe hierbei natürlich nicht, daß die Veranlassung zu dem Streit verschiedenartig ist. Diesen Unterschied halte ich aber insoweit für unsere Betrachtung nicht für ausschlaggebend. Das Gemeinsame ist die trotz des anscheinend widersprechenden § 146 V KO. bestehende Erkenntnis für das Konkursverfahren, daß Streitigkeiten über die Reihenfolge bei der Verteilung nichts mit der Natur des Anspruches zu tun haben, sondern Eigentümlichkeiten des besonderen Verfahrens sind.

Ich gelange daher auch auf diesem Wege dazu, die Zuständigkeit des § 879 in allen Fällen anzunehmen, in denen der zugrunde liegende Anspruch nicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterworfen ist.

III. Dieses Ergebnis ist meines Erachtens auch vom Standpunkt der Praxis zu begrüßen. Es ist nicht zu verkennen und im § 879 auch besonders zum Ausdruck gekommen, daß der Gesetzgeber eine möglichst starke Konzentration der verschiedenen Widerspruchsprozesse schon im Interesse einheitlicher Entscheidungen für wünschenswert hielt. Mit größter Deutlichkeit geht dies wohl aus § 879 II hervor. Dieser Zusammenhang wird aber dann gestört, wenn über einen der Widersprüche vor einer besonderen Behörde verhandelt wird, und somit gegebenenfalls mehrere Gerichte mit Verteilungsstreitigkeiten sich befassen müssen. Der Gesetzgeber wollte gerade, daß immer nur *ein* Gericht über sämtliche derartigen Streitigkeiten entscheiden soll<sup>1</sup>.

### § 9. Die Zuständigkeit.

I. *Örtliche* Zuständigkeit. Die Klage muß bei dem Verteilungsgericht, also demjenigen Gericht, bei welchem das Verteilungsverfahren anhängig ist, erhoben werden. Hat sich ein unzuständiges Gericht erst

<sup>1</sup> Bedauerlicherweise bestehen, soweit ich sehen konnte, keine veröffentlichten Entscheidungen, die das Problem unter dem speziellen Gesichtspunkt des Verteilungsverfahrens nach der Zivilprozeßordnung behandeln. Die von den Vertretern der Gegenansicht stets angeführten Entscheidungen RG. 32, 349; 34, 246 gehen vom Zwangsversteigerungsrecht aus und scheinen mir durch RG. 116, 368 überholt zu sein. Dort wird das Problem der Zuständigkeit bei bestrittenem Konkursvorrecht von Steuerforderungen behandelt. Die zuletzt erwähnte Entscheidung spricht für die von mir vertretene Ansicht. Auch eine Entscheidung des Hans. OLG. (Bf. IV. 311/29 vom 5. Juli 1929) (zit. bei PAGENSTECHE: Prozeßprobleme, § 7 A 9), die sich recht eigentlich mit einer anderen Frage beschäftigt, ist, allerdings ohne Begründung, gleichfalls meiner Ansicht. Es heißt dort gleich am Anfang: „Für eine Klage aus § 878 ist der ordentliche Rechtsweg . . . auch dann gegeben, wenn es sich um eine vom Reich wegen angeblicher Steuerforderungen ausgebrachte Pfändung handelt“. Vgl. schließlich auch noch RG. 114, 372.

einmal der Durchführung des Verteilungsverfahrens unterzogen, nachdem der Drittschuldner oder der Gerichtsvollzieher gemäß §§ 827, 853, 854 unter entsprechender Anzeige bei ihm hinterlegt haben, so wird es auch hierdurch für die Klageerhebung nach § 879 zuständig<sup>1</sup>.

II. *Sachliche* Zuständigkeit. Hier gelten die allgemeinen Bestimmungen. Demnach ist das Amtsgericht — also das Verteilungsgericht selbst<sup>2</sup> — zuständig, wenn der Streitgegenstand die Summe von 500 *RM* nicht übersteigt (§ 23 Nr. 1 GVG.); sonst das Landgericht, in dessen Bezirk das Verteilungsgerichts einen Sitz hat (§ 879 I ZPO., § 71 I GVG.). Gemäß § 879 II wird aber das Landgericht für alle Widerspruchsprozesse zuständig, wenn es nur für einen der im Erklärungsstermin unerledigt gebliebenen Widersprüche zuständig war<sup>3</sup>. Hiernach ist es aber nicht erforderlich, daß gerade dieser, die Zuständigkeit des Landgerichts begründende Widerspruch bereits in einem beim Landgericht anhängigen Prozeß verfolgt wird<sup>4</sup>. Es genügt, daß er überhaupt ordnungsmäßig erhoben wurde, so daß eine Wahrscheinlichkeit für seine Verfolgung im Prozeßwege besteht. Hierdurch wird dann die Zuständigkeit des Landgerichts endgültig begründet. Dies folgt daraus, daß ein Gläubiger, der einen zur Zuständigkeit des Amtsgerichts gehörenden Widerspruch im Prozeßwege durchführen will, nicht warten kann, bis derjenige Konkurrent, dessen Widerspruch die Zuständigkeit des Landgerichts begründet hat, die Klage erhebt. Inzwischen kann nämlich für ihn bereits längst die Frist des § 878 I verstrichen und die Ausführung des Verteilungsplanes ungeachtet des erhobenen Widerspruches angeordnet sein. Berücksichtigt man dies, dann muß man auch in Kauf nehmen, daß unter Umständen das Landgericht nur mit Widerspruchsprozessen befaßt wird, die an sich zur Zuständigkeit des Amtsgerichts gehören. Dieser Fall kann nämlich eintreten, wenn der Gläubiger, dessen Widerspruch die Zuständigkeit des Landgerichts begründete, die Erhebung der Klage unterläßt. Es würde aber dem Grundsatz der Konzentration

<sup>1</sup> Vgl. oben § 1 I und RG. 36, 360; 52, 312.

<sup>2</sup> Allerdings als Prozeßgericht. nicht als Vollstreckungsgericht. Bei großen Behörden ist dieser Unterschied wegen der internen Organisation beachtlich.

<sup>3</sup> Das einmal zuständig gewordene Landgericht kann auch nicht dadurch unzuständig werden, daß der die Zuständigkeit begründende Widerspruch durch Teilklagen verfolgt wird. Dies ergibt sich daraus, daß andere Gläubiger, die durch ihre Widerspruchserhebung gleichfalls zur Klageerhebung genötigt sind, stets über die Zuständigkeit im Ungewissen wären und Gefahr liefen, durch Klageerhebung bei einem sachlich unzuständigen Gericht die Frist des § 878 I 1 zu versäumen. So auch: LG. I Berlin in KGBl. 1912, 7. — A. A.: FALKMANN: § 68 V 10b, Anm. 15.

<sup>4</sup> STEIN-JONAS: § 879 II; BAUMBACH: § 879 I. 2; FÖRSTER-KANN: § 879 2; SEUFFERT: § 879 2; FALKMANN: § 68 V 10b; OLG. Jena in Seuff. Arch. 51. 477, Nr. 305.

widersprechen, wenn § 879 II nur für solche Klagen Geltung haben sollte, die bereits vor dem Landgericht erhoben sind. Wir würden dann gegebenenfalls Prozesse vor verschiedenen Gerichten haben, wenn nämlich die landgerichtliche Widerspruchsklage erst nach der amtsgerichtlichen erhoben wird. Für eine nachträgliche Verweisung wäre dann kein Raum. Unterstellt man nämlich die gegenteilige Ansicht als zutreffend, so ergibt sich, daß das Amtsgericht mindestens zur Zeit der Klagerhebung zuständig war, da vor dem Landgericht noch keine Klage schwebte (§§ 274, 276).

Selbstverständlich muß aber der Widerspruch, der die Zuständigkeit des Landgerichts begründet, noch unerledigt sein. Steht nämlich endgültig fest, daß er aus irgendwelchen Gründen nicht mehr durchgeführt wird, dann entfallen diejenigen Voraussetzungen, die für eine unbedingte Zuständigkeit des Landgerichts sprechen; insbesondere ist es dann nicht mehr ungewiß, ob die Widerspruchsklage, die vor das Landgericht gehört, erhoben werden wird oder nicht. Auch der Grundsatz der Konzentration ist dann in diesem Falle nicht mehr gefährdet.

III. Die nach den örtlichen und sachlichen Zuständigkeitsvorschriften angeordneten Gerichtsstände sind *ausschließliche* (§ 802). Eine abweichende Vereinbarung ist gemäß § 879 II nur zur Begründung der Zuständigkeit des Verteilungsgerichtes zulässig. Eine Prorogation an das übergeordnete Landgericht ist für unzulässig zu halten<sup>1</sup>. Der Analogieschluß aus § 879 II und der im § 10 zum Ausdruck kommende Gedanke der „präsumptiv besseren Rechtsprechung des Kollegialgerichtes“ können schon aus dem Grunde nicht zur Stützung einer gegenteiligen Ansicht herangezogen werden, weil § 802 als *lex specialis* für das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht übergangen werden kann. Da im allgemeinen die Amtsgerichte nach der Zivilprozeßordnung Vollstreckungsgerichte sind, ist durch § 879 II die Prorogation an das funktionell zuständige Gericht gestattet, trotzdem die Zuständigkeit sich im allgemeinen nach dem Wert des Streitgegenstandes und nicht nach der zugeteilten Funktion richtet. Nur aus diesem Grunde und im Interesse der Parteien ist eine Vereinbarung für erlaubt erklärt worden, die dem Verteilungsgericht die Entscheidung über sämtliche Widersprüche überträgt, weil das so prorogierte Gericht bereits als Verteilungsgericht die Sach- und Rechtslage besser kennt. Ein solcher Grund ist aber für die

<sup>1</sup> STEIN-JONAS: § 879 II; LG. I Berlin, in KGBl. 1912, 7; anscheinend auch OLG. Darmstadt in Seuff. Arch. 42, 242; welches die Klage an das an sich sachlich zuständige Amtsgericht verweist, ohne auf die von den Parteien behauptete und vorgetragene Vereinbarung der landgerichtlichen Zuständigkeit einzugehen. — A. A.: FÖRSTER-KANN: § 879 2; BAUMBACH: § 879 2; SEUFFERT: § 879 I; FALKMANN: § 68 VIob; HELLWIG: Lehrb. II, § 97 III 2.

Übertragung der Verteilungsstreitigkeiten an das Landgericht nicht erkennbar.

IV. Die Bestimmungen über die Zuständigkeit und die im Anschluß hieran gemachten Erörterungen gelten nur für die Klage aus § 878 I, sofern sie vor Ausführung des Verteilungsplanes<sup>1</sup> erhoben worden ist. Das hiernach gesetzmäßig angerufene Gericht bleibt auch dann zuständig, wenn der Kläger es unterlassen hat, dem Verteilungsgericht die Klagenerhebung gemäß § 878 I 1 nachzuweisen. Die unterlassene Anzeige hat für den Kläger nur den Rechtsnachteil, daß die eingetretene Unterbrechung des Verteilungsverfahrens wieder wegfällt. Die einmal begründete Zuständigkeit wird hierdurch nicht berührt<sup>2</sup>. Dies folgt unbedingt zwingend aus § 263 II 2. Daß die Klage für das Verteilungsverfahren gegenstandslos wird, wenn der Richter bei Versäumung der Nachweisfrist die Verteilung der Streitmasse unbekümmert um den Widerspruch nach Maßgabe des Teilungsplanes anordnet, ist für die Frage der Zuständigkeit belanglos. Der Kläger kann nämlich, ohne sich dem Vorwurf einer unzulässigen Klagänderung auszusetzen, die gegenstandslos und unzulässig gewordene Widerspruchsklage in eine Klage aus dem besseren Recht (§ 878 II) ändern (§ 268 Nr. 3). Lediglich in diesem Falle gelten dann ausnahmsweise auch für die Bereicherungsklage die Zuständigkeitsvorschriften des § 879. Sonst aber ist zu beachten, daß mit den Worten „die Klage“ im § 879 I nach feststehender Rechtsprechung nur die Klage aus § 878 I, nicht auch die Bereicherungsklage aus § 878 II, gemeint ist<sup>3</sup>.

### § 10.

#### Die Einwirkung anhängiger Prozesse auf die Widerspruchsklage.

I. Es ist denkbar, daß zwischen den Gläubigern, die an einem Widerspruch beteiligt sind, bereits vor Eintritt des Verteilungsverfahrens ein Prozeß schwebte, in dem gleichfalls über das Prioritätsrecht eines Konkurrenten gestritten wird. Dieser Prozeß wird gewöhnlich eine Feststellungsklage sein. Tritt nun während seiner Rechtshängigkeit das Verteilungsverfahren ein, so ist selbstverständlich der durch die Ausführung im Verteilungsplan angeblich benachteiligte Gläubiger nicht gehindert, dem Liquidat des ihn benachteiligenden Gläubigers zu widersprechen. Dies dürfte keinen Bedenken unterliegen. Das Widerspruchsrecht wird durch einen über die Prioritätsfrage bereits anhängigen Prozeß sicherlich nicht beeinträchtigt. Der Gläubiger ist sogar in seinem

<sup>1</sup> Also auch nach Ablauf der im § 878 I gesetzten Frist, wenn der Verteilungsrichter trotzdem den Verteilungsplan noch nicht zur Ausführung gebracht hat.

<sup>2</sup> RG. 99, 202 (insbes. 207); RG. in Gruchot 38, 184, Nr. 16.

<sup>3</sup> RG. 21, 357; RG. in Gruchot 38, 184 und alle Kommentare.

eigenen Interesse genötigt, Widerspruch zu erheben, denn sonst würde der Verteilungsrichter, wie wir sahen, nicht gehindert werden, den Verteilungsplan auszuführen. Die im Vollstreckungsverfahren gegebenen Rechtsbehelfe, die dem Gläubiger die Herbeiführung der einstweiligen Einstellung des Verteilungsverfahrens ermöglichen, könnten von dem Kläger mangels der erforderlichen Voraussetzungen nicht erfolgreich geltend gemacht werden. Aus diesem Grunde muß er also, um sich seine Rechte zu wahren und die Verteilung einstweilen aufzuschieben, Widerspruch und gegebenenfalls die Widerspruchsklage erheben. Hier erscheint es zweifelhaft, ob der Beklagte im Widerspruchsprozeß nunmehr die *Einrede der Rechtshängigkeit* unter Verweisung auf den bereits außerhalb des Verteilungsverfahrens anhängigen Prozeß geltend machen kann. Die Praxis<sup>1</sup> hat diese Frage mit Recht verneint. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird schon allein durch die Erwägung getragen, daß die Widerspruchsklage des Verteilungsverfahrens ein nach Voraussetzungen, Inhalt und Wirkungen eigenartiger Rechtsbehelf ist, dem die Identität des Rechtsschutzzieles mit einer außerhalb des Verteilungsverfahrens erhobenen Klage fehlt.

II. Ist zwischen den am Widerspruch beteiligten Gläubigern bereits vor Eintritt des Verteilungsverfahrens ein Prozeß über das Prioritätsrecht anhängig, so bleibt ferner noch zu erwägen, ob man nicht aus praktischen und prozeßökonomischen Gründen eine Vereinbarung der Parteien für gültig halten kann, die diesem Prozeß die Bedeutung eines Widerspruchsprozesses beilegt. Das Reichsgericht läßt die Entscheidung dieser Frage einmal offen<sup>2</sup>, ein anderes Mal nimmt es im bejahenden Sinne<sup>3</sup>, allerdings ohne ausreichende Begründung, zu ihr Stellung.

Meines Erachtens sprechen folgende Erwägungen für die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung. Voraussetzung für die Beachtlichkeit muß jedenfalls sein, daß der außerhalb des Verteilungsverfahrens anhängige Rechtsstreit den besonderen formellen Voraussetzungen des Widerspruchsprozesses genügt, daß also insbesondere die Vorschriften über die sachliche und örtliche Zuständigkeit, die Parteirollen usw. beachtet sind. Hiermit erschöpft sich dann aber das öffentliche Interesse und auch das Parteiinteresse. Vor allen Dingen ist zu bedenken, daß der widersprechende Gläubiger ja jederzeit durch entsprechende Klageänderung mit Einverständnis des Beklagten (§ 264) erreichen kann, daß direkt über den Widerspruch verhandelt werden muß. Man wird den

<sup>1</sup> RG. 37, 390; 72, 49. — Zustimmend: STEIN - JONAS: § 878 III; FÖRSTER-KANN: § 878 I; HELLWIG: Anspruch, S. 502.

<sup>2</sup> RG. 37, 391: „die Widerspruchsklage mag, was hier dahingestellt bleiben kann, durch eine schon vorher bei dem hiernach zuständigen Gericht erhobene Klage unter Umständen ersetzt werden könne...“

<sup>3</sup> RG. in Gruchot 42, 743, Nr. 28 (insbes. S. 746).

Parteien also nicht verbieten, eine derartige Vereinbarung zu treffen wenn sie den praktisch gleichwertigen Erfolg auf einem Umweg erreichen können. Da auch keine Interessen Dritter gefährdet oder gar verletzt werden — der Teilungsplan wird ja im übrigen ausgeführt — sind gegen die Gültigkeit einer Vereinbarung im vorerwähnten Sinne unter den angegebenen Voraussetzungen keine Bedenken ersichtlich<sup>1</sup>.

## II. Besonderer Teil.

### Die Begründung der Widerspruchsklage.

#### § 11. Allgemeines.

I. Zur Begründung der Widerspruchsklage dürfen nur solche Tatsachen herangezogen werden, die bereits zur Zeit des Verteilungstermines vorlagen<sup>2</sup>. Dies bedeutet nun aber nicht, daß die Widerspruchsklage nur auf diejenigen Gründe beschränkt ist, die der Gläubiger bereits im Verhandlungstermin über den Teilungsplan geltend gemacht hat oder ohne sein Verschulden nicht geltend machen konnte<sup>3</sup>. Dies folgt schon daraus, daß, wie wir sahen<sup>4</sup>, eine gesetzliche Nötigung zur Begründung

<sup>1</sup> Im Ergebnis zustimmend: STEIN-JONAS: § 878 III Anm. 40; FÖRSTER-KANN: § 878 I; FALKMANN: § 54 II 3; HELLWIG, : Anspruch, S. 502 Anm. 81. OLG. Frankfurt in HRR. 1929, Nr. 117 I. — A. A.: KOHLER: S. 183. — Ist die Klage bei einem für den Widerspruchsprozeß unzuständigen Gericht anhängig, so besteht nicht die Möglichkeit einer Verweisung nach § 276. Denn unzuständig wäre das angerufene Gericht nur bei Gültigkeit der Vereinbarung. Dies kann aber nach den im Text gemachten Ausführungen nur dann der Fall sein, wenn die erforderlichen Voraussetzungen, also Anhängigkeit bei dem auch nach § 879 zuständigen Gericht, vorliegen. Dies übersieht STEIN-JONAS: a. a. O. — Die Begründung, die O. HEIN (S. 505 u. 506) für die prinzipielle Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen gibt, ist teils wenig überzeugend, teils mit Rücksicht auf den seit der Novelle von 1924 bestehenden Wortlaut des § 224 II nicht mehr zutreffend.

<sup>2</sup> RG. 62, 168; 65, 62 = RG. in JW. 1907, 105, Nr. 7; RG. 75, 313; 84, 8; RG. in Warn. 1915, 471, Nr. 302 = JW. 1915, 1363, Nr. 13 = ZBIFG. 17, 25; RG. in Warn. 1918, 16, Nr. 9; RG. in Gruchot 60, 346; RG. in ZBIFG. 10, 248; Dresden in OLG. 27, 216; KG. in OLG. 31, 127. — A. A. teilweise: REINHART im „Recht“ 1908, S. 20ff., der den allgemeinen Grundsatz, daß für die richterliche Entscheidung die Sachlage zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend sei, auch hier anwenden will. REINHART übersieht meines Erachtens aber, daß der Teilungsplan, wenn kein Widerspruch erhoben worden wäre, zur Ausführung hätte kommen müssen. Hierauf hatten die Beteiligten einen Anspruch. Unterbleibt die Verteilung also infolge des Widerspruches, so muß festgestellt werden, ob er zur Zeit seiner Erhebung begründet war.

<sup>3</sup> Vgl. dagegen die Regelung in den §§ 139, 146 IV KO. oder noch deutlicher im § 111 I 3 GenG.

<sup>4</sup> Vgl. oben § 5 II Text zu Anm. 1 S. 16.

des Widerspruches nicht besteht. Der Gläubiger hat also nicht zu befürchten, daß er mit Gründen, die die Erhebung seines Widerspruches rechtfertigen, im Widerspruchsprozeß ausgeschlossen wird. Er ist durch keine gesetzliche Vorschrift gehalten, bereits bei Erhebung des Widerspruches eine durchgreifende Begründung zu geben. Tut er es dennoch, so kann es für ihn nicht den Rechtsnachteil des Ausschlusses anderweitiger Gründe nach sich ziehen. Er kann demnach im Widerspruchsprozeß sowohl Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen, die er im Verteilungsverfahren noch nicht vorgebracht hat, als auch früher geltend gemachte Gründe gänzlich fallen lassen oder durch andere ersetzen.

Die vorerwähnte Beschränkung ergibt sich aber aus folgender Überlegung: Gegenstand der Widerspruchsklage ist der im Verteilungstermin erhobene und unerledigt gebliebene Widerspruch. Über ihn soll eine Entscheidung des Inhalts herbeigeführt werden, ob er zur Zeit seiner Geltendmachung gerechtfertigt war oder nicht. Hieraus ergibt sich von selbst, daß für die Prozeßentscheidung lediglich die Sachlage maßgebend sein kann, wie sie zur Zeit des Verteilungstermines<sup>1</sup> bestand. Es können demnach zur Begründung nur solche Tatsachen und Ereignisse verwertet werden, die bereits zu diesem Zeitpunkt vorlagen<sup>2</sup>. Leitet ein Gläubiger beispielsweise seine Aktivlegitimation erst aus einer nach dem Verteilungstermin ausgebrachten Pfändung und Überweisung etwaiger Rechte eines am Verteilungsverfahren teilnehmenden Gläubigers her, so ist er zur Klagerhebung nicht befugt<sup>3</sup>. Anders ist es nur in dem Fall, daß der widersprechende Gläubiger nach dem Verteilungstermin in Konkurs fällt und die Aktivlegitimation des Konkursverwalters sich dann erst ergibt. Hier ist die Sachlage insofern anders gestaltet, als der von dem Gemeinschuldner erhobene Widerspruch nach wie vor Streitgegenstand bleibt, während dem Konkursverwalter lediglich seine prozessuale Verfolgung obliegt. Allerdings leitet auch er seine Aktiv-

<sup>1</sup> Dies auch dann, wenn der Widerspruch zulässigerweise vor dem Verteilungstermin (vgl. oben § 5 II S. 16) erhoben wurde, da er erst im Termin, bei Verhandlung über den Verteilungsplan, wirksam wird. Vor diesem Zeitpunkt besteht, wie wir sahen, nur ein Planentwurf. Dieser wird erst in dem Termin zu der eigentlichen gerichtlichen Entscheidung, zum Verteilungsplan, gegen den nunmehr ein Widerspruch zulässig ist. Ist dieser schon vorher erhoben, so kann er erst jetzt Wirkungen zeitigen. Für seine Begründung müssen daher auch Ereignisse, die zwischen Widerspruchserhebung und Verteilungstermin eingetreten sind, herangezogen werden können.

<sup>2</sup> Mit Recht weist FALKMANN (§ 68 V II) darauf hin, daß die Zustimmung des Beklagten hieran nichts ändern kann. Eine Anwendung des § 264 verbietet sich natürlich von selbst, da es sich nicht um eine Klageänderung handelt. Für eine analoge Anwendung des zugrunde liegenden Gedankens fehlt es an einem rechtfertigenden Grunde.

<sup>3</sup> GR. 62, 168.

legitimation aus einem Ereignis ab, welches erst nach dem Verteilungstermin eingetreten ist. Der Inhalt des durch ihn aufgenommenen Widerspruchsprozesses wird jedoch hierdurch nicht berührt, da auch jetzt noch eine Entscheidung über den vom Gemeinschuldner wirksam erhobenen Widerspruch erfolgt. Diese durch den Konkursverwalter für den Gemeinschuldner herbeigeführte Entscheidung ist selbstverständlich für und gegen die Konkursmasse wirksam<sup>1</sup>. Die Identität des Streitgegenstandes ist in diesem Falle also, abweichend von dem zuerst gegebenen Beispiel, gewahrt.

II. Die Begründung der Widerspruchsklage im Mobiliarvollstreckungsrecht steht unter wesentlich anderen Voraussetzungen als im Immobilienvollstreckungsrecht. Hier beruht nämlich die Teilnahmeberechtigung und auch die Rangfolge der beteiligten Gläubiger nicht auf einem Vollstreckungstitel, sondern einzig und allein auf dem materiellen Recht<sup>2</sup>. Als Konsequenz ergibt sich, daß in diesem Widerspruchsverfahren gegen die Teilnahmeberechtigten sämtliche Einwendungen zulässig sind, welche sich gegen das materielle Recht richten. Die Gläubiger können also nicht nur die Priorität der vorgesetzten Forderungen, sondern auch ihren Bestand bestreiten, mithin sämtliche auch im materiellen Recht begründeten Einwendungen gegen die Gültigkeit der vorgehenden Forderungen erheben<sup>3</sup>.

Die Begründung unserer Widerspruchsklage unterliegt jedoch anderen Bedingungen. Da die Legitimation zur Teilnahme am Verteilungsverfahren auf einem Vollstreckungstitel beruht, so wird zu prüfen sein, inwieweit dieser im Widerspruchsprozeß angegriffen werden kann.

III. Die nunmehr in den Mittelpunkt der Erörterungen tretende Frage, wie die Widerspruchsklage im einzelnen begründet werden kann, bietet mannigfache Schwierigkeiten. Die vorhandene Literatur erschöpft sich im allgemeinen darin, eine Aneinanderreihung von Einzelfällen zu bringen, ohne die gemeinsamen Gesichtspunkte mit aller Schärfe herauszuarbeiten und ohne den Versuch zu unternehmen, allgemeingültige Grundsätze aufzustellen. Auch die Rechtsprechung behandelt unsere Frage nur verhältnismäßig spärlich. So trifft heute noch zu, was STEIN<sup>4</sup> bereits im Jahre 1913 gesagt hat, daß nämlich das Verteilungsverfahren trotz seiner großen praktischen und theoretischen

<sup>1</sup> RG. 65, 62 (insbes. S. 66).

<sup>2</sup> Hier hat nämlich nur der betreibende Gläubiger einen Titel. Die Teilnahmeberechtigung und der Rang der anderen Gläubiger ergeben sich aus §§ 10, 11 ZVG.

<sup>3</sup> RG. in JW. 1890, 294; vgl. ferner statt aller FISCHER-SCHAEFER: § 115 2, 3b; JAECKEL-GÜTHE § 115 Anm. 8.

<sup>4</sup> STEIN: Grundfragen, S. 99.

Bedeutung immer noch nicht die gebührende Durcharbeitung erfahren hat. In einem sonst so vortrefflichen und ausführlichen Werk wie HELLWIG-OERTMANN finden wir sogar die resignierte Bemerkung<sup>1</sup>, daß die Frage nach der Begründung des Widerspruches nicht näher untersucht werden könnte, da sie noch wenig geklärt und im einzelnen zweifelhaft sei. Erst in allerletzter Zeit ist eine Monographie von PAGENSTECHER<sup>2</sup> erschienen, die das hier interessierende Problem behandelt.

Die Streitigkeiten, die bei Beantwortung der aufzuwerfenden Fragen entstehen, haben nicht zuletzt ihre Veranlassung in einem vollständigen Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen. Aus diesem Grunde muß man nämlich auf allgemeine Fragen des Vollstreckungsrechtes zurückgehen, über die bekanntlich eine Fülle von entgegengesetzten und unvereinbaren theoretischen Ansichten besteht. Hieraus ergeben sich dann die Schwierigkeiten, die sich der Bearbeitung unseres Fragenkomplexes entgegenstellen.

## § 12. Das Pfändungspfandrecht als Grundlage der Rangordnung.

I. Das Pfändungspfandrecht gewährt dem Gläubiger dieselben Rechte wie ein Vertragspfandrecht, nicht nur im Verhältnis zu anderen Gläubigern überhaupt (§ 804 II Halbsatz 1), sondern insbesondere auch im Verhältnis zu anderen Pfändungspfandgläubigern (§ 804 III). Die Reihenfolge der durch Pfändung begründeten Pfandrechte ergibt die Rangordnung im Verteilungsverfahren und muß bei Aufstellung des Verteilungsplanes berücksichtigt werden. Sind also die einzelnen Gläubiger nach der Zeitfolge ihrer Pfändungen im Verteilungsplan aufgeführt, so können die schlechter bedachten Konkurrenten dem Liquidat der vorgehenden mit der Behauptung widersprechen, daß die allerdings vorzeitigeren Pfändungen nicht zur Begründung eines Pfandrechtes geführt hätten. Da nur ein Pfändungspfandrecht anderen Konkurrenten gegenüber ein Recht auf bevorzugte Berücksichtigung bei der Verteilung gewährt, können auch nur solche Gläubiger vor anderen Prätendenten befriedigt werden, die durch ihre früheren Pfändungen ein Pfandrecht erworben haben. Dies folgt einerseits, wie bereits erwähnt, aus dem Gesetz (§ 804 III), andererseits aber auch aus den besonderen Zwecken des Verteilungsverfahrens, welches mitsamt dem Widerspruchsprozeß der beschleunigten Befriedigung der beteiligten Vollstreckungsgläubiger dient. Würde die Verteilung entgegen der Vorschrift des § 804 III unabhängig von einem Pfändungspfandrecht erfolgen, so wäre die Konsequenz, daß ein nachstehend besser berechtigter Vollstreckungsgläubiger

<sup>1</sup> HELLWIG-OERTMANN: § 334 3c<sup>β</sup>, Anm. II.

<sup>2</sup> Prozeßprobleme, I. Teil, Zur Rangordnung im Verteilungsverfahren, 1930.

durch Pfändung des Bereicherungsanspruches seines Vollstreckungsschuldners gegen den vorgehenden Konkurrenten, oder direkt aus eigenem Recht, erst noch lange Bereicherungsprozesse führen müßte. Um dies zu vermeiden, und um alle berechtigten Gläubiger möglichst schnell zu befriedigen, findet im Widerspruchsprozeß bereits eine antizipierte Prüfung der Frage statt, wem der auszuzahlende Erlös letzten Endes gebührt. Das Widerspruchsverfahren muß also insoweit die materielle Rechtslage als Vorfrage für die endgültige Entscheidung, ähnlich wie im Falle des § 771, erörtern. Diese materiellrechtliche Untersuchung bildet, mangels öffentlichen Interesses, keine Officialpflicht für das Verteilungsgericht. Die interessierten Vollstreckungsgläubiger sind vielmehr genötigt, von sich aus durch Gebrauch der zulässigen Rechtsbehelfe, d. h. also durch Erhebung und Verfolgung eines Widerspruches, das Gericht zu einer Prüfung der materiellen Rechtslage zu veranlassen. Widerspricht hiernach ein am Verteilungsverfahren teilnehmender Vollstreckungsgläubiger der Ausführung des Verteilungsplanes, so ergibt sich sein Interesse, die Zwangsvollstreckung nur insoweit durchgeführt zu sehen, als sie auch materiell begründet ist, aus seinem Pfändungspfandrecht. Eine materiellunrichtige Verteilung wäre eine Verletzung seines Rechtes, welches ihm den gesetzmäßig verbrieften Anspruch gibt, daß nur solche Konkurrenten vor ihm befriedigt werden, die ein gleichwertiges, allerdings vorzeitigeres Recht haben. Aus diesem Grunde hat auch nur der materiell besser berechtigte Konkurrent ein Recht auf Befriedigung vor anderen Prätendenten.

II. Da die Vollstreckungsgläubiger ihr Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus ihrem Pfändungspfandrecht entnehmen, so fragt sich, wann sie ein solches erwerben. Nach der mißverständlichen und auch oft mißverstandenen Fassung des § 804 I könnte man das Pfändungspfandrecht für eine unbedingte Folge einer jeden Pfändung halten. Die Unrichtigkeit einer derartigen Ansicht ergibt sich aber bereits aus der Überlegung, daß, wenn der Gesetzgeber die Absicht gehabt hätte, neben dem bürgerlichrechtlichen vertraglichen (§ 1204 BGB.) und gesetzlichen (§ 1257 BGB.) auch noch ein besonderes prozeßrechtliches, in seiner juristischen Struktur vollkommen abstraktes Pfandrecht zu schaffen, er dies deutlicher und ausführlicher zu erkennen gegeben hätte. Der Bestand des Pfändungspfandrechtes kann daher nicht lediglich durch die Pfändung bedingt sein, es müssen vielmehr auch noch andere Entstehungsvoraussetzungen hinzukommen. Für ihre Erkenntnis bietet uns das Prozeßrecht, mangels einer entsprechenden Regelung, keinerlei Unterlagen. Aus diesem Grunde werden wir gezwungen, die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes, welche das Pfandrecht in seiner rechtlichen Struktur charakterisieren, auch für das Pfändungspfandrecht heranzuziehen, soweit sich nicht aus der Zivilprozeßordnung

selbst, oder aus dem Zusammenhang ihrer Bestimmungen, etwas anderes ergibt. Da das Pfändungspfandrecht kein besonderes prozessuales Gebilde ist, kann es auch in seiner wesentlichen Gestaltung nur ein bürgerlich-rechtliches Pfandrecht sein<sup>1</sup>. Hiermit gelangen wir von selbst dazu, für das Pfändungspfandrecht die Eigenschaft eines akzessorischen Rechtes in Anspruch zu nehmen.

