

# Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück

Von

**Dr. Otto Hirschfeld**

Referendar in Berlin



Springer-Verlag  
Berlin Heidelberg GmbH

1914

# Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück

Von

**Dr. Otto Hirschfeld**

Referendar in Berlin



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH

1914

**Alle Rechte,  
insbesondere das der Übersetzung, vorbehalten.**

ISBN 978-3-662-24486-9      ISBN 978-3-662-26630-4 (eBook)  
DOI 10.1007/978-3-662-26630-4

# Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis . . . . .	Seite VII
--------------------------------	--------------

## Teil I. Geschichtliches.

§ 1. Einleitung . . . . .	1
§ 2. Wesen und Bedeutung der actio hypothecaria des Eigentümers . . . . .	2
§ 3. Die sogenannte hypothekarische Sukzession des Pfanderwerbers . . . . .	12
§ 4. Zur Lehre von Hypothek und Grundschuld des Eigentümers im preußischen und mecklenburgischen Recht . . . . .	16
§ 5. Die Neuerungen des bürgerlichen Gesetzbuches . . . . .	26

## Teil II.

§ 6. Wesen des Eigentümergrundpfandrechts . . . . .	28
a) Wesen des Eigentums . . . . .	28
b) Wesen des Grundpfandrechts . . . . .	30
c) Wesen der Eigentümerhypothek und -grundschuld . . . . .	35

## Teil III. Entstehungsgründe für Grundschuld und Hypothek des Eigentümers.

Abschnitt 1. Nachträgliche Entstehung des Grundpfandrechts des Eigentümers (Verwandlung der Fremdhypothek in eine Eigentümergrundschuld) . . . . .		42
§ 7. Entstehung durch Konfusion . . . . .		42
§ 8. Entstehung durch Verzicht . . . . .		48
a) Verzicht bei Einzelbelastungen . . . . .		48
b) Verzicht bei Gesamtbelastungen . . . . .		51
c) Verzichtsfolgen ohne Verzicht . . . . .		51
d) Einfluß des Hypothekenverzichts auf die persönliche Forderung (§ 1165) . . . . .		54
e) Der Anspruch auf Verzicht (§ 1169). Einreden gegen die Hypothek . . . . .		58
f) Verzicht und öffentlicher Glaube des Grundbuchs . . . . .		74
§ 9. Die Grundschuld in der Zwangsversteigerung . . . . .		77
§ 10. Entstehung des Grundpfandrechts des Eigentümers durch Erlöschen der Hypothekenforderung, insbesondere die Befriedigung des Gläubigers . . . . .		96
a) Die einzelnen Fälle . . . . .		96
b) Legitimation des Eigengrundpfandgläubigers gegenüber dem Grundbuchamt . . . . .		101



	Seite
o) Teilweise Befriedigung . . . . .	106
d) Miteigentum und Eigentümergrundschild . . . . .	113
e) Hypothek bei Gesamtgläubigerschaft. . . . .	119
f) Befriedigung aus dem Grundstück . . . . .	120
g) Befriedigung bei Gesamthypotheken . . . . .	120
h) Überlassung des belasteten Grundstücks an Zahlungsstatt	123
i) Ausschließung des unbekanntem Gläubigers nach Hinterlegung des Forderungsbetrages . . . . .	125
k) Befriedigung des Gläubigers von Grund- und Rentenschulden . . . . .	126
l) Hypothek für eine bedingte Forderung und bedingte Hypothek. Rücktritt . . . . .	126
Abschnitt 2. Ursprüngliche Entstehung des Grundpfandrechts des Eigentümers. . . . .	132
§ 11. Nichtentstehen der Hypothekenforderung . . . . .	132
§ 12. Mangel der dinglichen Einigung . . . . .	133
§ 13. Eigentümergrundschild vor Übergabe des Hypothekenbriefes. . . . .	138
Register . . . . .	145

## Literaturverzeichnis.

Die mit einem Stern bezeichneten Werke sind mit dem Namen der Verfasser zitiert.

- Ahsbahr, Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB. Jherings J. 50, 373.
- Bekker, Allerlei von den dinglichen Rechten, insbesondere von den Rechten an eigener Sache. ZVgl.R. 2, 11.
- Bendix, Berechtigter Besitzer des Hypothekenbriefs den Grundstückseigentümer zur Verfügung über die auf seinem Grundstück für einen Dritten eingetragene Briefhypothek? SeuffBl. 67, 535.
- Biermann, Die „Einheitlichkeit“ der Gesamthypothek. Recht 1905, 265.  
— Sachenrecht. Kommentar. 2. Auflage 1903. \*
- Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.  
— Abtretung einer Hypothek an den Eigentümer. Recht 1905, 341.
- Brachvogel, Hypothek und Hypothekenpost. ZBIFG. 7, 371.
- Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung. Berlin 1907. \*
- Bruck, Die Eigentümerhypothek. 1903. \*
- Buchka, Die Hypothek des Eigentümers. Wismar 1875. \*
- Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1913. \*  
— Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1910.
- Dernburg, Das Pfandrecht nach römischem Recht. 2 Bde., 1860 und 1864.  
— Das preußische Hypothekenrecht. Bd. 1 (Hinrichs) 1877, Bd. 2 1891.  
— Bürgerliches Recht. Bd. 2, 3. Auflage 1905/1906, Bd. 3, 4. Aufl. 1908. \*
- Dochnahl, Sind die Bestimmungen der §§ 986 Satz 1 und 1004 Abs. 2 BGB. auf den Berichtigungsanspruch zu übertragen? Jherings J. 53, 303.
- Dossmann, Das Recht des Miteigentümers. Diss. Halle 1908.
- du Chesne, Die bedingte Hypothek. DNotV. 5, 397.
- Dümchen, Schuld und Haftung. Jherings J. 54, 355.
- Ebbecke, Die Eigentümerhypothek. Recht 1912, 463.
- Eccius, Noch einmal die ins Freie fallende Grundschuld. Gruchot 51, 162.  
— Besprechung v. Reinhard, Zwangsversteigerungsgesetz. Gruchot 46, 728.
- Eck, Vorträge über das Recht des BGB., fortgeführt v. R. Leonhard. 1903.
- Eltzbacher, Einführung in das bürgerliche Recht. Berlin 1910.
- Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3 Bde., 9. Aufl. seit 1903.
- Enneccerus-(Kipp-Wolff), Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1. Abt. Allgemeiner Teil 9—11. Aufl. 1913; 2. Abt. Recht der Schuldverhältnisse 6.—8. Aufl. 1912. \*
- Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs. 1873.
- Fischer-Schäfer, Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Komm. 2. Aufl. 1910.
- Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896/1897.
- Francke, Teilstücke einer Forderung. SeuffBl. 67, 237.
- Fuchs, Eugen, Grundbuchrecht. Bd. I 1902, Bd. II (Arnheim) 2. Aufl. 1913. \*

- Fuchs, Eugen, Rangstellung der Eigentümer- und Gläubigerhypothek. DJZ. 1905, 115.  
 — Enthalten die §§ 1164, 1176, 1182 BGB. eine dingliche Änderung des Rangverhältnisses? Recht 1905, 268.
- Fuchs, August, Rangstellung der Eigentümer- und Gläubigerhypothek. DJZ. 1905, 253.
- v. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. II Sachenrecht 1905. \*  
 — Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht. 1910.
- Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt (unter Mitwirkung von Sternberg). Bd. 2 Sachenrecht 1912. \*
- Grundmann, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Diss. Leipzig 1904. \*
- Güthe, Grundbuchordnung. 3. Aufl. 1913. \*  
 — Die künftige Eigentümerhypothek. DNotV. 6, 729.  
 — Einige Fragen zur Lehre v. der Eigentümerhypothek. Recht 1901, 219.  
 — Wie ist die nichtvalutierte Grundschuld im Falle der Zwangsversteigerung zu behandeln? DJZ. 1908, 929.
- Gundlach, Das Rangverhältnis der kraft Gesetzes übergegangenen und der durch Rechtsgeschäft abgetretenen Hypothekenzinsen zum Kapital. JW. 1913, 718.
- Hachenburg, Das BGB. Vorträge. 2. Aufl. 1899.  
 — Der 60. Bd. der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. DJZ. 1906, 297.
- v. d. Hagen, Die Hypothek des Eigentümers. Arnsberg 1836.
- Hartmann, Rechte an eigener Sache. Jherings J. 17, 69.
- Heinitz, Grundschuld und Löschungsvormerkung. DJZ. 1913, 1432.
- Heinsheimer, Das Zweiparteienprinzip in Prozeß und Vollstreckung, insbes. bei der Eigentümerhypothek. Festschr. f. Wach 1913, Bd. 3 S. 125 (eigene Seitenzählung).
- Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1—3 Abt. 1 1903—1909.
- Herold, Die Eigentümergrundschuld bei der Buchhypothek und der Sicherungshypothek. ZBIFG. 10, 177.
- Hirsch, H. Chr., Die vorläufige Eigentümerhypothek. ArchBürgR. 25, 222.  
 — Die Übertragung der Rechtsausübung. 1. Teil, Allg. Teil. Die Herleitung des Pfandrechts aus seinen Mutterrechten. Berlin 1910. Dazu Heinsheimer, KrVJSchr. 49, 463.
- Horn, Die Eigentümerhypothek. Breslau 1906.
- Huber, Eugen, Die Eigentümerdienstbarkeit. Festschr. der jur. Fak. Bern für Fitting 1902.
- Huth, Die Abtretung der Hypothek an den Grundstückseigentümer. ZBIFG. 7, 483.
- Jaeckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung. Bearb. von Güthe. 4. Aufl. 1912.  
 — Die nichtvalutierte Grundschuld und der Verzicht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse. Gruchot 50, 596.
- Jaeger, Die Konkursordnung. 3./4. Aufl. 1913.
- v. Jhering, Passive Wirkungen der Rechte. Jherings J. 10, 387.