Letzteres ist wiederholt bestritten worden<sup>2</sup>. Allerdings nur in der Prozeßrechtswissenschaft. Die Kommentare und Lehrbücher des bürgerlichen Rechtes haben sich fast sämtlich bereits früher dazu bekannt, auch für das Pfändungspfandrecht die Akzessorität anzuerkennen. Heute ist die auch hier vertretene Ansicht, die das Pfändungspfandrecht als akzessorisches Recht behandelt, als herrschend zu bezeichnen<sup>3</sup>. Nun aber nicht im Sinne einer Akzessorietät zum Vollstreckungsanspruch oder zum Vollstreckungsrecht<sup>4</sup>, sondern zu der zu sichernden<sup>5</sup> Forderung. Wer die Akzessorietät zum Vollstreckungsanspruch behauptet, übersieht, daß durch seinen Wegfall das Pfändungspfandrecht als Vollstreckungswirkung nicht ohne weiteres erlischt, sondern daß es vielmehr im allgemeinen erst noch einer besonderen und ausdrücklichen Aufhebung der bereits vollzogenen Vollstreckungsmaßnahmen (§§ 775, 776) bedarf<sup>6</sup>. Wer aber überhaupt jegliche Akzes-

<sup>1</sup> RG. 57, 323; 60, 70; 61, 330; 87, 412; 97, 34; 104, 300; 105, 408; 108, 318; RG. in JW. 1912, 753, Nr. 18 = Warn. 1912, 329, Nr. 294; RG. in JW. 1913, 101, Nr. 17 = Warn. 1913, 35, Nr. 30; KG. in KGJ. 40, 314, Nr. 67; KG. in KGJ. 42, 228, Nr. 58 und neuerdings OLG. Köln in JW. 1930, 2987, Nr. 14.

<sup>2</sup> So z. B. von PAGENSTECHER: Gruchot 50, 274 ff. und Rhein. Z. VI, 511/13; GOLDSCHMIDT: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, S. 36, 56, 79; EMMERICH: S. 254 und daselbst Anm. 547, S. 528 und daselbst Anm. 590; MÜLLER: S. 12, 16, 20, 45; KOHLER: S. 157; SCHMIDT: § 145 II, S. 934; WEISMANN: § 147 II 4; WEIGELIN: § 1; GEIB: S. 85.

<sup>3</sup> So jetzt auch STEIN-JONAS: § 804 I, II 1; STEIN: Grundfragen, S. 31 ff.; FÖRSTER-KANN: § 804 IIIa; ROSENBERG: § 196 II 2 b α; GOLDSCHMIDT: Prozeß als Rechtslage, S. 178, Anm. 971; ders.: Zivilprozeßrecht, § 94 1a δ; SEUFFERT: § 804 7c; HELLWIG-OERTMANN: § 314 2d α, γ; FALKMANN: § 51 3; W. HEIN: Identität II, S. 98, Anm. 39; SCHWINGE, S. 98 ff.

<sup>4</sup> Wie dies z. B. von PAGENSTECHER: Gruchot 50, 274 ff.; EMMERICH: S. 258; BUNSEN: S. 30; SCHMIDT: § 145 II, S. 934 und wohl auch von WEISMANN: § 147 II 4 angenommen wird.

<sup>5</sup> Auch dieser Sicherungsgedanke ist verschiedentlich gelehnet worden. So z. B. von SIBER: S. 157 ff.; GEIB: S. 85; HASENPFLUG, S. 92 ff.; DEMELIUS: S. 28 ff., 39, 48 ff., die den Befriedigungsgedanken in den Vordergrund stellen. Sie übersehen aber hierbei, daß der Vollstreckungsgläubiger bis zur Verwertung des Pfandes gerade gesichert werden soll. Ferner gibt es zahlreiche Pfandrechte, die nicht zur Befriedigung, sondern lediglich zur Sicherung des Gläubigers dienen: Vgl. §§ 720, 930 II, III. — Gegen den Befriedigungsgedanken als Hauptzweck des Pfändungspfandrechtes vgl. auch noch PAGENSTECHER: Gruchot 50, 281; STEIN: Grundfragen, S. 30.

<sup>6</sup> Insoweit richtig PAGENSTECHER: Gruchot 50, 293 ff.

sorietät leugnet und die Ansicht vertritt, daß das Pfändungspfandrecht lediglich durch den Staatsakt der Pfändung begründet und nach Inhalt und Umfang bestimmt werde<sup>1</sup>, übersieht, daß nicht das Pfandrecht die Wirkung der bloßen Pfändung ist, sondern daß diese hierneben auch noch eine andere Wirkung, nämlich die Verstrickung hat. Letztere allerdings ist die ständige Folge einer jeden ordnungsmäßigen Pfändung.

Die deutlich erkennbare Zurückhaltung, den maßgebenden Grundsatz unserer Erörterungen, daß nämlich das Pfändungspfandrecht die alleinige und ausschlaggebende Grundlage für die Rangordnung im Verteilungsverfahren ist, unmißverständlich zum Ausdruck zu bringen und konsequent durchzuführen, dürfte darauf zurückzuführen sein, daß man die beiden erwähnten verschiedenartigen Folgen der Pfändung noch immer nicht klar genug erkannt hat und vor allen Dingen auch nicht streng genug auseinanderhält. Die Pfändung bewirkt erstens eine Verstrickung. Sie ist die publizistische Wirkung des in jeder Vollstreckungshandlung zum Ausdruck kommenden staatlichen Hoheitsaktes. Durch sie wird der Gegenstand der Pfändung zugunsten des jeweiligen Vollstreckungsgläubigers der staatlichen Verfügungsgewalt unterworfen und hiermit gleichzeitig der freien Verfügungsgewalt des Vollstreckungsschuldners entzogen (§§ 135, 136 BGB.)<sup>2</sup>. Auch die Bestrafung des Pfandbruches findet in der Verstrickung ihre innere Berechtigung und verleiht der durch sie begründeten staatlichen Herrschaftsgewalt<sup>3</sup> auch die erforderliche strafrechtliche Anerkennung. Diese prozeß- und strafrechtlichen Wirkungen der Pfandverstrickung<sup>4</sup> sind in ihrem Bestande lediglich durch die Ordnungsmäßigkeit der Pfändung bedingt. Die materiellrechtlichen Pfandrechtsvoraussetzungen, deren Anwendung auf das Pfändungspfandrecht nach den obigen Ausführungen geboten ist, bleiben für die Beurteilung der Pfandverstrickung außer Betracht. Sie sind erst für das Pfändungspfandrecht als einer weiteren, und zwar materiellprivatrechtlichen Vollstreckungswirkung von Bedeutung. Liegt eine ordnungsmäßige Pfändung<sup>5</sup> vor, so ist die Entstehung des Pfän-

<sup>1</sup> So: FINKELSTEIN in JW. 1930, 110; gegen ihn BAUER in JW. 1930, 784.

<sup>2</sup> Vgl. die besonderen Bestimmungen hierüber in den §§ 829, 857 ZPO.; § 23 ZVG.; § 57, Nr. 8 Pr. Gesch. Anw. f. Ger. Vollz.

<sup>3</sup> § 137 StGB. im Gegensatz zu § 136 StGB., welcher die Verletzung eines staatlichen Hoheitszeichens unter Strafe stellt. Der kriminalpolitische Gedanke dieser Strafvorschrift ist natürlich ein anderer und mit der Verstrickung nicht zu begründen.

<sup>4</sup> Daß es sich nicht etwa um Wirkungen des Pfändungspfandrechtes handelt, wird leider häufig übersehen und verwechselt. Auch das Reichsgericht ist nicht frei von diesem Irrtum. Vgl. z. B. RG. 121, 349 (insbes. S. 350 letzte, S. 351 erste Zeile).

<sup>5</sup> Dies ist natürlich eine unbedingte Voraussetzung. Vgl. hierüber unten §§ 13, 14.

dungspfandrechtes davon abhängig, daß der Vollstreckungsgläubiger einen zu sichernden Anspruch gegen den Vollstreckungsschuldner (§ 1204 BGB.) hat, und daß das Pfandobjekt im Eigentum des Vollstreckungsschuldners (§ 1205 BGB.) steht. Über letzteres Erfordernis helfen auch nicht die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens hinweg, da die §§ 1207, 1208 BGB., 366 I, III HGB. einen entsprechenden Schutz nur bei vertraglicher Pfandbestellung (§§ 1257 BGB., 366 III HGB.) gewähren. Aus der prinzipiellen Zulässigkeit einer Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Pfandrechtsbestimmungen folgt auch weiter der Übergang (§ 1250 BGB.)<sup>1</sup> und Untergang (§ 1252 BGB.)<sup>2</sup> des Pfändungspfandrechtes mit dem zugrunde liegenden Anspruch.

III. Aus der Maßgeblichkeit des Pfändungspfandrechtes für die Rangstreitigkeiten im Verteilungsverfahren und unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ergibt sich von selbst für die schlechter bedachten Vollstreckungsgläubiger das Recht, die formellen und materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der vorgehenden Pfändungspfandrechte zu bestreiten.

1. Der Widerspruch kann sich also zunächst einmal gegen die Pfändung als formellen Entstehungstatbestand richten. Es kann geltend gemacht werden, daß infolge mangelnder Voraussetzungen oder infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften beim Pfändungsakt ein Pfandrecht für den Gegner nicht entstanden ist. Hat der Gegner nämlich nicht einmal ordnungsmäßig gepfändet, so hat er kein Recht, anderen Gläubigern vorzugehen, da das Gesetz im § 804 I, III unter „Pfändung“ selbstverständlich nur eine ordnungsmäßige, d. h. den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Pfändung versteht.

2. Sodann kann ein Gläubiger aber auch geltend machen, daß trotz ordnungsmäßiger Pfändung ein Pfandrecht nicht entstanden ist, weil die materiellen Wirksamkeitsbedingungen fehlen.

<sup>1</sup> Wer die Akzessorietät leugnet, müßte in diesem Falle noch nicht den Untergang des Pfändungspfandrechtes annehmen, wie FALKMANN (§ 51 3 c) behauptet. Der aus § 1250 BGB. zu entnehmende Grundsatz der Untrennbarkeit von Forderung und Pfandrecht ist eine der Konsequenzen aus der Akzessorietät. Wer sie verneint, behauptet ja gerade die abstrakte Natur, d. h. also die Möglichkeit eines getrennten Bestehens. Die Vertreter der Lehre von der Akzessorietät zum Vollstreckungsanspruch nehmen folgerichtig an, daß das Pfändungspfandrecht bei Übergang der zugrunde liegenden Forderung erst mit Umschreiben der Vollstreckungsklausel auf den neuen Gläubiger übergeht; vgl. hierzu EMMERICH: S. 258.

<sup>2</sup> STEIN-JONAS: § 804 II 1, IV; STEIN: Grundfragen, S. 32; FÖRSTER-KANN: § 804 3 a, 6 a aa; GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, § 194 1 a d, c; ROSENBERG: § 196 II 2 b α, γ; FALKMANN: § 51 3 b, c; HELLWIG-OERTMANN: § 314 6 a; SEUFFERT: § 804 7 e; RG. 15, 405 (insbes. S. 409); München in OLG. 21, 105.

3. Mit diesen beiden Widerspruchsgründen wird das ursprüngliche Fehlen eines Pfändungspfandrechtes gerügt. Selbstverständlich kann der Widerspruch aber auch darauf gestützt werden, daß das gesetzmäßig entstandene Pfändungspfandrecht inzwischen aus irgendwelchen Gründen wieder erloschen ist. Dies kann auf den Wegfall sowohl der formellen als auch der materiellen Wirksamkeitsbedingungen zurückgeführt werden.

IV. Da das Pfändungspfandrecht Grundlage der Rangordnung ist und dem Widerspruch der Konkurrenten unterliegt, so folgt hieraus, daß der widersprechende Gläubiger nicht nur den Mangel des gegnerischen, sondern auch das Bestehen des eigenen Pfandrechtes beweisen muß. Er ist also unter Umständen auf entsprechenden Einwand des Beklagten genötigt nachzuweisen, daß keiner der Mängel, die überhaupt eine Widerspruchsklage stützen könnten, bei ihm vorliegen<sup>1</sup>. Das Rangverhältnis ergibt sich dann daraus, daß das erwiesene Pfändungspfandrecht dem nicht erwiesenen vorgeht, oder, wenn keiner der Prätendenten ein Pfandrecht nachweisen kann, daß die vorzeitigere Verstrickung maßgebend bleibt. In diesem Falle wird sich dann die Verteilung im allgemeinen wieder nach dem Verteilungsplan richten<sup>2</sup>. Es ist jedoch noch zu beachten, daß der Kläger den verlangten Beweis nicht erbringen kann, wenn er zur Begründung seiner Widerspruchsklage Tatsachen vorträgt, aus denen sich unmittelbar auch das Fehlen eines eigenen, die vorzugsweise Befriedigung rechtfertigenden Pfändungspfandrechtes ergibt. Bestreitet der Kläger also beispielsweise das Pfandrecht seines Vormannes mit der Behauptung, der Schuldner sei als Exterritorialer nicht der staatlichen Vollstreckungsgewalt unterworfen oder wäre nicht Eigentümer der Pfandsache gewesen, so entzieht er hiermit implicite auch seinem eigenen Pfandrecht den Boden, das den gleichen Mangel haben muß, da auch er ja gegen denselben Schuldner oder in dieselbe Sache vollstreckt hat.

## **I. Ursprüngliches Fehlen des Pfändungspfandrechtes des Beklagten.**

### **1. Die mangelhafte Pfändung als Widerspruchsgrund.**

#### **§ 13. Der mangelhafte Vollstreckungstitel.**

I. Wie wir sahen, ist der erste Widerspruchsgrund die Unwirksamkeit der Pfändung. Sie kann zunächst einmal darauf zurückzuführen sein,

<sup>1</sup> STEIN - JONAS: § 878 II 2, 5; STEIN: Grundfragen, S. 107; FALKMANN: § 168 V 16; RG. 71, 424; RG. in Gruchot 50, 1166.

<sup>2</sup> So wohl auch EMMERICH: S. 412 Anm. 288. Die von ihm daselbst zum Nachweis angeführte Entscheidung RG. in Gruchot 51, 1166 sagt aber über unsere Frage nichts.

daß der bevorzugte Vollstreckungsgläubiger keinen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel hat. Grundlage jeder Zwangsvollstreckung ist ein vollstreckbarer Titel, d. h. eine von den hierzu berufenen oder ermächtigten staatlichen Organe ausgestellte öffentliche Urkunde, der vom Gesetz die Vollstreckungsfähigkeit beigelegt ist. Solche Vollstreckungstitel finden sich zahlreich, z. B.:

1. In der Zivilprozeßordnung: Endurteile, die rechtskräftig (§§ 704 I, 705) oder vorläufig vollstreckbar (§§ 704 I, 708 ff. sowie §§ 534, 560) sind; Vollstreckungsurteile (§ 722 I); Vollstreckungsbefehle (§§ 700 I, 794 4); Vollstreckungsbeschlüsse (§ 1042); Schiedsurteile (§ 18 II Entl. V. vom 13. Mai 1924); Kostenfestsetzungsbeschlüsse (§ 794 2); beschwerdefähige Entscheidungen (§ 794 3); vollstreckbare Urkunden (§ 794 5); Prozeßvergleiche (§ 794 1); Arreste und einstweilige Verfügungen (§§ 928, 929, 936);

2. In verwandten Gesetzen: Konkurstabelle (§ 164 II KO.); Zwangsvergleiche (§ 194 KO.); Abwendungsvergleiche (§ 75 I Vgl. O.); Zuschlagsbeschlüsse (§§ 93 I, 132 II ZVG.);

3. In sonstigen Reichsgesetzen: Endurteile der Arbeitsgerichte (§§ 62 I, 64 III Arb. G.G.); Verfallentscheidungen (§ 122 III StPO.); Buß- und Geldstrafenurteile (§ 463 StPO.); Strafsentcheidungen hinsichtlich der Verfahrenskosten (§ 464 II StPO.);

4. In Landesgesetzen: vgl. § 80r.

II. Um aus dem Vollstreckungstitel die Zwangsvollstreckung zu betreiben, benötigt der Gläubiger im allgemeinen erst noch einer sog. Vollstreckungsklausel (§§ 724 ff.), welche die Vollstreckbarkeit der Urkunde bestätigt. Der materiell zur Zwangsvollstreckung geeignete Vollstreckungstitel bedarf dieser Vollstreckungsklausel, um den Vollstreckungsorganen gegenüber auch die formelle Unterlage für die Vollstreckungshandlungen zu bilden. Ist dies ausnahmsweise nicht erforderlich, wie z. B. bei der Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbefehl (§ 796 I), Arrestbefehl (§ 929 I) oder einer einstweiligen Verfügung (§§ 936, 929 I)<sup>1</sup>, die der Vollstreckungsklausel nur dann bedürfen, wenn die Zwangsvollstreckung für oder gegen andere als die in dem Titel bezeichneten Personen betrieben werden soll, so kann der widersprechende Gläubiger im Widerspruchsprozeß direkt die Eignung des Titels als Grundlage der Zwangsvollstreckung, unbeschadet des zugrundeliegenden Anspruches, in Zweifel ziehen. Es können jedoch nur solche Tatsachen zur Begründung eines Widerspruches herangezogen werden, die den prozessualen Bestand des Titels und seine Beachtlichkeit als Staatsakt berühren. So entbehren die vorbezeichneten Titel

<sup>1</sup> So ferner auch noch die Entscheidungen des Seemannsamtes: §§ 129, 131 I der Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

einer Vollstreckungswirkung, wenn sie nicht von den gesetzmäßig berufenen Personen und in der vorgeschriebenen Form erlassen sind. Darüber hinaus können die Gläubiger im Widerspruchsprozeß aber keinerlei Mängel geltend machen.

Ist also z. B. ein Zahlungsbefehl bereits vor Ablauf der darin bezeichneten Widerspruchsfrist für vorläufig vollstreckbar erklärt oder ein Arrestbefehl erlassen worden, trotzdem kein Arrestgrund (§ 917) vorliegt, so kann ein nachstehender Pfandgläubiger keine bevorzugte Befriedigung vor den Inhabern dieser Titel erreichen. In beiden Fällen wird nämlich der prozessuale Bestand des Vollstreckungstitels durch die Mangelhaftigkeit seiner Erteilung nicht berührt. Im übrigen ist im letzten Falle ein im Verteilungsverfahren konkurrierender Gläubiger auch aus dem Grunde nicht zur Widerspruchserhebung berechtigt, weil das Vorliegen eines Arrestgrundes sich lediglich nach den Rechtsbeziehungen des jeweiligen Arrestgläubigers zum Vollstreckungsschuldner richtet<sup>1</sup>. Die Rechtslage ändert sich natürlich, wenn die Existenz der vorgehenden Forderung, die durch die Vollziehung des unbegründeten Arrestbefehles gesichert werden soll, bestritten wird. Dann handelt es sich aber um einen erst später zu behandelnden materiellen Widerspruchgrund, der das Entstehen des Pfandrechtes wegen Fehlens einer zugrunde liegenden Forderung bekämpft. Die bloße Feststellung, daß kein Arrestgrund vorliegt, ist für sich allein nicht geeignet, eine Rangänderung herbeizuführen. Hier ist es dann Sache des Vollstreckungsschuldners, durch Erhebung des Widerspruches (§ 924) den Mangel eines Arrestgrundes geltend zu machen und die Aufhebung der Arrestvollziehung (§§ 775, 776) zu erreichen<sup>2</sup>.

Eine ähnliche Rechtslage kann sich im Falle des § 710 2 ergeben, wenn nämlich ein Urteil ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist, trotzdem der Gläubiger Sicherheit leisten

<sup>1</sup> Um Irrtümer zu vermeiden, weise ich ausdrücklich darauf hin, daß Grundlage dieser Erörterungen das Fehlen eines Urteiles in der Hauptsache ist.

<sup>2</sup> A. A.: PAGENSTECHE: Prozeßprobleme, § 5, S. 19; § 7 II, S. 38, der sich zu Unrecht auf HELLWIG, Anspruch, S. 504 und daselbst Anm. 89, beruft. Wenn HELLWIG, a. a. O., den widersprechenden Gläubigern das Recht gibt, bei Arrestbefehlen und vollstreckbaren Urkunden im Gegensatz zu anderen Vollstreckungstiteln, die eine den Schuldner bindende Anerkennung seiner Verpflichtung enthalten, sich nicht an den Bestand des Titels zu halten, so meint er damit selbstverständlich nur, daß sie unbekümmert um das Vorhandensein des jeweiligen Titels den Bestand der Forderungen bestreiten können. Ein weitergehendes Bestreitungsrecht wollte auch HELLWIG nicht anerkennen. Dies geht aus dem ganzen Zusammenhang seiner Ausführungen mit aller Klarheit hervor. Wenn er auch den hier streitigen Fall gemeint hätte, so hätte er dies unbedingt deutlicher zum Ausdruck gebracht.

könnte oder die Aussetzung der Zwangsvollstreckung ihm keinen schwer zu ersetzenden oder zu ermittelnden Nachteil bringen würde. Auch hier beurteilt sich der drohende Eintritt eines etwaigen Schadens, der mit einer nicht sofortigen Vollstreckung aus dem Urteil verbunden ist, nicht zuletzt nach den bestehenden Beziehungen des jeweiligen Gläubigers zum Schuldner. Niemand wird behaupten, daß ihre im Sinne des § 710 II fehlerhafte Beurteilung durch das Prozeßgericht einen Widerspruchsgrund für nachfolgende Konkurrenten abgeben kann.

III. Die gesetzlich vorgesehenen Fälle einer Zwangsvollstreckung aus klausellosen Vollstreckungstiteln sind aber selten und nur Ausnahmefälle. In aller Regel bildet die Vollstreckungsklausel die formelle Voraussetzung für das Tätigwerden der Vollstreckungsorgane. Sie bietet dann die erforderliche Angriffsfläche für den widersprechenden Gläubiger, indem er ihr Vorhandensein oder ihre Gültigkeit bestreitet.

1. Der Gläubiger kann also zu seinen Gunsten eine Rangänderung herbeiführen, wenn die *Erteilung der Vollstreckungsklausel* an den vorgehenden Konkurrenten nicht oder nicht ordnungsgemäß, z. B. unter Verletzung des § 726, erfolgt ist. Gleiches gilt, wenn sie für den Konkurrenten oder gegen den Vollstreckungsschuldner der Vorschrift des § 727 zuwider erteilt wurde.

2. Entspricht die Vollstreckungsklausel den gesetzlichen Erfordernissen, dann unterliegt immer noch der Vollstreckungstitel selbst dem Widerspruch der schlechter bedachten Gläubiger. Dies könnte zweifelhaft erscheinen, wenn man bedenkt, daß die Vollstreckbarkeit und Vollstreckungsfähigkeit des Titels bei Vorliegen der Vollstreckungsklausel von den zur Zwangsvollstreckung berufenen Organen nicht mehr geprüft werden kann. Hierdurch wird aber dem konkurrierenden Gläubiger nicht die Möglichkeit genommen, die Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Titels selbständig geltend zu machen. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel beseitigt nicht schlechtweg sämtliche Mängel des Titels, sondern hindert nur die mit der Zwangsvollstreckung befaßten Organe, Erhebungen über seine Rechtsgültigkeit anzustellen. Daß darüber hinaus nicht nur der Vollstreckungsschuldner, sondern auch die konkurrierenden Vollstreckungsgläubiger die Möglichkeit haben, im Verteilungsverfahren formelle Mängel des Vollstreckungstitels zu rügen, dürfte ernsthaften Bedenken nicht unterliegen.

IV. Im übrigen muß geschieden werden:

1. Ist der Vollstreckungstitel ein Urteil oder eine sonstige gerichtliche Entscheidung, so kann seine Mangelhaftigkeit nur in gewissen Grenzen zur Begründung eines Widerspruches herangezogen werden. Hierher gehören die Fälle einer Nicht- oder nichtigen Entschei-

dung<sup>1</sup>. Sonst kann die Mangelhaftigkeit des Titels<sup>2</sup> lediglich von dem hierzu berechtigten Vollstreckungsschuldner durch Gebrauch der ordentlichen Rechtsmittel<sup>3</sup> geltend gemacht werden. Bis zu der auf diesem Wege erfolgenden Beseitigung ist der Titel auch im Verteilungsverfahren von den nachfolgenden Gläubigern zu beachten. Anders natürlich dann, wenn zugleich mit dem Vollstreckungstitel das Vorhandensein eines vollstreckbaren Anspruches überhaupt in Abrede gestellt wird<sup>4</sup>. Sonst verlangt aber der in jedem richterlichen Ausspruch in Erscheinung tretende autoritative Staatsakt unbedingte Anerkennung.

Die hier bestehenden Schwierigkeiten glaubt HELLWIG damit beseitigen zu können, daß er den konkurrierenden Gläubigern das Recht zur Nebenintervention gibt<sup>5</sup>. Ganz abgesehen davon, daß der Gläubiger im Widerspruchsprozeß nie den Vollstreckungstitel seines Vormannes beseitigen will und kann, sondern lediglich eine bevorzugte Befriedigung verlangt, wird ihm der Beitritt als Nebenintervenient und die Einlegung von Rechtsmitteln gegen den vorgehenden Titel an Stelle des untätigen Schuldners im allgemeinen praktisch nichts nützen. Einmal wäre der Schuldner in der Lage, durch entsprechend geäußerten Widerspruch die Nebenintervention hinfällig zu machen (§ 67), dann aber wäre die durch eine erfolgreiche Nebenintervention geschaffene Rechtslage im allgemeinen<sup>6</sup> nicht mehr geeignet, zur Begründung der Widerspruchsklage herangezogen zu werden, da sie zumeist erst nach Erhebung des Widerspruches geschaffen sein wird. Derartige spätere Ereignisse können aber eine Widerspruchsklage nicht rechtfertigen<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. im einzelnen zu dieser sehr streitigen Frage der Nicht- und nichtigen Entscheidungen, STEIN-JONAS: Vorbem. I vor § 578 nebst Literaturnachweisen a. a. O., Anm. I.

<sup>2</sup> Zum Beispiel sachliche oder örtliche Unzuständigkeit eines funktionell zuständigen Gerichtes.

<sup>3</sup> Also je nach Lage des Einzelfalles: Einspruch, Berufung, Revision oder Nichtigkeits- und Restitutionsklage.

<sup>4</sup> Über die Rechtslage bei nachträglicher Aufhebung des Vollstreckungstitels durch den hierzu legitimierten Vollstreckungsschuldner: vgl. unten § 21. Hier interessiert nur die ursprüngliche Mangelhaftigkeit.

<sup>5</sup> HELLWIG, Anspruch, S. 504.

<sup>6</sup> Diese Einschränkung erscheint erforderlich gegen STEIN: Grundfragen, S. 103. Es ist doch sehr wohl denkbar, daß der Nachmann bis zum Verhandlungstermin über den Verteilungsplan, in dem ja der Widerspruch spätestens erhoben sein muß, bereits als Nebenintervenient beigetreten ist und ein obsiegendes (z. B. Versäumnis-) Urteil erstritten hat.

<sup>7</sup> So in der Begründung auch STEIN: Grundfragen, S. 103, mit der in der vorigen Anmerkung angegebenen geringen Abweichung. — Wenn PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 6, S. 26, Anm. 17, behauptet, daß auch STEIN: a. a. O. die Ansicht von HELLWIG bez. der Nebenintervention teile, so ist dies nicht ganz zutreffend. Ich verweise demgegenüber auf den klaren Wortlaut bei STEIN (a. a. O., letzter Satz des Absatzes), wo gerade das Gegenteil steht.

2. Bei anderen Vollstreckungstiteln, wie z. B. vollstreckbaren Urkunden und Prozeßvergleichen, ist das Widerspruchsrecht an keinerlei Grenzen gebunden.

#### § 14. Der mangelhafte Vollstreckungsbetrieb.

I. Wie in den Fällen eines mangelhaften Vollstreckungstitels ist auch bei der Behauptung einer unbeachtlichen Vollstreckungshandlung zu berücksichtigen, daß die Zwangsvollstreckung als staatlicher Hoheitsakt nur in ganz besonderen Ausnahmefällen jeglicher Wirkung entbehrt. Im allgemeinen ist ihr formeller Bestand zu wahren; zur Geltendmachung etwaiger Mängel bedarf es erst einer förmlichen Anfechtung durch den hierzu Legitimierten und einer Aufhebung durch neuen Staatsakt. Die uns interessierende Geltendmachung eines fehlenden Pfändungspfandrechtes ist nun im allgemeinen an diese förmliche Anfechtung und Aufhebung nicht gebunden. Dies hängt damit zusammen, daß das Bestehen eines Pfändungspfandrechtes sich lediglich nach objektiven Gesichtspunkten richtet und durch das Vorhandensein von irgendwelchen formellen Rechtszuständen nicht beeinflußt werden kann. Dies werden wir auch später sehen, wenn wir den widersprechenden Gläubigern die Möglichkeit einräumen, unbekümmert um das Vorhandensein eines rechtskräftigen Urteiles, selbständig die zugrunde liegende Forderung des Konkurrenten zu bestreiten. Die Beachtlichkeit der Pfändung als solcher wird, soweit ihre Wirkungen reichen, hierdurch nicht berührt. Der widersprechende Gläubiger hat nur das Recht und die Möglichkeit, die materielle Wirksamkeit des Vollstreckungsbetriebes in Zweifel zu ziehen. Gegen die formellen Wirkungen richtet sich sein Widerspruch nicht und kann er sich auch nicht richten. Die eingetretene Verstrickung soll durch ihn nicht beseitigt werden. Dies ist lediglich das Recht des nach dem Gesetz hierzu Legitimierten. Selbst wenn ein konkurrierender Gläubiger die Widerspruchsklage erfolgreich durchführt und unter Berücksichtigung der objektiven Rechtslage erreicht, daß der formell wirksame Vollstreckungsbetrieb ihm gegenüber materiell nicht gewertet wird, so ist auch er, wie jeder andere, trotzdem nach wie vor verpflichtet, den formellen Bestand der Vollstreckungswirkung zu beachten. Der unter Berufung auf einen mangelhaften Vollstreckungsbetrieb erfolgreich widersprechende Gläubiger unterliegt demnach immer noch z. B. der Strafandrohung der §§ 136, 137 StrGB. Diese sich hier ergebende perspektivische Betrachtungsweise der verschiedenen Rechtsbeziehungen hat nicht nur theoretische Bedeutung, sondern ist, wie wir auch noch später sehen werden, von größtem praktischen Wert.

II. Zwei Arten des mangelhaften Vollstreckungsbetriebes geben den konkurrierenden Gläubigern die Möglichkeit zur Begründung ihrer Widerspruchsklage:

1. Der *absolut nichtige Vollstreckungsakt*. Er führt zu einer totalen Unbeachtlichkeit nicht nur im Vollstreckungs-, also auch im Verteilungsverfahren, sondern entbehrt überhaupt schlechthin generell jeglicher Wirkung<sup>1</sup>. Aus Gründen der Rechtssicherheit sind aber diese Fälle auf das äußerst notwendige Maß zu beschränken. Eine Vollstreckungsmaßnahme ist dann, aber auch nur dann, als absolut nichtig anzusehen, wenn sie entgegen den nach dem gesetzlichen Willen unerläßlichen Zuständigkeits- und sonstigen Formvorschriften vorgenommen wurde<sup>2</sup>.

Erläßt z. B. der Gerichtsvollzieher einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, oder pfändet das Gericht eine Papierforderung (§ 831), so sind unerläßliche funktionelle Zuständigkeitsbestimmungen verletzt. Die auf diese Weise vorgenommene Vollstreckungshandlung ist also absolut nichtig<sup>3</sup>. Gleiches gilt, wenn

a) bei einer gewöhnlichen Mobiliarpfändung die Besitzergreifung durch den Gerichtsvollzieher (§ 808 I) oder eine genügende Ersichtlichmachung (§ 808 II 2) fehlt,

b) bei einer Anschlußpfändung eine protokollierte Erklärung des vollstreckenden Gerichtsvollziehers nicht vorliegt (§ 826 I) oder die Erstpfindung selbst mangelhaft ist<sup>4</sup>, da in beiden Fällen die Gültigkeit der Pfändung hierdurch bedingt ist<sup>5</sup>.

Im einzelnen wird unter Berücksichtigung der Bedeutung einer jeden angeblich verletzten Vorschrift nachgeprüft werden müssen, ob der Mangel zur absoluten Nichtigkeit führt oder nicht<sup>6</sup>. Dies zu tun brauche ich an dieser Stelle um so weniger, als nach den obigen Ausführungen unter I ein für die uns hier interessierenden praktischen Ergebnisse zutage tretender Unterschied der absolut nichtigen von den nur unwirksamen Vollstreckungsakten nicht besteht. In beiden Fällen

<sup>1</sup> So genießt er z. B. nicht einmal den Strafschutz des § 137 StGB.

<sup>2</sup> Vgl. SCHWINGE: S. 21 ff., der im übrigen nicht klar scheidet zwischen einer „Nichtpfändung“ und einer nichtigen Pfändung.

<sup>3</sup> Vgl. STEIN-JONAS: vor § 704 V 4; FÖRSTER-KANN: vor § 704 5. — Teilweise abweichend: HELLWIG-OERTMANN: §§ 290 I, 274 3; PETSCHKE: ZJP. 42, 381 ff. (insbes. S. 394).

<sup>4</sup> Anders natürlich, wenn die Anschlußpfändung nicht in der Form des § 826, sondern in der Form einer Erstpfindung (§ 808) vorgenommen wurde. Hier unterliegt der Bestand dieser, nicht technisch zu verstehenden Anschlußpfändung lediglich eigenen Voraussetzungen, während er sonst, im Falle des § 826, noch von dem Bestand der die Grundlage bildenden Erstpfindung abhängig ist.

<sup>5</sup> Vgl. auch noch unten III b, c nebst Anmerkungen.

<sup>6</sup> So ist ferner z. B. auch die gegen einen Exterritorialen vorgenommene Zwangsvollstreckung absolut nichtig: vgl. STEIN-JONAS: vor § 704 VI 1 d und die daselbst Anm. 110 angeführte Literatur. Beachte aber die Ausführungen oben § 12 IV.

ist eine in dieser Art mangelhafte Vollstreckungsmaßnahme jedenfalls nicht geeignet, ein Pfändungspfandrecht zu begründen. Dies genügt aber zur praktisch gleichmäßigen Behandlung, soweit unsere Verteilungsstreitigkeiten in Frage stehen. Lediglich aus systematischen Gründen soll getrennt behandelt werden:

2. der *unwirksame Vollstreckungsakt*. Er unterscheidet sich von dem absolut nichtigen dadurch, daß sein äußerer prozessualer Bestand so lange unberührt bleibt und den Schutz, der für prozeßrechtlich ordnungsmäßige Vollstreckungshandlungen vorgesehen ist, genießt, bis er auf entsprechende Rüge durch den nach der Prozeßordnung hierzu Legitimierten beseitigt wird. Das Widerspruchsrecht der am Verteilungsverfahren beteiligten Gläubiger gegen eine derartige unwirksame Pfändung der vorgehenden Konkurrenten ist nun aber nicht von dieser erwähnten förmlichen Aufhebung abhängig. Dies hängt damit zusammen, daß auch der unwirksame Vollstreckungsakt, wie wir sahen, kein Pfandrecht für den Vollstreckungsgläubiger begründen kann. Hiermit entfällt dann die für eine vorzugsweise Befriedigung vor anderen Konkurrenten erforderliche Grundlage. Der äußere prozessuale Bestand, der bei dem unwirksamen Vollstreckungsakt bis zu seiner Beseitigung zu beachten ist, wird hierdurch nicht berührt. Auch die widersprechenden Gläubiger haben ihn zu berücksichtigen; die Strafandrohung des § 137 StrGB. gilt auch für sie. Durch Erhebung des Widerspruches wird lediglich die materielle Funktion der Vollstreckungshandlung, nämlich die Begründung eines Pfändungspfandrechtes, verneint. Eine Beseitigung der Vollstreckungshandlung als solcher wollen und können die widersprechenden Gläubiger gar nicht herbeiführen, da dies nur im Machtbereich des jeweils hierzu Legitimierten liegt.

Strenggenommen müßte man nun aber auch weiter noch scheiden zwischen Mängeln in den Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung einerseits, die also den eigentlichen Vollstreckungsakt nicht zu einem fehlerhaften machen, und Mängeln der Vollstreckungshandlung selbst andererseits. Da sie aber in ihrer rechtlichen Beurteilung, insbesondere vom Standpunkt der hier interessierenden Rangstreitigkeiten, keine verschiedene Wertung erfahren, brauche ich diese Scheidung nicht durchzuführen. Aus diesem Grunde wählte ich auch die gemeinsame Bezeichnung „Mängel des Vollstreckungsbetriebes“.

Folgende Mängel des Vollstreckungsbetriebes wären Gründe für eine Widerspruchsklage<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> SCHWINGE behandelt die nachstehenden Fälle teils als Mängel der Verstrickung, teils als Mängel des Pfandrechtes (vgl. S. 45 ff. und 67 ff.). Meines Erachtens ist diese Unterscheidung schief, da die Mängel der Verstrickung eigentlich auch Mängel des Pfandrechtes sind. Es empfiehlt sich daher, nur das Fehlen der materiellen Voraussetzungen als Mängel des Pfändungspfandrechtes zu bezeichnen (vgl. §§ 15 ff.).

- a) Vornahme der Vollstreckungshandlung durch ein örtlich unzuständiges Organ<sup>1</sup>,
- b) unterlassene<sup>2</sup> oder fehlerhafte<sup>3</sup> Zustellung der die Aktivlegitimation<sup>4</sup>, Sicherheitsleistung<sup>5</sup>, Befriedigung oder Annahmeverzug<sup>6</sup> des Vollstreckungsschuldners ergebenden Urkunden durch den Konkurrenten als betreibenden Gläubiger bei Beginn der Zwangsvollstreckung,
- c) mangelhafte namentliche Bezeichnung der Parteien im Vollstreckungstitel<sup>7</sup>,
- d) vorzeitige (§§ 75 I, 798, 810 I 2) oder verspätete (§ 929 II)<sup>8</sup> Vornahme der Zwangsvollstreckung<sup>9</sup>,

<sup>1</sup> RG. 61, 330; RG. in Gruchot 48, 1153; RG. in Seuff. Arch. 38, 253, Nr. 196; Darmstadt in OLG. 7, 312; Hamburg in OLG. 13, 205 = Seuff. Arch. 62, S. 484, Nr. 272.

<sup>2</sup> RG. 6, 388; 8, 429; 11, 402; RG. in JW. 1884, 154.

<sup>3</sup> Zum Beispiel an den geschäftsunfähigen Vollstreckungsschuldner statt an dessen gesetzlichen Vertreter: RG. 56, 212.

<sup>4</sup> RG. 20, 433. <sup>5</sup> RG. 25, 368. <sup>6</sup> Vgl. §§ 726, 756.

<sup>7</sup> RG. in Gruchot 48, 1153. — Vgl. ferner noch RG. in JW. 1899, 537, Nr. 22; RG. 85, 163; LG. Bremen in DJZ. 1905, 752 (betr. Bezeichnung mit dem Künstlernamen). — Bei der Zwangsvollstreckung für und gegen einen mit seiner Firma bezeichneten Einzelkaufmann muß in Übereinstimmung mit der Praxis, trotz § 17 II HGB., die ausdrückliche namentliche Bezeichnung des Firmeninhabers im Vollstreckungstitel verlangt werden. Wo dies fehlt, kann ein Widerspruch erfolgreich erhoben werden. So auch STEIN-JONAS, § 727 IV; STAUB-BONDI: § 17, Anm. 39ff. — A. A.: FÖRSTER-KANN: § 750 2 a; BAUMBACH: § 750 2; Braunschweig in OLG. 23, 206; Dresden in OLG. 29, 227, die aber vereinzelt geblieben sind.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu RG. 26, 395.

<sup>9</sup> RG. 83, 336. — Für den Fall des § 798 wird häufig unheilbare Nichtigkeit der Vollstreckungshandlung angenommen: so z. B. RG. 83, 336; KG. in KGJ. 43, 253; Königsberg in OLG. 9, 124; MÜLLER: S. 151; SCHWINGE: S. 83, der zu Unrecht behauptet, daß seine Ansicht „überwiegend“ vertreten wird. Wie hier nämlich: STEIN-JONAS: § 750 I; FÖRSTER-KANN: § 798 3; BAUMBACH: § 798 I; HELLWIG-OERTMANN: § 300 I a e, die sämtlich mit Recht darauf hinweisen, daß § 798 eine verzichtbare Schutzvorschrift für den Schuldner ist. Im übrigen werden auch keinesfalls Rechte Dritter verletzt. Nach der hier vertretenen Ansicht erwirbt der vorzeitig vollstreckende Gläubiger nach Ablauf der Frist bei Vorliegen der übrigen Wirksamkeitsbedingungen ein Pfandrecht, ohne daß es einer erneuten Pfändung bedarf. Allerdings nicht mit rückwirkender Kraft. Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, daß später pfändende Gläubiger so lange vorgehen, bis der andere Gläubiger erneut vollstreckt. Ein schwer zu rechtfertigender Formalismus. Genau so liegt meines Erachtens der Fall bei Unterschreitung der Frist des § 810 I 2. In diesem Rahmen braucht auf die bekannte Streitfrage nicht eingegangen zu werden, ob der Gläubiger überhaupt bei Pfändung ungeernteter Früchte ein Pfändungspfandrecht erwirbt. Wird unter Verletzung des § 810 I 2 gepfändet, so liegt jedenfalls ein mangelhafter Vollstreckungsbetrieb vor, der im Widerspruchsprozeß nach § 878 I gerügt werden kann. Das über die nachträgliche Heilung im

e) sicherheitslose Vollstreckung des Gläubigers, trotz einer zur Abwendung der Zwangsvollstreckung vom Schuldner erfolgten Sicherheitsleistung (§ 713 II)<sup>1</sup>,

f) Zwangsvollstreckung gegen einen Angehörigen der Wehrmacht ohne vorherige Anzeige an die vorgesetzte Behörde (§ 752)<sup>2</sup>.

Die vorhandene Unwirksamkeit des Pfandvollzuges wird auch nicht durch einen etwaigen Verzicht des Vollstreckungsschuldners auf die Innehaltung der maßgeblichen Vollstreckungsvorschriften behoben. Das Reichsgericht hat mit Recht in den meisten der vorstehend angeführten Entscheidungen<sup>3</sup> streng unterschieden zwischen der Wirkung eines solchen mangelhaften Vollstreckungsbetriebes zum Vollstreckungsschuldner einerseits und zu sonstigen dritten Personen andererseits<sup>4</sup>. Während die Mangelhaftigkeit des Vollstreckungsbetriebes im Verhältnis zum Vollstreckungsschuldner durch ausdrückliche<sup>5</sup> Verzichts-

Fälle des § 798 Gesagte gilt hier entsprechend. Hiervon abweichend spricht PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 6, S. 25—26 in diesem Falle von einem „mangelhaften Pfandrecht“. Ein solches ist unserer Prozeßordnung aber unbekannt. Im übrigen ist seine Bezugnahme auf RG. 34, 377 unberechtigt, da die angeführte Entscheidung nur die Frage behandelt, ob und inwieweit auch dritte Personen zu Anträgen, Einwendungen und Erinnerungen gemäß § 766 berechtigt sind. Dies geht auch aus der inhaltsgleichen Überschrift des angeführten Erkenntnisses in der amtlichen Sammlung hervor. Gegen PAGENSTECHER: a. a. O., sprechen auch seine eigenen Ausführungen (§ 11, S. 27): „In RG. 34, 378 ist nur gesagt, daß ein nachstehender Pfandgläubiger sich auf die Verletzung des § 810 I 2 berufen könne.“ — Auffallend ist weiter die verschiedene Stellungnahme des Reichsgerichts zur Folge einer Verletzung der §§ 798 und 810 I 2. Aus dem sinn gleichen Wortlaut der angeführten Bestimmungen folgert es für eine Verletzung des § 798 unheilbare Nichtigkeit (RG. 83, 336, insbesondere S. 341), nicht aber für eine Verletzung des § 810 I 2 (RG. 34, 377). Der hier vertretenen Ansicht scheint sich neuerdings RG. 125, 286 zu nähern.

<sup>1</sup> GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, §§ 94 I a α, 91 2 b, 79 2 c γ.

<sup>2</sup> STEIN - JONAS: § 752; FÖRSTER-KANN: § 752 3; ROSENBERG: § 183 I 5; II. — Für Nichtigkeit des Vollstreckungsaktes: SCHWINGE: S. 70/71; KG. in OLG. 31, 89; 37, 161; OLG. Kassel in ZZZ. 47, 401. — Wie hier für Unwirksamkeit: Breslau in OLG. 35, 115 und die eingangs angeführte Literatur. — Letzten Endes ist der Streit aber für unsere Frage ziemlich belanglos, da der Nachmann sich jedenfalls auf den Mangel berufen kann. Bedeutungsvoll wird er nur für die Entscheidung, ob eine Nachholung des unterlassenen Formerfordernisses genügt, oder ob der ganze Vollstreckungsakt nochmals vorgenommen werden muß.

<sup>3</sup> RG. 20, 433; 25, 368; 83, 336; 125, 286.

<sup>4</sup> MÜLLER: S. 37 ff. leugnet zu Unrecht die Richtigkeit dieser Unterscheidung. Einer Auseinandersetzung mit ihm bedarf es aber nicht, weil er von der hier vertretenen Ansicht nur insofern abweicht, als er die Wirkungen zum Vollstreckungsschuldner anders würdigt; dies interessiert hier aber nicht.

<sup>5</sup> Stillschweigen würde nicht genügen. § 295 ist im Vollstreckungsverfahren unanwendbar: So auch FÖRSTER-KANN: vor § 704, 5.

erklärung geheilt werden kann, muß anderen Personen gegenüber die Möglichkeit einer derartigen Konvaleszenz ausgeschlossen sein. Der Verzicht würde sonst unberechtigt in gesetzlich erworbene Rechtspositionen eingreifen, wozu dem Vollstreckungsschuldner aber jegliche Legitimation fehlt. Die Konkurrenten, die selbst die Innehaltung der Gesetzmäßigkeitsvorschriften beim Pfandvollzug beachtet haben, können mit Recht verlangen, daß dies auch alle anderen Vollstreckungsgläubiger tun. Eine vom Vollstreckungsschuldner gestattete Nichtbeachtung dieser Vorschriften wäre eine durch nichts zu rechtfertigende Benachteiligung derjenigen Gläubiger, die von der Innehaltung der gebotenen Anordnungen nicht befreit sind. Bilden also derartige Verfahrensverletzungen einen Widerspruchsgrund, so kann dieser durch Verzicht des Vollstreckungsschuldners nicht gegenstandslos gemacht werden.

III. Neben diesen beiden Möglichkeiten eines mangelhaften Vollstreckungsbetriebes gibt es aber auch noch eine dritte, die jedoch lediglich eine *Ordnungswidrigkeit* darstellt. Sie beruht auf einer Verletzung von Vorschriften, die nur rein instruktionellen Charakter haben und kein ausdrückliches Verbot enthalten. Eine Vollstreckung unter Mißachtung derartiger Instruktionsvorschriften, die lediglich eine Anweisung an die Vollstreckungsorgane enthalten, macht den Pfandvollzug nicht zu einem ungesetzlichen und steht der Begründung eines Pfändungspfandrechtes nicht entgegen. Hieraus ergibt sich, daß die Widerspruchsklage aus § 878 I auf eine Verletzung derartiger Bestimmungen nicht gegründet werden kann.

Welche Vorschriften des Vollstreckungsrechts nun lediglich Dienstanweisungen im obigen Sinne sind, und welche im Gegensatz hierzu ein Verbotsgesetz enthalten, läßt sich nicht ohne weiteres mit Allgemeingültigkeit sagen. Ausschlaggebend sind Zweck, Sinn und vielleicht auch Fassung der jeweiligen Bestimmungen<sup>1</sup>. So haben wir es lediglich mit einer Ordnungswidrigkeit zu tun, wenn beispielsweise

a) die Verfügung, durch welche die Erlaubnis des Amtsrichters zur Vollstreckung bei Nachtzeit oder an Sonn- oder Feiertagen erteilt wurde, bei Vornahme der Zwangsvollstreckung nicht vorgezeigt wurde (§ 761 II)<sup>2</sup>,

b) die Aufnahme des Pfändungsprotokolles unterblieben ist (§ 762)<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Auch SCHWINGE: S. 104/05 vermag keine allgemeingültige Unterscheidungsformel zu geben.

<sup>2</sup> Vgl. die Kommentare zu § 761 II. — Eine Verletzung des § 761 I führt hingegen zur Unwirksamkeit im Sinne der obigen Ausführungen unter II.

<sup>3</sup> Vgl. die Kommentare zu § 762 I. — Anders natürlich im Falle einer Anschlußpfändung (§ 826 I). Hier liegt nämlich ohne Protokoll überhaupt keine wirksame Pfändung vor, da die Protokollerrichtung Surrogat der Besitzergreifung (§ 808 I) ist.

c) der Gerichtsvollzieher Aufforderungen und sonstige Mitteilungen<sup>1</sup>, welche zu den Vollstreckungshandlungen gehören, nicht oder nicht ordnungsgemäß erläßt oder protokolliert (§ 763)<sup>2</sup>.

## 2. Die mangelhaften materiellen Pfandrechtsvoraussetzungen als Widerspruchsgrund.

### § 15. Der fehlende Anspruch als Widerspruchsgrund bei rechtskräftigen Urteilen.

I. Da das Pfändungspfandrecht, wie wir sahen<sup>3</sup>, im allgemeinen ein bürgerlichrechtliches Pfandrecht ist und grundsätzlich den hierfür bestehenden Vorschriften unterliegt, ergeben sich auch die infolge seiner akzessorischen Natur erforderlichen Wirksamkeitsbedingungen aus dem materiellen Recht. Ich möchte sie daher materielle Pfandrechtsvoraussetzungen nennen. Wo sie fehlen, besteht kein Pfändungspfandrecht. Geht man von der streng akzessorischen Natur des Pfändungspfandrechtes aus, so können diese materiellen Pfandrechtsvoraussetzungen nicht durch einen Vollstreckungstitel ersetzt werden. Eine Unterstellung des materiellen Anspruches bei Vorliegen eines Schuldtitels<sup>4</sup> widerspricht den allgemeinen Grundsätzen und ist als verfehlt abzulehnen<sup>5</sup>. Maßgebend muß einzig und allein sein, ob, konkret gesprochen, den Vollstreckungsgläubigern bei objektiver Beurteilung hinter den Vollstreckungstiteln, mag dieser auch ein rechtskräftiges Urteil sein, ein Anspruch zusteht<sup>6</sup>.

Es ist nicht bloße Theorie, wenn man beispielsweise an den praktisch sehr wohl möglichen Fall denkt, daß ein Gläubiger in bewußter oder unbewußter Unkenntnis seiner bereits erfolgten Befriedigung aus einem rechtskräftigen Urteil die Zwangsvollstreckung betreibt. Soll hier wirklich ein nachstehender Konkurrent, der von der erfolgten

<sup>1</sup> Zum Beispiel §§ 808 III, 826 III.

<sup>2</sup> Vgl. die Kommentare zu § 763. — Auch hier gilt entsprechend, Anm. 3, Abweichendes für die Anschlußpfändung.

<sup>3</sup> Vgl. oben § 12 II.

<sup>4</sup> So in der Tat FALKMANN: § 51 3a.

<sup>5</sup> Gegen FALKMANN a. a. O. schon STEIN, Grundfragen, S. 32.

<sup>6</sup> A. A.: PAGENSTECHER: Gruchot 50, 290ff. Seine Argumente treffen zwar für die Verstrickung, nicht aber für das Pfandrecht zu. Auf RG. 18, 287 kann er sich, wie er es jedoch a. a. O. Anm. 45 tut, nicht berufen. Die angeführte Entscheidung sagt gegen die hier vertretene Ansicht nichts. Ich nehme im übrigen auch an, wie noch ausgeführt werden wird, daß auch bei Vollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil ein Pfandrecht dann nicht entsteht, wenn, objektiv betrachtet, hinter dem Titel kein Anspruch steht. Warum dies nicht geltendes Recht sein soll, wie PAGENSTECHER a. a. O. S. 292 behauptet, ist nicht einzusehen. — SCHWINGE geht auf dieses eigentlich doch recht bedeutsame Problem überhaupt nicht ein.

Befriedigung Kenntnis erhalten hat, nur durch das Vorhandensein eines rechtskräftigen Urteils seines Vormannes gehindert werden, eine vorzugsweise Befriedigung zu verlangen? Die Frage stellen, heißt sie verneinen.

II. Es könnte allerdings zweifelhaft erscheinen, ob das Widerspruchsrecht nicht durch die Rechtskraft des Urteils geschmälert wird.

Zwei Ansichten stehen sich hier gegenüber:

1. Die eine Ansicht vertritt den Standpunkt, daß eine zwischen dem vom Widerspruch betroffenen Vollstreckungsgläubiger und dem Vollstreckungsschuldner ergangene rechtskräftige Entscheidung auch für den widersprechenden Gläubiger dergestalt maßgebend sei, daß er ihre Richtigkeit und ihren Bestand, demgemäß auch das Vorhandensein einer zugrunde liegenden Forderung, nicht mehr bestreiten dürfe. Sämtliche Einwendungen gegen den der Feststellung zugrunde liegenden Anspruch sind dem widersprechenden Gläubiger, genau wie dem Vollstreckungsschuldner, durch die Rechtskraft abgeschnitten<sup>1</sup>.

Wer, wie PAGENSTECHER, Anhänger der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie ist<sup>2</sup>, muß zu diesem Ergebnis gelangen. Daß aber STEIN, der wie HELLWIG nicht nur Gegner dieser Rechtskrafttheorie ist<sup>3</sup>, sondern außerdem auch noch die Akzessorität des Pfändungspfandrechtes bejaht<sup>4</sup>, gleichfalls zu dieser Ansicht kommt<sup>5</sup>, ist unverständlich<sup>6</sup>. Denn,

<sup>1</sup> So PAGENSTECHER: Rhein. Z. 6, 511 ff., 518, vom Standpunkt der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie. Ferner KRÜCKMANN: ZFP. 47, 98 ff. („Der Gläubiger hat den unstreitbaren Rechtsbesitz an dem Forderungsrecht, und diese Tatsache muß jeder andere einfach hinnehmen“ (?)); WEISMANN: § 159 V 2; SEUFFERT: § 878 I c; inkonsequent, mit Rücksicht auf ihre Rechtskraftlehre: HELLWIG: Anspruch, S. 504; STEIN-JONAS: § 878 II 2; EBBECKE: ZFP. 48, 173. Vgl. ferner auch noch KUTTNER: S. 178, der aber nicht vom Standpunkt der materiellrechtlichen Rechtskraftlehre, sondern unter Hervorhebung der zivilistischen Nebenwirkungen des zwischen dem Vollstreckungsschuldner und dem Vollstreckungsgläubiger ergangenen Urteiles zu dem gleichen Ergebnis gelangt: „Als Begründungstatsache sekundärer zivilistischer Rechtsfolgen hat das Urteil, im Gegensatz zu seiner materiellen Rechtskraft, absolute Wirkung für und gegen alle, genau so wie die materiellrechtliche Konstitutivwirkung der sog. Konstitutivurteile.“ Diese Wirkung legt er auch den vorläufig vollstreckbaren Urteilen bei. Das ist meines Erachtens aber noch mehr als die auch von ihm abgelehnte unbedingte Wirkung sämtlicher Urteile für und gegen alle. Vgl. ferner auch noch Dresden in OLG. 13, 215.

<sup>2</sup> Vgl. die ausführlichen Literaturnachweise bei STEIN-JONAS: § 322 II 1 und daselbst Anm. 9, sowie bei PAGENSTECHER: ZFP. 37, 2—3, 5.

<sup>3</sup> STEIN-JONAS: § 322 II 1 Text zu Anm. 12 und daselbst 2—4.

<sup>4</sup> STEIN-JONAS: § 804 I, II 1; STEIN: Grundfragen, S. 31 ff.

<sup>5</sup> STEIN-JONAS: § 878 II 2; STEIN: Grundfragen, S. 104, 106.

<sup>6</sup> So mit Recht gegen STEIN: a. a. O., auch GOLDSCHMIDT: Prozeß als Rechtslage, S. 178 Anm. 971; PAGENSTECHER: Rhein. Z. 6, 511 ff.; W. HEIN: Identität 2, 97, Anm. 38.

einmal folgt vom Standpunkt der prozessualen Rechtskraftstheorie, daß die urteilsmäßig festgestellte Rechtsfolge lediglich zwischen den Parteien unbestreitbar wird<sup>1</sup>, so daß es unverständlich ist, zumal ein Fall von Rechtskrafterstreckung nicht vorliegt<sup>2</sup>, aus welchem Grunde der widersprechende Gläubiger nur noch diejenigen Einwendungen soll geltend machen können, die dem Vollstreckungsschuldner nach rechtskräftiger Verurteilung verblieben sind. Die hierfür übliche Begründung, daß es sich um Einwendungen *ex iure tertii* handle, nämlich um Einwendungen des widersprechenden Vollstreckungsgläubigers aus der Person des Vollstreckungsschuldners<sup>3</sup>, zeigt am besten die Unrichtigkeit der gegnerischen Ansicht. Denn gerade die Begründung einer Widerspruchsklage mit einer *exceptio ex iure tertii* ist nach herrschender Meinung, die auch von den Vertretern der Gegenansicht gebilligt wird, schlechtweg unzulässig<sup>4</sup>. Ihre Geltendmachung steht nämlich lediglich dem materiell hierzu Berechtigten, d. h. also dem Vollstreckungsschuldner selbst, zu. Hieraus würde sich also ergeben, daß die konkurrierenden Gläubiger nach der hier bekämpften Ansicht überhaupt keine Begründungsmöglichkeiten hätten, es sei denn, daß sie ausnahmsweise die praktisch höchst selten vorkommenden eigenen Rechte<sup>5</sup> geltend machen können.

Gegen die Richtigkeit der hier bekämpften Ansicht spricht ferner auch noch, daß man mit ihr unbedingt zu der gerade bestrittenen Rechtskrafterstreckung gelangt<sup>6</sup>. Die Annahme einer solchen findet in unserem Falle sicherlich keinerlei gesetzliche Stütze<sup>7</sup>. Zum anderen ist aber Grundlage des Pfändungspfandrechtes, vom Standpunkt der Akzessorietät, gerade das Bestehen eines Anspruches. Will man ihn nicht bei Vorliegen eines Schuldtitels unterstellen<sup>8</sup>, so kann man nur

<sup>1</sup> Vgl. hierzu im einzelnen: STEIN-JONAS: § 322 II 2—4; FÖRSTER-KANN: § 322 II; GOLDSCHMIDT: Prozeß als Rechtslage, §§ 15—17; Zivilprozeßrecht § 63; ROSENBERG: § 154.

<sup>2</sup> Dies gibt selbst STEIN-JONAS: § 878 II 2 zu. Der Widerspruchskläger ist nicht Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners. Auch nicht einmal beschränkter Rechtsnachfolger, wie dies eine von PAGENSTECHE: Prozeßprobleme § 7 Anm. 9, angegebene Entscheidung des Hans. OLG. vom 5. Juli 1929 (Bf. IV. 311/29) annimmt. Hiergegen mit Recht PAGENSTECHE: a. a. O. S. 37. Rechtsnachfolger im Sinne der §§ 265, 325 ist nur, wer ganz oder teilweise Subjekt des in Streit befangenen Anspruches wird.

<sup>3</sup> So STEIN-JONAS: § 878 II 2; STEIN: Grundfragen, S. 106.

<sup>4</sup> Vgl. hierüber unten § 17. <sup>5</sup> Vgl. unten § 21.

<sup>6</sup> Wenn allerdings auch nicht im Sinne einer Vollstreckbarkeitserstreckung. — So auch: KRÜCKMANN: ZZP. 47, 99.

<sup>7</sup> Auch nicht, wenn man davon ausgeht, daß es sich um Einwendungen *ex iure tertii* handelt.

<sup>8</sup> So nämlich FALKMANN: § 51 3a. Gegen ihn mit Recht STEIN: Grundfragen, S. 32 (vgl. oben S. 53 Anm. 4 und 5 sowie Text daselbst). — Vgl. ferner auch noch PAGENSTECHE: Rhein. Z. 6, 518; dawider KRÜCKMANN: ZZP. 48, 98—99.

folgerichtig<sup>1</sup> annehmen, daß das Pfändungspfandrecht dann und nur dann besteht, wenn auch eine Forderung existiert. Mangels einer Rechtskrafterstreckung muß also auch bei Vorliegen eines rechtskräftigen Titels ein entsprechender Gegenbeweis zulässig sein.

2. Die zweite Ansicht geht davon aus, daß die Rechtskraft grundsätzlich nur zwischen den jeweiligen Prozeßparteien, d. h. also zwischen dem Vollstreckungsschuldner und dem vorstehenden Vollstreckungsgläubiger wirkt. Diese subjektive Begrenzung der Rechtskraft verbietet die Ausdehnung der Urteilswirkungen und -feststellungen, falls nicht ein besonderer Fall von Rechtskrafterstreckung gegeben ist, auf nachstehende Pfändungspfandgläubiger. Diese sind also, selbst bei Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils, nicht gehindert, dem Liquidat der vorstehenden Konkurrenten mit der Begründung zu widersprechen, daß ihnen eine Forderung und somit ein Pfandrecht, infolge seines akzessorischen Charakters, nicht zusteht<sup>2</sup>.

III. Die letzte Ansicht verdient aus verschiedenen Gründen den Vorzug.

Sie entspricht der vorwiegend vertretenen und meines Erachtens auch allein richtigen prozessualen Auffassung der materiellen Rechtskraft. Die gegenteilige Ansicht ist eine Folge der materiellrechtlichen Rechtskraftlehre. Zu ihrer erneuten ausführlichen Widerlegung ist hier nicht der gegebene Raum. Ich beziehe mich daher auf die eingehenden und genauen Erörterungen bei LENT<sup>3</sup>, GOLDSCHMIDT<sup>4</sup> und ROSENBERG<sup>5</sup>.

Die hier vertretene Ansicht berücksichtigt ferner, im Gegensatz zur materiellrechtlichen Auffassung, die gesetzliche Beschränkung der Urteilswirkungen und -feststellungen auf die Parteien. Dies mit Recht; denn die Rechtskrafterstreckung ist eine Ausnahme und nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig. Ein solcher Fall liegt aber im Widerspruchprozeß nach § 878 I nicht vor. Das muß sogar STEIN zu-

<sup>1</sup> Diese Folgerichtigkeit erscheint PAGENSTECHER: Gruchot 50, 291 Text zu Anm. 47 eigentümlich (?) und sonderbar.

<sup>2</sup> GOLDSCHMIDT: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, S. 7, 36; Prozeß als Rechtslage, S. 178, 191; Zivilprozeßrecht § 97 3, S. 272; FÖRSTER-KANN: § 878 4a bb; HELLWIG-OERTMANN: § 334, 2a ε; ROSENBERG: § 202 IV 3; SCHMIDT: § 150 II, S. 972 Anm. 2; W. HEIN: Identität II, S. 96—97 Anm. 38; v. TUHR: § 8 Anm. 20, § 17 III 2 und daselbst Anm. 17; LENT II, S. 165ff., 177ff. — Einige Entscheidungen können zur Unterstützung, aber wohl kaum zum vollen Beweis herangezogen werden: RG. 27, 304; RG. in JW. 1890, 294, Nr. 2; 1895, 600, Nr. 18; RG. in Gruchot 50, 1166. Keinesfalls kann aber eine der beiden Ansichten als herrschend bezeichnet werden, wie dies PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 7 Anm. 9, tut.

<sup>3</sup> LENT: § 9 II, S. 168ff.

<sup>4</sup> GOLDSCHMIDT: Prozeß als Rechtslage, § 16.

<sup>5</sup> ROSENBERG: § 154 II.

geben, der mit seiner bereits oben widerlegten Ansicht indirekt doch hierzu gelangt. Aber weiter ist auch noch zu bedenken, daß die gegen-  
teilige Ansicht im Falle einer Kollusion zwischen dem beklagten Voll-  
streckungsgläubiger und dem Vollstreckungsschuldner oder bei Vor-  
liegen eines Wiederaufnahmegrundes (§§ 578ff.) eine Konzession an die  
hier vertretene Ansicht zu machen bereit ist. Eine solche Ausnahme ist  
aber von unserem Standpunkt aus gar nicht erforderlich, da der Voll-  
streckungsgläubiger ja unbekümmert um die Rechtskraft *stets* in der  
Lage ist, die Existenz der Forderung zu bestreiten. Eine Theorie aber,  
die in vielen Fällen, und nicht gerade in den unwichtigsten, Konzessionen  
machen muß, um die Verbindung mit der Wirklichkeit und dem all-  
gemeinen Rechtsempfinden nicht zu verlieren, hat meines Erachtens  
nur höchst problematischen Wert. Warum also nicht noch einen Schritt  
weitergehen und die Rechtskraft überhaupt ganz außer Betracht  
lassen? Daß man hierdurch zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen ge-  
bracht wird, ist nicht zuzugeben<sup>1</sup>. Denn wenn am Ausgangspunkt der  
Erörterungen, quasi als Grundstein, die Ansicht vertreten wurde, daß  
das Pfändungspfandrecht als Grundlage der Rangordnung ein akzes-  
sorisches ist, dann muß man in konsequenter Durchführung dieses Ge-  
dankens dazu kommen, den Vollstreckungsgläubigern ein Wider-  
spruchsrecht gegen die dem Titel zugrunde liegende Forderung einzu-  
räumen, selbst wenn ein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Dieses be-  
gründet lediglich die durch Gegenbeweis zu entkräftende Vermutung,  
daß die getroffene Entscheidung auch der materiellen Rechtslage ent-  
spricht. Mehr aber nicht. Mit jeder anderen Ansicht würde man  
entweder die Akzessorietät verleugnen, oder zu einer sicherlich  
ebenso falschen Fiktion des Anspruches bei Vorliegen irgendeines  
Schuldtitels gelangen. Selbst der von PAGENSTECHER für seine Gegen-  
ansicht herangezogene<sup>2</sup> STEIN muß zugeben, daß es an jeder gesetz-  
lichen Handhabe fehlt, um die Ausdehnung der Rechtskraft eines  
Urteils auf den unbeteiligten dritten Vollstreckungsgläubiger zu be-  
gründen<sup>3</sup>.

Die Gefahr, daß der vielleicht nach langwierigen Verhandlungen  
durch alle Instanzen zwischen dem Widerspruchsbeklagten und dem  
Vollstreckungsschuldner durchgeführte Hauptprozeß durch die Wider-  
spruchsklage von neuem aufgerollt werden kann, ist allerdings vorhanden.  
Aber doch wohl nur theoretisch. Praktisch ist sie nicht so schwerwiegend,

<sup>1</sup> Dies gegen PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 7, S. 33.

<sup>2</sup> PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 7, S. 33 und daselbst Anm. 8.