- Kattausch**, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen. Diss. Gießen 1911.
- Kindel**, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. Festgabe der Berl. jur. Ges. für Koch 1903.
- Kipp**, Über Doppelwirkungen im Recht. Festschr. der jur. Fak. Berlin für v. Martitz 1911.
- Kohler**, F. von Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. 1904 (7. Aufl. im Erscheinen seit 1913).  
— Substanzrecht und Wertrecht. ArchZivPrax. 91, 155.
- Kretschmar**, Theorie der Konfusion. Leipzig 1899. \*
- Kretschmar**, Sachenrecht. 1906. \*  
— Gesetzlicher Übergang der Grundschuld. ZBIFG. 13, 1.
- Krüger**, Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts. 2. Aufl. 1912.
- Landsberg**, Rechtliches Schicksal einer nichtvalutierten Grundschuld. PosMSchr. 1905, 78.
- Lang**, Die Gesamthypothek. ArchZivPrax. 89, 251.
- Langheinen**, Anspruch und Einrede. 1903.
- Lenel**, Edictum Perpetuum. 2. Aufl. 1907.
- v. Meibom**, Mecklenburgisches Hypothekenrecht. 1871.
- Neumann**, Handausgabe des BGB. 3 Bde. 6. Aufl. 1912.  
— Über die nichtvalutierte Grundschuld. JW. 1906, 153.
- Nottebohm**, Übertragung der durch Zuschlag gemäß § 91 ZVG. „erloschenen“ Briefhypothek mittels Rechtsgeschäfts und Zwangsvollstreckung. ZBIFG. 12 S. 361—367, 395—418.
- Nußbaum**, Deutsches Hypothekenwesen. 1913.
- Oberneck**, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis. Veröff. des Berl. Anw. Vereins 1903 (auch bei Gruchot 47, 306).  
— Die gesetzliche Rangfolge der §§ 1176, 1182, 1164. DNotV. 1905, 270.  
— Über die Eigentümerhypothek des Gemeinschuldners. LZ. 1, 369.  
— Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. Bd. 2 1909.
- Paeffgen**, Die nichtvalutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung. ZBIFG. 14, 293.
- Planck**, Sachenrecht. 3. Aufl. 1904. \*
- Planck**, Bezirksnotar, Zur Frage der Rangstellung der Eigentümer- und Gläubigerhypothek (§ 1176). ZBIFG. 6, 52.
- Predari**, Die Grundbuchordnung. 2. Aufl. 1913. \*
- Puntschart**, Paul, „Pfandrechte an eigener Sache“ nach deutschem Reichsrecht. Festschr. für v. Amira 1908 S. 105.
- Ramdohr**, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB. Gruchot 44 S. 115—148, 324—382.
- Rehbein**, BGB. Schuldverhältnisse. Berlin 1903.
- Rehbein-Reincke**, Allgemeines Landrecht. 5. Aufl. 1894.
- Reichsgerichtsräte**, Das BGB. Kommentar (RGRKomm. abgekürzt). 2. Aufl. 1913.
- Risch**, Entsteht eine Eigentümerhypothek, wenn eine Hypothek mangels dinglicher Einigung nicht entstanden ist? Diss. Freiburg 1905.
- Robert**, Die Rückgriffhypothek. Diss. Halle 1906.

- Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs. Leipziger ausgew. Dr.-Diss. 1899.
- Schmidt-Rimpler, Die Eigentümerdienstbarkeit. Halle 1911.
- Schneider, Die Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes. Diss. Halle 1908.
- Schröder, Richard, Über eigentümliche Formen des Miteigentums im deutschen und französischen Recht. Festgabe der jur. Fak. Heidelberg zum 70. Geb. d. Großherzogs von Baden. Heidelberg 1896.
- Schröder, Zur Lehre von der Eigentümerhypothek. ZBIFG. 7, 477.
- Schulz, Fritz, Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession. Breslau 1907.
- Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. Festgabe der Berl. jur. Ges. für Koch 1903 S. 205.
- Semmelmann, Beiträge zum praktischen Recht der Eigentümerhypothek. Diss. Erlangen. Bayreuth 1906.
- Siber, Das Buchrechtsgeschäft. Tübingen 1909.  
— Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Jherings J. 50, 55.
- Siméon, Die löschungspflichtige Eigentümergrundschuld. Berlin 1911.
- Sohn, Der Gegenstand. Beiträge zum bürgerl. Recht zu Degenkolbs 50j. Dr.-Jub. Leipzig 1905.
- Stammler, Wirtschaft und Recht. 2. Aufl. 1906.  
— Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren. Berlin 1897.  
— Art. Eigentum und Besitz im Handwörterbuch der Staatswiss. 3. Aufl. 1909.
- v. Staudinger, Komm. z. BGB. III. Sachenrecht. 7./8. Aufl. von Kober 1912. \*
- Sternberg, Die Bedeutung des § 1138 BGB. Jherings J. 61, 385.  
— Die Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung. Jherings J. 62, 377.
- Stillschweig, Die nichtvalutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung u. ihr Verhältnis z. Löschungsvormerkung des § 1179 BGB. JW. 1912, 713.
- Stroh, Schuldübernahme. Jherings J. 57, 231.  
— Die nichtvalutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung. Jherings J. 59, 149.
- v. Tuhr, Allg. Teil des bürgerl. Rechts. I. 1910.
- Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. 2 Bde. 1906. \*
- Walsmann, Der Verzicht. 1912.  
— Der Verzicht auf die Eigentümerhypothek. ArchBürgR. 39, 14.
- Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. 3 Bde. 9. Aufl. von Kipp 1906.
- Wolff, Martin, Das Recht zum Besitze. Festg. der Berl. jur. Ges. für Koch S. 150.  
— Das Sachenrecht. 1./2. Aufl. 1910. 2. Bearbeitung 1913. \*
- Wolff, Theodor, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung. 3. Aufl. 1909.
- Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. 2. Leipzig 1912.

## 1. Teil.

# Geschichtliches.

## § 1. Einleitung.

Als Eigentümerhypothek bezeichnen wir<sup>1)</sup> eine Hypothek, die dem Grundstückseigentümer zusteht, also die Belastung eines Grundstücks derart, daß an den Eigentümer eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist (§ 1113).

Vorerst genügt es, als Beispiel für eine Eigentümerhypothek auf den Fall hinzuweisen, daß der nicht persönlich schuldende Eigentümer den Hypothekengläubiger beerbt, wodurch nach dem Grundsatz des § 889 BGB. die Forderung samt Hypothek auf ihn übergeht.

Der Grundsatz, daß ein Recht an einem fremden Grundstück niemals deshalb erlischt, weil der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt, ist, wie die Fassung des § 889 zeigt, auf das Grundstücksrecht beschränkt und hängt eng mit der Grundbucheinrichtung, insbesondere dem Eintragungsprinzip für Begründung und Aufhebung von Grundstücksrechten zusammen, ohne jedoch auf den Fall<sup>2)</sup> beschränkt zu sein, daß das Recht am fremden Grundstück im Grundbuch eingetragen ist. Im Fahrnisrecht dagegen ist umgekehrt das Erlöschen beschränkter dinglicher Rechte bei Zusammentreffen mit dem Eigentum die Regel (§§ 1063 I, 1256 I 1), ebenso wie im Obligationenrecht durch vollständige Vereinigung von Forderung und Schuld das Schuldverhältnis selbst aufgehoben wird<sup>3)</sup>. Soweit aber danach im Fahrnisrecht die Konfusion, die hier Konsolidation des Eigentums genannt

<sup>1)</sup> Mit Wolff 517<sup>18</sup>, 518<sup>20</sup> u. a.

<sup>2)</sup> Kretschmar, Konfusion 214.

<sup>3)</sup> Kretschmar 223.

zu werden pflegt, rechtsvernichtend wirkt, ist dies nicht die Folge davon, daß „rechtlich unvereinbare Eigenschaften, die des Eigentümers und des beschränkt Berechtigten an der Sache, in einer Person zusammenträfen“<sup>4)</sup>, denn sonst könnte das Prinzip keine Ausnahme leiden, sondern es ist das Gesetz der juristischen Ökonomie, das neben dem umfassendsten Recht an der Sache nicht noch weitere Rechte für dieselbe Person aufrecht erhält, die dem Eigentümer keinen Vorteil bringen könnten. Soweit der Eigentümer daher ausnahmsweise ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen seines Nießbrauchs oder des Pfandrechts hat, erlöschen diese nicht durch Konfusion, denn das bedeuten die Gesetzesworte, wonach sie in diesem Falle als nicht erloschen „gelten“ (§§ 1063 II, 1256 II)<sup>5)</sup>.

Wenn wir nun im römischen Recht nach Vorläufern unserer Eigentümerhypothek Umschau halten, so dürfen wir nicht zwischen einem Pfandrecht des Eigentümers an Fahrnis und an Liegenschaften scheiden wollen, da diese Unterscheidung dem deutschen Recht entstammt, und das römische „Hypothekenrecht“ für beide Arten von Sachen dieselben Regeln ausgebildet hat.

## § 2. Wesen und Bedeutung der *actio hypothecaria* des Eigentümers im römischen Recht.

Das *pignus* des römischen Rechts gehört sowohl als Besitzpfand wie als bloßes Vertragspfand zur Kategorie der *iura in re*, der beschränkten dinglichen Rechte, und wird in dieser Eigenschaft beispielsweise dem Nießbrauch gleichgestellt und mit diesem dem Eigentum entgegengesetzt<sup>1)</sup>, ohne übrigens je ausdrücklich als *ius in re aliena* bezeichnet zu werden<sup>2)</sup>. Nichtsdestoweniger weisen die römischen Juristen die Annahme, als könne sich jemand

<sup>4)</sup> Wie Kretschmar 34—37 behauptet.

<sup>5)</sup> Staudinger-Kober § 1256, 2 b α spricht von „Fiktion“, aber ein solches „Gelten“ ist, wo es sich nicht am Tatsachen handelt, immer ein rechtliches Sein. Vgl. M. Wolff, Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts, in d. Festg. der Berl. jur. Fak. für Gierke 1910 S. 29. — Gegen den Fiktionsgedanken, der nichts erklärt, auch Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 31<sup>100</sup>.

<sup>1)</sup> D. 9, 4 fr. 30 = D. 39, 2 fr. 19 pr.

<sup>2)</sup> Hartmann S. 102 Anm. 1.

ein Pfandrecht an seiner eigenen Sache bestellen, als ungereimt zurück — non intellegitur quis suae rei pignus contrahere —, ohne es für nötig zu halten, diesen Satz irgend näher zu begründen<sup>3)</sup>.