<sup>3</sup> STEIN: Grundfragen, S. 104. GOLDSCHMIDT braucht demnach nicht,  
wie PAGENSTECHER a. a. O. meint, „stutzig“ zu werden, wenn er STEINS  
Äußerungen liest, da die hier im Text angegebene weitere Äußerung von  
STEIN unbedingte für ihn spricht.

wie es im ersten Augenblick den Anschein hat, wenn man sich die Situation einmal vergegenwärtigt:

Der Widerspruchskläger wird die Forderung seines Vormannes natürlich nicht mit Gründen bestreiten, die der Vollstreckungsschuldner bereits im Hauptprozeß erfolglos vorgetragen hat. Kein Richter des Widerspruchsprozesses würde nämlich das gleiche Material anders beurteilen als der Richter des Hauptprozesses. Unter diesen Umständen wird der Kläger also für sich nie die Wirkungen der rechtskräftigen Hauptentscheidung beseitigen können. Daher wird er, schon mit Rücksicht auf die drohende Kostenlast, kaum einen derartigen Widerspruchsprozeß anstrengen. Die Tatsachen, mit denen er die Widerspruchsklage begründet, werden demnach in aller Regel vollkommen neue Gesichtspunkte enthalten, die ihm die Aussicht eröffnen, eine von dem rechtskräftigen Haupturteil abweichende Widerspruchsentscheidung herbeizuführen. Warum er dies nun aber nicht tun soll, wenn er hierzu in der Lage ist, ist nicht recht verständlich. Meines Erachtens ist es nur recht und billig, daß der Widerspruchskläger, wenn er in der Lage ist, irgendwelchen Beweis für rechtserhebliche Tatsachen zu erbringen, die dem Anspruch seines Vormannes gegen den Vollstreckungsschuldner entgegenstehen, hiermit gehört wird. Der Richter im Widerspruchsprozeß muß also die diesbezüglichen Beweisangebote entgegennehmen, während er sie nach der gegenteiligen Ansicht zurückweisen müßte, es sei denn, daß eine Kollusion oder ein Wiederaufnahmegrund behauptet wird.

Geht man von der hier vertretenen Ansicht aus, so ist der Widerspruchskläger stets berechtigt, das Nichtbestehen der Forderung eines Vormannes trotz rechtskräftigen Urteils zu behaupten und Beweis hierfür anzutreten. Maßgebend bleibt die objektive Rechtslage, wie sie sich bei Beurteilung unter Außerachtlassung der die Widerspruchsparteien nicht bindenden rechtskräftigen Entscheidung gegen den Vollstreckungsschuldner darstellt. Der widersprechende Gläubiger kann demnach geltend machen, daß der Anspruch des beklagten Konkurrenten beispielsweise wegen Unsittlichkeit (§ 138 BGB.), Formmangels (§ 125 BGB.), Gesetzeswidrigkeit (§ 134 BGB.) usw. nichtig oder bereits infolge Erlaß, Schenkung, Vergleich usw. erloschen war, der Titel demnach nicht der objektiven Rechtslage entspricht<sup>1</sup>. Diese Ansicht genügt

<sup>1</sup> Ich kann daher, im Gegensatz zu PAGENSTECHER, die Richtigkeit der bei ihm, Prozeßprobleme § 7 Anm. 9, zitierten Entscheidung des Hans. OLG. vom 5. Juli 1927 — Bf. IV 311/29 — nicht anerkennen. Nun aber nicht nur wegen der auch von ihm getadelten Begründung, daß der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger als beschränkter Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners im Sinne des § 325 anzusehen sei. Dies erscheint mir so falsch, daß es mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen (vgl. oben S. 55 Anm. 2 und S. 55 Anm. 6) nicht noch ausdrücklich erneut er-

nicht nur dem Gesetz, sondern meines Erachtens auch dem Rechtsgefühl. Wer auf Grund eines objektiv unrichtigen rechtskräftigen Urteils berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu verlangen, die er *re vera* nicht zu beanspruchen hat, muß es sich gefallen lassen, daß er stets schlechter behandelt wird als ein anderer Konkurrent, der auf Grund eines objektiv richtigen Urteiles vollstreckt, dem also *re vera* auch ein Anspruch zusteht. Und dies nicht nur bei Kollusion oder Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes. Zum Beweise berufe ich mich wiederholt auf § 804 und die hierzu gemachten Ausführungen. Das Recht des Widerspruchsbeklagten, auf Grund seines objektiv unrichtigen Urteils die Leistung vom Vollstreckungsschuldner zu verlangen, wird durch ein etwaiges Unterliegen im Widerspruchsprozeß nicht berührt. Die hier sich ergebende Situation entspricht den im Falle eines mangelhaften Vollstreckungsbetriebes gefundenen Ergebnissen. Beide Male bleiben formelle Rechtsbindungen, sowohl die Verstrickung als auch das rechtskräftige Urteil, unberücksichtigt. Entscheidend ist die objektive Rechtslage. Die Wirkungen jener Rechtszustände zu beseitigen, bleibt nach wie vor Aufgabe und Recht des Vollstreckungsschuldners, falls er nach dem Gesetz hierzu in der Lage ist.

#### § 16. Der fehlende Anspruch als Widerspruchsgrund bei sonstigen vollstreckbaren Titeln.

Vorstehend gelangten wir zu dem Ergebnis, daß der widersprechende Gläubiger nicht einmal durch eine zwischen dem Beklagten und dem Vollstreckungsschuldner bestehende rechtskräftige Entscheidung gehindert wird, das Fehlen eines Anspruches als materieller Pfändungspfandrechtsvoraussetzung zu behaupten. Um so mehr hat er natürlich diese Möglichkeit bei allen anderen noch nicht rechtskräftigen Vollstreckungstiteln.

wähnt zu werden braucht. Auch die Berufung auf STEIN - JONAS: §§ 325 III, 265 III, ist unberechtigt; vgl. nämlich dagegen STEIN - JONAS: §§ 325 VI 3 und 878 II 2. — Unrichtig ist jedoch vor allem die überhaupt zum Ausdruck kommende Ablehnung, gegen Entscheidungen des Hauptprozesses anzugehen. Insofern enthält die angeführte Entscheidung einen Satz, der, wenn er richtig angewandt worden wäre, das erkennende Gericht zu der meines Erachtens allein zutreffenden Ansicht geführt hätte. Es heißt dort nämlich: „Der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger muß frühere, ordnungsgemäß erworbene Pfandrechte anderer Gläubiger sich vorgehen lassen.“ Ein Pfandrecht kann jedoch nach herrschender Ansicht nur erworben werden „wenn auch ein Anspruch besteht. Die von PAGENSTECHER a. a. O. S. 37 a. E. vorgeschlagenen beiden Begründungen an Stelle der sicherlich unzutreffenden Begründung der angeführten Entscheidung, werden durch die von ihm vertretenen Ansichten einer abstrakten Natur des Pfändungspfandrechtes einerseits und der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie andererseits diktiert.

I. Hiervon abweichend unterscheidet HELLOWIG<sup>1</sup> zwischen Vollstreckungstiteln, die eine den Schuldner bindende Anerkennung der geltend gemachten Forderung enthalten oder nicht. Zu den ersten rechnet er die für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile, zu den letzten die Arrestbefehle und die vollstreckbaren Urkunden<sup>2</sup>. Ganz abgesehen davon, daß diese Unterscheidung als willkürlich bezeichnet werden muß, erscheint sie auch in ihrer Begründung unzutreffend. Auch die vollstreckbaren Urkunden enthalten eine den Schuldner bindende Anerkennung seiner Schuld. Allerdings fehlt ihnen die materielle Rechtskraft. Aber einerseits sind Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung auch hier nur mit den üblichen Rechtsbehelfen des Vollstreckungsverfahrens zulässig, und andererseits ist die Erhebung erneuter Klagen über den in der Urkunde festgelegten Streitgegenstand an ganz bestimmte, eng umgrenzte Sondervoraussetzungen geknüpft. Der Schuldner ist insoweit also im gleichen Maße an den Inhalt der Urkunde als Anerkennung seiner Schuld gebunden, wie er es ist, wenn ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil gegen ihn vorliegt.

Die von HELLOWIG gemachte Unterscheidung wird, wenn auch meistens ohne jede Begründung<sup>3</sup>, mit Recht abgelehnt. Es besteht meines Erachtens keine Veranlassung, die verschiedenen Vollstreckungstitel nach getrennten Gesichtspunkten zu behandeln. In allen Fällen muß der Widerspruchskläger daher mit der Behauptung gehört werden, daß hinter dem Titel des Konkurrenten kein Anspruch steht. Der Titel selbst ist nur formelle Legitimation zur Teilnahme am Verfahren. Bei der Frage nach der Rangordnung ist er nichts weiter als ein widerlegbares Beweismittel.

II. PAGENSTECHER führt nun seine Ansicht, daß das Pfändungspfandrecht nicht streng<sup>4</sup> akzessorisch sei, durch und gelangt zur Annahme eines Pfändungspfandrecht unbekümmert um das Vorliegen eines zu sichernden Anspruches auch dann, wenn auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels gepfändet wird<sup>5</sup>. Meines Erachtens hat aber PAGENSTECHER seine ganze Lehre überhaupt nur aufgestellt, um

<sup>1</sup> Anspruch, S. 504. — Insofern ist es also nicht ganz genau, wenn ROSENBERG: § 202 IV 3, sagt daß die Widerspruchsklage „unbestritten“ das Nichtbestehen des materiellen Anspruches des Beklagten geltend machen darf, falls aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel gepfändet ist.

<sup>2</sup> HELLOWIG: Anspruch, S. 504 Anm. 89. Vgl. im übrigen auch noch hierüber oben Anm. 169.

<sup>3</sup> Vgl. z. B.: FÖRSTER-KANN: § 878 IVa bb, der lediglich die Ansicht von HELLOWIG referiert.

<sup>4</sup> Diese Einschränkung macht er in Rhein. Z. 6, 512, Anm. 2 gegenüber dem Leitsatz seiner Ausführungen in Gruchot 50, 274ff.

<sup>5</sup> PAGENSTECHER: Gruchot 50, 290ff. Auch heute steht er noch auf dem Boden dieser Anschauung: vgl. Prozeßprobleme, § 7, S. 32/3.

auch in derartigen Fällen zu einem Pfändungspfandrecht zu gelangen. Ob hierfür wirklich ein praktisches Bedürfnis vorliegt, mag dahingestellt bleiben. PAGENSTECHEER geht davon aus, daß auch ein nur vorläufig vollstreckbares Urteil das Recht zur Veräußerung der Pfandsachen gibt. Da aber dieses Recht auf dem Pfändungspfandrecht beruht, müßte dieses stets durch die Pfändung auf Grund des in Rede stehenden Titels begründet werden<sup>1</sup>. Es ist PAGENSTECHEER in Übereinstimmung mit der in der Praxis herrschenden Ansicht zuzugeben, daß das Recht zur Durchführung der Zwangsvollstreckung im Pfändungspfandrecht des Vollstreckungspfandgläubigers seine Grundlage hat<sup>2</sup>. Da dieses nun, wie wir sahen, kein besonderes prozessuales abstraktes Rechtsinstitut ist, so ergibt sich, daß ein Recht zur Veräußerung der Pfandsachen dann und nur dann besteht, wenn der Vollstreckungsgläubiger auch wirklich eine Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner hat<sup>3</sup>. Auch der Eigentumserwerb des Ersteigerers ist im allgemeinen demnach von der Existenz eines dem Titel zugrunde liegenden Anspruches abhängig (§ 1244 BGB.). Im Gegensatz zu PAGENSTECHEER<sup>4</sup> sind die Konsequenzen, die sich hier ergeben, nicht als „eigentümlich“ zu bezeichnen. Die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis, daß auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Titels versteigert wird, hindert für sich allein nämlich noch nicht den Eigentumserwerb des Ersteigerers. Selbstverständlich muß noch der böse Glaube hinsichtlich des Bestehens eines zu sichernden Anspruches hinzukommen. Daß es dann allerdings unbillig und dem geltenden Recht widersprechend ist, wenn der Vollstreckungsschuldner die Herausgabeklage (§ 985 BGB.) gegen den das Nichtbestehen des zugrunde liegenden Anspruches kennenden oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennenden Ersteigerer hat — was nach

<sup>1</sup> PAGENSTECHEER: Gruchot 50, 290/91.

<sup>2</sup> PAGENSTECHEER: Gruchot. 50, 274 ff.; GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, §§ 94 I; 95 5d, S. 260; 96 1e, S. 266; RG. 61, 330; 104, 300, die eine Anwendung des § 1244 BGB. für zulässig halten. Vgl. auch noch WOLFF: § 169 II; RGRKomm. § 1244 4. — A. A.: STEIN-JONAS: § 803 II I; STEIN: Grundfragen, S. 56 ff.; FÖRSTER-KANN: § 803 2; HELLMIG-OERTMANN: § 299 f β; ROSENBERG: § 196 III; HASSENPLUG: S. 92 ff.; SCHWINGE: S. 105 ff.

<sup>3</sup> PAGENSTECHEER hat hier Bedenken gegen die sich ergebende subjektive Ungewißheit, ob der Vollstreckungsgläubiger ein Recht zum Verkauf der Pfandsachen hat. Vgl. hiergegen: WOLFF: § 163 IV Anm. 30, der mit Recht darauf hinweist, daß die gleichen Schwierigkeiten sich auch im bürgerlichen Recht ergeben können. Klagt nämlich (vgl. WOLFF: a. a. O.) der Gläubiger eines für eine nichtige Forderung bestellten Pfandes nach § 1233 II BGB. und verkauft er dann, ohne die Rechtskraft dieser Entscheidung abzuwarten, das Pfand, so erwirbt der Ersteigerer nur bei Gutgläubigkeit (§ 1244 BGB.) Eigentum.

<sup>4</sup> Gruchot 50, 291.

der hier vertretenen Ansicht der Fall ist —, kann nicht zugegeben werden<sup>1</sup>.

Genau so sind aber auch die Rechtsbeziehungen der konkurrierenden Vollstreckungsgläubiger untereinander zu behandeln. Da ihr Recht auf vorzugsweise Befriedigung gleichfalls im Pfändungspfandrecht begründet ist, so ergibt sich, daß die tatsächliche Existenz einer Forderung von ausschlaggebender Bedeutung ist. Insoweit bleibt der vollstreckbare Titel, auch wenn er vorläufig vollstreckbar ist, nicht allein ausschlaggebend.

### § 17. Die Geltendmachung von Rechten des Vollstreckungsschuldners durch den Widerspruchskläger.

I. Wie wir sahen, konnten die Beschränkungen, denen der Vollstreckungsschuldner durch die Rechtskraft der gegen ihn vorliegenden Entscheidungen unterworfen ist, sich nicht auf das prinzipielle Recht der Vollstreckungsgläubiger beziehen, das Vorhandensein der materiellen Pfandrechtsvoraussetzungen, insbesondere also das Bestehen der zugrunde liegenden Forderung, im Verteilungsverfahren zu bestreiten. Auch wenn der Vollstreckungsschuldner selbst das Bestehen eines gegen ihn erhobenen Anspruches nicht mehr bestreiten kann, ist ein im Verteilungsverfahren konkurrierender Vollstreckungsgläubiger nicht an die beschränkende Wirkung der Rechtskraft gebunden. Es ist aber zu beachten, daß dieses Recht der Vollstreckungsgläubiger durch gewisse materiellrechtliche Bestimmungen beeinträchtigt wird.

Der Widerspruchskläger kann zwar rechtsverneinende und rechtsaufhebende Tatsachen vortragen und damit dem Liquidat seines Vormannes entgetreten<sup>2</sup>. Die Geltendmachung von Einreden und

<sup>1</sup> Vgl. die Gegenargumentation von PAGENSTECHE: Gruchot 50, 291/92 und Anm. 48. — Wenn auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Titels versteigert wird, so ist der dies wissende Ersteigerer noch nicht stets bösgläubig bezüglich des zugrunde liegenden Anspruches. In aller Regel kann er glauben, daß ein solcher besteht. Der vorliegende Titel bietet ihm hierfür die genügende Gewähr. Nur wenn er darüber hinaus noch das Fehlen des Anspruches kennt bzw. infolge grober Fahrlässigkeit — die nun aber nicht so unterstellt werden kann, wie PAGENSTECHE es tut — nicht kennt, wird ihm der Eigentumserwerb versagt.

<sup>2</sup> Man kann nun aber nicht, wie KOHLER, S. 158 und 171, es tut, diese Klage dann als Vollstreckungsgegenklage bezeichnen, wenn auch der Vollstreckungsschuldner im Rahmen des § 767 noch zur Erhebung nachträglicher Einwendungen gegen den vollstreckbaren Anspruch berechtigt ist. Die Vollstreckungsgegenklage steht nämlich lediglich dem Schuldner zu. Hier handelt es sich aber um eine rechtlich ganz anders gestaltete und eigene Klage der Vollstreckungsgläubiger. Sie will nicht die Vollstreckbarkeit des Anspruches in Beziehung zum Vollstreckungsschuldner beseitigen, sondern nur das bessere Recht des Klägers feststellen. Gegen KOHLER SCHON STEIN-JONAS, § 878 II 2 Anm. 19.

anderen Rechten, die dem Vollstreckungsschuldner gegen den Anspruch des Konkurrenten zustehen, ist ihm aber verwehrt<sup>1</sup>. Dies ist darauf zurückzuführen, daß nur der legitimierte Träger eines Rechtes oder sein gesetzlicher Vertreter zur Ausübung desselben berechtigt ist. Hieran kann sich auch nichts dadurch ändern, daß irgendein Dritter, also beispielsweise ein am Verteilungsverfahren teilnehmender Vollstreckungsgläubiger, an der Ausübung dieses dem Vollstreckungsschuldner zustehenden Rechtes interessiert ist, um den Anspruch seines eigenen Konkurrenten zu entkräften. Da die Geltendmachung eines Rechtes dem freien Belieben seines Trägers unterliegt, würde dieser materiellrechtlich maßgebende Grundsatz aufgegeben werden, wenn auch Dritte sich auf das Vorhandensein derartiger Befugnisse des Berechtigten berufen dürften. Die Möglichkeit, den Anspruch dann wenigstens so zu behandeln, als hätte der Vollstreckungsschuldner von seinem Rechte Gebrauch gemacht, ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Wenn auch grundsätzlich die objektive Rechtslage als allein ausschlaggebend angesehen werden muß, so ist die Situation doch hier insofern anders, als der Anspruch des beklagten Konkurrenten ja so lange materiell zu Recht besteht, als der Vollstreckungsschuldner von dem ihm zustehenden Rechte, ihn zu beseitigen, keinen Gebrauch gemacht hat.

II. Die Rechtslage ändert sich natürlich, wenn der Vollstreckungsschuldner bereits gelegentlich, mag es auch erfolglos gewesen sein, sein Recht geltend gemacht hat. Hat der Vollstreckungsschuldner sich z. B. im Hauptprozeß gegen den konkurrierenden und jetzt beklagten Vollstreckungsgläubiger vergebens auf ein Anfechtungsrecht berufen, so kann der Widerspruchskläger hierauf Bezug nehmen und versuchen, die bereits geltend gemachte Anfechtung für die Rangstreitigkeiten erfolgreich zu verwerten. Solche Möglichkeiten bieten sich ferner noch, wenn beispielsweise die Geltendmachung der Aufrechnung oder sonstiger Gestaltungsrechte zum Erlaß eines sog. Vorbehaltsurteiles (§§ 302, 599) geführt hat. Hier braucht der Widerspruchskläger den Ausgang des Nachverfahrens nicht abzuwarten, sofern nur die in Frage kommenden Rechte des Vollstreckungsschuldners, auf die er sich im Widerspruchsprozeß berufen will, bereits ordnungsmäßig geltend gemacht wurden.

Auch hier ist es wieder für den Widerspruchskläger einflußlos, daß dem Vollstreckungsschuldner selbst die Berufung auf derartige Rechte unter Umständen bereits durch die Rechtskraft abgeschnitten ist<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Auch wenn sie dem Vollstreckungsschuldner noch nicht durch die Rechtskraft abgeschnitten sind. — So die durchweg herrschende Ansicht: vgl. z. B. STEIN-JONAS: § 878 II 2; STEIN: Grundfragen, S. 106; FÖRSTER-KANN: § 878, 4 a bb; EMMERICH: S. 413; v. TUHR: § 17 III 2.

<sup>2</sup> A. A. vom Standpunkt seiner bereits oben widerlegten Meinung über die Bedeutung der Rechtskraft: STEIN-JONAS: § 878 II 2; STEIN: Grundfragen, S. 106. Wie hier: FÖRSTER-KANN: § 878 4 a bb.

Unbedingt erforderliche Voraussetzung ist nur, daß der Vollstreckungsschuldner als Träger des in Frage kommenden Rechtes nachweislich von seiner Befugnis irgendwann dem Widerspruchsbeklagten gegenüber Gebrauch gemacht hat. Nur wo dies der Fall ist, kann eine Widerspruchsklage also beispielsweise darauf gestützt werden, daß der zugrunde liegende Anspruch anfechtbar oder verjährt ist, daß er durch Aufrechnung entkräftet werden kann, oder daß ihm die Einrede der Zurückbehaltung oder des nicht erfüllten Vertrages entgegensteht.

## II. Nachträglicher Wegfall des Pfändungspfandrecht des Beklagten.

### I.

#### § 18. Das Erlöschen des Pfändungspfandrecht als Widerspruchsgrund.

I. Im vorstehenden galt es nachzuweisen, wie weit das Recht des widersprechenden Gläubigers geht, das ursprüngliche Fehlen eines Pfändungspfandrecht seiner Konkurrenten zu behaupten. Jetzt wird die Frage interessieren, ob und in wie weit ein Nachmann sich auf den Fortfall des gegnerischen Pfändungspfandrecht berufen kann, und welche Gründe er zu dieser Behauptung anführen darf.

Da für das Entstehen eines Pfändungspfandrecht der Vollstreckungstitel eine bedeutsame Rolle spielt, ist zunächst einmal zu erörtern, welchen Einfluß sein Schicksal auf den Bestand des einmal wirksam begründeten Pfandrecht ausübt, insbesondere ob seine Aufhebung für sich allein bereits das Pfandrecht zum Erlöschen bringt.

I. Nach der einen Ansicht<sup>1</sup> genügt die Tatsache der Aufhebung des Vollstreckungstitels, um das bereits entstandene Pfändungspfandrecht zum Erlöschen zu bringen.

Hiergegen ist folgendes zu sagen: Betrachtet man allerdings das Pfändungspfandrecht als abstrakt prozessual, so muß man folgerichtig zu dieser Ansicht kommen. Der Fehler liegt aber meines Erachtens, wie bereits oben<sup>2</sup> ausgeführt wurde, darin, daß dem Vollstreckungstitel nicht diejenige ausschlaggebende Bedeutung zukommt, die ihm von den Vertretern dieser Ansicht beigelegt wird. Allerdings kann ein Pfändungspfandrecht nur entstehen, wenn auch ein gültiger Vollstreckungstitel vorliegt. Dieser ist aber nur eine der unmittelbar formalen Voraussetzungen des Pfändungspfandrecht, die, wenn sie sämtlich vorliegen, in der Wirksamkeit der Pfändung gipfeln. Trotz ordnungsmäßigen Vollstreckungstitels wird nämlich ein Pfändungspfandrecht nicht begründet, wenn der Vollstreckungsbetrieb mangelhaft

<sup>1</sup> SEUFFERT: § 804 7a; WEISMANN: § 147 II 4; SCHMIDT: § 145, S. 934.

<sup>2</sup> Vgl. oben § 12.

ist. Demnach kann der Bestand des Pfändungspfandrecht auch nur dadurch beeinflußt werden, daß die Wirksamkeit der Pfändung nachträglich fortfällt. Solange aber die Verstrickung besteht, ist auch das Pfändungspfandrecht vorhanden, es sei denn natürlich, daß die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen weggefallen sind. In dieser Beziehung kann allerdings auch der Vollstreckungstitel bedeutsam werden, sofern er ihren Fortfall, also z. B. den Untergang der zu sichernden Forderung, erweist. Der Vollstreckungstitel hat also zwei ganz verschiedene Bedeutungen. Einmal ist er formelle Vollstreckungsvoraussetzung und bedingt durch sein Vorhandensein und seine Wirksamkeit die Gültigkeit der Vollstreckungsmaßnahmen und hiermit indirekt auch das Entstehen eines Pfändungspfandrecht. In dieser Eigenschaft bleibt seine Aufhebung gleichgültig. Wie sich nämlich aus den §§ 775, 776 ergibt, können die Vollstreckungswirkungen lediglich durch einen besonderen Akt der Vollstreckungsbehörden beseitigt werden. Die Tatsache der Aufhebung des Vollstreckungstitels gibt hierzu allerdings genügenden Anlaß, ohne aber von selbst diese Beseitigung und damit den Untergang des Pfändungspfandrecht herbeizuführen. Zum anderen ist der Vollstreckungstitel, wenn und soweit er das Bestehen des zu sichernden Anspruches feststellt, ein Indiz für die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen. In dieser Eigenschaft kann seine Aufhebung ein Beweis für den Fortfall des zugrunde liegenden Anspruches und damit gleichzeitig auch für den Fortfall des Pfändungspfandrecht sein.

Hält man diese beiden verschiedenen Funktionen des Vollstreckungstitels nicht ganz streng auseinander, so gelangt man zu dem eingangs wiedergegebenen Ergebnis, welches vor allem mit den §§ 775, 776 in Widerspruch steht. Vor allen Dingen kommen die Vertreter dieser Ansicht zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß trotz Fortdauer der Verstrickung und Vorhandenseins eines zu sichernden Anspruches das Pfändungspfandrecht untergeht, wenn der Vollstreckungstitel aus irgendwelchen prozessualen Gründen aufgehoben wird. Ein meines Erachtens sicherlich nicht zutreffendes Ergebnis.

2. Eine andere Meinung<sup>1</sup> geht dahin, daß weder der Wegfall des Vollstreckungstitels noch der Untergang der Forderung das ordnungsmäßig entstandene Pfändungspfandrecht vernichten. Nur die Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen gemäß §§ 775, 776 soll das Erlöschen des Pfändungspfandrecht herbeiführen können. Vom Standpunkt der hier vertretenen materiellrechtlichen Natur des Pfändungspfandrecht ist diese Ansicht gleichfalls abzulehnen. Denn wenn der Nachweis richtig ist, daß für das Entstehen des Pfändungspfandrecht die materielle Rechtslage, insbesondere das tatsächliche Vorhandensein

<sup>1</sup> PAGENSTECHER: Gruchot 50, 293 ff. und im Anschluß an ihn früher auch GOLDSCHMIDT: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, S. 36, 79.

eines zu sichernden Anspruches, bedeutungsvoll ist, so muß sie auch den Fortbestand des wirksam begründeten Pfandrechtes beeinflussen können<sup>1</sup>.

II. Um zu dem meines Erachtens allein richtigen Ergebnis zu gelangen, müssen wir uns noch einmal kurz folgendes vor Augen halten:

Im vorstehenden ist stets die Auffassung vertreten worden, daß auch das Pfändungspfandrecht generell ein drittes, neben dem vertraglichen und gesetzlichen stehendes, bürgerlichrechtliches Pfandrecht ist. Hiervon ausgehend kamen wir dazu, diejenigen bürgerlichrechtlichen Vorschriften für anwendbar zu erklären, welche das Pfandrecht als dingliches Recht in seiner allgemeinen juristischen Struktur charakterisieren. Die Konsequenz dieser Ansicht war vor allem die Befürwortung der akzessorischen Natur. Setzt also auch das Pfändungspfandrecht schon rein begrifflich das Bestehen eines zu sichernden Anspruches voraus, so ergibt sich mit Notwendigkeit, daß der Untergang dieses Anspruches sein Erlöschen bedingt (§ 1252 BGB.)<sup>2</sup>. Im übrigen folgt aus der Anwendbarkeit der bürgerlichrechtlichen Vorschriften, daß auch das Erlöschen des Pfändungspfandrechtes sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes richtet.

Die Verstrickung als formelle Vollstreckungswirkung wird hierdurch nicht berührt. Wird aber der Vollstreckungstitel trotz Fortbestandes der zu sichernden Forderung, beispielsweise durch Prozeßurteil in der Rechtsmittelinstanz, aufgehoben, so muß der Vollstreckungsschuldner erst noch die förmliche Aufhebung der bereits vollzogenen Vollstreckungsmaßnahmen herbeiführen, um das Pfändungspfandrecht zum Erlöschen zu bringen. Dies wird sich im Hinblick auf die §§ 775, 776 schwerlich leugnen lassen<sup>3</sup>. Solange ein Anspruch besteht und die auf Grund eines wirksamen Titels vorgenommene Pfändung noch nicht wieder beseitigt ist, ist keine Voraussetzung weggefallen, die die Rechtsgültigkeit und den Bestand des Pfändungspfandrechtes bedingt. Dann allerdings muß es untergehen, wenn die Vollstreckungsmaßnahmen auf Antrag des hierzu Berechtigten aufgehoben werden. Ein Pfändungspfandrecht ohne Fortbestand der formellen Pfändungswirkungen ist unserer Prozeßordnung fremd<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Im übrigen treffen die zur Begründung vorgetragene Argumente der Gegenansicht sämtlich für die Verstrickung, nicht aber für das Pfändungspfandrecht selbst zu.

<sup>2</sup> So die überwiegend herrschende Ansicht: vgl. die Nachweise S. 41 Anm. 2.

<sup>3</sup> So zuerst PAGENSTECHE: Gruchot 50, 293 ff.

<sup>4</sup> Ein Pfändungspfandrecht ohne diese Wirkungen kann entstehen im Falle des § 845 II. Vgl. hierzu die Kommentare zu § 845 und STEIN: Grundfragen, S. 33.

Das Pfändungspfandrecht erlischt also sowohl durch Untergang der zu sichernden Forderung als auch bei Untergang der formellen Vollstreckungswirkungen durch Aufhebung der Verstrickung. Im ersten Falle hat die Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen gemäß §§ 775, 776 lediglich deklaratorische, im letzten Falle aber konstitutive Bedeutung.

III. Bei den Erörterungen über das Wesen und die Wirkungen des Pfändungspfandrechtes ist stets das bürgerlichrechtliche Moment in den Vordergrund gestellt worden. Aus diesem Grunde soll auch noch nachgewiesen werden, daß die vorstehend gefundenen Ergebnisse in vollem Einklang mit dem bürgerlichen Recht stehen.

1. Die *konstitutive* Bedeutung der *Freigabe*<sup>1</sup> entspricht im bürgerlichen Recht der Rückgabe des Pfandes unbeschadet der zugrunde liegenden Forderung (§ 1253 I 1 BGB.). In beiden Fällen ist der Untergang des Pfandrechtes an den Realakt der Rückgabe geknüpft, wobei der zu sichernde Anspruch außer Betracht bleibt. Dies ist auch ganz selbstverständlich, da unser Rechtssystem ein besitzloses Pfandrecht nicht kennt. Gibt der Pfandbesitzer, also der privatrechtliche Pfandgläubiger oder der Gerichtsvollzieher, der seinen Besitz aus der Verstrickung kraft seines Amtes (§ 854 BGB.) herleitet, das Pfand zurück, so muß das dingliche Recht untergehen. Dem Besitz des Pfandgläubigers entspricht allerdings kein Besitz des Vollstreckungsgläubigers, so daß eine Freigabe durch ihn direkt nicht erfolgen kann. Er hat nur die Möglichkeit, dies durch entsprechenden Antrag bei den Vollstreckungsbehörden zu veranlassen. Nur wenn sie freigeben, muß das Pfändungspfandrecht erlöschen. Hieraus folgt aber auch weiter, daß der Auftrag des Vollstreckungsgläubigers hierzu insoweit unerheblich ist, da diese Wirkungen auch dann eintreten, wenn ohne oder entgegen seinem ausdrücklichen Willen freigegeben wird. Die Besitzrechte werden von den Vollstreckungsorganen ausgeübt. Daher sind auch nur sie zur rechtswirksamen Freigabe legitimiert. Eine Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Recht kann demnach festgestellt werden.

2. Diese Übereinstimmung tritt aber auch bei der *Freigabe* mit lediglich *deklaratorischer* Bedeutung — z. B. also wegen Unterganges des Pfandrechtes bei Wegfall des zu sichernden Anspruches — zutage. Die privatrechtliche Zurückgabe des Pfandes durch den Gläubiger braucht auch jetzt nur wieder der prozeßrechtlichen Freigabe durch die Vollstreckungsorgane gleichgestellt zu werden. Dies ist erforderlich und, wie vorstehend nachgewiesen wurde, auch zulässig. Hier findet sich nun eine entsprechende Bestimmung des bürgerlichen Rechtes im § 1223 I

<sup>1</sup> Der Kürze halber bezeichne ich mit diesem in der Praxis allgemeinen üblichen Ausdruck die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen.

BGB. Die Verpflichtung zur Rückgabe des Pfandes besteht, wenn einer derjenigen materiellen Gründe vorliegt, die das Pfandrecht zum Erlöschen bringen<sup>1</sup>. Gleiches gilt auch für das Pfändungspfandrecht. Nach Untergang des zu sichernden Anspruches muß der Vollstreckungsgläubiger die Freigabe veranlassen oder bewilligen. Hierdurch bringt er dann zum Ausdruck, daß ihm ein Pfandrecht nicht mehr zusteht. Das Recht des Vollstreckungsschuldners, die nicht erfolgende Freigabe mit den üblichen Rechtsbehelfen des Vollstreckungsrechtes zu erzwingen, entspricht der privatrechtlichen Klage obligatorischer Natur aus § 1223 I BGB., oder dinglicher Natur aus § 985 BGB., falls der Verpfänder auch Eigentümer der Pfandsache ist.