Unter dem Einfluß der aus dem alten Zivilrecht stammenden Regel: ea quae initio recte constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere (incipere), einer Regel, auf der die Juristen der republikanischen Zeit ihre Konfusionslehre aufgebaut haben<sup>4)</sup>, folgerte man aus der anfänglichen Unvereinbarkeit von Pfandrecht und Eigentum, daß jenes erlöschen müsse, wenn es mit diesem zusammentreffe<sup>5)</sup>.

Die folgerichtige Durchführung des Satzes von der Unvereinbarkeit des Pfandrechts und des Eigentums muß anscheinend das Ergebnis haben, daß der Pfandgläubiger, der das Eigentum an der Pfandsache erwirbt, Nachhypothekaren gegenüber schlechter gestellt ist als vorher. Diese Konsequenz, die den Bedürfnissen des Verkehrs und der Billigkeit widersprochen hätte, hat die römische Jurisprudenz jedoch zu vermeiden gewußt. Auf welchem Wege ihr dies gelang, erfahren wir von Paulus im 14. Buche seiner quaestiones bei Gelegenheit von Erörterungen über die Einrede der Rechtskraft (D. 44, 2 fr. 30 § 1). Folgender — anscheinend konstruierter — Rechtsfall war dem Juristen von seinem Schüler Latinus Largus<sup>6)</sup> vorgelegt worden.

Ein Erbschaftsstreit zwischen Maevius, dem wahren Erben seines Großvaters, und einem Erbschaftsprätendenten namens Titius war durch einen Vergleich erledigt worden. In Erfüllung des Vergleiches lieferte Titius dem Maevius die zur Erbschaft gehörenden Sachen aus und manzipierte dem Maevius ferner ein ihm persönlich gehörendes Grundstück<sup>7)</sup>.

<sup>3)</sup> D. 41, 3 fr. 33 § 5, D. 50, 17 fr. 45.

<sup>4)</sup> Kretschmar S. 8, 9, 12, 13.

<sup>5)</sup> D. 13, 7 fr. 29.

<sup>6)</sup> Krüger, Quellen 239<sup>140</sup>.

<sup>7)</sup> In den Digesten lauten die betreffenden Worte freilich: etiam fundum ei suum proprium ex causa pacti tradidit. M. E. hat Paulus aber nicht tradidit, sondern mancipio dedit geschrieben, Die zivilrechtliche Form der Eigentumsübertragung einer res mancipi, wozu (italische) Grundstücke gehören, war noch nach klassischem Rechte bekanntlich die mancipatio, nicht die traditio. Unsere Stelle ist aber inhaltlich nur unter der Voraussetzung zu verstehen, daß das Eigentum an dem bisher dem Titius gehörigen Grundstück auf Maevius übergegangen ist, denn sonst könnte Paulus in seiner Antwort nicht sagen: in proposita autem



Auf dem Grundstück haftete eine Hypothek für einen Gläubiger des Titius, X; dieser stellte gegen den Maevius die *actio hypothecaria* an und nahm ihm damit das Grundstück ab. Noch später fand Maevius eine alte Schuldurkunde im Nachlaß, aus der hervorging, daß derselbe Titius das Grundstück auch dem Großvater des Maevius, und zwar vor dem X verpfändet hatte. Latinus Largus fragt nun an, ob Maevius das Recht seines Erblassers an dem Grundstück, das er zur Zeit des Prozesses mit X noch nicht gekannt hatte, gegen diesen durchsetzen könne, ohne eine *exceptio rei iudicatae* fürchten zu müssen.

Der Großvater hätte gegen den Nachhypothekar als den Besitzer des Pfandobjekts die *actio hypothecaria* erheben können. Paulus führt nach seiner Art<sup>8)</sup> weitläufig aus, daß einer solchen Klage des ersten Pfandgläubigers ein Urteil nicht entgegenstehe, das ein Nachhypothekar in einem früheren Prozesse gegen ihn erstritten habe, wo das bessere Pfandrecht des damaligen Beklagten nicht zur Sprache gekommen sei. So sei es gerade im vorliegenden Falle. Aber nun kommt dem Rechtsgelehrten das Bedenken, ob Maevius das auf ihn übergegangene Pfandrecht nicht dadurch verloren habe, daß er das Eigentum an dem verpfändeten Grundstück erlangte:

*neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pigneri datum et satisfactum non esse.*

Deshalb bewendet es bei der von Paulus gegebenen Entscheidung, daß einer Klage des Maevius nichts im Wege stehe.

---

*quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito.* Da von einer Ersitzung im Tatbestand nirgends die Rede ist, bleibt keine andere Annahme übrig, als daß Maevius das Eigentum von Titius erworben hat; das kann aber nur durch *Manzipation* geschehen sein. Darüber, wie im *Corpus Juris* die Ausdrücke *mancipare* und *mancipio dare* systematisch durch *tradere* verdrängt sind, vgl. Seckel bei Heumann s. v. *mancipare* l a α. Diese Interpolation findet sich gerade im Titel 44, 2 de *exceptione rei iudicatae* schon in fr. 11 § 1, einer Stelle des Ulpian (aus Celsus), die unserm Paragraphen räumlich und dem Zusammenhang nach nahe steht. Der Erkenntnis, daß in fr. 30 *tradidit* für *mancipio dedit* eingesetzt ist, fallen auch die Worte: *in qua traditione* zum Opfer, durch die die Redaktoren wenig geschickt die Tradition der Erbschaftsgegenstände und die Übereignung des Grundstücks äußerlich miteinander verknüpft haben.

<sup>8)</sup> Vgl. Krüger, Quellen 234.

Diese Stelle hat zwei verschiedene Auslegungen gefunden. Nach der einen Ansicht, die in neuerer Zeit von Dernburg<sup>9)</sup> vertreten ist, läßt Paulus den Einwurf, den er sich macht, durchschlagen, erklärt also ein Pfandrecht an eigener Sache für begrifflich unmöglich. Die Anhänger dieser Meinung begründen den Satz von dem Untergang des Pfandrechts durch Konfusion folgendermaßen. Ein Fortbestehen des Pfandrechts für den Eigentümer sei ausgeschlossen, einmal weil das Pfandrecht ein das Eigentum beschränkendes Recht sei, und weil ferner der Gläubiger Eigentümer werde, sobald der Gläubiger Eigentümer des Pfandobjekts werde. Denn nur eine Sache, die nicht bereits zu seinem Vermögen gehöre, könne ihm Befriedigung für seine Forderung, mit anderen Worten die effektive Einlieferung des durch die Forderung ausgedrückten Wertes in sein Vermögen verschaffen. Da aber das Eigentumsrecht als solches der dinglichen Klage jedes Hypothekars gegenüber machtlos wäre und kraft der *exc<sup>o</sup> rei pignorateae* auch verteidigungsweise von jedem Hypothekar aus dem Felde geschlagen würde, habe man dem Eigentümer, welcher Hypothekar gewesen war, den Nachhypothekaren gegenüber die Stellung gesichert, die er früher gehabt hatte. Doch übe er die Angriffs- und Verteidigungsmittel des Hypothekars, als da sind *a<sup>o</sup> hypothecaria* (*pigneraticia*) und *exc<sup>o</sup> rei sibi (ante) pignorateae*<sup>10)</sup> künftig kraft seines Eigentumsrechts aus. Sein einmal durch Konfusion untergegangenes Pfandrecht könne auch dann nicht wieder aufleben, wenn der Gläubiger die erworbene Sache an einen Dritten veräußere, und ebensowenig, wenn er etwa seine Forderung durch Zession weiterübertrage.

Die von Jhering<sup>11)</sup>, Buchka<sup>12)</sup>, Hartmann<sup>13)</sup> und Windscheid<sup>14)</sup> geführte Gegenmeinung läßt die Frage, wie ein Pfandrecht an eigener Sache konstruiert werden könne, zunächst dahingestellt und geht von der sicheren Tatsache aus, daß nach dem Ausspruch des Paulus der Eigentümer, der früher

<sup>9)</sup> Pfandrecht II 567—574.

<sup>10)</sup> D. 20, 4 fr. 12 pr. und die Stellen bei Lenel, EP. § 267 S. 475<sup>4</sup>.

<sup>11)</sup> Jherings J. 10 S. 453, namentlich Anm. 77.

<sup>12)</sup> S. 20 und 21.

<sup>13)</sup> S. 102<sup>1</sup>.

<sup>14)</sup> Pandekten I § 248<sup>44</sup>.

Pfandgläubiger war, die *actio hypothecaria* gegen Nachhypothekare hat. Durch die Erwägung, daß ein solcher Schutz dem Eigentümer in allen anderen Fällen fehlt, gelangen die genannten Schriftsteller aber im Gegensatz zu Dernburg zu dem Schluß, daß die dem Eigentümerhypothekar verliehenen besonderen Befugnisse im Eigentum nicht enthalten sein können, und weil es dieselben geblieben seien, die der Gläubiger früher kraft seines Pfandrechts gehabt habe, auch als pfandrechtl. bezeichnet werden müssen.

Will man in diesem Streit der Meinungen Stellung nehmen, so wird in erster Linie förderlich sein zu prüfen, wie Paulus selbst sich denn das Verhältnis des von ihm gewährten Rechtsbehelfs zu dem seine Zeit beherrschenden juristischen Dogma gedacht hat. Da fällt nun auf, daß nach den oben zitierten Worten des sog. § *Latinus Largus* die Zuständigkeit der dinglichen Pfandklage dem römischen Juristen durchaus vereinbar scheint mit der unmittelbar voraufgehenden Negation eines wirklichen Pfandrechts. Denn daß der Satz *pignus non potest perseverare domino constituto creditore* durch die Bestätigung der *actio hypothecaria* keineswegs aufgehoben werden soll, läßt sich nach dem Wortlaut der Stelle kaum bezweifeln. Die Schwierigkeit löst sich, wenn man bedenkt, daß eine ganz eigenartige Beziehung zwischen dem System der Aktionen und dem materiellen Privatrecht bestand. Während nach modernem Recht jedem zivilen Anspruch regelmäßig eine Klage entspricht, ging die Bildung der römischen Rechtsinstitute großenteils vom Justizrecht aus, derart daß die subjektiven Rechte aus den einzelnen Aktionen entwickelt wurden<sup>15)</sup>. Zur Zeit der klassischen römischen Rechtswissenschaft fanden die *actiones* ihren Niederschlag in den zugehörigen *formulae*. Aus den Begriffsmerkmalen dieser Formeln leiteten die Juristen gern ihre Entscheidungen ab<sup>16)</sup>. So ward das Recht der Aktionen ein mächtiger Faktor der Rechtschöpfung überhaupt. Diese Erscheinung läßt sich gerade im Gebiet des Pfandrechts beobachten. Die vom Praetor proponierte *formula quasi*

<sup>15)</sup> Vgl. Windscheid § 44, insbesondere Anm. 5; Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, Festschr. d. Berl. jur. Fak. für v. Martitz 1911 S. 213.

<sup>16)</sup> Vgl. Wlassak, Art. *actio* in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie 308.

Serviana lautete nach Lenels Wiederherstellung<sup>17)</sup>: S. p. inter A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> et L. Titium convenisse, ut ea res q. d. a. A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> stare quominus solvatur, nisi ea res arbitrato tuo restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

Nach der Formel versagt die Klage nicht allgemein bei Untergang der gesicherten Forderung, sondern nur dann, wenn der Pfandgläubiger durch Zahlung des geschuldeten Geldes oder in anderer Weise wegen seiner Forderung befriedigt ist. (Von der Eventualität, daß der Gläubiger seine Befriedigung hintertreibt, können wir für unsere Zwecke absehen.)

Diese Eigentümlichkeit der Formel machen die Juristen sich mehr als einmal zunutze, wo es gilt, dem Gläubiger trotz Erlöschens der ursprünglichen Obligation sein Pfandrecht zu wahren, um das sachlich erwünschte Ergebnis formalistisch im wahrsten Sinne des Wortes zu rechtfertigen. So erklären Gaius und Marcian, die Verfasser von Monographien über die dingliche Pfandklage, in gewissen Fällen der Novation die actio hypothecaria für fortbestehend. In dem von Marcian behandelten Falle<sup>18)</sup> des Judikats geschieht nämlich der Untergang der bisherigen Forderung bloß im Gefolge prozessualer Vorgänge, ohne gleichzeitige Befriedigung des Gläubigers. Und Gaius hebt anläßlich von Erörterungen zum SC Velleianum<sup>19)</sup> die Expromission heraus, welche wegen des Verbots der Interzession von Frauen nicht als „novatio legitime facta“<sup>20)</sup> zu bezeichnen ist.

Ferner gehört hierher aus der Konfusionslehre die von Paulus<sup>21)</sup> getroffene Entscheidung, wonach der Pfandgläubiger,

<sup>17)</sup> EP. § 267.

<sup>18)</sup> D. 20, 1 fr. 13 § 4.

<sup>19)</sup> D. 16, 1 fr. 13 § 1.

<sup>20)</sup> Paulus D. 46, 2 fr. 18: Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus.

<sup>21)</sup> D. 36, 1 ad SC Trebellianum fr. 61 (59) pr. Das hier von Paulus gelöste Problem ist der im § Latinus Largus abgehandelten Materie so nahe verwandt, daß ich vermuten möchte, das fr. 61 sei demselben Buch 14 der Quaestiones entnommen und nicht dem vierten Buche, wie die — auch von Lenel (Pal. 1318) angezweifelte — Inschrift in den Digesten anzeigt.

der fiduziarischer Erbe seines Schuldners geworden ist, sich in jedem Falle der a<sup>o</sup> hypothecaria weiter bedienen kann, wenn gleich Forderung und Schuld sich in seiner Person vereinigt haben.

In den angeführten Quellenzeugnissen stützen die Klassiker ihre Erkenntnisse darauf, daß „suas condiciones habet hypothecaria actio“, um mit Marcian zu reden, und nicht anders geht Paulus in der uns beschäftigenden Antwort auf die Anfrage des Latinus Largus vor. Wissenschaftliche Konstruktion wird sich aber mit der Feststellung, daß die hypothekarische Klage in all diesen Fällen gegeben ist, nicht bescheiden können, sondern muß zu erforschen suchen, welchem materiellen Rechte jedesmal die actio Anerkennung schafft und zum Siege verhilft. Am nächsten liegt es nun zweifellos, hinter der a<sup>o</sup> pignericia in rem auch ein pignus oder, was uns hier das gleiche bedeuten mag, hinter der a<sup>o</sup> hypothecaria eine hypotheca zu vermuten. Dieser Annahme stehen bei jenen drei Stellen aus der Novations- und Konfusionslehre keine unüberwindlichen theoretischen Bedenken entgegen. Die dem Paulus zugeschriebene Ausführung in Buch 36 der Digesten zeigt mit der bekannten Wendung: *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio* selbst den Weg, wie das alte akzessorische Pfandrecht sich trotz der eingetretenen Konfusion aufrechterhalten läßt, und der hier gewiesene Weg mag auch zur Erklärung des Fragments von Marcian gangbar scheinen<sup>22)</sup>. In der Frage der Unwirksamkeit der Interzession von Frauen endlich ist es, wie Windscheid<sup>23)</sup> treffend bemerkt, bloße „Bequemlichkeit“ des Kommentators des Provinzialedikts, daß er nicht die alte Forderung rekonstruiert hat.

Macht die Auffindung der Pfandforderung in den zuletzt zergliederten Stellen gewisse Schwierigkeiten, so läßt sich ein

<sup>22)</sup> Eine andere Möglichkeit wäre, das Pfand für die aus dem Urteil erwachsene Verpflichtung des Schuldners, das *iudicatum facere oportere* (vgl. Gaius III 180, 181), weiterhaften zu lassen. Es wäre das dann als ein gesetzlicher Forderungsauch aufzufassen. Dem römischen Recht ist die Übertragung des Pfandrechts von der Forderung, für welche es bestellt ist, auf eine andere Forderung nicht fremd, vgl. Windscheid § 233 a. Windscheid selber freilich ordnet auch die I. 13 § 4 D. 20, 1 den im § 249, I b zusammengestellten Beispielen ein, aus denen er beweisen will, daß die Römer ein forderungsloses Pfandrecht gekannt haben.

<sup>23)</sup> § 249<sup>6</sup> (vgl. c. 8 C. 4, 29 ad SC Vell. und dazu Windscheid II § 354<sup>7</sup> und I § 120<sup>17</sup>).

gleiches bei der Erörterung des Paulus im 44. Buch, die uns vorliegt, nicht behaupten. Denn es steht außer Zweifel, daß Maevius durch den im Erbschaftsprozess geschlossenen Vergleich nicht gehindert ist, die später entdeckte verbrieftete Forderung, für welche Titius dem Erblasser sein Grundstück verpfändet hatte, als Gesamtnachfolger seines Großvaters gegen den Schuldner geltend zu machen. Trotzdem verneint Paulus hier unzweideutig das Fortbestehen des pignus — eine Tatsache, die von Ihering und denen, die ihm folgen, nicht genügend beachtet wird. Die nächste Folge dieser negativen Feststellung ist, daß der Gläubiger, der Eigentümer der Pfandsache wird, das ius vendendi einbüßt, d. h. das Recht des Hypothekars, das Pfand unter bestimmten Voraussetzungen mit der Wirkung zu veräußern, daß nachstehende Pfandgläubiger ihrer Rechte an der Sache verlustig gehen und ausschließlich auf eine etwaige hyperocha angewiesen sind. Es wäre auch seltsam, wenn der Eigentümer durch einen zur Unzeit vorgenommenen privaten Pfandverkauf die Nachhypothekare um ihr Haftungsobjekt bringen könnte. Die Frage, ob der Eigentümergläubiger das ius vendendi behält, ist stark umstritten.

Daß ein Gelehrter wie Dernburg diese spezifisch pfandrechtliche Befugnis dem Eigentümer abspricht<sup>24)</sup>, liegt im Zuge seiner oben geschilderten Theorie. Bemerkenswerter ist, daß Schriftsteller aus dem anderen Lager, die ein Pfandrecht des Eigentümers anerkennen, nämlich Buchka und Windscheid<sup>25)</sup>, das wichtigste Recht des Hypothekars, eben das besondere Veräußerungsrecht, in diesem Falle auch leugnen. Sind wir mit den genannten Vertretern beider Richtungen im Resultat einig, so kann die Begründung, die sie in diesem Punkte gegeben haben, doch nicht überzeugen. Sie stellen ein pfandmäßiges Veräußerungsrecht des Eigentümers aus folgenden Gründen als unmöglich hin. Das ius vendendi diene dem Pfandgläubiger dazu, den Wert, der in dem Pfande stecke, sich anzueignen und sich durch denselben Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen. Wer aber Eigentümer des Pfandes sei, brauche sich nicht erst den Wert des Pfandes durch Verkauf anzueignen, ja könne es „logischerweise“ nicht einmal, weil sich dieser Wert bereits in seinem Ver-

<sup>24)</sup> Pfandrecht II 568 ff.

<sup>25)</sup> Buchka S. 28, 29; Windscheid § 248, 4, insbesondere Anm. 28. A. M. Hartmann 113—115, Grundmann 37.

mögen befinde. Diese Deduktion beruht, ganz abgesehen davon, daß sie der Wirkung der Pfandveräußerung auf die Nachhypotheken nicht gerecht wird<sup>26)</sup>, auf einer Verwechslung von Tauschwert und subjektivem Gebrauchswert. Wie verschieden diese zwei Werte sein können, dafür genügt es, auf das Weinlager des geschworenen Antialkoholikers hinzuweisen. Der Eigentümer, der die Sache besitzt und nutzt, genießt ihren Gebrauchswert; das Pfandrecht des entwickelten römischen Rechts dagegen ist zum Unterschied von allen anderen dinglichen Rechten ausschließlich auf den Tauschwert seines Gegenstandes gerichtet<sup>27)</sup>, der gerade durch Verkauf realisiert wird.

Nachdem so das *ius distrahendi* ausgeschaltet ist, gilt es, den positiven Rechtsgehalt der *actio hypothecaria* des Eigentümers festzustellen. Aus der Formel, die vor die Verurteilung auf das Interesse einen *arbitratus de restituendo*, einen Herausgabebefehl an den beklagten Besitzer der Pfandsache, setzt, ergibt sich für den Kläger zunächst ein Recht zum Besitze. Von diesem Rechte des Gläubigers sagt Paulus, daß es gelegentlich der früheren Pfandklage eines anderen Hypothekars nicht zur Sprache gekommen zu sein brauche, und wo das nicht geschehen sei, stehe der *a<sup>o</sup> pigneraticia* des im Vorprozeß unterlegenen früheren Besitzers die *exc<sup>o</sup> rei indicatae* nicht entgegen<sup>28)</sup>.