IV. Mit den vorstehenden Ausführungen sollte vor allen Dingen nachgewiesen werden, daß nicht nur die Begründung, sondern auch der Fortbestand des Pfändungspfandrechtes den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes unterliegt. Der Wegfall der formellen oder materiellen Wirksamkeitsbedingungen — also Entstrickung oder z. B. Untergang des Anspruches — bringen das Pfändungspfandrecht zum Erlöschen. Insoweit ist also die Aufhebung des Vollstreckungstitels zwar beachtlich aber einflußlos. Beachtlich, als sie einerseits Anlaß zu den Freigabeanträgen und -anordnungen gibt und andererseits den Untergang der Forderung beweisen kann. Einflußlos aber, als sie im ersten Falle das Pfändungspfandrecht nicht ipso iure zum Erlöschen bringt und die Anordnungen aus §§ 775, 776 nicht erspart; im anderen Falle, weil der Untergang der Forderung durch die aufhebende Entscheidung nicht bewirkt, sondern lediglich indiziert wird, da hier schon vorher wegen Fehlens eines zu sichernden Anspruches überhaupt kein Pfändungspfandrecht bestand. Es kommt noch hinzu, daß der auf die Aufhebung des Titels gestützte Beweis für die Nichtexistenz der vorgehenden Forderung widerlegbar ist.

Vom Standpunkt der hier vertretenen Ansicht bleiben also allein ausschlaggebend die Verstrickung und die Forderung. Der Aufhebung des Vollstreckungstitels kommt lediglich die Bedeutung eines Prima-facie-Beweises<sup>2</sup> für den Untergang der Forderung zu; mehr aber nicht. Dies bedeutet für den Widerspruchsprozeß folgendes:

Da Grundlage der Rangordnung einzig und allein das Pfändungspfandrecht ist, können auch nur diejenigen Tatsachen zur Begründung einer Widerspruchsklage herangezogen werden, die das Erlöschen des Pfändungspfandrechtes nachweisen. Der klagende Vollstreckungs-

<sup>1</sup> §§ 1250 II, 1252, 1255, 1256 BGB. Dem Erlöschen steht gleich der Fall des § 1254 BGB. § 1253 I I BGB. gehört nicht hierher, da er ein formeller Erlöschensgrund ist und eine Rückgabeverpflichtung sich dann nicht mehr denken läßt.

<sup>2</sup> So auch FÖRSTER-KANN: § 878 IV a bb.

gläubiger kann also dem Liquidat seines Vormannes nicht mit der einfachen Behauptung entgegenreten, daß dessen Vollstreckungstitel inzwischen aufgehoben worden sei. Es muß noch hinzukommen, daß entweder eine der in den §§ 775, 776 gedachten Maßnahmen angeordnet wurde oder daß dem Beklagten kein zu sichernder Anspruch mehr zusteht. In allen anderen Fällen bietet eine Berufung auf die Aufhebung des Vollstreckungstitels keine Aussicht für den klagenden Konkurrenten, eine bessere Befriedigung durchzusetzen.

V. Die hier gemachte verschiedenartige Betrachtungsweise wird von PAGENSTECHER verkannt, wenn er als ihr uneingeschränktes Ergebnis die Behauptung aufstellt<sup>1</sup>, daß der Nachmann sich hiernach nie auf die Aufhebung des vorgehenden Titels stützen könne. Dies allerdings nicht, wenn die Aufhebung aus prozessualen Gründen erfolgte, wenn also das aufhebende Urteil zur Existenz der Forderung keine Stellung genommen hat. Ist jedoch der vorgehende Vollstreckungstitel aufgehoben worden, weil der geltend gemachte Anspruch nicht besteht, so ist die Tatsache der Aufhebung des Titels für sich allein zwar noch nicht geeignet, eine Widerspruchsklage erfolgreich zu begründen. Der klagende Nachmann kann sich aber auf die Aufhebung berufen, um hiermit die von ihm behauptete Nichtexistenz der vorgehenden Forderung als Grundlage des Pfändungspfandrechtes zu beweisen. Die von PAGENSTECHER hiergegen geäußerten Bedenken sind leicht zu beseitigen. PAGENSTECHER bemängelt, daß der Vormann nach der hier vertretenen Ansicht dem Kläger in einem solchen Falle entgegenhalten könnte, daß die Abweisung seiner Klage zu Unrecht erfolgt sei. Man braucht aber nur die Ausführungen, die bereits oben gemacht wurden<sup>2</sup>, sinnentsprechend auf die hier sich ergebende Rechtslage anzuwenden, um sofort einzusehen, daß praktische Unmöglichkeiten gar nicht entstehen können. Wieso es aber unbillig sein soll, dem Vormann eine bevorzugte Befriedigung zuzugestehen, wenn er den Nachweis erbringen kann, daß seine Klage gegen den Vollstreckungsschuldner zu Unrecht abgewiesen wurde, ist nicht einzusehen. Mag doch der Vollstreckungsschuldner von sich aus die geeigneten Schritte (§§ 775, 776) unternehmen, um den in Frage kommenden Gläubiger von der weiteren Teilnahme am Verteilungsverfahren auszuschließen. Tut er dies nicht, so ist dies der beste Beweis dafür, daß dem Vormann in der Tat ein Anspruch gegen ihn zusteht.

Ist aber der Vollstreckungstitel durch sog. Prozeßurteil aufgehoben worden und der im Widerspruchsprozeß klagende Gläubiger demnach nicht in der Lage, sich hierauf zu berufen, so wird unter Umständen der Fall eintreten, daß der Vormann bevorzugte Befriedigung verlangt,

<sup>1</sup> PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 6 S. 30, Anm. 33

<sup>2</sup> S. 57—58.

wenn der Vollstreckungsschuldner nicht die Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen herbeiführt. Hier muß sich dann der Nachmann durch erneute Vollstreckung — z. B. durch Pfändung eines etwaigen Bereicherungs- oder Schadensersatzanspruches des Vollstreckungsschuldners gegen den vorgehenden Konkurrenten — Befriedigung suchen<sup>1</sup>.

## 2.

### § 19. Die Rechtslage bei Aufhebung des Vollstreckungstitels.

I. Führt die Aufhebung des Vollstreckungstitels zu einer Aufhebung der bereits vollzogenen Vollstreckungsmaßnahme, so kann der Kläger im Widerspruchsprozeß die bevorzugte Stellung seines Konkurrenten bestreiten, da diesem durch Fehlen einer Verstrickung kein Pfandrecht mehr zusteht. Auch die Aufhebung des Vollstreckungstitels wegen Unterganges des zu sichernden Anspruches kann als Widerspruchgrund erfolgreich verwertet werden. Es kann aber vorkommen, daß die Klage des vorgehenden Konkurrenten aus anderen Gründen in der Rechtsmittelinstanz abgewiesen wurde, und daß der Vollstreckungsschuldner die nach obigen Ausführungen zur Beseitigung des Pfändungspfandrechtes erforderlichen Schritte nicht unternimmt. Hier kann es fraglich erscheinen, ob der Kläger im Widerspruchsprozeß sich nicht auf die Aufhebung des Titels berufen kann.

Dies ist zweifellos zulässig, soweit sie auf Umstände zurückgeführt werden kann, die der Kläger infolge ihres bereits ursprünglichen Vorhandenseins nach den früheren Ausführungen selbständig hätte geltend machen können. Wird also beispielsweise der Vollstreckungstitel, wenn er eine gerichtliche Entscheidung ist, nachträglich wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges aufgehoben, so kann ein nachstehender Gläubiger unter Hinweis hierauf bevorzugte Befriedigung verlangen. Der hierfür ausschlaggebende Gesichtspunkt ist nun aber nicht die bloße Tatsache der Aufhebung des Titels, sondern der bereits von Anfang an mangelhaft gewesene Vollstreckungsbetrieb, den der Kläger auch hätte rügen können, wenn der Vollstreckungsschuldner die Aufhebung des Titels in seinem Prozeß nicht erreicht hätte. Auch für die Zwangsvollstreckung gelten nämlich die allgemeinen Voraussetzungen des bürgerlichrechtlichen Prozesses. Zu ihnen gehört die Zulässigkeit des Rechtsweges<sup>2</sup>. Eine hiergegen verstoßende Vollstreckungshandlung ist daher unwirksam.

<sup>1</sup> PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 6 S. 30 Anm. 33 hält diesen zweifellos doch gegebenen Weg mit Unrecht für unzureichend.

<sup>2</sup> Vgl. STEIN: Grenzen . . ., S. 54 ff., 74 ff., der sogar so weit geht, trotz rechtskräftiger Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges im Erkenntnisverfahren, eine abweichende Feststellung im Vollstreckungsverfahren für möglich und zulässig zu halten.

Die aus diesem Grunde erfolgende Aufhebung des Titels bringt den Mangel des Vollstreckungsbetriebes nur noch besonders zum Ausdruck.

Andere Aufhebungsgründe sind aber nicht geeignet, ein Widerspruchsrecht zu geben und zur Begründung einer Klage herangezogen zu werden. Aus diesem Grunde kann auch ein Gläubiger, der auf Grund eines nachträglich infolge Einrede des Schiedsvertrages aufgehobenen Urteiles die Zwangsvollstreckung betrieben hat, solange eine Berücksichtigung im Verteilungsverfahren und vorzugsweise Befriedigung vor nachpfändenden Konkurrenten verlangen, als der Vollstreckungsschuldner nicht die Aufhebung der Pfändung veranlaßt und damit das Pfändungspfandrecht beseitigt. Die Abweisung der Klage gegen den Vollstreckungsschuldner ist demnach völlig belanglos, da sie nicht aus einem Grunde erfolgte, den der Gläubiger im Widerspruchsprozeß selbständig von sich aus hätte geltend machen können<sup>1</sup>. Auch in diesem Falle bleibt dem Nachmann nichts anderes übrig, als durch erneute Vollstreckung, insbesondere durch Pfändung eines etwaigen Bereicherungs- oder Schadensersatzanspruches des Vollstreckungsschuldners gegen den Vormann, Befriedigung zu suchen.

II. Hiergegen wendet sich nun PAGENSTECHEER in längeren Ausführungen<sup>2</sup> und versucht, insbesondere unter Berufung auf zwei Entscheidungen des Reichsgerichts<sup>3</sup> und auf einige Literaturstellen, den Nachweis zu erbringen, daß ein nachstehender Gläubiger, im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht, sich uneingeschränkt in jedem Falle auf die *rechtskräftige* Aufhebung des Titels seines Vormannes berufen kann.

I. Soweit PAGENSTECHEER sich für seine Ansicht auf das RG. stützt<sup>4</sup>, ist ihm zu widersprechen.

Wenn man einmal von der meines Erachtens überhaupt schiefen Problemstellung absieht und den Vollstreckungstitel als maßgebendes Bestandelement und wirksamste Bedingung des Pfändungspfandrechts betrachtet, so ist aber auch weiter meines Erachtens das nach PAGENSTECHEER anscheinend ausschlaggebende Kriterium, ob die aufhebende Entscheidung rechtskräftig ist oder nicht, gleichfalls unerheblich. Die von PAGENSTECHEER den angeführten Entscheidungen des obersten Gerichtshofes beigelegte Bedeutung ist nicht zu billigen. Vollkommen mit Recht sagt das RG.<sup>5</sup>, daß ein aufhebendes Urteil für sich allein noch nicht die Wirkung haben kann, das rechtsgültig entstandene Pfän-

<sup>1</sup> Dies gegen PAGENSTECHEER: Prozeßprobleme, § 6 S. 28, zu dem von ihm gegebenen Beispiel.

<sup>2</sup> PAGENSTECHEER: Prozeßprobleme, § 6 II S. 24 ff.

<sup>3</sup> RG. 56, 145; 71, 309.

<sup>4</sup> PAGENSTECHEER: Prozeßprobleme, § 6 II S. 24.

<sup>5</sup> RG. 56, 148.

dungspfandrecht seiner Wirksamkeit zu berauben. Sind die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen, also insbesondere die Forderung, nicht weggefallen, so bedarf es nach der richtigen, auch vom RG. vertretenen Ansicht erst noch einer Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen, um das Pfändungspfandrecht zum Untergang zu bringen. Letzteres kann jeder erreichen, der bei einer den Vollstreckungstitel aufhebenden Entscheidung als Partei beteiligt ist. Dies gilt sowohl für den Vollstreckungsgläubiger, der hiermit gleichzeitig seiner Freigabepflicht genügt, als auch für andere Personen, die aus eigenem Recht die Aufhebung des Titels erwirkt haben. Hiermit steht die andere von PAGENSTECHE herangezogene Entscheidung<sup>1</sup> in Einklang. Die Begründung trifft zwar meines Erachtens nicht zu, jedoch ist das Ergebnis auch vom Standpunkt der hier vertretenen Ansicht zu billigen. In dem Antrage des Vollstreckungsgläubigers, ihm nur einen Teilbetrag der durch Arrest gepfändeten Forderung zu überweisen, kann man meines Erachtens nun aber nicht ohne weiteres immer einen stillschweigenden Antrag erblicken, die Pfändung wegen des Restes aufzuheben<sup>2</sup>. Es lassen sich sehr wohl Fälle denken, in denen ein Vollstreckungsgläubiger aus berechtigten Interessen, unter Aufrechterhaltung der gesamten Pfändung, sich nur einen Teilbetrag überweisen lassen will. Hier wäre es eine unnötige Erschwerung seiner Rechtsposition, wollte man von ihm erst noch einen ausdrücklichen Antrag auf Aufrechterhaltung der Restpfändung verlangen. Legt aber der Vollstreckungsgläubiger bei seinem Teilüberweisungsantrag eine rechtskräftige Entscheidung vor, aus der sich seine Berechtigung gerade nur in Höhe des von ihm gestellten Antrages ergibt<sup>3</sup>, so kann man allerdings im Zweifel annehmen, daß er auch stillschweigend die Aufhebung der Restpfändung gewollt und hierdurch sein Pfändungspfandrecht zum Untergang gebracht hat. Da er jetzt nämlich keine genügende Unterlage mehr zur Ausnutzung der Restpfändung hat, wird im allgemeinen die Annahme berechtigt sein, daß er stillschweigend ihre Aufhebung beabsichtigt, da er sie praktisch doch nicht mehr verwerten kann. Dies selbst dann, wenn der Vollstreckungstitel der wahren Sachlage nicht entspricht. Wird er später im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt, so bedarf es demnach erst noch einer erneuten Pfändung, um ein Pfändungspfandrecht zu begründen<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> RG. 71, 309.

<sup>2</sup> So nämlich im Anschluß an STEIN: Drittschuldner, S. 21 ff.; GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, § 94 I c. — Daß der Vollstreckungsgläubiger im Prinzip hierzu legitimiert ist, unterliegt wohl keinem Bedenken.

<sup>3</sup> So in dem Fall, welcher der Entscheidung RG. 71, 309 zugrunde lag.

<sup>4</sup> Billigt man die im Text getroffene Begründung nicht, so bleibt meines Erachtens nichts anderes übrig, als den Fortbestand des Pfändungspfandrechtes anzunehmen, soweit die Forderung tatsächlich noch besteht.

Der maßgebende Gesichtspunkt ist und bleibt also die Aufhebung der Pfändung oder der Untergang der Forderung. Wenn PAGENSTECHEER anderer Ansicht ist, so verleugnet er seine eigenen früheren Ausführungen über die Bedeutung der §§ 775, 776<sup>1</sup>. Seine unter Berufung auf das RG. gemachte Abweichung für den Fall einer rechtskräftig aufhebenden Entscheidung hat er meines Erachtens nicht begründet und mit seinen früheren Ansichten auch nicht in Einklang bringen können<sup>2</sup>.

Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde eine rechtskräftig aufhebende Entscheidung, unbeschadet des zugrunde liegenden Anspruches, eine andere Wirkung haben soll, als vorläufige Entscheidungen. Auch das RG. hat einmal darauf hingewiesen<sup>3</sup>, daß ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil bezüglich der Zwangsvollstreckung einem rechtskräftigen Urteil im allgemeinen gleichstehe. Vor allen Dingen ist aber die Entscheidung des RG. im 56. Bande auf S. 145 nicht zu beseitigen. Aus ihr folgt mit aller Klarheit, daß, wenn der Vollstreckungsschuldner keine Schritte unternimmt, um die Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen zu erwirken, das Pfändungsrecht des Vollstreckungsgläubigers fortbesteht.

2.<sup>4</sup> Auch die Berufung PAGENSTECHEERS auf eine in der Literatur angeblich herrschende Meinung ist unberechtigt. Die von ihm gebrachten Zitate sagen nichts, was die hier vertretene Ansicht widerlegen könnte.

a) Wenn HELLWIG<sup>5</sup> eine während des Verteilungsverfahrens eintretende Aufhebung der Verurteilung zugunsten der konkurrierenden Gläubiger wirken lassen will, so versteht er unter „Aufhebung der Verurteilung“ natürlich nur die richterliche Feststellung, daß der zugrunde liegende Anspruch nicht existiert, sonst hätte HELLWIG einfach von der Aufhebung des Titels sprechen können. Die Aufhebung der Verurteilung in dem angegebenen Sinne wirkt aber auch nach der hier vertretenen Ansicht zugunsten der im Verteilungsverfahren konkurrierenden Gläubiger, da der Wegfall einer materiellen Wirksamkeitsvoraussetzung erwiesen und damit das Pfändungspfandrecht seiner Grundlage beraubt

---

So folgerichtig ROSENBERG: § 218 IV 1a. Das vom RG. in die Entscheidung RG. 71, 309 hereingetragene subjektive Moment, daß nämlich der Drittschuldner mit einer Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zu rechnen braucht, halte ich in Übereinstimmung mit STEIN: Drittschuldner S. 21 ff. für unvereinbar mit dem Gesetz.

<sup>1</sup> PAGENSTECHEER: Gruchot 50, 293.

<sup>2</sup> PAGENSTECHEER: Prozeßprobleme, § 7 I.

<sup>3</sup> RG. 18, 287.

<sup>4</sup> Die nachstehenden Ausführungen stehen, insbesondere hinsichtlich der getroffenen Entscheidungen, fast durchweg in Übereinstimmung mit der Ansicht, die GOLDSCHMIDT in seinen erwähnten Gutachten vertreten hat.

<sup>5</sup> HELLWIG: Anspruch, S. 504 Anm. 87.

ist. Daß HELLWIG darüber hinaus an jede Aufhebung des Titels gedacht hat, erscheint nicht annehmbar.

b) Aber auch die Berufung auf EMMERICH<sup>1</sup> ist bedenklich<sup>2</sup>. Gewiß kann sich ein Nachmann darauf berufen, daß der Vollstreckungsschuldner mit einer beschränkten Vollstreckungsgegenklage (§ 768) den Vormann besiegt hat. Aber nun nicht, wie PAGENSTECHEER annimmt, weil die Vollstreckbarkeit des vorgehenden Titels aufgehoben ist, sondern weil dem Vormann überhaupt kein vollstreckbarer Anspruch mehr gegen den Schuldner zusteht. Nach der hier vertretenen Ansicht hätte er dies aber auch geltend machen können, wenn der Vollstreckungsschuldner die Klage aus § 768 nicht oder nicht erfolgreich erhoben hätte. Vor allen Dingen spricht aber gegen die von PAGENSTECHEER gezogenen Konsequenzen aus der Äußerung bei EMMERICH, daß dieser selbst im Text zu der erwähnten Anmerkung wörtlich sagt:

„Mit Einreden, deren Geltendmachung der freien Willkür des Schuldners unterliegt, kann der Gläubiger seinen Widerspruch jedoch nicht begründen.“ Es wird sich nicht bezweifeln lassen, daß der Antrag aus § 776, ein solcher ist, der der freien Willkür des Vollstreckungsschuldners unterliegt. Außerdem sagt EMMERICH dann auch noch weiter, daß der Gläubiger sich selten auf Entscheidungen stützen kann, die der Vollstreckungsschuldner gegen einen Konkurrenten gemäß §§ 767/770 erlangt hat. Es ist unverständlich, wie PAGENSTECHEER hierin einen Beleg für seine Ansicht finden kann.

c) Nichts anderes sagt auch das von PAGENSTECHEER<sup>3</sup> angeführte Zitat von STEIN<sup>4</sup>. Wenn PAGENSTECHEER hier selbst zugeben muß, daß STEIN sich in seinem Sinne nicht so deutlich ausdrückt wie HELLWIG und EMMERICH, so ergibt sich bereits hieraus der problematische Wert des Zitates, da die angeblich für PAGENSTECHEER sprechenden anderweitigen Zitate, wie ich vorstehend ausgeführt habe, von ihm zur Stützung seiner Ansicht nicht herangezogen werden können. STEIN denkt mit dem Hinweis, daß der Titel des Vormannes bestritten werden kann, nur an den Fall, daß dem Gläubiger von vornherein kein ordnungsmäßiger Titel zur Verfügung stand. Aus dem ganzen Zusammenhang der von STEIN gemachten Ausführungen ergibt sich zweifellos, daß er nur die ursprüngliche Mangelhaftigkeit der eigentlichen Pfändung im Auge hat, wenn er dem Konkurrenten ein Recht zum Bestreiten des Titels einräumt. Ein solches Recht besteht aber auch nach der hier vertretenen Ansicht.

---

<sup>1</sup> EMMERICH: S. 413 Anm. 289.

<sup>2</sup> PAGENSTECHEER: Prozeßprobleme, § 7 II S. 39.

<sup>3</sup> PAGENSTECHEER: Prozeßprobleme, § 7 II S. 39.

<sup>4</sup> STEIN: Grundfragen, S. 103.

d) Außer diesen von PAGENSTECHER selbst gebrachten Literaturnachweisen sprechen aber auch noch andere Ansichten gegen ihn:

So sagt z. B. HELLWIG-OERTMANN<sup>1</sup>, daß der Widerspruchskläger einen Mangel des Vollstreckungstitels rügen könne, wenn dieser bereits der Pfändung des Beklagten zugrunde lag.

Auch NEUKAMP<sup>2</sup> steht auf dem hier vertretenen Standpunkt, daß die Widerspruchsklage auf die — selbstverständlich nur ursprüngliche — Unwirksamkeit des gegnerischen Titels gestützt werden kann.

III. PAGENSTECHER ist also nicht in der Lage, seine Ansicht durch Entscheidungen oder Literaturnachweise zu belegen. Dies würde ja nun für sich allein noch kein Grund sein, ihm die Gefolgschaft zu versagen. Mangels einer durchgreifenden Begründung muß ich aber auf dem bereits von GOLDSCHMIDT in seinen Gutachten eingenommenen Standpunkt verharren. Im allgemeinen werden sich unsere beiden entgegengesetzten Ansichten im Ergebnis treffen, da hier den Gläubigern im Verteilungsverfahren ein sehr weitgehendes Widerspruchsrecht eingeräumt wird, und demnach die meisten Gründe, die zur Aufhebung des Vollstreckungstitels führten, von sich aus bereits genügenden Anlaß zum Bestreiten der vorgehenden Liquidate geben. Der Unterschied in der Betrachtungsweise ist aber der, daß man nach der hier vertretenen Ansicht auf die Gründe der Aufhebung eines Titels zurückgehen muß, während PAGENSTECHER dies nicht tut. Der Meinungsstreit wird aber doch von Bedeutung für einen Fall, den das RG. kürzlich entschieden hat<sup>3</sup>, und dessen Entscheidung meines Erachtens nicht zu billigen ist<sup>4</sup>. Hiervon im nächsten Paragraphen.

### 3. Exkurs.

#### § 20. Die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 121, 349 ff.

I. Der Anlaß zu dieser Entscheidung<sup>5</sup> war ein Rechtsstreit, dem folgender Tatbestand zugrunde lag:

Beide Parteien waren Vollstreckungsgläubiger eines gemeinsamen Schuldners und stritten im Widerspruchsprozeß nach § 878 I um bevorzugte Befriedigung. Die Beklagte hatte auf Grund eines Arrestbefehles pfänden lassen. Bevor sie ein günstiges Urteil zur Hauptsache erwirkte und dem Schuldner zustellen ließ, hatte die Klägerin dieselben Gegenstände auf Grund eines Urteiles pfänden lassen. Im Verteilungsplan war

<sup>1</sup> HELLWIG-OERTMANN: § 334, 2a β.

<sup>2</sup> NEUKAMP: § 878, 2c.

<sup>3</sup> RG. 121, 349 = RG. in JW. 1928, 2713.

<sup>4</sup> Gegen die Richtigkeit der Entscheidung auch ARONS in JW. 1929, 591.

<sup>5</sup> Und damit auch zum ersten Teil der Prozeßprobleme von PAGENSTECHER: a. a. O. § I.

die Klägerin erst hinter der Beklagten aufgeführt, da diese durch ihr inzwischen erwirktes Urteil zur Hauptsache ein Pfändungspfandrecht mit dem Zeitpunkt des Arrestvollzuges, also ein früheres Recht als die Klägerin, erlangt hatte. Nachdem nun die Urteile beider Parteien rechtskräftig geworden waren, wurde der Arrestbefehl der Beklagten auf Erwirken des Vollstreckungsschuldners wegen Fehlens eines Arrestgrundes rechtskräftig aufgehoben. Den Antrag auf §§ 775, 776 hat der Schuldner aber nicht gestellt. Die Beklagte, unterstützt durch die Gutachten von GOLDSCHMIDT, erlangte in zwei Instanzen eine Abweisung der gegen sie erhobenen Klage. Bereits für die Berufungsinstanz hatte die Klägerin ein Gegengutachten von PAGENSTECHEER eingeholt, welches aber erst in der Revisionsinstanz, und auch nur soweit es das Ergebnis anbetrifft<sup>1</sup>, berücksichtigt wurde. Das RG. hob die Vorentscheidung auf, entschied zugunsten der Klägerin und bewilligte ihr eine bevorzugte Befriedigung.

Die Streitfrage war demnach lediglich, ob die rechtskräftige Aufhebung des Vollstreckungstitels, also die den Arrestbefehl rechtskräftig als unbegründet aufhebende Entscheidung, das Pfändungspfandrecht zum Erlöschen bringt<sup>2</sup>, ohne daß es eines Antrages des Vollstreckungsschuldners aus §§ 775, 778 bedarf. PAGENSTECHEER versuchte dies mit den im vorgehenden Paragraphen widerlegten Argumentationen zu beweisen. Da ich nun glaube, dargetan zu haben, daß im Gegensatz zu ihm weder das RG. noch die Literatur der hier vertretenen Ansicht entgegenstehen und den Untergang des Pfändungspfandrechtes durch eine aufhebende Entscheidung nur dann annehmen, wenn auch der zu sichernde Anspruch nicht mehr besteht oder die Vollstreckungsmaßnahmen aufgehoben werden, so muß ich in Übereinstimmung mit dem von GOLDSCHMIDT in seinen Gutachten vertretenen Standpunkt dazu gelangen, die Richtigkeit der angeführten Entscheidung in Zweifel zu ziehen. Würde, wie in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall, lediglich der Vollstreckungstitel — das ist also der Arrestbefehl — aufgehoben, so hätte der Vollstreckungsschuldner den Antrag aus §§ 775, 776 stellen müssen, um das Erlöschen des Pfändungspfandrechtes herbeizuführen. Bis zu diesem Zeitpunkt muß es als voll wirksam, und zwar vom Zeitpunkt des Arrestvollzuges an, behandelt werden, da der zu sichernde Anspruch ja laut rechtskräftiger Feststellung des

<sup>1</sup> Meines Erachtens weichen nämlich die Entscheidungsgründe wesentlich von der Argumentation PAGENSTECHEERS ab. Im einzelnen hierüber siehe unten.

<sup>2</sup> D. h. natürlich nur für die Zeit zwischen Arrestvollzug und Zustellung des Urteils zur Hauptsache. Zweifellos besteht das Pfandrecht vom letzteren Zeitpunkt an; es konnte aber nicht praktisch verwertet werden, denn die Klägerin würde mit ihrer demnach vorgehenden Forderung im Falle ihres Obsiegens im Widerspruchsprozeß die gesamte Teilungsmasse erschöpft haben

Urteils zur Hauptsache zu Recht besteht. Nur wenn dieses Urteil der wahren Sachlage nicht entspricht, steht dem Arrestpfandgläubiger ein Pfändungspfandrecht nicht zu; aber nicht, was immer wiederholt werden muß, wegen Aufhebens des Arrestbefehles, sondern lediglich wegen Fehlens einer zu sichernden Forderung. Aus diesem Grunde nimmt auch das RG. in der angegebenen Entscheidung zutreffend nicht ohne weiteres das Erlöschen des Pfändungspfandrechtes infolge Aufhebens des Arrestbefehles an. Es sagt nämlich ausdrücklich, daß es ganz dahingestellt bleiben könne, ob die Aufhebung des Arrestbefehles die Wirksamkeit des in seiner Vollziehung begründeten Pfandrechtes unberührt läßt oder nicht<sup>1</sup>. Dies um so weniger, als das Arrestpfandrecht sich ja durch Zustellung des vollstreckbaren und inzwischen rechtskräftig gewordenen Titels über die dem Arrestbefehl zugrunde liegende Forderung in ein vollgültiges Vollstreckungspfandrecht verwandelt hat. Trotzdem gelangt das RG. aber dazu, diesem Vollstreckungspfandrecht lediglich einen Rang von dem Zeitpunkt dieser Umwandlung an zuzusprechen, weil zu dem Antrag aus §§ 775, 776, der sich auch an den Verteilungsrichter als einer bei der Zwangsvollstreckung beteiligten Behörde richtet, nicht nur der Vollstreckungsschuldner, sondern jeder beteiligte Dritte auch ohne Verlangen oder Zustimmung des Vollstreckungsschuldners berechtigt sei. Hierfür beruft sich das RG. auf § 766<sup>2</sup>.

II. Diese Ausführungen des RG. gehen meines Erachtens fehl.

1. Zunächst einmal ist es unzutreffend, daß der Verteilungsrichter, wenn er von der Aufhebung eines Vollstreckungstitels Kenntnis erlangt, das darauf gegründete Pfändungspfandrecht durch Nichtberücksichtigung des jeweiligen Vollstreckungsgläubigers im Verteilungsplan einfach als unwirksam behandeln darf, ja behandeln muß<sup>3</sup>. Ein solches Vorgehen würde sämtliche auch vom RG. stets anerkannten Grundsätze über das Pfändungspfandrecht und die Bedeutung der §§ 775, 776 über den Haufen werfen. Wäre der Verteilungsrichter in der Tat berechtigt, die Aufnahme einer Forderung in den Verteilungsplan oder auch nur ihre bevorzugte Befriedigung zu unterlassen, weil der formell legitimierende Titel inzwischen aufgehoben wurde, so würde dies praktisch

<sup>1</sup> Man merkt also deutlich, daß das RG. es nicht unternehmen wollte, seine Entscheidung auf diese sicherlich sehr anzuzweifelnde Begründung zu stützen. Jedenfalls ergibt sich aber hieraus, daß das RG. die hier vertretene Ansicht nicht aufgegeben hat.

<sup>2</sup> Dies ist der auch von PAGENSTECHEK anerkannte Widerspruch zu der in seinen Gutachten gegebenen Begründung. Vgl. im einzelnen hierüber unten.

<sup>3</sup> Dies wird auch von PAGENSTECHEK: Prozeßprobleme, § 6 II S. 29 und daselbst Anm. 27 als verfehlt abgelehnt.

einer Aufhebung der Vollstreckungswirkungen gleichkommen<sup>1</sup>. Hierzu sind aber nur die jeweils zuständigen Vollstreckungsorgane berufen. Es ist klar und bedarf auch meines Erachtens keines Beweises, daß beispielsweise eine Sachpfändung so lange wirksam und als wirksam zu behandeln ist, als sie von dem zuständigen Gerichtsvollzieher nicht ordnungsgemäß aufgehoben wird. Bis zu diesem Zeitpunkt ist auch der Gerichtsvollzieher, der die in Rede stehende Zwangsvollstreckung vorgenommen hat, verpflichtet, die Pfändung trotz Kenntnis von einer den Vollstreckungstitel aufhebenden Entscheidung zu beachten<sup>2</sup>. Das Gleiche gilt natürlich auch für den Verteilungsrichter. Gewiß ist er ein Organ der Zwangsvollstreckung. Ausschlaggebend ist aber, daß er nicht an einer bestimmten und speziellen Vollstreckungshandlung als vollziehende Behörde beteiligt ist, wie etwa der Richter bei der Forderungspfändung. Welche Perspektiven eröffnen sich, wenn die Ansicht des RG. durchdringt und jede irgendwie bei der Zwangsvollstreckung generell beteiligte Behörde in der Lage wäre, Maßnahmen anderer zuständiger Behörden, die nicht in ihre eigene spezielle Zuständigkeit fallen, zu ignorieren und damit praktisch unwirksam zu machen! Der Verteilungsrichter ist zwar eine Vollstreckungsbehörde, aber nur in den eng umrissenen Grenzen des Verteilungsverfahrens selbst. In diesem Rahmen hat er die Machtbefugnisse anderer Vollstreckungsbehörden zu beachten, soweit deren spezielle Zuständigkeit reicht. Es wäre ein unzulässiger Eingriff in die Befugnisse des jeweils zuständigen Vollstreckungsorgans, wenn der Verteilungsrichter eine noch nicht aufgehobene Pfändung als unwirksam behandeln dürfte. Die Rechtslage ändert sich auch nicht, wenn der Verteilungsrichter zufällig der zuständige Vollstreckungsrichter ist. Betrachtet man nämlich diesen Fall perspektivisch, so kommt man zu dem Ergebnis, daß der Richter, bevor er als Verteilungsbehörde die Pfändung als unwirksam behandelt, erst noch als Vollstreckungsbehörde über die Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen in der üblichen Weise beschließt. Es hat also nur im ersten Augenblick den Anschein, als ob der Verteilungsrichter ohne weiteres die Pfändung als unwirksam behandelt. Man darf nicht übersehen, daß er auch noch als Vollstreckungsbehörde tätig wird.