Wie dem Gläubiger, dem eine fremde Sache verpfändet worden ist, so steht dem zur *rei vindicatio* Legitimierten kraft seines Eigentums ebenfalls ein Recht zum Besitze zu; dementsprechend begegnen wir auch in der *formula petitoria* dem Restitutionsgebot an den verklagten Besitzer, und für den Ungehorsamsfall ist auch hier Geldkondemnation angedroht. Solange der Beklagte keine Einwendungen erhebt, ist also der Erfolg beider Klagen der gleiche. Aber die gegen jeden Dritten gerichtete dingliche Klage des Eigentümers scheidet bekanntlich<sup>29)</sup>, wenn der Beklagte dartut, daß

<sup>26)</sup> Hartmann a. a. O.

<sup>27)</sup> Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 25 u. 51.

<sup>28)</sup> fr. 30 § 1: *cum autem pigneraticia actum est ... , potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum est alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probabit sibi teneri. et probabilius dicitur non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione.*

<sup>29)</sup> Vgl. Windscheid § 197<sup>1</sup>.

ihm die streitbefangene Sache für eine Forderung haftet. In dieser Beziehung ist die Rechtsstellung des Gläubigers stärker: um ihn aus dem Felde zu schlagen, muß der mit der a<sup>o</sup> hypothecaria Beklagte nachweisen, daß ihm dieselbe Sache schon vor dem Kläger verpfändet worden ist. Es ist also der Schutz gegenüber Nachhypothekaren, den der Gläubiger verlieren würde, wenn er nach Erwerb des Eigentums an der Pfandsache allein auf die rei vindicatio angewiesen wäre. Um eine solche innerlich nicht gerechtfertigte Verschlechterung der Rechtslage des Gläubigers zu verhüten, gewährt Paulus auch weiterhin die a<sup>o</sup> hyp., in deren Formel ja kein Wort über Eigentum oder Nichteigentum des Klägers steht. Daß der Jurist wirklich nur wegen des Bestehens von Nachhypotheken einen Rückstand des alten Pfandrechts für den Eigentümer konserviert, geht aus der Fassung der von ihm getroffenen Entscheidung hervor, die sich zum Schlusse mit ausdrücklichen Worten auf den besonderen ihm vorgelegten Fall beschränkt.

Damit ist erstens die Gewißheit errungen, daß die zur Ergänzung der Eigentumsklage dienende a<sup>o</sup> hyp. aufhört, sobald kein nachfolgendes Pfandrecht mehr auf der Sache lastet. Aber schon vorher wird sich der besondere Zweck, zu dem die Pfandklage dem Eigentümer belassen ist, äußern: sie ist ihm nicht zur Verfügung gestellt, um sie nach seinem Belieben statt der vindicatio gegen Dritte, die ihm die Sache vorenthalten, zu gebrauchen, denn für ein derartiges Wahlrecht des Eigentümers liegt ein rationeller Grund kaum vor, sondern um sich mit ihrer Hilfe der Nachhypothekare zu erwehren<sup>30)</sup>. Dies vorausgeschickt, ist es wahrscheinlich, daß auch nur Nachhypothekare zu der a<sup>o</sup> pigneraticia des § Latinus Largus passiv legitimiert sein sollen. Der beschränkten Zuständigkeit der Klage entspricht begrifflich eine gewisse Relativität des materiellen Rechts, das durch die Klage gedeckt wird; es läßt sich danach bestimmen als ein

<sup>30)</sup> Daß ein Aufrücken selbst solcher Hypothekare, die persönliche Gläubiger des Eigentümers sind, als unverdienter Wertzuwachs empfunden wurde, hängt wohl mit der regelmäßig bei Nachverpfändungen gebrauchten Wendung zusammen, ut in id quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit. D. 20, 1 fr. 15 § 2. Vor diesem Zeitpunkt hat der Gläubiger also laut der Pfandkonvention keinen Anspruch auf Verbesserung der ihm eingeräumten Sicherheit.



Recht des Eigentümergegläubigers zum Besitze der Sache, welches nur den im Range nachstehenden Realberechtigten gegenüber wirksam ist. Mit dem Namen Pfandrecht darf man aber dieses relative dingliche Recht schon um deswillen nicht bezeichnen, weil ihm, wie wir gesehen haben, das *ius distrahendi* fehlt, das dem entwickelten römischen Pfandrecht eigentümlich ist. Dagegen bewahrt es eine Eigenschaft, die in der Formel der *actio hypothecaria* deutlichen Ausdruck findet: es ist in demselben Maße von dem Bestehen einer Geldforderung abhängig wie das *pignus* selbst. Deshalb erlischt das namenlose akzessorische Recht des Eigentümers, wenn er wegen seiner Forderung befriedigt wird.

Wir können die gewonnenen Resultate für das römische Recht folgendermaßen zusammenfassen:

Die Begründung eines Pfandrechts an eigener Sache ist unmöglich. Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft. Solange jedoch die Voraussetzungen der *a<sup>o</sup> hypothecaria* erfüllt sind, behält der Gläubiger das Recht zum Besitz der Sache gegenüber den Nachhypothekaren in dem gleichen Umfange wie vor der Vereinigung.

### § 3. Die sog. hypothekarische Sukzession des Pfanderwerbers.

Nach römischem Recht hat jeder Nachhypothekar die Befugnis, den früheren Pfandgläubiger durch Tilgung seiner Forderung abzufinden und damit in dessen Stellung einzurücken, ohne daß seine Einwilligung erforderlich wäre; dieses pfandrechtliche Lösungsrecht war der gemeinrechtlichen Terminologie als „Sukzessionsrecht der Nachhypothekare“ bekannt<sup>1)</sup>.

Da das Pfandrecht des besseren Pfandgläubigers erlischt, fassen die Quellen das Recht des Nachhypothekars, auch wegen des zur Abfindung ausgelegten Forderungsbetrages einschließlich der geleisteten Zinsen Befriedigung aus der Pfandsache zu suchen, als Verstärkung seines alten Pfandrechts auf, das insoweit den Rang des untergegangenen Pfandrechts erhält<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> D. 20, 4 fr. 12 § 6. C. 8, 13 c. 22. D. 20, 5 fr. 5 pr. C. 8, 17 c 1; C. 9, 18 c. 4. Windscheid I § 233 b Anm. 11.

<sup>2)</sup> Dernburg, Pfandrecht II 521.

Der innere Grund, weshalb der dritte Hypothekar, der den ersten abfindet, auch der a<sup>0</sup> hyp. des zweiten gegenüber geschützt ist, bis dieser ihm die Abfindungssumme erstattet, ist von Dernburg richtig erkannt als Anspruch wegen einer dem Zwischengläubiger zugute kommenden Verwendung<sup>3)</sup>. Der Tertius hat zwar nicht im Hinblick auf das Pfandrecht des Zwischengläubigers gehandelt — D. 20, 4 fr. 12 § 6 non enim negotium alterius gessit, sed magis suum —, sondern im eigenen Interesse, aber er hat damit notwendig das Interesse des Zwischenpfandgläubigers mit wahrgenommen. Denn während dieser bisher fürchten mußte, sein Pfandrecht an der Sache dadurch zu verlieren, daß der Primus sie zu seiner Befriedigung verkaufte, und dann auf eine etwaige hyperocha angewiesen zu sein, ist eine Veräußerung, die der Tertius vornimmt, auf sein, des Secundus, Pfandrecht ohne Einfluß: er kann gegen den Erwerber sein Pfandrecht ebenso verfolgen wie gegen den Tertius. Dieser Vorteil ist ihm sicher, ohne daß er irgendetwas dafür aufzuwenden braucht. Könnte er aber nun die Sache an sich ziehen, ohne sich darum zu kümmern, mit wessen Mitteln die erwähnte Verbesserung seiner Stellung erkaufte worden ist, so würde er sich auf Kosten eines anderen bereichern, ohne für diese Schädigung des Tertius irgendeinen Rechtfertigungsgrund anführen zu können. Denn dieser ist weder sein Schuldner, noch war er Schuldner des abgefundenen Primus, und ferner hat Tertius sich nicht in freigebiger Absicht dazu verstanden, fremder Leute Schulden zu bezahlen, sondern eben die „prekäre Natur seines Rechts als Nachhypothekar“ hat ihn dazu veranlaßt. Deshalb scheint es billig, daß die, denen seine Handlung zugute gekommen ist, ihm den Betrag erstatten, den sie selbst dem abgefundenen Gläubiger hätten anbieten müssen, um mit ihrer a<sup>0</sup> hyp. durchzudringen<sup>4)</sup>. Die gleichen Erwägungen, die das Sukzessions-

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 495/496, 520. Vgl. Buchka S. 43, 44.

<sup>4)</sup> In der Begründung abweichend Dernburg, der die Abfindung einer Vorhypothek charakterisiert als „Verwendung auf die Pfandsache, deren juristische Stellung hierdurch verbessert wird“. Die juristische Stellung der Sache würde durch die Ablösung doch gerade nur dann verbessert werden, wenn der Ablösende sich nicht wie der Abgefundene an die Sache halten könnte. — Unrichtig auch Buchka S. 43/44, der in der Abfindung eine „Erhöhung des Verkaufswerts“ der Sache sieht. Hiergegen spricht schon, daß möglicherweise auch nach der Abfindung des

recht des Nachhypothekars rechtfertigen, treffen auf den Fall zu, daß der Verpfänder, der meist Schuldner sein wird, die Pfandsache ohne Auftrag des Gläubigers an einen Dritten, der nicht Schuldner ist<sup>5)</sup>, veräußert unter der Abrede, daß mit dem Kaufpreis auf der Sache lastende Pfandrechte abgelöst werden. Soweit dies geschieht, soll der Erwerber im Verhältnis zu den nichtbefriedigten Pfandgläubigern derart an die Stelle der abgefundenen treten, daß die ersteren mit der a<sup>o</sup> hyp. nur durchdringen, wenn sie bereit sind, ihm die Ablösungssumme zu erstatten<sup>6)</sup>. Da in diesem Falle ebenso wie bei der Sukzession des zahlenden Nachhypothekars die Forderung des befriedigten Hypothekars endgiltig erlischt, kann das vom Käufer erworbene Recht nicht als Pfandrecht aufgefaßt werden. Auch ein neues Pfandrecht entsteht nicht in der Person des Käufers, einmal weil, wie wir gesehen haben, nach römischem Recht niemand zu gleicher Zeit Eigentum und Pfandrecht an derselben Sache erwerben kann, und dann, weil der Erwerber eine Forderung nicht hat, die durch ein Pfandrecht geschützt werden könnte<sup>7)</sup>. Mit Recht sieht deshalb Dernburg das Wesen der sog. hypothekarischen Sukzession des Käufers darin, daß er, ohne Pfandgläubiger zu sein, den Nachhypothekaren gegenüber den gleichen Schutz hat wie jener<sup>8)</sup>.