Besteht die zu sichernde Forderung, so ist, wie bereits des öfteren hervorgehoben wurde, der Untergang des Pfändungspfandrechtes von einer förmlichen Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen durch den zuständigen Gerichtsvollzieher abhängig. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Verteilungsrichter unbedingt verpflichtet, das Pfändungspfandrecht als wirksam zu behandeln. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß

<sup>1</sup> So auch PAGENSTECHE: Prozeßprobleme, § 6 II S. 28/29.

<sup>2</sup> RG. in LZ. 1918, 1276, Nr. 21.

das RG. meines Erachtens an eine Art relativer Unwirksamkeit gedacht hat, als es in den Entscheidungsgründen sagte: „Demnach darf der Verteilungsrichter nicht mehr als wirksam behandeln.“ Es ist nämlich kaum anzunehmen, daß das höchste Gericht ohne eingehende Begründung dem Verteilungsrichter die Befugnis zur förmlichen Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen zusprechen und hiermit gleichzeitig der ausschließlichen Zuständigkeit des jeweils in Frage kommenden Vollstreckungsorganes entziehen wollte. Ist aber schon die hier interpretierte Ansicht einer relativen Unwirksamkeit nicht zu halten, so würde es praktisch zu einem „turbulenten Verfahren“ führen<sup>1</sup> und eine noch viel offensichtlichere Abweichung vom Gesetz ergeben, wenn die Auslegung, die PAGENSTECHER den gleichen Worten der Entscheidungsgründe beilegt, mit der wahren Ansicht des RG. übereinstimmt. PAGENSTECHER folgert nämlich<sup>2</sup>, daß die Aufhebung der Pfändung nicht noch einer besonderen Entscheidung bedürfe, sondern vielmehr implicite dadurch erfolgen könne und erfolgen müsse, daß der Verteilungsrichter die Forderung des Arrestpfänders nicht in den Verteilungsplan aufnimmt.

Gegen PAGENSTECHER spricht auch noch ein anderes gewichtiges Bedenken. Es ist nämlich nicht ersichtlich, wie die Aufhebung einer auf Grund des Arrestbefehles ausgebrachten Pfändung erfolgen soll, wenn das Arrestpfandrecht sich bereits endgültig in ein Vollstreckungspfandrecht verwandelt hat. Eine für einen gewissen Zeitraum rückwirkende teilweise Aufhebung läßt sich praktisch gar nicht durchführen<sup>3</sup>. Bei der Mobiliarpfändung beispielsweise werden die Vollstreckungsmaßnahmen dergestalt aufgehoben, daß der Gerichtsvollzieher die in seinem Besitz befindlichen Pfandobjekte freigibt oder andernfalls die Berechtigung zur Entfernung der Pfandzeichen erteilt. Dies kann aber begrifflich nur unbeschränkt erfolgen. Werden also z. B. die Siegel abgenommen, so muß das Pfändungspfandrecht vollständig erlöschen. Ein etwaiger Vorbehalt des Gerichtsvollziehers, das Pfändungspfandrecht nur für einen gewissen Zeitraum beseitigen zu wollen, wäre unbeachtlich. Die Aufhebung der Arrestpfändung würde also ipso iure auch das hierauf gegründete Vollstreckungspfandrecht zum Erlöschen bringen. Ganz abgesehen davon, daß ein solches Ergebnis natürlich nicht beabsichtigt ist, würde es auch unzulässig sein, da die Aufhebung des Vollstreckungspfandrechtes sich nach eigenen Voraussetzungen richtet und nur die Aufhebung dieses Vollstreckungspfandrechtes selbst die bestehenden Pfändungswirkungen beseitigen kann.

<sup>1</sup> So mit Recht GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, § 94 1 c.

<sup>2</sup> PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 11 A.

<sup>3</sup> Hierauf weist das Berufungsurteil des OLG. Frankfurt a. M. vom 19. Januar 1928 (vgl. PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 2 S. 8) zutreffend hin.

Aus diesen Gründen möchte ich daher die angeführte Stelle in den Entscheidungsgründen, im Gegensatz zu PAGENSTECHEK, lediglich so auffassen, daß, wie gesagt, eine Art relative Unwirksamkeit bestehen sollte. Die Beseitigung der formellen Pfändungswirkungen sollte wohl auch nach der Ansicht des RG., mit Rücksicht auf die sich für das Vollstreckungspfandrecht ergebenden Konsequenzen, nicht erfolgen und daher auch nicht den Aufgaben der besonders hierzu berufenen Vollstreckungsorgane entzogen werden. Dies wäre bereits eher diskutabel, aber, wie ich versucht habe nachzuweisen, gleichfalls abzulehnen.

2. Die Ausführungen des RG. können aber weiter auch noch aus anderen Gründen nicht unwidersprochen bleiben. Geht man einmal davon aus, daß der Verteilungsrichter die auf Grund des Arrestbefehles bewirkte Pfändung nicht mehr als wirksam behandeln darf, wenn ihm die Aufhebung des Arrestbefehles nachgewiesen wird, so müßte man sich weiter fragen, wer von den Beteiligten zur Führung des erwähnten Nachweises legitimiert ist. Genau wie die Aufhebung wäre dann nämlich selbstverständlich auch die Behandlung einer Vollstreckungsmaßnahme als relativ unwirksam<sup>1</sup> von einem entsprechenden Antrage abhängig. Das RG. zieht hier den § 766 heran, um die Legitimation der Konkurrenten im Verteilungsverfahren zu beweisen. Zu welchen Konsequenzen dies führt, zeigen bereits die Erörterungen PAGENSTECHEK<sup>2</sup> über eine vom RG. angeblich befürwortete ausdehnende Interpretation des § 766, an die das RG., wie ich glaube, nie gedacht hat, und deren praktische Bedeutung im übrigen auch noch höchst problematisch erscheint.

Wenn das RG. sich in seinen Urteilsgründen auf den § 766 berufen hat, so geschah es nicht, um die Entscheidung hierauf direkt zu stützen<sup>3</sup>. Eine unmittelbare Anwendung des § 766 auf unseren Fall ist meines Erachtens überhaupt unmöglich. Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung können zwar von Dritten erhoben werden, aber nur wenn und soweit sie durch eine unzulässige Vollstreckungsmaßregel in ihren Rechten verletzt werden. Die Fälle, an die das Gesetz bei der Normierung des § 766 gedacht hat, und die in der Praxis Anlaß zu einer Vollstreckungserinnerung geben, sind sämtlich wesentlich anders gestaltet als der vorliegende. Stets ist Voraussetzung, daß irgendein ungesetzmäßiger Vollstreckungsakt die Rechtspositionen und gesetzlich geschützten Interessen Dritter mißachtet. Wie auch aus dem Wortlaut des § 766 gefolgert werden kann, wird für das Rechts-

<sup>1</sup> Wenn man diese Möglichkeit einmal, im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht, als richtig unterstellt.

<sup>2</sup> PAGENSTECHEK: Prozeßprobleme, §§ 12/14.

<sup>3</sup> A. A. PAGENSTECHEK: Prozeßprobleme, § 11, S. 55, der in längeren Erörterungen auf formelle Schwierigkeiten hinweist, die sich bei Zulässigkeit einer Vollstreckungserinnerung ergeben.

mittel der Erinnerung stets eine formelle Verletzung bei der Vollstreckungsdurchführung verlangt. Würde also der formelle Akt der Verteilung in unserem Falle den gesetzlichen Bestimmungen nicht genügen, so könnten diejenigen Gläubiger, die hierdurch in ihren Rechten verletzt werden, gegebenenfalls eine Vollstreckungserinnerung einlegen<sup>1</sup>. Wird jedoch ein Gläubiger nicht entsprechend seiner materiellen Berechtigung bei der Verteilung bevorzugt berücksichtigt, so ist dies in einer materiellrechtlichen Rechtsverletzung begründet und kann keinen geeigneten Anlaß für das Rechtsmittel des § 766 geben. Selbst wenn man sich auf den hier allerdings nicht vertretenen Standpunkt stellt, daß die Berücksichtigung eines Gläubigers, der auf Grund eines inzwischen aufgehobenen Vollstreckungstitels am Verteilungsverfahren teilnimmt, eine Verletzung von Rechten des klagenden Nachmannes ist, so wird trotzdem die Gesetzmäßigkeit des formellen Verteilungsaktes hierdurch nicht berührt. Würde man in diesem Falle dem Gläubiger das Recht geben, mit Hilfe des § 766 einen bevorzugten Rang zu erhalten, so würden die nach dem Willen des Gesetzes ausschließlich im Widerspruchsprozeß auszu tragenden Rangstreitigkeiten auf ein rein vollstreckungsrechtliches Gebiet getragen werden. Auch die praktische Durchführung eines derartigen Verfahrens würde erheblichen Schwierigkeiten begegnen<sup>2</sup>. Ist der Verteilungsrichter gleichzeitig Vollstreckungsrichter, so könnte man in dem Antrag eines Gläubigers, einen Konkurrenten nicht im Teilungsplan zu berücksichtigen, weil dessen Vollstreckungstitel nachträglich aufgehoben wurde, einen Antrag aus § 766 erblicken. Der Verteilungsrichter könnte dann, wie bereits erwähnt, als Vollstreckungsrichter in der üblichen Weise hierüber entscheiden. Wie aber, wenn zwischen diesen beiden Vollstreckungsorganen keine Personalunion besteht? Dann müßte der Gläubiger noch einen formellen Antrag aus § 766 stellen, und es würde sich zeigen, daß er nach dem Gesetz gar nicht hierzu legitimiert ist. Man kann kaum annehmen, daß die Entscheidung von dieser formellen Zufälligkeit abhängen soll.

Die Diskussion über eine direkte Anwendung des § 766 ist selbstverständlich überhaupt nur dann möglich, wenn man sich auf den von PAGENSTECHER eingenommenen Standpunkt stellt, daß das RG. an eine Aufhebung der Pfändung dachte. Mit der Erinnerung des § 766 kann nämlich immer nur ein solches Ergebnis und nicht eine Anweisung an das zuständige Vollstreckungsorgan, eine Vollstreckungsmaßnahme als relativ unwirksam zu behandeln, erreicht werden. Gibt man der Entscheidung des RG. aber in Übereinstimmung mit der hier vertretenen

<sup>1</sup> Wobei es jetzt dahingestellt bleiben kann, ob nicht eher eine sofortige Beschwerde (§ 793) am Platze wäre. — Vgl. hierzu oben § 4 II 1.

<sup>2</sup> So auch PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 11 S. 55.

Ansicht nur die beschränkte Auslegung, so verbietet sich gleichfalls, wie vorstehend ausgeführt wurde, eine direkte Anwendung des § 766.

Aber auch für eine mittelbare Anwendung des § 766 ist kein Raum<sup>1</sup>. Gewiß betonen die §§ 775, 776 nicht ausdrücklich, daß nur der Vollstreckungsschuldner oder die bei der aufhebenden Entscheidung jeweils beteiligten Personen zu den vorgesehenen Anträgen berechtigt sein sollen. Hieraus kann man nun aber nicht folgern, daß diese Beschränkung um so mehr unzutreffend erscheine, als das Gesetz im § 766 ganz allgemein dritten Personen das Recht zu Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gibt<sup>2</sup>. Vor allen Dingen ist es nämlich mit dem § 776 gar nicht verträglich, den am Verteilungsverfahren beteiligten Gläubigern ein Recht zu gewähren, von sich aus die Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen zu erwirken und ihnen die Befugnis zu geben, die Beseitigung des Vormannes entgegen oder ohne den Willen des Vollstreckungsschuldners zu erzwingen.

Bisher ist die auch hier vertretene Ansicht allgemein herrschend gewesen, daß zu dem Antrag aus §§ 775, 776 lediglich die beteiligten Parteien berechtigt sind<sup>3</sup>. Wird nämlich eine den Antrag aus §§ 775, 776 rechtfertigende Entscheidung erwirkt, so erzeugt sie ein Recht der obliegenden Partei. Nach allgemeinen Grundsätzen dürfen aber Rechte nur von ihren Trägern ausgeübt oder verwertet werden. Schon aus diesem Grunde<sup>4</sup> mangelt es an einer Legitimation für die im Verteilungsverfahren konkurrierenden Gläubiger, den zur Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen und damit zur Beseitigung des vorgehenden Pfändungspfandrechtes erforderlichen Antrag zu stellen. Nur wenn sie in der Lage sind, sich selbst ein derartiges Antragsrecht zu verschaffen, können sie das Vorgehen der Vollstreckungsbehörden nach Maßgabe der §§ 775, 776 verlangen. Das RG. scheint auch in seiner neuesten Entscheidung davon ausgegangen zu sein, daß ein direkter Antrag gemäß § 775, 776 sich für die konkurrierenden Gläubiger nicht rechtfertigen läßt. Darum hat es versucht, indem es einen allgemeinen Grundsatz aus § 766 anwandte, ihnen ein eigenes Recht zu verschaffen. Nach vorstehendem erscheint dieser Weg aber nicht gangbar.

<sup>1</sup> Zustimmung PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 11 S. 55.

<sup>2</sup> So nämlich das RG. a. a. O.

<sup>3</sup> STEIN-JONAS: § 775 I; FÖRSTER-KANN: § 775, 1 b; GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht § 84 1 c; ROSENBERG: § 193 I 2; EMMERICH: S. 413 Anm. 289; FALKMANN: § 30 S. 339; PAGENSTECHER: Prozeßprobleme § 6 S. 29, Text zu Anm. 27; § 11 S. 52 ff.; RG. in LZ. 1918, 1276 = RG. in Seuff. Arch. 73, 278 Nr. 171. München in OLG. 35, 123.

<sup>4</sup> Über andere Gründe vgl. noch PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 11 S. 53 ff., dessen Argumente aber nicht als so schwerwiegend anzusehen sind. Wegen formeller Schwierigkeiten brauchte ein richtiges Ergebnis nicht preisgegeben zu werden . . . wenn es richtig wäre.

III. Die Gründe der Reichsgerichtsentscheidung sind also meines Erachtens nicht zu billigen. Es kommt aber noch ein weiterer Umstand hinzu, auf den GOLDSCHMIDT in seinen Gutachten besonders hingewiesen hat<sup>1</sup> und auf den das RG. in seiner Entscheidung leider mit keinem einzigen Wort eingegangen ist<sup>2</sup>. Es ist dies die Frage, ob überhaupt noch, nachdem ein rechtskräftiges Urteil zur Hauptsache ergangen ist<sup>3</sup>, eine Aufhebung des Arrestbefehles, wie geschehen, erfolgen darf und kann. Kommt man nämlich zu dem Ergebnis, daß der Arrestbefehl nicht mehr aufgehoben werden kann, wenn der Arrestschuldner in der Hauptsache rechtskräftig verurteilt ist, so muß die dessenungeachtet ergangene Entscheidung unberücksichtigt bleiben. Sie ist dann, wie GOLDSCHMIDT es mit Recht in seinem Gutachten bezeichnete, „ein Schlag ins Wasser“. Die oben behandelten Streitfragen über den Einfluß einer Aufhebung des Vollstreckungstitels könnten dann nämlich nicht mehr in Erscheinung treten, da ihre Ursache — das ist die den Arrestbefehl aufhebende Entscheidung — als nicht vorhanden angesehen wird, und somit ein Grund für die Beschränkung des vorgehenden Pfändungspfandrechtes nicht mehr ersichtlich ist.

1. Auszugehen ist davon, daß das ordnungsmäßig entstandene Arrestpfandrecht der Beklagten sich unzweifelhaft ipso iure durch Zustellung des günstigen Urteils zur Hauptsache in ein Vollstreckungspfandrecht verwandelt hat. Es ist unstreitig, daß es hierzu keiner neuen Vollstreckungshandlungen bedarf<sup>4</sup>. Der Arrestpfandgläubiger erlangt also in dem Zeitpunkt, in dem er alles getan hat, was eine Vollstreckungsmaßnahme rechtfertigen und begründen würde<sup>5</sup>, ein vollgültiges Vollstreckungspfandrecht mit dem Rang der Arrestpfändung. Nun ist allerdings der Arrestschuldner im allgemeinen in der Lage, die Aufhebung des Arrestbefehles und anschließend hieran die Aufhebung der Arrestpfändung zu erreichen, wenn kein rechtfertigender Arrestgrund

<sup>1</sup> Daher die Bemerkung von PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 3 Anm. 6.

<sup>2</sup> Da die Gutachten von GOLDSCHMIDT auch in der Revisionsinstanz vor dem RG. vorgetragen wurden, ist anzunehmen, daß der Senat dieses Argument als unerheblich betrachtete, sonst wäre er irgendwie in seiner Entscheidung darauf eingegangen. Es wäre aber interessant und für eine sachliche Erörterung wünschenswert gewesen, wenn das RG. seinen demnach ablehnenden Standpunkt, wenn auch nur kurz, begründet hätte.

<sup>3</sup> So war, wohlgemerkt, die Situation des Rechtsstreites.

<sup>4</sup> STEIN - JONAS: § 930 IV 1; FÖRSTER-KANN: § 930, 3; GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, § 114, 2 a α a. E.; HELLWIG-OERTMANN: § 351, 3 c δ; SEUFFERT: § 930, 1 d; BAUMBACH: § 930, 1; Hamburg in OLG. 29, 219; 35, 110; sowie die bei STEIN - JONAS, a. a. O. Anm. 20, zit. anderweitigen Entscheidungen.

<sup>5</sup> Wenn also eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt und dem Schuldner zugestellt ist, usw. (vgl. über die anderen Vollstreckungserfordernisse ob. §§ 13/14).

gegen ihn vorlag<sup>1</sup>. Welche Folgen würden sich hieraus ergeben? Die Anschlußpfändungen der konkurrierenden Vollstreckungsgläubiger und das eigentliche Vollstreckungspfandrecht des Arrestgläubigers würden hierdurch nicht beeinträchtigt werden. Das Vollstreckungspfandrecht würde jetzt nur vom Zeitpunkt der Urteilszustellung an datieren. Diejenigen Konkurrenten also, die vor diesem Zeitpunkt gepfändet haben, würden dem Arrestgläubiger im Range vorgehen. Dies wäre das einzige, was der Vollstreckungsschuldner durch die Aufhebung des Arrestbefehles erreichen könnte. Allerdings sieht § 945 einen Schadensersatzanspruch vor, wenn der Arrestbefehl sich als ungerechtfertigt erweist. Stellt sich aber durch das rechtskräftige Urteil zur Hauptsache heraus, daß die Arrestforderung bereits zur Zeit des Arrestbefehls fällig war, so ist nicht ersichtlich, wie der Arrestschuldner einen eventuellen Schaden begründen will. Denn da er, wie rechtskräftig feststeht, bereits zur Zeit des Arrestbefehles verpflichtet war, den Gläubiger zu befriedigen, kann ihm durch den Arrestvollzug, mag auch objektiv ein Arrestgrund nicht vorhanden gewesen sein, kein Schaden entstanden sein. Aber selbst wenn im besonderen Falle ein Schadensersatzanspruch gemäß § 945 berechtigt wäre<sup>2</sup>, so erscheint es weiterhin noch fraglich, ob hierfür eine Aufhebung des Arrestbefehles erforderlich ist. Vertritt man nämlich die Ansicht, daß die den Arrestbefehl aufhebende Entscheidung für den Schadensersatzprozeß keine Rechtskraftwirkung hat<sup>3</sup>, so ist die Aufhebung des Arrestbefehles auch insoweit unerheblich.

In unserem Rechtsstreit würde der Schuldner, da er infolge Verurteilung zur Hauptsache keinen Schadensersatzanspruch gemäß § 945 geltend machen kann, mit der Aufhebung des Arrestbefehls lediglich eine Verschiebung des Ranges seiner Vollstreckungsgläubiger erreichen. Dies ist aber kein rechtsschutzwürdiges Interesse. So wenig die Konkurrenz anderer Gläubiger ein Arrestgrund für die Arrestgläubiger ist, ist sie ein Widerspruchsgrund für den Arrestschuldner. Eine Parallele hierzu ist die bereits oben vertretene Ansicht, daß der Vollstreckungsschuldner einem im Widerspruchsprozeß klagenden Gläubiger nicht als Nebenintervenient beitreten kann, und daß er überhaupt an der Teilnahme am Verteilungsverfahren ausgeschlossen ist und auch kein

<sup>1</sup> Die andere Möglichkeit, daß keine Arrestforderung gegen ihn besteht, kann hier außer Betracht bleiben, da sie ja durch das Urteil im Hauptprozeß rechtskräftig und der wahren Sachlage entsprechend festgestellt wurde. In diesem Fall würde sonst natürlich die Entscheidung anders ausfallen.

<sup>2</sup> So z. B., wenn die Arrestforderung zur Zeit des Arrestvollzuges noch nicht fällig war, der Schuldner aber im Hauptprozeß unterlegen ist.

<sup>3</sup> So GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, § 112 4, teilweise auch ROSENBERG: § 219 IV 1a. Für eine Rechtskraftwirkung STEIN-JONAS: § 945 II 2; FÖRSTER-KANN: § 945 2a bb; RG. 58, 239; 59, 358; 65 66 u. a.

eigenes Widerspruchsrecht gegen den Verteilungsplan hat. Denn auch hier stehen nur Rangstreitigkeiten der Vollstreckungsgläubiger in Frage.

Selbstverständlich ändert sich die Beurteilung der Frage, wenn der Vollstreckungsschuldner in Konkurs gefallen ist. Dieser Einwand PAGENSTECHERS<sup>1</sup> kann die hier vertretene Ansicht nicht erschüttern. Der Konkursverwalter kann die Aufhebung eines Arrestbefehls wegen Mangels eines rechtfertigenden Arrestgrundes verlangen. Nun aber nicht, wie PAGENSTECHER anzunehmen scheint, weil auch der Schuldner angeblich hierzu in der Lage ist, sondern weil der Konkursverwalter die *par conditio creditorum* durchzuführen hat. Dieses Ergebnis für das Konkursverfahren findet seine innere Rechtfertigung in der besonderen Stellung des Konkursverwalters, der sowohl die Interessen des Gemeinschaftschuldners als auch die Interessen der Gläubiger vertritt.

Ist also nicht einmal der Vollstreckungsschuldner in der Lage, die Aufhebung des Arrestbefehls nach rechtskräftiger Verurteilung zur Hauptsache zu erwirken, da er kein Rechtsschutzinteresse hierzu hat, so haben auch die im Verteilungsverfahren konkurrierenden Gläubiger kein eigenes Recht, von sich aus den Mangel eines Arrestgrundes bei einem Vormann zu rügen<sup>2</sup>. Im besten Falle könnten nämlich dann nur Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner des Arrestes begründet sein.

2. Ich komme also in Übereinstimmung mit dem von GOLDSCHMIDT in seinen Gutachten vertretenen Standpunkt zu dem Ergebnis, daß die Aufhebung des Arrestbefehles unzulässig war, und daß die Beklagte auf alle Fälle bevorzugte Befriedigung vor der Klägerin hätte verlangen können.

Hiergegen wendet sich wieder PAGENSTECHER und meint, unter Berufung auf eine angeblich einhellige Rechtslehre und Rechtsprechung, dieses Ergebnis sei nicht nur rechtlich unhaltbar, sondern auch praktisch höchst unbillig<sup>3</sup>.

a) Was die angebliche Unhaltbarkeit der GOLDSCHMIDTSchen Ansicht betrifft, so hat PAGENSTECHER nicht den Versuch unternommen, ein Rechtsschutzinteresse des Vollstreckungsschuldners an der Aufhebung des Arrestbefehles nachzuweisen. Dies wäre aber erforderlich gewesen. Vor allem muß beachtet werden, daß die Rangänderung der Gläubiger das einzige Ziel einer derartigen Aufhebung ist. Die Möglichkeit, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, ist dem Arrestschuldner regelmäßig genommen, seitdem er in der Hauptsache verurteilt ist. Vertritt man außerdem noch die Ansicht, daß die aufhebende Entsch-

<sup>1</sup> PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 3 Anm. 6.

<sup>2</sup> Vgl. oben § 13 II.

<sup>3</sup> PAGENSTECHER: Prozeßprobleme, § 3 S. 13 und daselbst Anm. 6.

dung keine Rechtskraftwirkung auf den Schadensersatzanspruch ausübt, dann könnte er zudem direkt den Prozeß aus § 945 anstrengen. Auch die Rangänderung der Gläubiger kann der Schuldner, wie bereits ausgeführt wurde, nicht herbeiführen. Da dem Antrag auf Aufhebung des Arrestbefehles demnach ein schutzwürdiges Interesse fehlt, ist er unbegründet. Trotz aller gegen GOLDSCHMIDT gerichteten scharfen Worte hat PAGENSTECHEER das Gegenteil nicht beweisen können.

b) PAGENSTECHEERS Berufung auf Rechtslehre und Rechtsprechung ist vollends unzutreffend. Beide gehen auf unsere Frage überhaupt nicht ein. Die im Anschluß an STEIN<sup>1</sup>, von PAGENSTECHEER<sup>2</sup> zitierten Entscheidungen<sup>3</sup> sagen gegen die hier vertretene Ansicht gar nichts. Der ihnen zugrunde liegende Sachverhalt war insofern wesentlich anders gestaltet, als der Arrestschuldner im Hauptprozeß nie verurteilt wurde. Es ist selbstverständlich, daß diese Fälle den besonderen und häufigsten Anlaß geben, einem vollzogenen Arrestbefehl zu widersprechen. Gerade dann ist ein solcher Widerspruch ja auch begründet; hier wird er besonders praktisch, da der Vollstreckungsschuldner ihn zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches jedenfalls als Beweis verwerten kann<sup>4</sup>. In unserem Fall aber war der Sachverhalt gerade so gestaltet, daß der Arrestschuldner im Hauptprozeß rechtskräftig verurteilt wurde. Die angeführten Entscheidungen sind demnach nicht zu verwerten. Ich möchte aber auch bezweifeln<sup>5</sup>, ob es überhaupt Entscheidungen, die unseren Fall treffen, gibt. Denn kein Arrestschuldner, der den Hauptprozeß rechtskräftig verloren hat, wird noch nachträglich einem Arrestbefehl widersprechen, wenn er doch keine Konsequenzen für sich aus seiner Aufhebung ziehen kann. Hiermit erklärt sich auch das Fehlen jeder Andeutung in der Literatur. Man hielt den hier in Rede stehenden Fall für so ungeeignet, einen Widerspruchsgrund im Arrestverfahren abzugeben, daß es nicht der Mühe wert schien, dies noch besonders zu betonen.

c) Aber auch die von PAGENSTECHEER unterstrichene Unbilligkeit des Ergebnisses ist gar nicht vorhanden: Das Hauptübel im Arrestverfahren ist, daß der Arrestgläubiger durch den Arrestvollzug nach dem Gesetz ein Pfandrecht erhält, wenn und soweit die für das Pfändungspfandrecht erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Hierdurch wird es sich meistens nicht umgehen lassen können, daß ein noch nicht exekutions-

<sup>1</sup> STEIN - JONAS: § 930 IV 1 Anm. 20.

<sup>2</sup> PAGENSTECHEER: Prozeßprobleme, § 3 Anm. 6.

<sup>3</sup> Dresden in OLG. 14, 214; Hamburg in OLG. 27, 184.

<sup>4</sup> Vgl. auch noch (in Ergänzung zu Anm. 3 Dresden in OLG. 19, 158; Frankfurt in OLG. 19, 159.

<sup>5</sup> So auch GOLDSCHMIDT in seinen Gutachten.

berechtigter Arrestgläubiger<sup>1</sup> vor anderen titulierten Gläubigern bevorzugt wird. Ist er nämlich in der Lage, einen begründeten Arrest auszubringen, so geht im Falle des Obsiegens in der Hauptsache sein durch den Arrestvollzug erlangtes Pfandrecht allen anderen Gläubigern vor, falls sie zu dieser Zeit aus ihren bereits früher erlangten Vollstreckungstiteln noch nicht die Zwangsvollstreckung betrieben hatten. Eine unbillige Benachteiligung dieser schon vor dem Arrestgläubiger titulierten und exekutionsberechtigten Vollstreckungsgläubiger läßt sich nicht vermeiden. Der einzige und meines Erachtens auch wünschenswerte Ausweg wäre nur<sup>2</sup>, dem Arrestgläubiger lediglich ein Sicherungsmittel ähnlich der einstweiligen Verfügung, ohne Einräumung eines dinglichen Vorzugsrechtes, zu gewähren<sup>3</sup>. Das Pfandrecht selbst dürfte erst bei Erlangung eines vollstreckbaren Haupttitels entstehen. Aber auch nicht rückwirkend auf die Zeit des Arrestvollzuges, sondern lediglich mit Wirkung seit der Vollstreckung aus den jeweiligen Haupttiteln. Hiermit wäre dem Arrestgläubiger auch ausreichend gedient. Ihm liegt ja nur daran, daß die Vollstreckungsmöglichkeiten bei seinem Schuldner sich nicht verschlechtern, und daß er bei Vollstreckung aus seinem späteren Haupttitel keine noch ungünstigere Vermögenslage vorfindet. Hierzu würde es aber auch genügen, wenn das Vermögen des Vollstreckungsschuldners lediglich in der Weise für den bevorstehenden Zugriff des Gläubigers sichergestellt wird, daß keinerlei Verfügungen mehr mit Wirksamkeit gegenüber dem Gläubiger vorgenommen werden können.

Dieses dem geltenden Recht allerdings nicht zugrunde liegende Prinzip würde eine gerechte Befriedigung der Vollstreckungsgläubiger gewährleisten. Nach heutigem Recht wird aber ein Gläubiger, der im Gegensatz zu anderen Konkurrenten noch keinen vollstreckbaren Haupttitel hat, bevorzugt befriedigt, wenn er einen Arrestbefehl vollziehen läßt, bevor seine Konkurrenten die Zwangsvollstreckung aus ihren endgültigen Titeln betreiben. Er muß nur dafür sorgen, in der gesetzlichen Frist eine Verurteilung des Schuldners zu erlangen. Dann hat sein Vollstreckungspfandrecht den Rang des Arrestpfandrechtes, trotzdem er zu diesem Zeitpunkt noch keine exekutionsreife<sup>4</sup> Forderung hatte.

---

<sup>1</sup> Das ist ein Gläubiger, der außer dem Arrestbefehl noch keinen anderen geeigneten Vollstreckungstitel hat.

<sup>2</sup> So auch PAGENSTECHEK: Prozeßprobleme, § 15 S. 74 und daselbst Anm. 16.

<sup>3</sup> Vgl. für das frühere Recht: RG. 3, 417.

<sup>4</sup> Vgl. hierüber oben Anm. 1.

## III.

## § 21. Eigene Rechte der Konkurrenten als Widerspruchsgründe.

Außer mit den bisher, indirekt aus der Person und den Verhältnissen des Vollstreckungsschuldners hergeleiteten Widerspruchsgründen, haben die im Verteilungsverfahren konkurrierenden Gläubiger auch die Möglichkeit, ihre Klage auf eigene Rechte zu stützen. Dies ist z. B. der Fall, wenn

I. die zwischen den Konkurrenten bestehenden Rechtsbeziehungen eine dem Verteilungsplan nicht entsprechende Rangfolge rechtfertigen.

1. Aus § 876 folgt die Verpflichtung des Verteilungsgerichts, die Auszahlung der hinterlegten Masse entsprechend einer etwa zustande gekommenen Einigung vorzunehmen. Das Gesetz geht also zutreffend davon aus, daß die Gläubiger unter sich eine Vereinbarung über die Rangordnung ihrer Forderungen treffen können, selbst wenn sie dem Grundsatz über die Reihenfolge (§ 804 III) nicht entspricht. Eine solche rechtsgeschäftliche Rangvereinbarung ist vom Verteilungsgericht bei Ausschüttung der hinterlegten Masse unbedingt zu berücksichtigen. Selbstverständlich ist sie, was den Zeitpunkt ihres Zustandekommens anbelangt, nicht an den Verhandlungstermin über den Verteilungsplan gebunden. Es ist sehr wohl möglich und rechtlich bedenkenfrei zulässig, daß die Vollstreckungsgläubiger bereits vor diesem Zeitpunkt eine wirksame Vorrangseinräumung vereinbart haben. Führt der Verteilungsrichter nun die einzelnen Gläubiger dessenungeachtet nach dem Zeitpunkt des Entstehens ihrer Pfandrechte im Verteilungsplan auf, so ist der Vormann verpflichtet, seinen bevorzugten Verteilungsrang aufzugeben. Hierzu kann er erforderlichenfalls durch die Widerspruchsklage gezwungen werden<sup>1</sup>.

Entsprechendes muß meines Erachtens auch gelten, wenn ein Vollstreckungsgläubiger sich dem Vollstreckungsschuldner gegenüber verpflichtet hat, einem bestimmten Gläubiger den Vorrang zu überlassen, selbst wenn dieser erst später pfänden sollte (§ 328 BGB.). Hat aber eine derartige Vereinbarung lediglich internen Charakter, und soll durch sie ein eigenes Recht des begünstigten Gläubigers nicht begründet werden<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Im Ergebnis zustimmend STEIN-JONAS: § 878 II 3; STEIN: Grundfragen S. 109; FÖRSTER-KANN: § 878 4b bb; GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht § 97 3 S. 272; ROSENBERG: § 202 IV 3; HELLWIG-OERTMANN: § 334 2a d; FALKMANN: § 68 V 12c; EMMERICH: S. 413; RG. 65, 62; 71, 426; RG. in JW. 1895, 600; 1902, 170; 1906. 29; Dresden in OLG. 13, 215. — Voraussetzung ist aber stets, daß, abgesehen von derartigen obligatorischen Beziehungen, beide Parteien nach den Grundsätzen des Verteilungsverfahrens ein Recht auf Befriedigung aus der Teilungsmasse haben.

<sup>2</sup> Wann dies der Fall ist, läßt sich mit Allgemeingültigkeit nicht bestimmen und ist von der besonderen Lage des Einzelfalles abhängig.

so steht nur dem Vollstreckungsschuldner ein außerhalb des Verteilungsverfahrens zu verfolgender Anspruch zu, wenn der Vollstreckungsgläubiger seine diesbezügliche Verpflichtung nicht erfüllt.

2. Hat der widersprechende Gläubiger bereits ein älteres vertragliches oder gesetzliches Pfandrecht gehabt<sup>1</sup>, so erlangt er durch die Zwangsvollstreckung<sup>2</sup> nicht etwa noch ein neues besonderes Pfandrecht<sup>3</sup>. Die Pfändung dient vielmehr nur der Realisierung des bürgerlich-rechtlichen Pfandrechtes und der Begründung einer für die Zwangsvollstreckung erforderlichen Beschlagnahmewirkung. Hierdurch wird der Gläubiger im Verteilungsverfahren dann berechtigt, für seine Forderung diejenige Rangstelle zu beanspruchen, die seinem früheren — vertraglichen oder gesetzlichen — Pfandrecht zukam. Das privatrechtliche Pfandrecht wird also vom Zeitpunkt der ordnungsmäßigen Pfändung rückwirkend als Vollstreckungspfandrecht angesehen und dementsprechend auch bei der Verteilung berücksichtigt. Der Pfandgläubiger kann daher allen Konkurrenten vorgehen, die erst nach diesem Zeitpunkt ein Pfandrecht erlangt haben, mag er selbst auch erst noch später gepfändet haben<sup>4</sup>. Die Nichteinräumung des Vorranges berechtigt ihn zur Erhebung der Widerspruchsklage.

<sup>1</sup> So z. B. der Vermieter (§§ 559, 580 BGB.), der Werkunternehmer (§ 647 BGB.) usw.

<sup>2</sup> Hier erscheint es außerdem noch fraglich, inwieweit überhaupt noch eine besondere Vollstreckungsmaßnahme vorgenommen werden muß. Zweifellos ist eine Pfändung im Falle des § 1233 II BGB. nicht erforderlich. So mit Recht GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht § 94 Ia δ; WOLFF: § 167 II und wohl auch RG. 103, 137, welches ausdrücklich nur für den Fall des § 1277 BGB. eine Pfändung verlangt; vgl. auch noch RGRKom. §§ 1233 2, 1277 1; hiergegen GOLDSCHMIDT: a. a. O. Meines Erachtens genügt im Falle des § 1277 eine Überweisung ohne vorhergehende Pfändung. Daß praktisch Pfändung und Überweisung regelmäßig in einem Zuge erfolgen, dürfte kein durchschlagendes Argument sein. Dies gegen RGRKom. § 1277 I. Das Gesetz sieht ja unter Berücksichtigung einer logischen Notwendigkeit ausdrücklich eine getrennte Durchführung (§§ 829, 835) vor. Wie hier wohl auch, allerdings mit abweichender Begründung, WOLFF: §§ 176 V 2, 177 II 2. Anders natürlich in den Fällen der §§ 1123, 1124 BGB., die eine ausdrückliche Beschlagnahme verlangen; so mit Recht GOLDSCHMIDT: a. a. O.; RG. 103, 137 mit weiteren Nachweisen über die frühere Judikatur und STEIN-JONAS: § 804 II 1.

<sup>3</sup> A. A. EMMERICH: S. 45 ff., der in vielen Fällen in der Pfändung einen Verzicht auf das bürgerliche Pfandrecht sehen will, sonst aber das alte Pfandrecht neben dem Pfändungspfandrecht weiterbestehen läßt. Ferner auch noch a. A.: KG. in OLG. 22, 250, welches die Rechtslage nur nach dem Pfändungspfandrecht beurteilt, und OLG. Naumburg in JW. 1930 S. 2998 Nr. 31, welches in der Pfändung keine Geltendmachung des Vermieterpfandrechtes erblickt. Vgl. weiter KG. (10. Zivilsenat) in OLG. 11, 310.

<sup>4</sup> So auch STEIN-JONAS: §§ 878 II 3, 804 II 1; STEIN: Grundfragen, S. 35; FÖRSTER-KANN: §§ 878 4b bb. 804 5; HELLWIG-OERTMANN: § 334

3. Handelt ein kraft seines besseren Pfandrechtes bevorzugter Gläubiger seinem Nachmann gegenüber arglistig, wenn er sein Vorrecht geltend macht, oder hat er dieses Vorrecht überhaupt nur auf Grund einer dem Widersprechenden gegenüber begangenen unerlaubten Handlung erlangt<sup>1</sup>, so kann der Benachteiligte schon nach allgemeinen Grundsätzen seinem Liquidat widersprechen<sup>2</sup>. Wie wir vorstehend sahen, sind auch persönliche obligatorische Beziehungen zwischen den einzelnen Vollstreckungsgläubigern geeignet, eine Rangänderung zu rechtfertigen, sofern nur überhaupt bei den in Frage kommenden Gläubigern die Voraussetzungen für ein Teilnahmerecht am Verteilungsverfahren gegeben sind. Nun ist allerdings zu beachten, daß dem widersprechenden Gläubiger zur Zeit der Klagerhebung noch kein Schaden entstanden ist. Die vorzeitige Pfändung und die Anmeldung der Forderung im Verteilungstermin durch den Beklagten sind lediglich Vorbereitungs-handlungen, die einen Schaden nur dann nach sich ziehen, wenn der Verteilungsplan nach Maßgabe des gerichtlichen Entwurfes zur Ausführung gelangt. Trotzdem wird man dem Kläger aber das Recht nicht absprechen können, bereits vor diesem Zeitpunkt dem arglistigen Vorgehen seines Konkurrenten entgegenzutreten und mit der Widerspruchsklage zu verlangen, daß die beabsichtigte und drohende Schädigung nicht zu Ende geführt werde. Es wäre ein unbilliger und schwer zu rechtfertigender Formalismus, wollte man die Klagerhebung von einem vollendeten Schadenseintritt abhängig machen und den Kläger auf einen außerhalb des Verteilungsverfahrens anzustrengenden Schadensersatzprozeß verweisen. Dieser würde dann vielleicht wegen Insolvenz des Beklagten dem Kläger noch nicht einmal zu seinem Gelde verhelfen können.

II. Beruht das Teilnahmerecht eines im Verteilungsplan bevorzugt berücksichtigten Gläubigers auf einem Umstand, der zur Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung berechtigen würde, so kann ein Nachmann unter Geltendmachung dieses Anfechtungsrechtes der Befriedigung seines Konkurrenten widersprechen<sup>3</sup>. In diesem Falle kann dann

2 a 7; FALKMANN: § 68 V 12c; KG. (8. Zivilsenat) in OLG. II, 311; KG. in OLG. 14, 383.

<sup>1</sup> So z. B., wenn die vorzeitige Pfändung des Beklagten, nach welcher ihm an sich der Vorrang (§ 804 III) gebühren würde, darauf zurückzuführen ist, daß er den Kläger durch Täuschungen oder ähnliche Handlungen davon abgehalten hat, sich durch eine noch frühere Pfändung ein besseres Pfandrecht zu sichern.

<sup>2</sup> STEIN - JONAS: § 878 II 3; FÖRSTER-KANN: § 878 4b bb; BAUMBACH: § 878 2B c; FALKMANN: § 68 V 12c; RG. in JW. 1902, 170; 1906, 29; Dresden in OLG. 13, 215. — A. A. OLG. Königsberg in Pos. MonSchr. 1912, 178.

<sup>3</sup> STEIN - JONAS: § 878 II 3; STEIN: Grundfragen, S. 108; GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, § 97 3; FÖRSTER-KANN: § 878 4b bb; BAUMBACH: § 878

auch der Mangel eines Arrestgrundes bedeutsam werden, indem nämlich der Arrestbefehl bei Vorliegen der nach dem Anfechtungsgesetz erforderlichen Voraussetzungen aus diesem Grunde der Anfechtung durch die benachteiligten Gläubiger unterliegt. Unter Umständen gibt dann auch die Konkurseröffnung die Möglichkeit einer Anfechtung der Deckungsgeschäfte.

Ist die Anfechtung erfolgreich, so ist der Beklagte nicht mehr in der Lage, sich dem Kläger gegenüber auf sein Pfandrecht zu berufen. Die durch die anfechtbare Handlung erlangte Rechtsstellung muß er seinem Nachmann zu dessen eigener Befriedigung zur Verfügung stellen (§§ 7, 9 AnfGes.)<sup>1</sup>. Dieser ist dann in der Lage, sich an Stelle seines Konkurrenten den auf ihn entfallenden Massebetrag auszahlen zu lassen, soweit es durch sein eigenes Pfandrecht gerechtfertigt ist<sup>2</sup>.

### Literaturverzeichnis.

ARONS: Anm. zu RG. JW. 1928, 2713 (identisch mit RG. 121, 349) JW. 1929, 591.

BAUER: Erlöschen des Pfändungspfandrechts an beweglichen Sachen. JW. 1930, 784—785. — BAUMBACH: Zivilprozeßordnung. 4. Aufl. Berlin 1928. — BECKER: Die Reichsabgabenordnung. 6. Aufl. Berlin 1928. — BUNSEN: Zur Lehre von den nicht getrennten Erzeugnissen. Arch. f. bürgerl. Recht 29, 1ff.

CHESNE, DU: Widerspruch und sofortige Beschwerde gegen den Teilungsplan. Sächs. Arch. f. Rechtspflege 3, 215ff. (1908).

DEMELIUS: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österr. bürgerl. Rechte. Mit besonderer Berücksichtigung des Bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich. Leipzig 1897. — DUMMER: Wie weit gehen die Aufgaben des Gerichts im Verteilungsverfahren? Gruchot 59, 77ff.

EBBECKE: Verfügungsmacht im Prozesse ZZP. 48, 351ff. — EMMERICH: Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909. — ENNECCERUS: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. I, I. Abt., Allgem. Teil. 25—29. Aufl. Marburg 1926.

FALKMANN: Die Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. Berlin 1914. — FINKELSTEIN: Erlöschen des Pfändungspfandrechts an beweglichen Sachen. JW. 1930, 110—111. — FISCHER-SCHAEFER: Die Gesetzgebung, betr. die

2 Bc; FALKMANN: § 68 V 12c; EMMERICH: S. 413—414; ROSENBERG: § 202 IV 3; SEUFFERT: § 878 1c; RG. in Gruchot 50, 1167; München in OLG. 27, 178.

<sup>1</sup> Der Klageantrag wird zum Ausdruck bringen müssen, daß die vorgehende Pfändung für unwirksam erklärt, der Teilungsplan in bestimmter Weise abgeändert und die nach dem Verteilungsplan auf den Beklagten entfallende Teilungsmasse in entsprechender Weise dem Kläger ausgezahlt werden soll.

<sup>2</sup> In diesem Fall ist Gegenstand des Widerspruchsprozesses nicht allein das Widerspruchsrecht, sondern auch das eigene Anfechtungsrecht des Klägers, über welches rechtskräftig bindend entschieden wird. — So mit Recht GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht, § 97, 3.

Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preußen. 2. Aufl. 1910. — FÖRSTER-KANN: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Berlin 1913—1926. — FREUDENTHAL-SAUERLÄNDER: Zivilprozeßordnung. 4. Aufl. München 1926.

GEIB: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. München 1909. — GOLDSCHMIDT: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. München 1910. — Der Prozeß als Rechtslage. Berlin 1925. — Zivilprozeßrecht. Berlin 1929. — Nichtveröffentlichte Gutachten, benutzt mit Genehmigung des Autors.

HABERLING: Ist der Gläubiger im Verteilungsverfahren verpflichtet, in dem zur Erklärung über den Teilungsplan vom Gericht bestimmten Termin bei Meidung von Rechtsnachteilen zu erscheinen? Recht, 1903, 601. — HASSENFLUG: Zur Anfechtung erlangter Befriedigung aus § 23 der Reichskonkursordnung Gruchot 32, 81 ff. — HEIN, OTTO: Handbuch der Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. Hannover 1914. — HEIN, WOLFGANG: Identität der Partei. Bd. I, Berlin 1918; Bd. II, 1925. — HELLWIG: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900. — HELLWIG-OERTMANN: System des deutschen Zivilprozeßrechtes. II. Teil: Die Zwangsvollstreckung. Leipzig 1919.

JAECKEL-GÜTHE: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 6. Aufl. Berlin 1929 (bearb. von VOLKMAR und ARMSTROFF).

KOHLER: Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. Arch. f. ziv. Pr. 80, 141 ff. — KRAEWEL, v.: 1. Unsere Anfechtungsklagen und 2. Das durch die Pfändung bewirkte Pfandrecht. ZZZP. 5, 333 ff. — KRÜCKMANN: Die materielle Urteilswirkung. ZZZP. 46, 371 ff.; 47, 1 ff. — KUHNT: Entsprechende Anwendung des § 727 ZPO. bei Änderung oder Erlöschen der Firma. JW. 1913, 116. — KUTTNER: Die privatrechl. Nebenwirkungen der Zivilurteile. München 1908.

LENT: Die Gesetzeskonkurrenz. Bd. 2 1916.

MARCUS: Der Rechnungsverständige im Verteilungsverfahren der Zivilprozeßordnung. ZZZP. 42, 329 ff. — MÜLLER: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. Berlin 1907.

NEUKAMP: Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. 2. Auflage. Leipzig 1911.

OERTMANN: Die Pfändung stehender Früchte. ZZZP. 41, 1 ff.

PAGENSTECHER: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1905. — Die praktische Bedeutung des Streitens über das Wesen der Rechtskraft. ZZZP. 37, 1 ff. — Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streitens über die Rechtskraft. Rhein. Zeitschrift. 6, 489 ff. (1914). — Ist das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches Recht? Gruchot 50, 274 ff. — Prozeßprobleme 1930. — PETSCHKE: Besprechung von W. MÜLLER: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. ZZZP. 42, 381 ff.

Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerl. Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG., erläutert von RG.-Räten und Sen.-Präsidenten am Reichsgericht. 7. Aufl. Berlin u. Leipzig 1930. — REINHARD: Die Widerspruchsklage nach § 115 ZVG., Recht, 1908, 20 ff. — RIEHL: Über die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts. 1888. — ROSENBERG: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2. Aufl. 1930.

SCHMIDT: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2. Aufl. Leipzig 1906. — SCHÖNFELD: Verteilungsverfahren. Berlin 1887. — SCHWINGE: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht. 1930. — SEUFFERT:

Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. München 1911. — SIBER: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903. — STAUB-BONDI: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1, 1. Teil, 12.—13. Aufl. Berlin 1926. — STEIN: Der Drittschuldner, in Festschrift f. Wach I, 1913. — Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Tübingen 1912. — Grundfragen der Zwangsvollstreckung. Tübingen 1913. — STEIN-JONAS: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Recht. 14. Aufl. 1929. — SYDOW-BUSCH: Zivilprozeßordnung. 18. Aufl. Berlin 1925.

TUHR, v.: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts I, 1. Leipzig 1910.

VIERHAUS: Die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechtes. ZZP. 5, 57ff.

WACHSMANN: Die Firma als Bezeichnung der Prozeßpartei. Gruchot 51, 313ff. — WEIGELIN: Pfändungspfandrecht an Forderungen. Stuttgart 1899. — WEISMANN: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. Bd. 2. Stuttgart 1905. — WOLFF: Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache. Festgabe für BERNHARD HÜBLER. Berlin 1905. — Das Sachenrecht. Bd. 2, 1. Abt. des Lehrbuches des bürgerlichen Rechtes von ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. 22.—26. Aufl. Marburg 1927.

Die Paragraphen ohne nähere Gesetzesbezeichnung beziehen sich auf die Zivilprozeßordnung.

## Nachwort.

Von J. GOLDSCHMIDT.

In dieser Abhandlung sind wiederholt Gutachten angeführt, die ich in dem von RGZ. 121, 349 entschiedenen Rechtsfall erstattet habe. Mit diesen Gutachten beschäftigt sich schon PAGENSTECHER in seinen „Prozeßproblemen“<sup>1</sup>, wo er das von ihm in derselben Sache erstattete Gegengutachten veröffentlicht. PAGENSTECHER bedauert<sup>2</sup>, daß ich mich zur Veröffentlichung meiner Gutachten nicht habe entschließen können. Ich kann es jetzt noch weniger. Denn das von PAGENSTECHER veröffentlichte Gutachten wurde erst erstattet, nachdem die meinigen erstattet waren; diese sind also durch jenes überholt. Mir wurde seinerzeit im Prozesse nicht die Gelegenheit geboten, auf das jetzt veröffentlichte PAGENSTECHERSche Gutachten noch einmal zu erwidern. Diese Erwidernung jetzt nachzuholen, könnte überflüssig erscheinen, da einmal der Rechtsstreit erledigt ist, sodann die vorstehend veröffentlichte Abhandlung sich dieser Aufgabe bereits in gewissem Sinn entledigt. Dennoch nötigt mich PAGENSTECHERS Veröffentlichung, hier noch ein Nachwort beizufügen.

Es handelt sich um folgende Rechtsfragen:

I. Kann mit Rücksicht auf das Verteilungsverfahren ein Gläubiger die Aufhebung des seinem Vormann zur Seite stehenden Vollstreckungstitels herbeiführen? Diese Frage wird von PAGENSTECHER insofern bejaht, als er darauf hinweist<sup>3</sup>, daß HELLWIG<sup>4</sup> und STEIN<sup>5</sup> dem Gläubiger gestatten, dem Schuldner als Nebenintervenient beizutreten, um durch Gebrauch der diesem zustehenden Rechtsbehelfe die Aufhebung einer dem Vormann zur Seite stehenden vollstreckbaren Entscheidung zu erzielen. PAGENSTECHER schließt daraus, daß es dann dem Gläubiger nach erzielter Aufhebung der Entscheidung auch erlaubt sein müsse, auf Grund des § 766 ZPO. die Aufhebung der auf der aufgehobenen Entscheidung beruhenden Pfändung herbeizuführen. Tatsächlich hält

---

<sup>1</sup> Heft 9 der „Beiträge zum Zivilprozeß“ 1930, erster Teil „Zur Rangordnung im Verteilungsverfahren“.

<sup>2</sup> S. 4.

<sup>3</sup> S. 25 Anm. 17.

<sup>4</sup> Anspruch und Klagrecht, 1900, S. 504.

<sup>5</sup> Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, S. 103.

indessen STEIN<sup>1</sup> die Nebenintervention des Gläubigers für einen untauglichen Weg, seinem Widerspruch zum Siege zu verhelfen, da der Schuldner durch seine Prozeßführung die des intervenierenden Gläubigers lahmlegen kann (§ 67), und der Widerspruch nur durch eine zur Zeit seiner Erhebung bereits vorliegende Sachlage gestützt werden kann (RGZ. 62, 171; 65, 66). Aber ganz abgesehen davon, folgt aus der Befugnis, als Nebenintervenient beizutreten, noch nicht das Recht, die Aufhebung einer gegen die unterstützte Partei erfolgten Vollstreckungsmaßregel zu verlangen, so wenig, wie daraus das Recht folgt, an Stelle eines unterstützten siegreichen Gläubigers die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Letzteres führt PAGENSTECHEER selbst zutreffend aus<sup>2</sup>. Warum daraus aber (so PAGENSTECHEER, vgl. unten unter Nr. 2) nur folgen soll, daß dem Dritten der Weg aus §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO. verschlossen sei, während ihm der Weg aus § 766 ZPO. zu demselben Ziel offenstehe, vermag ich nicht einzusehen.

2. Kann mit Rücksicht auf das Vertheilungsverfahren ein Gläubiger, sofern der Vollstreckungstitel seines Vormannes aufgehoben ist, die Aufhebung der auf diesem Vollstreckungstitel beruhenden Pfändung erwirken? Diese Frage wird vom RG. und PAGENSTECHEER bejaht. Das RG. stützt die behauptete Befugnis des Gläubigers zunächst auf §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO. Als Gründe führt das RG. an: a) §§ 775 Nr. 776 setzten nicht voraus, daß der Nachweis der Aufhebung des vollstreckbaren Titels vom Schuldner ausgehen müsse; b) diese Voraussetzung sei um so weniger anzunehmen, als das Recht jedes beteiligten Dritten, auf Grund von § 766 die Aufhebung des Titels geltend zu machen, in der Rechtsprechung (RGZ. 34, 378; 50, 71) anerkannt sei; c) zur Behandlung der Pfändung als unwirksam sei auch der Vertheilungsrichter verpflichtet, einmal weil auch an ihn sich die in der Aufhebung des Titels steckende Anweisung richte, sodann, wenn er mit dem Vollstreckungsrichter identisch sei und also auf Verlangen des nachstehenden Gläubigers die Aufhebung der Pfändung des Vormannes nach § 766 hätte aussprechen müssen.

Von diesen Gründen sind die zu a und b bereits von PAGENSTECHEER<sup>3</sup> so schlagend widerlegt, daß ich darauf Bezug nehmen kann. Wenn das RG. jedem beteiligten Dritten das Recht einräumt, auf Grund der §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO. die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel zu verlangen, so setzt es sich in Widerspruch zu RG. in LZ. 1918, 1276; es übersieht, daß der Dritte gar nicht in der Lage ist, sich die für ein Vorgehen nach §§ 775, 776 erforderliche Ausfertigung der vom Schuldner erwirkten den Titel aufhebenden Entscheidung zu verschaffen; es beachtet nicht, daß im Falle des § 766 das Vollstreckungsgericht, im

<sup>1</sup> A. a. O.

<sup>2</sup> S. 52 zu Anm. 18, 19.

<sup>3</sup> S. 50—55, 64, 65.

Falle der §§ 775 Nr. 1, 776 aber meist der Gerichtsvollzieher sich über die Aufhebung der Pfändung schlüssig zu werden hat, und daß demzufolge der Gerichtsvollzieher über die schwierige Frage zu entscheiden hätte, ob der die Aufhebung der Pfändung verlangende Dritte „beteiligt“ und also zu seinem Verlangen aktiv legitimiert ist. Die reichsgerichtliche Auffassung führt endlich zu der unannehmbaren Folgerung, daß ein Dritter, der nur auf Grund des § 771 ZPO. widerspruchsberechtigt wäre, ja der es, weil ihm nur ein Verschaffungsanspruch in bezug auf den Gegenstand der Zwangsvollstreckung zusteht, nicht einmal wäre, wenn der Titel des Vollstreckungsgläubigers aufgehoben ist, ohne weiteres auf Grund von §§ 775 Nr. 1, 776 vom Gerichtsvollzieher die Freigabe der ihn interessierenden Sache, ja schon vor ihrer Pfändung die Einstellung der sie bedrohenden Zwangsvollstreckung erwirken könnte.

Aber auch der Grund zu c trifft jedenfalls dann nicht zu, wenn das Verteilungsgericht mit dem für die Pfändung oder die Erinnerung gegen sie zuständigen Vollstreckungsgericht nicht identisch ist. Zur Aufhebung der Pfändung ist das Verteilungsgericht in diesem Falle nicht zuständig, und es kann sich insoweit die in der Aufhebung des Titels steckende Anweisung nicht an das Verteilungsgericht richten. Hält man aber — wie das RG. unterstellt — eine Aufhebung der Pfändung zur Vernichtung des Pfandrechts für erforderlich, so ist die „Behandlung der Pfändung als unwirksam“, die dem Verteilungsrichter durch die Aufhebung des Titels anbefohlen sein soll, die Anweisung zu einem ungesetzlichen Verfahren. Es ist bezeichnend, daß in der Urschrift des reichsgerichtlichen Urteils, wie sie auch in der JW. 1928, 2713, abgedruckt ist, der Verteilungsrichter wiederholt als „Organ der Zwangsvollstreckung“ und „Vollstreckungsorgan“ bezeichnet ist, und daß diese Bezeichnungen in RGZ. 121, 351 durch „bei der Vollstreckung mitwirkend“ und „Vollstreckungsbehörde“ ersetzt sind. PAGENSTECHER meint selbst<sup>1</sup>, daß bei dem Senat anscheinend nachträglich Zweifel entstanden sind, ob es sich empfehle, den Verteilungsrichter als „Organ der Zwangsvollstreckung“ zu bezeichnen. Mit dieser Änderung aber, die nicht nur eine redaktionelle, sondern eine sachliche ist, ist die stehengebliebene Belegung der reichsgerichtlichen Rechtsfindung mit RGU. VII 366/07 vom 26. Juni 1908<sup>2</sup> unschlüssig geworden; denn dieses Urteil entwickelt lediglich die Eigenschaft der eine Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärenden Entscheidung als Anweisung an die Vollstreckungsorgane, die erfolgte Vollstreckungsmaßregel aufzuheben. Das Urteil läßt sich also nicht für die These verwerten, daß der Verteilungsrichter verpflichtet sei, nach Aufhebung des Titels unter

<sup>1</sup> S. 42 Anm. 2.

<sup>2</sup> Abgedruckt bei PAGENSTECHER, S. 43 Anm. 3.

Übergehung der Vollstreckungsorgane eine Pfändung als unwirksam und ein Pfändungspfandrecht als nichtbestehend zu behandeln<sup>1</sup>.

Wie indessen die oben zu b und c angeführten Gründe zeigen, stützt das RG. die Befugnis des nachstehenden Gläubigers, nach Aufhebung des dem Vormann zur Seite stehenden Titels die Aufhebung der Pfändung des Vormanns zu verlangen, auch auf § 766 und leitet in dem seiner Beurteilung unterliegenden Falle die Verpflichtung des Verteilungsrichters, die Pfändung als unwirksam zu behandeln, auch aus seiner — zufälligen — Zuständigkeit zur Aufhebung der Pfändung her. Das RG. behauptet, unter Berufung auf RGZ. 34, 378; 50, 71, daß die Befugnis jedes beteiligten Dritten zu Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung wegen Aufhebung des Titels in der Rechtsprechung anerkannt sei. Daß dies nicht der Fall ist, hat wiederum schon PAGENSTECHER nachgewiesen<sup>2</sup>. Die beiden vom RG. angezogenen Entscheidungen betreffen Fälle, in denen von vornherein eine formell mangelhafte Pfändung vorlag. Um so erstaunlicher ist es, daß auch PAGENSTECHER in seinem Gutachten aus RGZ. 34, 378<sup>3</sup> die Folgerung hergeleitet wissen will, der nachstehende Gläubiger müsse auf Grund von § 766 die Aufhebung der Pfändung seines Vormanns, dessen Titel aufgehoben ist, erwirken können<sup>4</sup>. In der Tat ist die neue Lehre, daß jeder beteiligte Dritte nach Aufhebung des Vollstreckungstitels die Aufhebung einer auf Grund desselben erfolgten Vollstreckungsmaßregel mit Hilfe des § 766 herbeiführen könne, genau so unhaltbar wie die Lehre, daß er dies auf Grund der §§ 775 Nr. 1, 776 tun könne. Ob man das Interventionsrecht des Dritten mit Hilfe der §§ 775 Nr. 1, 776 oder mit Hilfe des § 766 über die Ufer treten läßt, bleibt sich gleich. Das KG. läßt bekanntlich die Erinnerung aus § 766 unter Umständen schon bei drohender Zwangsvollstreckung zu<sup>5</sup>. Hält man damit die neue Lehre zusammen, so ergibt sich, daß jeder dritte Interessent über den Kopf des Schuldners hinweg auf Grund von § 766 eine Zwangsvollstreckung abwenden, ihre Einstellung und die Aufhebung schon erfolgter Vollstreckungsmaßregeln herbeiführen kann, wenn der Schuldner die Aufhebung des Vollstreckungstitels erwirkt hat<sup>6</sup>. Man denke nur an folgenden Fall: Auf Berufung des Schuldners ist ein vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben worden. Trotzdem hat der Schuldner nicht die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregel herbei-

<sup>1</sup> Ist es übrigens zulässig, daß der Abdruck eines RG.-Urteils in der amtlichen Sammlung von dessen Urschrift sachlich abweicht?

<sup>2</sup> S. 56—58.

<sup>3</sup> Und dem ebenfalls die Rüge einer gegen § 810 I S. 2 ZPO. verstoßenden Pfändung behandelnden bayr. OberstLG. in Seuff. Arch.: 39, Nr. 275.

<sup>4</sup> PAGENSTECHER: S. 25, 26.

<sup>5</sup> OLG. 19, 32; 37, 193.

<sup>6</sup> So in der Tat PAGENSTECHER: S. 67—69.

geführt, weil der Gläubiger Revision eingelegt hat. Soll hier der Nachmann des Gläubigers wirklich wider Willen des Schuldners die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregel des Vormanns herbeiführen können mit der Folge, daß, wenn das Revisionsgericht das erstinstanzliche Urteil wieder herstellt, der Vormann das Nachsehen hat? Das Richtige ist, was sich PAGENSTECHE<sup>1</sup> selbst entgegenhält: „Aus § 775 f. folgt, daß der Schuldner und nur er darüber zu entscheiden haben soll, ob nach Wegfall des Titels die Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben seien, gerade wie ja auch ein beteiligter Dritter — selbst wenn er dem Schuldner als Nebenintervenient beigetreten ist — gegen den Willen des Schuldners nicht die Aufhebung eines zu Unrecht ergangenen Titels durchsetzen kann. Gegen diese Rechtsgrundsätze würde man verstoßen, wenn man dem Dritten die Befugnis zuerkennen wollte, hier selbständig nach § 766 ZPO. vorzugehen.“

3. Kann im Verteilungsverfahren trotz fortbestehender Pfändung des Vormanns ein Nachmann seinen Widerspruch darauf stützen, daß der der Pfändung des Vormanns zugrunde liegende Vollstreckungstitel aufgehoben sei? Man kann diese Frage bejahen, wenn man annimmt, daß mit Wegfall des Vollstreckungstitels das Pfandrecht trotz fortbestehender Pfändung erlischt. Das RG. erklärt eine solche Auffassung für möglich und behauptet, daß sich RGZ. 56, 147; 71, 309 „vielleicht“ im Sinne dieser Auffassung verstehen ließen. In bezug auf RGZ. 56, 147 muß diese Behauptung als unverständlich bezeichnet werden, da in dieser Entscheidung gerade steht, daß das einen Titel aufhebende Urteil „für sich allein“ nicht die Wirkung habe, das auf dem Titel beruhende Pfändungspfandrecht zum Erlöschen zu bringen. Aber auch RGZ. 71, 309 kann für die unterstellte Auffassung nicht herangezogen werden. In dem ihm zugrunde liegenden Fall ist nämlich der Titel, auf dem die Pfändung beruht, d. i. der Arrestbefehl, gar nicht aufgehoben worden. Vielmehr hat eine Teilabweisung in der Hauptsache und infolgedessen nur eine Teilüberweisung der gepfändeten Forderung stattgefunden. Darin lag eine stillschweigende Aufhebung der Pfändung hinsichtlich des Überrestes, und die spätere Aufhebung der Teilabweisung im Wiederaufnahmeverfahren stellte das untergegangene Pfandrecht nicht wieder her. Es ist PAGENSTECHE<sup>2</sup> zuzugeben, daß dieser Entscheidungsgrund, mit dem sich die Entscheidung in RGZ. 71, 309 nach STEINS<sup>3</sup> insoweit zutreffenden Darlegungen allein halten läßt, in der Entscheidung nicht zum Ausdruck gekommen ist. Andererseits kann PAGENSTECHE diesen Entscheidungsgrund nicht mit der Unterstellung beiseite schieben, daß das RG. den Drittschuldner auch absolviert hätte, wenn der Pfändungspfandgläubiger ganz abgewiesen und überhaupt keine Überweisung

<sup>1</sup> S. 56.

<sup>2</sup> S. 24.

<sup>3</sup> Der Drittschuldner (aus der Festschrift für WACH), 1913, S. 22.

erfolgt wäre. Dann hätte der Drittschuldner, der trotz des unverändert gegen ihn in Kraft stehenden Pfändungsbeschlusses an andere Pfändungspfandgläubiger oder Zessionare des Vollstreckungsschuldners gezahlt hätte, meines Erachtens keinen Schutz verdient. PAGENSTECHER versucht RGZ. 71, 309 mit 56, 147 durch die Auslegung zu vereinigen, daß das Pfandrecht zwar nicht durch vorläufig vollstreckbare Aufhebung des Titels (eine solche lag in RGZ. 56, 147 vor), wohl aber durch rechtskräftige Feststellung seiner Unverwertbarkeit (so sei es in RGZ. 71, 309 gewesen) erlösche<sup>1</sup>. Der Vereinigungsversuch ist sehr scharfsinnig. Es ist aber doch recht zweifelhaft, ob er zutrifft.

PAGENSTECHER selbst will dem Nachmann ein Widerspruchsrecht gegen die vorzugsweise Befriedigung des Vormanns, dessen Titel aufgehoben ist, auch bei unterstelltem Fortbestehen des Pfändungspfandrechts des Vormanns geben<sup>2</sup>. Grund soll sein, daß der Vormann nach Wegfall des Vollstreckungstitels „keine Befriedigung aus der Teilungsmasse zu beanspruchen hat“<sup>3</sup>. Diese Begründung erscheint zunächst unverständlich, da das „Recht auf Befriedigung“ doch nur auf dem Pfandrecht beruhen kann. Man versteht PAGENSTECHERS Standpunkt nur, wenn man auf seinen Aufsatz in Gruchot 50, 274 ff. zurückgeht. In diesem Aufsatz entwickelt er den Begriff des Vollstreckungsrechts. Er faßt es als ein auf dem Vollstreckungstitel beruhendes, abstraktes Besitzrecht am Vermögen des Schuldners auf. Die vollstreckbare Forderung ist nur die causa des Vollstreckungsrechts. Auf dem Vollstreckungsrecht beruht das Pfändungspfandrecht. Die Entstehung dieses setzt voraus: 1. einen Vollstreckungstitel, 2. Zugehörigkeit des gepfändeten Gegenstandes zum Vermögen des Schuldners. Das Pfändungspfandrecht ist also kein „akzessorisches Recht“, d. i. in seinem Bestande unabhängig vom Bestehen der vollstreckbaren Forderung. Aber auch das Vollstreckungsrecht ist für das Pfändungspfandrecht nur causa; dieses erlischt also nicht mit jenem, mit anderen Worten nicht mit der Aufhebung des Vollstreckungstitels, sondern erst mit der Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln.