Wie dem abgefundenen Gläubiger gegenüber haben die Nachhypothekare denn auch ihrerseits das Recht, dem Käufer den Abfindungsbetrag zu offerieren und dadurch die Pfandsache an sich zu ziehen, die ihnen nun auch für den erstatteten Betrag haftet, und zwar ist insoweit ihr Pfandanspruch mit dem Range des alten Gläubigers ausgestattet.

---

Primus der Verkaufswert der mit den Pfandrechten des Secundus und des Tertius belastet bleibenden Sache für den Quartus ebenso gering ist wie vorher, nämlich gleich Null.

<sup>5)</sup> Er kann aber Bürge sein, vgl. D. 20, 5 fr. 5 § 1.

<sup>6)</sup> D. 20, 5 fr. 3 § 1. C. 8, 18 c. 3. Vgl. auch D. 20, 3 fr. 3. Windscheid § 233 b Anm. 10.

<sup>7)</sup> Dernburg 514—517.

<sup>8)</sup> Daß der Ausdruck in ius (locum) prioris creditoris succedere keinen Schluß auf ein Fortbestehen des Pfandrechts zuläßt, gibt auch Windscheid § 233 b Anm. 16 zu. Wie sollte es sonst auch denkbar sein, daß keine der angezogenen Stellen sich mit dem Dogma von der Unvereinbarkeit von Eigentum und Pfandrecht auseinandersetzt!

Nicht anders ist die Rechtslage, wenn der Schuldner nicht einem Dritten, sondern einem der Pfandgläubiger die Pfandsache auf die Schuld in Zahlung gibt oder verkauft. Von diesem Fall der Veräußerung handelt ein Reskript des Alexander Severus vom Jahre 230 (c. 1 C. 8, 19).

Ein gewisser Athenio hatte angefragt, ob er als Nachhypothekar sein Pfandrecht dadurch verloren habe, daß der vorgehende Hypothekar einen Kaufvertrag über die Sachen geschlossen habe. Der Kaiser bescheidet den Antragsteller auf seine unklare Frage folgendermaßen:

si vendidit is qui ante pignus accepit persecutio tibi hypothecaria superesse non potest<sup>9)</sup>. cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venundedisset; sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

Der Unterschied, den der Kaiser zwischen *datio in solutum* und *venditio* der Pfandsache macht, kann auf sich beruhen, da sich die Entscheidung, die er gibt, nach ihrer Fassung bestimmt auch auf den Fall bezieht, daß die Forderung des prior creditor durch *datio in solutum* oder Aufrechnung der Kaufpreisforderung vollständig getilgt ist. In diesem Falle ist das Pfandrecht des Primus erloschen: die Voraussetzung der *actio hyp., pecuniam (debitam) neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*<sup>10)</sup>, ist weggefallen. Trotzdem soll der Erwerber dem Nachhypothekar

<sup>9)</sup> Vgl. D. 20, 5 fr. 3 pr.

<sup>10)</sup> Lenel, EP. § 267. — Die Erklärung Buchkas (S. 32 f.), der in der Kodexstelle eine Fortdauer des Pfandrechts wie im § *Latinus Largus* ausgedrückt findet, indem er Nichtaufrechnung der Kaufpreisforderung annimmt und die *datio in solutum* auf eine andere (vom Kaiser nicht erwähnte) Forderung des Primus bezieht, scheidet schon an einem Vergleich des ersten und des zweiten Satzes. In beiden ist unterschiedslos von einem „*vendere*“ die Rede und im ersten Falle kann sich dies nur auf einen Verkauf zur Befriedigung des Gläubigers wegen seiner Pfandforderung beziehen. Gegen Buchkas Auslegung auch die gesamte Literatur, siehe Grundmann S. 23—27, der aber seinerseits das Pfandrecht des Primus mittels einer „*fingierten*“ Forderung aufrecht erhält und einen Gegensatz zwischen „*Satisfaktion*“ und „*Befriedigung*“ kennt.

gegenüber, dessen Pfandrecht durch die vom Schuldner bewirkte Veräußerung nach allgemeiner Regel nicht berührt wird, ebenso geschützt bleiben, wie er es vorher kraft seines Pfandrechts war, und wie wir gesehen haben, daß auch ein außenstehender Käufer unter Umständen geschützt wird: der Primus sukzediert sozusagen in seine eigene Stelle. Dieses Sukzessionsrecht des Eigentümers ist ein relatives Recht gleich dem im vorigen Paragraphen näher bestimmten Rechte des Eigentümergegläubigers; wie das Recht aus dem § *Latinus Largus* verstärkt es, ohne Pfandrecht zu sein, die Position des Eigentümers gegenüber den Nachhypothekaren über den normalen Umfang der Eigentumsbefugnisse hinaus.

Aber während jenes akzessorische Recht des Pfanderwerbers durch eine besondere Klage, die *a<sup>o</sup> hypothecaria*, geltend gemacht wurde, ist das Sukzessionsrecht nur als ein materielles Einrede-recht des Eigentümers gegenüber dem Pfandanspruch der Nachhypothekare zu bezeichnen. Mag der Eigentümer von einem Pfandgläubiger mit der *a<sup>o</sup> hypothecaria* belangt werden oder selbst mit der *rei vindicatio* angreifen, in jedem Falle kann er der Ausübung des Pfandrechts widersprechen, bis ihm der Betrag offeriert wird, den der abgefundene Gläubiger früher zu bekommen hatte. Was die Übertragbarkeit anbetrifft, unterscheidet sich das Sukzessionsrecht des Eigentümers ebenfalls von den abgesonderten dinglichen Sicherungsrechten; die aus der hypothekarischen Sukzession sich ergebende Rechtsstellung bleibt mit dem Eigentum an der Pfandsache verbunden und geht notwendig auf den nächsten Erwerber der Sache mit über<sup>11)</sup>: ein weiterer Beweis dafür, daß wir es hier mit etwas ganz anderem zu tun haben als einem Pfandrecht an eigener Sache.

#### § 4. Zur Lehre von Hypothek und Grundschuld des Eigentümers im preußischen und mecklenburgischen Recht.

Der Satz von der Unvereinbarkeit des Eigentums und eines *ius in re* in derselben Person war im römischen Recht bekanntlich nicht auf Pfandrechte beschränkt, sondern findet sich für persönliche Dienstbarkeiten wie für Prädialservituten gleichermaßen

<sup>11)</sup> Dernburg a. a. O. 527.

ausgedrückt in dem oft variierten Satze: *nulli res sua servit*. Aber auch hier ist die Regel von zahlreichen Ausnahmen durchlöchert, auf die näher einzugehen die Begrenzung des Themas verbietet. Uns interessiert hier nur die viel besprochene<sup>1)</sup> *lex 31 D. 8, 3*, insofern in ihr dem Fortbestehen einer die Servitut kundmachenden Wasserleitung entscheidende Bedeutung für die Aufrechterhaltung der Servitut in vollem Umfange beigelegt wird, trotzdem sich das Eigentum am herrschenden Grundstück mit dem Eigentum eines von mehreren dienenden Grundstücken in einer Person vereinigt hat<sup>2)</sup>. Diese dem Publizitätsgedanken entstammende Ausnahme von der rechtsvernichtenden Kraft findet sich nicht nur im Code civil wieder, wo sie sogar zu einem Rechtsgrunde für Entstehung von Servituten weiter entwickelt worden ist<sup>3)</sup>, sondern auch im allgemeinen Landrecht, das bei Regelung der Beendigungsgründe von Grundgerechtigkeiten (Teil I Titel 22 § 12, § 43 ff., vgl. I 16 § 485) folgende Vorschriften trifft:

§ 52. Grundgerechtigkeiten können gleich anderen dinglichen Rechten durch Konfusion verloren gehen (Tit. 16 Abschn. 10).

§ 53. Derjenige also, in dessen Person das Eigentum der berechtigten und verpflichteten Sache zusammenkommt, ist befugt, die auf letzterer eingetragenen Grundgerechtigkeiten löschen zu lassen, oder die das Dasein derselben bezeichnende Anlage fortzuschaffen.

§ 54: Ist dieses aber nicht geschehen, und die verpflichtete Sache gelangt demnächst wieder an einen besonderen Besitzer, so tritt die vorige Grundgerechtigkeit wieder in ihre Wirkung.

Bemerkenswert ist, daß in diesen Bestimmungen neben der „das Dasein der Grundgerechtigkeit bezeichnenden Anlage“

---

<sup>1)</sup> Vgl. Hartmann 94, Kretschmar 56<sup>11</sup>.

<sup>2)</sup> Beachte die Worte: *nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset*. — Daß die Servitut an dem anderen dienenden Grundstück nicht erlischt, folgt schon aus D. 8, 6 fr. 15.

<sup>3)</sup> Cc. art. 692—694. Über die Entstehung der Servituten durch sog. *destination du père de famille* vgl. Huber, Eigentümerdienstbarkeit 61 ff. — Die *servitudes* des Cc. sind ausschließlich Prädialservituten. Vgl. Gierke, Sachenrecht 636<sup>12</sup>, Wolff 345<sup>2</sup>.

der Eintrag im Grundbuch, dessen die Grundgerechtigkeiten zu ihrer Entstehung nicht bedurften (§§ 16—18 I 22, Anhang § 58 ALR., § 12 Abs. 2 Eigentumserwerbsgesetz), als gleichwirkend behandelt wird.

Daß der Verlautbarung im Grundbuch diese Bedeutung beigelegt wird, erklärt sich damit, daß die Eintragung als solche ja trotz einer Vereinigung von beschränktem Recht und Eigentum die Form des Rechtes festhält und deshalb aus der Anerkennung der Eigentümerdienstbarkeit keine Rechtsunsicherheit entstehen kann.