Legt man diese Theorie zugrunde, so wird sofort klar, was PAGENSTECHER in seinem Gutachten meint: *Ist auch das Pfändungspfandrecht mit dem Wegfall des Titels nicht untergegangen, so ist es doch sine causa, und diese Kausallosigkeit des Pfändungspfandrechts kann im Verteilungsverfahren der Nachmann dem Vormann entgegenhalten.*

Nun habe ich PAGENSTECHER bereits frühe:<sup>4</sup> eingewendet, daß, wenn man das Vollstreckungsrecht abstrakt auffaßt, man es nicht nur als causa des Pfändungspfandrechts ansehen kann. Man muß dann, sofern

<sup>1</sup> S. 23.

<sup>2</sup> S. 24—31.

<sup>3</sup> S. 31.

<sup>4</sup> Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, 1910, S. 36, zu und in Anm. 53, S. 79 Anm. 28.

man das Vollstreckungsrecht, mit anderen Worten den Vollstreckungstitel als Grundlage des Pfändungspfandrechts ansieht, folgerichtig annehmen, daß mit jenem auch dieses erlischt. Diesen folgerichtigen Schritt in seinem Gutachten formell zu tun, hat sich PAGENSTECHEER gescheut, offenbar um sich nicht in Widerspruch zu seinen früheren Ausführungen zu setzen<sup>1</sup>. Er tut ihn aber der Sache nach. Denn wenn er dem titellos gewordenen Gläubiger das Recht auf Befriedigung aus der Teilungsmasse abspricht, so spricht er ihm damit das Pfändungspfandrecht ab, das er selbst früher<sup>2</sup> als „Verwertungsrecht“ bezeichnet hat. Der Standpunkt, den PAGENSTECHEER in seinem Gutachten einnimmt, steht also nur äußerlich im Widerspruch zu seiner früheren Lehre; er ist in Wahrheit ihre sinngemäße Entwicklung.

Freilich für richtig halte ich PAGENSTECHEERS Lehre nicht. Nicht der Vollstreckungstitel ist der Tatbestand des Pfändungspfandrechts, sondern die Pfändung. Dies gilt jedenfalls, wenn man mit PAGENSTECHEER das Pfändungspfandrecht für ein nichtakzessorisches Recht hält. Es gilt aber auch, wenn man das Pfändungspfandrecht für ein akzessorisches Recht ansieht, nur mit der Maßgabe, daß dann die Pfändung nicht das einzige Stück des Tatbestandes des Pfändungspfandrechts ist, vielmehr auch die Forderung noch dazugehört. Es war also einerseits ganz richtig, wenn ich seinerzeit die Lehre, daß das Pfändungspfandrecht nicht schon mit dem Wegfall des Titels, sondern erst mit Aufhebung der Pfändung untergehe, für eine Konsequenz der Auffassung bezeichnet habe, daß das Pfändungspfandrecht kein akzessorisches Recht sei<sup>3</sup>; denn PAGENSTECHEERS Theorie, daß das Pfändungspfandrecht auf einem abstrakten Vollstreckungsrecht, mit andern Worten dem Vollstreckungstitel beruhe, habe ich schon damals abgelehnt<sup>4</sup>. Andererseits nötigt die jetzt von mir vertretene Ansicht, daß das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches Recht ist, mich nicht — wie PAGENSTECHEER meint<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Vgl. PAGENSTECHEER: Prozeßprobleme, S. 32.   <sup>2</sup> Bei Gruchot 50, 297.

<sup>3</sup> Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, S. 36 zu Anm. 52.

<sup>4</sup> Vgl. die oben S. 99 in Anm. 4 angeführten Stellen. Ich hätte daher — das will ich PAGENSTECHEER: Prozeßprobleme, S. 32 Anm. 4, zugestehen — PAGENSTECHEER bei Gruchot 50, 293 ff. in Ungerechtfertigtem Vollstreckungsbetrieb, S. 36 Anm. 52, nicht als Beleg anführen sollen, da bei ihm die Lehre, daß das Pfändungspfandrecht erst mit Aufhebung der Pfändung erlösche, *keine* Konsequenz der Auffassung, daß das Pfändungspfandrecht ein nichtakzessorisches Recht sei, ist.

<sup>5</sup> S. 32, 33. SCHWINGE: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht, 1930, S. 99 Anm. 2, zitiert mich nach wie vor als Gegner der Lehre von der akzessorischen Natur des Pfändungspfandrechts. Dabei führt er meine Bücher in dem Verzeichnis der „hauptsächlich benutzten“ Bücher und Schriften auf (!). Er hat sie auch sonst nicht „benutzt“. Diese Feststellung ist übrigens der einzige Punkt, in dem ich Anlaß habe, auf SCHWINGES Schrift einzugehen, die trotz weit ausholender methodologischer Erörterungen nirgends über STEIN hinauskommt.

— anzunehmen, weder daß es mit Wegfall des Titels erlischt, noch daß es mit Wegfall der Forderung nicht erlischt.

Ist danach das abstrakte Vollstreckungsrecht, mit andern Worten der Vollstreckungstitel, weder die materielle noch die formelle Grundlage des Pfändungspfandrechts, sondern nur eine der formellen Bedingungen der Wirksamkeit der Pfändung<sup>1</sup>, so sehe ich keine Möglichkeit, daß sich im Verteilungsverfahren der Nachmann auf den Wegfall des Titels des Vormanns berufen kann, solange dessen Pfändung fortbesteht. Auch PAGENSTECHEER will seine entgegengesetzte Meinung, wie seine wiederholte Fragestellung zeigt<sup>2</sup>, offenbar nur für den Fall *rechtskräftiger* Aufhebung des Vollstreckungstitels vertreten. Aber seine Begründung trifft für alle Fälle vollstreckbarer Titelaufhebung zu. Dann aber gilt entsprechend das oben<sup>3</sup> PAGENSTECHEER Entgegengehaltene: Soll wirklich dem Nachmann vorzugsweise Befriedigung gewährt werden, obgleich der Titel des Vormanns nur durch vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben ist, und der Schuldner aus diesem Grunde die Aufhebung der Pfändung nicht herbeigeführt hat, auf die Gefahr hin, daß das Rechtsmittelgericht den Titel wiederherstellt? Nicht einmal im Konkurs will JAEGER<sup>4</sup> dem Arrestpfandgläubiger das durch Arrestvollzug erworbene Absonderungsrecht entziehen, solange der Arrestbefehl nur durch vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben ist.

Lehnt man PAGENSTECHEERS Lehre ab, so würde allerdings die Widerspruchsklage des Nachmanns nicht allein deshalb durchdringen, weil das dem Vormann zur Seite stehende vollstreckbare Urteil in zweiter Instanz wegen Unzuständigkeit aufgehoben ist, während sie meines Erachtens infolge der akzessorischen Natur des Pfändungspfandrechts und der Beschränkung der Urteilswirkung auf die Parteien durchdringen würde, wenn der Nachmann dartut, daß die dem Vormann zuerkannte Forderung in Wahrheit nicht besteht<sup>5</sup>. PAGENSTECHEER will angesichts

<sup>1</sup> Etwas anderes sagt auch STEIN: Grundfragen S. 103, auf den sich PAGENSTECHEER, S. 39, 40, beruft, nicht.

<sup>2</sup> S. 19, 20. <sup>3</sup> S. 97, 98.

<sup>4</sup> KO., 6. und 7. Aufl., Nr. 14 zu § 14.

<sup>5</sup> Hier ebenso die ständige Rechtsprechung des RG. (RGZ. 27, 305; bei Gruchot 50, 1170); R. SCHMIDT: Lehrb., 2. Aufl., 972 Anm. 2; v. TUHR: Allgem. Teil I § 8 Anm. 20 (wo auch mit Recht auf § 35 KO. verwiesen ist), § 17 zu Anm. 17; LENT: Gesetzeskonkurrenz II, 1916, S. 177 ff.; HELLWIG-OERTMANN: System II 401 (gegen HELLWIG: Anspruch und Klagrecht, 504); FÖRSTER-KANN: Note 4a bb zu § 878. Wie PAGENSTECHEER: S. 33, insbesondere Anm. 8, auch S. 30 Anm. 33 a. E., angesichts dieses Standes der Meinungen, auf Grund einer aus dem Zusammenhang gerissenen Äußerung STEINS: Grundfragen, S. 104, es so darstellen kann, als sei die im Text (auch schon Prozeß als Rechtslage, 178 Anm. 971, S. 191, 192) vertretene Ansicht „widersinnig“, „verwunderlich“ und „ernsthaft“ überhaupt nicht zu verteidigen, ist mir selbst dann unbegreiflich, wenn ich sein Bekenntnis

solcher Folgerungen „an der Weisheit der Rechtsordnung verzweifeln — wenn es eine solche Rechtsordnung gäbe“<sup>1</sup>, mit anderen Worten, er verzweifelt an meiner Weisheit. Mir scheint die Folgerung, daß ein titelloser Gläubiger vorzugsweise befriedigt werden könnte, geringeren Anlaß zur „Verzweiflung“ zu bieten als die, daß ein titulierter Nichtgläubiger befriedigt werden kann. Der Schuldner, der im ersten Fall nur wegen Prozeßabweisung obgesiegt hat, wird schon wissen, warum er nicht die Aufhebung der Pfändung herbeiführt. PAGENSTECHEER erklärt es selbst<sup>2</sup>: Die Abweisung der Klage des Arrestpfänders als unzulässig, z. B. wegen Durchgreifens der Einrede des Schiedsvertrages, berechtigt den Schuldner nicht, die Aufhebung der Arrestpfändung, nach Ansicht mancher auch nicht, die Aufhebung des Arrestbefehls zu verlangen. „Daß das Arrestpfandrecht hier bestehen bleibt, hat auch einen guten Sinn. Es kann dem Gläubiger zustatten kommen, wenn er später den Schiedsspruch vollstrecken will.“ Also die erwirkte Prozeßabweisung berechtigt oder verpflichtet wenigstens den Schuldner auch nach PAGENSTECHEERS Ansicht nicht, im Interesse konkurrierender Gläubiger dem abgewiesenen Gläubiger den durch die Arrestpfändung erlangten Vorrang zu entziehen. Soll es anders sein, wenn die Prozeßabweisung, z. B. wegen Unzuständigkeit<sup>3</sup>, auf Widerspruch oder Berufung des Schuldners im Arrestprozeß erfolgt ist? Oder doch, wenn das auf dem nachträglich durch Prozeßabweisung vernichteten Titel beruhende Pfandrecht kein Arrest-, sondern ein Vollstreckungspfandrecht ist? Soll in diesem Falle wirklich das Interesse konkurrierender Gläubiger den Schuldner verpflichten, den Schiedsspruch oder die Ver-

in Rechnung stelle, daß bei ihm „der Autoritätsglaube leider recht schwach entwickelt“ ist. Aber auch, daß die gegenteilige Ansicht „herrschend“ sei, ist danach eine unbegründete Behauptung PAGENSTECHEERS, S. 36 Anm. 9. OLG. 13, 215 enthält überhaupt keine Begründung der gegenteiligen Ansicht. Wie unzutreffend die Begründung in OLG. 33, 124 ist, weist PAGENSTECHEER: a. a. O., selbst nach. Wenn er zwei Gründe zur Auswahl stellt: entweder Aufgabe der Lehre von der akzessorischen Natur des Pfändungspfandrechts oder Annahme der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie, so ergibt sich daraus, daß, wer sich zu keinem von beiden entschließen kann, sich auch nicht auf den Boden der gegenteiligen Ansicht stellen darf. Daß STEINS gegenteilige Ansicht (Grundfragen, S. 106; STEIN-JONAS, 14. Aufl., II 2 zu § 878) sowohl im Widerspruch zu seiner Pfandrechts- wie zu seiner Rechtskrafttheorie (Komm., II 1 zu § 804, Grundfragen, S. 104; Komm., VI 4 bei Anm. 84 zu § 325) steht, habe ich schon Prozeß als Rechtslage, Anm. 971, festgestellt. STEINS Begründung, der Widerspruchskläger entnehme seine Einwendungen „ex iure tertii“, widerlegt sich selbst.

<sup>1</sup> S. 30 Anm. 33 a. E.; vgl. auch S. 33—36.

<sup>2</sup> S. 17 zu und in Anm. 8.

<sup>3</sup> Anders wäre es bei Prozeßabweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, weil in diesem Falle auch die *Pfändung* unwirksam wäre; vgl. STEIN: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912, S. 74/75.

urteilung durch das zuständige Gericht erst abzuwarten, ehe er die Vollstreckung wegen der, wie er weiß, wirklich bestehenden Schuld duldet? Nur die Anfechtung, insbesondere die des § 30 Nr. 2 KO. gibt den Gläubigern das Mittel an die Hand, eine etwaige Gläubigerbegünstigung zu vereiteln<sup>1</sup>.

4. Kann im Verteilungsverfahren der Nachmann eines Arrestpfandgläubigers trotz Fortbestehens des Arrestbefehls und Arrestvollzuges seinen Widerspruch darauf stützen, daß ein Arrestgrund nicht bestanden habe oder fortgefallen sei? v. KRAEWEL hat diese Frage unter Bezugnahme auf RGZ. 3, 416 bejaht<sup>2</sup>. Daß auch HELLWIG sie bejaht habe<sup>3</sup>, ist ein Irrtum PAGENSTECHERS<sup>4</sup>. HELLWIG sagt an der betreffenden Stelle, daß dem Gläubiger, der eine „den Schuldner bindende

<sup>1</sup> Was die sonstigen Einwendungen anlangt, die PAGENSTECHER gegen mich (S. 33—35 Anm. 8) erhebt, zu dem offen (S. 35/36) bekannten Zweck, meine „Grundanschauung“ zu diskreditieren, so beschränke ich mich auf folgende Bemerkungen: Die aus der akzessorischen Natur des Pfändungspfandrechts sich ergebende Folgerung, daß der Ersteher, der das Nichtbestehen der vollstreckbaren Forderung gekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat, kein Eigentum erlangt, ist bereits von M. WOLFF (auf den sich PAGENSTECHER schon bei Gruchot 50, 290 zu Unrecht beruft), Sachenrecht, 8. Bearb., § 163 IV Anm. 30, § 167 III zu Anm. 6, § 169 II zu und in Anm. 3, eingehend begründet. Die Folgerung ergibt sich ohne weiteres aus der auch vom RG. (EZ. 60, 72, 104, 302) vertretenen Ansicht, daß auf das Pfändungspfandrecht die pfandrechtlichen Vorschriften des BGB., darunter § 1244, entsprechend anwendbar sind. Meiner aus der akzessorischen Natur des Pfändungspfandrechts und der Beschränkung der Urteilswirkung auf die Parteien gezogenen Folgerung, daß ein Drittschuldner sich dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber auf das Nichtbestehen der vollstreckbaren Forderung berufen könne, hält PAGENSTECHER RGZ. 93, 77 entgegen. Er hätte mir auch noch RGZ. 38, 400 entgegenhalten können. Aber gerade diese Entscheidung, welche in der Begründung den Wegfall der vollstreckbaren Forderung unter dem Gesichtspunkt einer Entkräftung des Vollstreckungstitels behandelt, zeigt, daß das RG. im Grunde zwischen Wegfall der vollstreckbaren Forderung und des Vollstreckungstitels, trotz der oben S. 98 zu Anm. 2, 3 besprochenen Entscheidung in RGZ. 71, 309, keinen wesentlichen Unterschied macht. Diese letztere Entscheidung wird doch aber von PAGENSTECHER ebenso gebilligt wie das Urteil des Hanseatischen OLG. in SeuffArch. 55, Nr. 182, wonach der Drittschuldner sich auf die Aufhebung des der Pfändung zugrunde liegenden Vollstreckungstitels berufen kann (PAGENSTECHER: S. 21, 28 zu Anm. 25, S. 31 Anm. 38). Infolge des § 836 II ZPO. wird freilich der Drittschuldner regelmäßig kein Interesse haben, das Nichtbestehen der vollstreckbaren Forderung geltend zu machen, aber regelmäßig auch keines, den Wegfall des Vollstreckungstitels zu rügen. Immerhin kann ein rechtskräftiger Vollstreckungstitel möglicherweise geradeso im Wege der Wiederaufnahme vernichtet werden, wie, was RGZ. 71, 309 lehrt, seine rechtskräftige Aufhebung.

<sup>2</sup> ZZP. 5, 341.

<sup>3</sup> Anspruch und Klagerecht, S. 504, insbes. Anm. 89 daselbst.

<sup>4</sup> S. 13/14, 19, 38, 70.

Anerkennung seiner Forderung“, sei es auch nur durch vollstreckbares Urteil, erlangt hat, nicht entgegengehalten werden könne, „daß jenes Urteil nicht hätte gefällt werden dürfen“. Hat der Gläubiger eine solche Anerkennung seiner Forderung nicht, „so bei Arrestpfändung und bei vollstreckbarer Urkunde“, „so fallen die vorher bezeichneten Schranken fort“, mit anderen Worten, der Nachmann kann die Nichtexistenz der Forderung des Gläubigers geltend machen. Daß er geltend machen könne, es fehle der Arrestgrund, davon ist bei HELLWIG mit keinem Wort die Rede.

In der Tat ist es ganz ausgeschlossen, daß, solange Arrestbefehl und Arrestvollzug in Kraft sind, dem Arrestpfandgläubiger vom Nachmann entgegengehalten wird, daß ein Arrestgrund nicht bestanden habe oder weggefallen sei. Es ist auch dann ausgeschlossen, wenn man mit mir Einwendungen sogar gegen die rechtskräftig festgestellte Forderung des Vormanns zuläßt. Denn der Widerspruch im Verteilungsverfahren richtet sich immer gegen das Pfändungspfandrecht des Vormanns. Dieses aber beruht, auch wenn man es als akzessorisches Recht auffaßt, auf der zu sichernden Forderung und auf der Arrestpfändung. Der Arrestgrund ist so wenig Voraussetzung des Arrestpfandrechts, wie der Rechtsschutzgrund Voraussetzung des Vollstreckungspfandrechts ist. Auch aus RGZ. 3, 416 ergibt sich nichts anderes. Diese Entscheidung stellt den seither allseitig gebilligten Satz auf, daß die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger kein genügender Arrestgrund sei, und gibt deshalb der Anfechtung eines im Widerspruch mit diesem Satz erlassenen Arrestbefehls durch den Konkursverwalter statt. Die vom RG. gar nicht bezweifelte Aktivlegitimation des Konkursverwalters zur Anfechtung des Arrestbefehls ergab sich ohne weiteres aus §§ 6, 11 KO.<sup>1</sup> v. KRAEWEL hat aber offenbar die Entscheidung mißverstanden. Er unterstellt — obwohl dazu die Entscheidung nicht den mindesten Anlaß bietet —, daß sie nicht in einem von dem Konkursverwalter durch Widerspruch eröffneten oder für den Gemeinschuldner aufgenommenen Arrestprozeß ergangen sei, sondern daß sie ein selbständiges, vom Konkursverwalter für die Gläubiger ausgeübtes Anfechtungsrecht betreffe, womit dann freilich wieder unvereinbar ist, daß v. KRAEWEL die Anfechtungsvorschriften der KO. auf den Fall nicht angewendet wissen will. Auf dieser das RG. völlig mißverstehenden und daher ganz haltlosen Auffassung beruht v. KRAEWELS Folgerung, daß auch außerhalb des Konkurses die Gläubiger das Vorrecht eines mit ihnen konkurrierenden Arrestpfandgläubigers mit der Behauptung bestreiten könnten, seiner Pfändung fehle der Arrestgrund.

5. Kann ein Arrestbefehl noch nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners zur Hauptsache wegen Mangels des Arrestgrundes auf-

<sup>1</sup> Vgl. auch JAEGER: Nr. 14 zu § 14 KO.

gehoben werden? RGZ. 121, 349 geht auf diese Frage überhaupt nicht ein. PAGENSTECHEr hält ihre Bejahung für selbstverständlich und behauptet, die Gegenansicht sei „von Rechtslehre und Rechtsprechung einhellig verworfen worden“<sup>1</sup>. Als Beleg führt er eine Stelle bei STEIN-JONAS<sup>2</sup> und OLGE. 14, 214; 27, 184 an. Keine der angeführten Belegstellen liefert einen schlüssigen Beweis für PAGENSTECHErS Behauptung. Die Entscheidung des OLG. Dresden in OLGE. 14, 214 paßt überhaupt nicht. Sie bejaht die Anfechtbarkeit einer auf Grund des § 627 ZPO. erlassenen einstweiligen Verfügung auch nach rechtskräftiger Klagabweisung im Eheprozeß. Hier besteht überhaupt keine Identität zwischen der rechtskräftig — durch Klagabweisung, nicht durch Klagbejahung — abgeurteilten Hauptsache und dem Gegenstand des Arrestprozesses. Mit Recht weist das OLG. darauf hin, daß § 627 ein Fall des § 940 ZPO. sei. Es handelt sich vielmehr um die — allerdings auch sehr bestrittene — Frage, ob ein Rechtsschutzinteresse besteht, eine nur für einen bestimmten Zeitraum (Dauer des Eheprozesses) erlassene einstweilige Verfügung noch nach Ablauf dieses Zeitraums anzufechten. In OLGE. 27, 184 bejaht das Hanseatische OLG. das Rechtsschutzinteresse an der Fortführung des Arrestprozesses trotz vergleichsweiser Erledigung der Hauptsache, und zwar schon wegen der Kosten. Dieser Grund ist jedenfalls nicht stichhaltig, da er nur eine Fortführung des Arrestprozesses wegen der Kosten rechtfertigt. Außerdem lag auch hier nicht eine rechtskräftige Aburteilung, geschweige denn Verurteilung in der Hauptsache vor. So bleibt von PAGENSTECHErS Belegstellen nur die bei STEIN-JONAS, wo es, unter Berufung auf die eben besprochenen beiden OLG.-Entscheidungen, ziemlich neutral heißt, daß die „Erledigung der Klage in der Hauptsache“ den Widerspruch gegen den Arrestbefehl nicht ausschließe. Erst in der neuesten Auflage hat sich JONAS RGZ. 121, 349 angeschlossen<sup>3</sup> und damit die oben formulierte Frage implizite bejaht. Es ist nur seltsam, daß er sich für die Möglichkeit, den Arrestbefehl nach Umwandlung des Arrestpfandrechts in ein Vollstreckungspfandrecht aufzuheben, auf eine Stelle seines Kommentars<sup>4</sup> beruft, wo gesagt ist, daß der Sieg des Gläubigers in der Hauptsache regelmäßig zur Aufrechterhaltung des Arrestbefehls genügt.

Wenn danach alle Belegstellen PAGENSTECHErS versagen, so begründet er doch selbst seine Bejahung der oben formulierten Frage damit, daß es dem Konkursverwalter möglich sein müsse, noch nach Eintragung einer Forderung als festgestellt in die Tabelle, was ja einem rechtskräftigen Urteil gegenüber allen Konkursgläubigern (§ 145 II KO.) und regelmäßig auch gegenüber dem Gemeinschuldner (§ 164 II KO.) gleichsteht, dem Gläubiger durch Anfechtung des für die Forderung

<sup>1</sup> S. 13 Anm. 6, S. 72 Anm. 10a.

<sup>2</sup> Nr. 1 bei Anm. 7 zu § 924.

<sup>3</sup> Nr. IV 1 bei Anm. 21 zu § 930.

<sup>4</sup> Zu § 925 bei Anm. 12.

erwirkten Arrestbefehls das Absonderungsrecht zu entziehen. Ich stimme hier PAGENSTECHER zu, aber nur, weil ich auf dem Standpunkt stehe, daß der Konkursverwalter die Interessen der Gläubiger, die er in diesem Falle vertritt, auch durch die dem Gemeinschuldner zustehenden Rechtsbehelfe, also auch durch Anfechtung des Arrestbefehls, wahrnehmen kann. Ob auch das RG. PAGENSTECHER zustimmen würde, ist mir zweifelhaft. Denn in RGZ. 20, 363 verwehrt das RG. dem Verwalter, seine Anfechtung des gegen den Gemeinschuldner erlassenen Arrestbefehls mit den Anfechtungsgründen der §§ 30ff. KO. zu rechtfertigen, und es begründet seine Ansicht wie folgt: *Der Konkursverwalter kann „nicht einen Stützpunkt für seinen gegen die Arrestanordnung erhobenen Widerspruch daraus entnehmen, daß nunmehr die Interessen der Gläubiger, welche ganz andere seien als die des ursprünglichen Schuldners, zu wahren seien, und daß die Gläubiger des letzteren wesentlich dabei interessiert seien, daß nicht durch Bestätigung des Arrests das in solcher Veranlassung erzielte Vorzugsrecht zu ihrem Nachteil bestehen bleibe. Diesen Interessen der Gläubiger mag der Konkursverwalter durch Ausübung des Anfechtungsrechts, soweit dessen Voraussetzungen gegeben sind, gerecht werden, im Arrestverfahren können dieselben keine Berücksichtigung finden; hier handelt es sich allein darum, ob in dem Verhältnisse des Arrestklägers zum Arrestbeklagten mit Recht der Arrest angeordnet bzw. ein Antrag auf Wiederaufhebung begründet ist, und so wenig der Arrestbeklagte die Anordnung durch Hinweisung auf die Interessen seiner eventuellen Konkursgläubiger bekämpfen kann, so wenig kann auch nach ausgebrochenem Konkurs der Konkursverwalter diese Interessen zum Stützpunkt für seinen Widerspruch nehmen oder das Gericht sein hier in Frage stehendes Ermessen durch die Rücksicht auf die Gläubiger bestimmen lassen.“*

Ob diese Entscheidung in bezug auf den Konkursverwalter sachlich ganz mit der oben unter Nr. 4 besprochenen Entscheidung in RGZ. 3, 416 und ob sie formell damit vereinbar ist, daß der Konkursverwalter sonst sein Anfechtungsrecht durch Aufnahme eines gegen den Gemeinschuldner anhängigen Rechtsstreits und durch Gebrauch der diesem zustehenden Rechtsbehelfe ausüben kann<sup>1</sup>, soll hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls weist das RG. es weit von sich, daß ohne Ausübung des durch die KO. oder das AnfGes. begründeten besonderen Anfechtungsrechts ein Arrestbefehl nur im Interesse konkurrierender Gläubiger angegriffen oder aufgehoben werden kann. Insbesondere könne außerhalb des Konkurses ein Arrestbeklagter den Arrestbefehl nicht durch Hinweisung auf die Interessen seiner sonstigen Gläubiger bekämpfen. Daraus folgt

<sup>1</sup> JAEGER: 5. Aufl., Anm. 6 zu § 35 KO., wo er in nicht ganz verständlicher Weise sich für diese Ansicht auf RGZ. 20, 363 beruft, wie er auch Anm. 14 zu § 14 (5. wie 6. und 7. Aufl.) diese Entscheidung ausdrücklich billigt.

aber, daß für den Arrestbeklagten nach seiner rechtskräftigen Verurteilung zur Hauptsache die Interessen seiner sonstigen Gläubiger kein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung des Arrestes wegen Mangels des Arrestgrundes begründen können. Und es folgt daraus weiter, daß man die Ablehnung der Arrestaufhebung wegen Mangels des Arrestgrundes nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners zur Hauptsache jedenfalls nicht, wie PAGENSTECHEER es tut<sup>1</sup>, mit Rücksichten auf die konkurrierenden Gläubiger bekämpfen kann. Ein eigenes Rechtsschutzinteresse des rechtskräftig in der Hauptsache verurteilten Schuldners an der Aufhebung des Arrestes wegen Mangels des Arrestgrundes könnte sich daraus ergeben, daß § 945 ZPO. dem Schuldner einen Ersatzanspruch gewährt, wenn „sich die Anordnung des Arrestes als von Anfang an ungerechtfertigt erweist“. Aber einmal setzt ein solcher Ersatzanspruch voraus, daß der Arrest vor Fälligkeit oder über das Maß der festgestellten Forderung hinaus erwirkt ist (RGZ. 65, 68). Sodann aber begründet die Aussicht auf einen Ersatzanspruch, da dieser doch in einem besonderen Prozesse geltend gemacht werden muß (RGZ. 50, 406), ein Rechtsschutzinteresse des Schuldners an der Aufhebung des Arrestes nur, wenn man annimmt, daß diese Aufhebung mit Wirkung für den Ersatzprozeß rechtskräftig feststellt, der Arrest sei von Anfang an ungerechtfertigt gewesen. Es besteht also jedenfalls kein Rechtsschutzinteresse, wenn nachträglicher Wegfall des Arrestgrundes behauptet wird. Es ist aber überhaupt die bezeichnete, von RGZ. 58, 242, 59, 359, 65, 67 vertretene Rechtskraftwirkung der Arrestaufhebung abzulehnen. Sie ist unvereinbar damit, daß sonst der Arrestaufhebung nicht einmal Rechtskraftwirkung gegenüber einem neuen, sei es auch nur auf bessere Glaubhaftmachung gestützten Arrestgesuch zukommt (RGZ. 33, 415). Sie enthält eine regelwidrige Erstreckung der Rechtskraft auf einen Entscheidungsgrund. Und die Auslegung, die RGZ. 58, 243 dem § 945 geben will, er setze „für den Regelfall“ (!) voraus, daß die Ungerechtfertigkeit des Arrestes sich „im weiteren Verlaufe des Verfahrens über den Arrest“ erwiesen haben müsse, steht im Widerspruch zu RGZ. 67, 371, 72, 29, 106, 292.

Ich halte daher PAGENSTECHEER gegenüber daran fest, daß ein Arrestprozeß nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners in der Hauptsache ebenfalls als in der Hauptsache erledigt anzusehen ist und nur wegen der Kosten weitergeführt werden könnte. Ist dies richtig, so kann nach endgültiger Umwandlung des Arrestpfandrechts in ein Vollstreckungspfandrecht dieses seinen Rang im Verhältnis zu Zwischenpfändungen nicht mehr einbüßen.

<sup>1</sup> S. 13.

Aber selbst wenn man annähme, daß der Arrestschuldner im Interesse seines Ersatzanspruches auch noch nach rechtskräftiger Verurteilung in der Hauptsache die Aufhebung des Arrestbefehls wegen Mangels des Arrestgrundes erwirken könnte, so könnte er doch nach diesem Zeitpunkt nicht mehr die Aufhebung des Arrestvollzuges herbeiführen. Denn die Aufhebung des Arrestvollzuges könnte in solchem Falle nur noch die Wahrnehmung des Interesses eines Zwischenpfandgläubigers an vorzugsweiser Befriedigung bezwecken. Zur Wahrnehmung dieses Interesses ist aber der Schuldner nicht legitimiert. Er wird zum Verwaltungsverfahren nicht zugezogen, kann gegen die Rangordnung keine Einwendung erheben<sup>1</sup>, einer von den Gläubigern vereinbarten Rangänderung nicht widersprechen<sup>2</sup> und meines Erachtens auch nicht in dem Widerspruchsprozeß eines Gläubigers intervenieren<sup>3</sup>. Folgerichtig ist ihm das Recht zu versagen, eine Aufhebung des Arrestvollzuges nur zwecks Herbeiführung einer Rangänderung seiner Gläubiger zu verlangen<sup>4</sup>.

Auf alle Fälle könnte — wie gezeigt — der in der Hauptsache rechtskräftig verurteilte Schuldner ein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung des Arrestbefehls wegen Mangels des Arrestgrundes nur haben, wenn er mit Rücksicht auf § 945 ZPO. die Feststellung erwirken will, daß der Arrest „von Anfang an ungerechtfertigt“ gewesen sei. Damit entfällt aber die von PAGENSTECHER<sup>5</sup> vorgestellte Möglichkeit, daß der Arrestbefehl nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners in der Hauptsache auch noch wegen „veränderter Umstände“ auf Widerspruch oder gar nach § 927 aufgehoben werden und der Arrestgläubiger den Rang seines bereits in ein solches übergegangenen Vollstreckungspfandrechts einbüßen könnte, obwohl zur Zeit der Arrestpfändung ein Arrestgrund vorlag. Daß PAGENSTECHER auch dieses Ergebnis für „durchaus billig“ hält, beweist leider die Richtigkeit seiner Feststellung<sup>6</sup>, daß über das, was „selbstverständlich“ ist, unsere Meinungen vielfach weit auseinandergehen.

<sup>1</sup> EMMERICH: Pfandrechtskonkurrenzen, 1909, S. 414 Anm. 294.

<sup>2</sup> EMMERICH: S. 117/118. Vgl. auch RGZ. 26, 423.

<sup>3</sup> Anders STEIN-JONAS: Nr. I 5 zu § 878. Wie hier in bezug auf den Gemeinschuldner RGZ. 28, 423.

<sup>4</sup> Formelle Bedenken gegen Aufhebung der Arrestpfändung nach Umwandlung des Arrestpfandrechts in ein Vollstreckungspfandrecht bestehen nicht. Die Lage ist entsprechend der bei der Anschlußpfändung (§ 826). Die Aufhebung der Erstpfändung geschieht durch Mitteilung des Gerichtsvollziehers an den Schuldner ohne Ermächtigung desselben zur Abnahme der Pfandzeichen. Hier and. Ans. PAPPENHEIM, S 79.

<sup>5</sup> S. 71, 72.

<sup>6</sup> S. 4.