Das Hypothekenrecht hatte das allgemeine Landrecht im Anschluß an die allgemeine Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 und in entschiedenem Gegensatz zu dem für deutsche Verhältnisse unbrauchbaren römischen Grundstückspfandrecht<sup>4)</sup> in innige Verbindung mit der Einrichtung öffentlicher Bücher gebracht: als dingliches Recht entstand das sog. Unterpfandrecht (I 20 § 1) erst durch gerichtliche Eintragung auf das belastete Grundstück (I 2 § 136, I 20 §§ 6, 8—10, 99, 100). Daher scheint es befremdlich, daß das allgemeine Landrecht selbst kein Recht des Pfandgläubigers an eigener Sache kannte, zu dem das Vorbild, wie bei den Grundgerechtigkeiten, schon im römischen Recht gegeben war. So hatte es zunächst bei dem starren Grundsatz des § 482 I 16 ALR. sein Bewenden:

Auch Rechte auf die Sache<sup>5)</sup> erlöschen, wenn der Verpflichtete das Eigentum der berechtigten Sache oder der Berechtigte das Eigentum der verpflichteten Sache aus einem unwiderruflichen Rechtsgrunde überkommt.

Daß diese Lösung des Problems aber den Prinzipien des neuen Hypothekenrechts wenig entsprach, brachte ein praktischer Fall, in dem nachstehende Pfandgläubiger auf den Betrag der konfundierten Hypothek Anspruch erhoben, wenige Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzbuches zum Bewußtsein und veranlaßte ein königliches Reskript vom 11. August 1802, das, im Einklang mit einer schon bislang geübten Praxis der Gerichts-

<sup>4)</sup> Über den Anteil der Hypothekenordnung von 1783 an dem Siege deutschrechtlicher Gedanken siehe Dernburg-Hinrichs, Preuß. Hyp.-Recht I S. 17—18.

<sup>5)</sup> Recht auf die Sache gleich (objektiv) dingliches Recht. ALR. I 2 §§ 126, 127, 130.

behörden<sup>6)</sup>, dem eingeholten Erachten der Gesetzeskommission entsprechend bestimmte<sup>7)</sup>):

Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentum des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, solange nicht eine, von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht giltig an einen anderen abtreten.

Diese Vorschrift wurde als Anhang § 52 dem ALR. eingefügt. Sie war nicht, wie man nach dem Wortlaut annehmen könnte, auf den Fall beschränkt, daß der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner war, sondern traf auch dann zu, wenn sich in seiner Person Forderung und Schuld vereinigten. Damit trat die Neuerung in schroffen Gegensatz zu der vom allgemeinen Landrecht grundsätzlich<sup>8)</sup> durchgeführten Abhängigkeit der Hypothek von der persönlichen Forderung. Denn die unwiderrufliche Vereinigung von Gläubigerrecht und Verbindlichkeit des Schuldners hob nach § 476 I 16 das ganze Schuldverhältnis endgültig auf, und damit hätte auch das zur Sicherung der Forderung bestellte dingliche Recht verloren gehen müssen (I 2 § 140 mit I 20 § 1).

Daß die Gesetzeskommission in dem erwähnten Gutachten von diesen klaren Regeln abwich, hatte denn auch weniger in der nach allgemeinem Landrecht doppelt verpönt<sup>9)</sup> Berufung auf die Meinungen angesehenen Lehrer des gemeinen Rechts über die Wirkung der Konfusion seinen Grund, als in der Erwägung, daß nach der Eigentümlichkeit der Hypothekenverfassung ein Vorrücken naheingetragener Gläubiger keine materielle Berechtigung habe<sup>10)</sup>. Nach gemeinem Rechte nämlich hatte derjenige, der einem Privatmann kreditieren wollte, Zins-

---

<sup>6)</sup> Eccius, Gruchot 48, 438.

<sup>7)</sup> Zu folgendem Förster-Eccius, Pr. Pr.-Recht III § 200.

<sup>8)</sup> Freilich standen schon die Vorschriften zum Schutze des gutgläubigen Erwerbers einer Hypothek in bedenklichem Widerspruch zu jenem Grundsatz. Vgl. ALR. I 20 §§ 423, 424, 522 (Anh. § 53) und dazu v. d. Hagen 8—11.

<sup>9)</sup> Publikationspatent vom 5. Febr. 1794 I; ALR. Einleitung § 6.

<sup>10)</sup> Vgl. Dernburg, Preuß. Hyp.-Recht II 288.



und Zahlungsbedingungen regelmäßig weit weniger nach dessen von unersichtlichen Einzel- und Generalhypotheken vielleicht völlig in Anspruch genommenem Grundbesitz gestalten können, als nach der Sicherheit, die die Person des Schuldners ihm bot. Das war mit Durchführung der Hypothekenbuchverfassung anders geworden. Nunmehr spielte der Wert des Grundstücks, das der Schuldner zum Pfande stellte, eine wesentliche Rolle bei der Kreditgewährung, und ein Gläubiger, der sich ältere Hypotheken vorgehen lassen mußte, verlangte demgemäß höhere Zinsen für das Risiko, das er lief. Dann aber entsprach es auf der anderen Seite dem Rechtsbewußtsein nicht, daß dem Gläubiger der Wegfall eines Vorhypothekars, womit er eben nicht gerechnet hatte, zustatten kommen sollte, ohne daß er aufhörte, die ursprünglich ausbedungenen Vorteile zu beziehen, und darum erschien der Kommission diese Bereicherung der Nachhypothekare auf Kosten des Schuldners „materiell ungerechtfertigt“. Da sich nun im preußischen Recht keine besondere Rechtsform fand, um dem Schuldner die Rechte des fortfallenden Hypothekars vorzubehalten — das dingliche Recht erlosch auch ohne Löschung im Hypothekenbuche, und damit rückten die Nachhypothekare ohne weiteres auf —, so blieb nichts anderes übrig, als eben das Hypothekenrecht selbst nicht untergehen, sondern auf den Eigentümer übergehen zu lassen.

Dieselben Gründe sprachen für die Erhaltung des Hypothekenrechts natürlich auch, wenn die Hypothekenforderung in irgendeiner anderen Weise als durch Konfusion unterging, vor allem durch Zahlung des Eigentümers getilgt wurde<sup>11)</sup>, und so wurde denn die Entscheidung des Anhangsparagraphen 52 zur Beseitigung von Zweifeln, die sich bei den Gerichten erhoben hatten, in ebenso kasuistischer Fassung durch Deklaration vom 3. April 1824 auf den Fall erstreckt, daß „der Eigentümer eine auf das Grundstück hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt.“

Daß diese Hypothek des Eigentümers die dem allgemeinen Landrecht zugrunde liegende Lehre von der Akzessorietät der Hypothek stark in Frage stellte, konnte nicht verborgen bleiben. Da das allgemeine Landrecht selbständige, von einer Forderung unabhängige Grundstücksbelastungen nicht kannte, glaubte

---

<sup>11)</sup> ALR. I 16 §§ 7, 8, 10.

sich die Praxis, insbesondere des Obertribunals<sup>12)</sup>, nicht anders helfen zu können, als daß sie der Hypothek zuliebe sich die persönliche Forderung gegen den Eigentümer als fortbestehend, aber ruhend dachte, mochte sie damit auch in Widerspruch zu dem ganzen System der Beendigungsgründe von Obligationen geraten. Mit der Abtretung der Hypothek lebte danach die alte persönliche Forderung wieder auf, und der Grundeigentümer wurde persönlicher Schuldner des neuen Gläubigers<sup>13)</sup>.

Wird das Grundstück veräußert, so verbleibt dem veräußernden Eigentümer die Befugnis, über die Hypothek auch fernerhin zu verfügen<sup>14)</sup>.

Da der Eigentümer nach der Deklaration von 1824 „alle Rechte eines Zessionars der Hypothek genießen sollte“, so war es folgerichtig, die Hypothek des Eigentümers auch im Versteigerungsverfahren und im erbschaftlichen Auseinandersetzungsverfahren wie jede Fremdhypothek zu berücksichtigen<sup>15)</sup>.

Wissenschaftlicher Betrachtung aber konnte die Konstruktion des Obertribunals von der ruhenden Hypothekenforderung nicht standhalten, da sie in Wahrheit die persönliche Forderung zu einem Akzessorium des dinglichen Hypothekenrechts machte und damit das Prinzip der Abhängigkeit des letzteren von dem Schuldverhältnis gerade umkehrte<sup>16)</sup>. Sollte z. B. der Eigentümerhypothekar auch dann noch persönlicher Schuldner bleiben, wenn er die Hypothek nach Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten abtrat<sup>17)</sup>?

So gelangten Schriftsteller wie Koch<sup>18)</sup> und von der Hagen in seiner 1836 erschienenen verdienstvollen Untersuchung über „Die Hypothek des Eigentümers“ dazu, den akzessorischen Charakter derselben überhaupt zu leugnen und sie als ein „ganz

---

<sup>12)</sup> Vgl. die in dem Urteil des RG. Bd. 7 S. 219 zusammengestellten Entscheidungen des Obertribunals und die bei Gierke 920<sup>5</sup> Genannten.

<sup>13)</sup> Vgl. Rehbein-Reincke Bd. 2 S. 425 A 255 zu § 64 EEG.

<sup>14)</sup> Obertrib. Plenarentsch. Bd. 5 (1841) S. 51, Bd. 81 (1878) S. 30. RG. Bd. 5 (1882) S. 311. Dernburg. Preuß. Hyp.-Recht II 298 Anm. 13.

<sup>15)</sup> v. d. Hagen 144, 154—158.

<sup>16)</sup> Dernburg, Preuß. Hyp.-Recht II 296/297.

<sup>17)</sup> Eine Frage, die das Reichsgericht, Gruchot 27, 472 verneinte.

<sup>18)</sup> In einer anonym erschienenen Schrift: Ist die Hypothek des Eigentümers nach preuß. Recht ein akzessorisches oder ein selbständiges dingliches Recht? Vgl. Dernburg-Hinrichs, Preuß. Hyp.-Recht I 54

selbständiges bloßes Realrecht“ aufzufassen<sup>19)</sup>. Selbständig ist v. d. Hagen dies Recht aber nur im Verhältnis zu einer persönlichen Forderung, nicht im Verhältnis zum Eigentum. Er geht nämlich davon aus, daß nicht die Sache, sondern ihr Wert das eigentliche Objekt des Pfandrechts bilde, und zwar der zur Zeit unbekannt, erst durch die *distractio pignoris* bestimmbare Tauschwert der Sache<sup>20)</sup>. Jedem Hypothekar steht also nur ein bestimmter Wertteil der Sache zu. Der durch Bestellung einer Hypothek ausgeschiedene Wertteil kehrt nun in der sogenannten Hypothek des Eigentümers wieder in das Eigentum des Bestellers zurück und wird nur deshalb vom Gesetz in Form einer Hypothek beibehalten, um die insoweit wiederhergestellte Freiheit des Eigentums den Nachhypothekaren gegenüber zum Ausdruck zu bringen und dem Eigentümer die weitere Verfügung über den Wertteil zu erleichtern.

Von diesem Ausgangspunkt kommt v. d. Hagen folgerichtig zu dem dem Gesetz zweifellos nicht entsprechenden Ergebnis, daß bei Veräußerung des Grundstücks die Hypothek ohne weiteres auf den Erwerber übergeht<sup>21) 22)</sup>.

Die entgegengesetzte Entscheidung des Obertribunals, das dem Veräußerer in jenem Falle eine wahre Hypothek zusprach, ließ sich freilich, konnte man sich mit dem Ausweg der „ruhenden“ Hypothekenforderung nicht befreunden, theoretisch nur halten, wenn man unter Hypothek überhaupt, im Gegensatz zur Definition des ALR., das begrifflich mit keiner persönlichen Forderung verknüpfte dingliche Recht auf eine bestimmte Geldsumme verstand. Diese umwälzende Neuerung aber ohne andere gesetzliche Grundlage zu vollziehen, als zwei aus ganz konkretem Anlaß herrührende Einschaltungen, die noch dazu den Begriff der

<sup>19)</sup> S. 2, 128.

<sup>20)</sup> S. 29—36; v. d. Hagen sieht sich deshalb zu dem Zugeständnis gezwungen, daß sich infolge der Schwankungen, denen der Wert einer Sache unterliegt, vor der Versteigerung nicht entscheiden läßt, ob einem bestimmten Pfandrecht überhaupt ein „reelles Objekt“ entspricht. Wird das Pfand also vor der Versteigerung ausgelöst, so bleibt es für immer dunkel, ob der Gläubiger überhaupt ein Pfandrecht gehabt hat!

<sup>21)</sup> S. 143. Vgl. auch S. 233—235.

<sup>22)</sup> Wir sind auf diese sog. Wertparzellentheorie näher eingegangen, weil wir ihr bei den Konstruktionsversuchen der heutigen Rechtslehre wieder begegnen werden.

Hypothek voraussetzten, ging über die Kraft der Rechtsauslegung.

Freier konnte sich das Institut der Eigentümerhypothek in Mecklenburg entwickeln, wo die Gesetzgebung, nachdem sie 1819 nach preußischem Muster zu den Grundsätzen der Publizität und Spezialität übergegangen war<sup>23)</sup>, zuerst in der revidierten Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848 die „Hypothek“ nicht als bloßes Sicherheitsrecht für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, sondern, in Wiederbelebung alter deutscher Kreditformen<sup>24)</sup>, als selbständige dingliche Belastung des Grundstücks bezeichnete. Ein Schuldgrund braucht in der Urkunde, die zur Eintragung eingereicht wird, nicht angegeben zu werden und wird jedenfalls nie eingetragen. Es genügt vielmehr die Eintragung des Geldbetrags der Forderung und der Zins- und Zahlungsbedingungen. Aus einer solchen Eintragung entsteht das Recht des Gläubigers auf Zahlung des Kapitals und der Zinsen aus dem Grundstück. Als dingliches Recht richtet es sich gegen den jeweiligen Eigentümer, der als solcher aber nur mit dem Grundstück haftet<sup>25)</sup>.

Als Folgerung aus der Selbständigkeit dieser Grundstücksbelastungen erschien es den Verfassern der Hypothekenordnung für Landgüter von 1848, auch Eintragungen auf den eigenen Namen des Eigentümers zuzulassen, wichtig für den Fall der bevorstehenden Veräußerung des Grundstücks, da der Verkäufer sich durch eine solche Eintragung das stehengebliebene Kaufgeld noch vor Berichtigung des Besitztittels dinglich sichern konnte<sup>26)</sup>. Neben dieser ursprünglichen „Eintragung auf eigenen Namen“ kannte das mecklenburgische Recht durchgängig die in Preußen durch § 52 Anhang zum ALR. geschaffene „Hypothek des Eigentümers“ im Falle der Vereinigung von Hypothek

<sup>23)</sup> v. Meibom, Mecklenburgisches Hyp.-Recht 13.

<sup>24)</sup> Des Rentenkaufs (vgl. Gierke II 834<sup>23)</sup>), bei dem übrigens die Vereinigung von Eigentum und Rentenrecht in einer Person von jeher nicht unmittelbar beendigend wirkte; Gierke 760<sup>41)</sup>, Richard Schröder, Über eigentümliche Formen des Miteigentums im deutschen und franz. Recht 115.

<sup>25)</sup> Buchka 47, Meibom 35/36. — Die gleichen Bestimmungen in der revidierten Stadtbuchordnung von 1857 und öfter.

<sup>26)</sup> Über das Anwendungsgebiet dieser Eintragung auf eigenen Namen siehe v. Meibom 128 A. 10—13.

und Eigentum, solange die Hypothek im Buche nicht gelöscht war<sup>27)</sup>.

In den sonstigen Fällen, in denen eine Fremdhypothek, sei es durch Eintritt einer auflösenden Bedingung, sei es durch Tilgung der Kapitalschuld, unterging, wahrte man das Interesse des Eigentümers in anderer Weise dadurch, daß ihm die freigewordene Stelle „offengehalten“ wurde; d. h. es hing von seinem Belieben ab, ob er die gegenstandslos gewordene Eintragung löschen lassen wollte, wodurch die Nachhypothekare aufrückten, oder an ihrer Stelle eine neue Hypothek bis zum gleichen Betrage auf eigenen Namen oder für einen anderen eintragen ließ<sup>28)</sup>. Ja, der Eigentümer konnte sogar von Anfang an eine oder mehrere Stellen für künftige Eintragungen in einem bestimmten, im Buche anzugebenden Betrage offenhalten, während er an einer nachstehenden Stelle eintragen ließ<sup>29)</sup>.

Kam das Grundstück freilich zur Versteigerung, bevor der Eigentümer über die Stelle von neuem verfügt hatte, so wurde der Erlös ohne Rücksicht auf die offene Stelle verteilt. Nicht besser erging es übrigens der Hypothek des Eigentümers: solange sie dem Grundstückseigentümer zustand, konnte sie weder in der besonderen Zwangsversteigerung des Grundstücks noch im Konkurse, hier auch nicht von der Gemeinschaft der Personalgläubiger, geltend gemacht werden, sondern ihr Betrag diente mit zur Befriedigung der Nachhypothekare<sup>30)</sup>. Der Unterschied zwischen der offengehaltenen Stelle und der Eigentümerhypothek zeigte sich daher vornehmlich bei Veräußerung des Grundstücks: die Verfügungsbefugnis über jene Stelle ging unverändert auf den Erwerber über, während die Hypothek dem Veräußerer verblieb und mit der Trennung ohne weiteres voll wirksam wurde.

Also mußte die Hypothek auch während der Vereinigung bestanden haben, wenn ihr Inhaber auch die wesentlichsten Befugnisse eines Hypothekars so lange nicht üben konnte. Diesen Zustand drückte die Theorie treffend aus, wenn sie die Hypothek des Eigentümers als ruhendes Recht bezeichnete<sup>31)</sup>.

<sup>27)</sup> v. Meibom S. 275—277 A. 12—14.

<sup>28)</sup> v. Meibom 265—269.

<sup>29)</sup> v. Meibom 138<sup>56</sup>.

<sup>30)</sup> Buchka 107, v. Meibom S. 224, 277<sup>14</sup>.

<sup>31)</sup> Buchka 96—101 im Anschluß an ein Erachten des Oberapp. Ger. Rostock von 1872/3 (S. 93—95). Ferner v. Meibom 275—277, der aber

Eine so einschneidende Neugestaltung des Hypothekenrechts konnte, als sie sich bewährte, auf das benachbarte Preußen nicht ohne Einfluß bleiben. Schon 1856 wies Götze in seinen Vorschlägen zur Reform des Hypothekenwesens besonders auf Mecklenburg hin<sup>32)</sup>. Ihre gesetzliche Ausprägung fanden die neuen Gedanken in dem Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke usw. vom 5. Mai 1872, dessen dritter Abschnitt „von dem Rechte der Hypothek und der Grundschuld“ die Grundschuld schuf<sup>33)</sup>. Bei ihr wird der Schuldgrund nicht in das Grundbuch eingetragen, ja sie kann ohne irgendeine persönliche Verbindlichkeit bestehen (§ 19 Ziff. 1 EEG.). Darin gleicht sie der mecklenburgischen Hypothek. Auch kann der Eigentümer selbst auf seinen Namen Grundschulden eintragen und sich Grundschuldbriefe ausfertigen lassen. Eine solche Grundschuld kann er nicht nur an Dritte abtreten, sondern sogar abweichend von dem mecklenburgischen Recht noch vor Trennung von Eigentum und Hypothek bei einer Zwangsversteigerung für sich geltend machen (§§ 27, 28 EEG.). Neben der Grundschuld behielt das Gesetz aber die landrechtliche Hypothek bei, die an eine persönliche Forderung geknüpft ist. Doch tritt die innere Verwandtschaft von Hypothek und Grundschuld in den vielen Regeln, die für sie gemeinsam gelten, hervor, sowie darin, daß eine Hypothek auf Antrag des Eigentümers und des Gläubigers in eine Grundschuld umgewandelt werden konnte (§ 29 des Gesetzes).

Daneben blieben die Fälle, in denen durch Vereinigung von Eigentum und Grundpfandrecht und durch Tilgung der Hypothek, wie oben dargelegt, ein Recht für den Eigentümer entstand, erhalten und wurden auf die Grundschuld ausgedehnt (§§ 63—66). Ausdrücklich anerkannt wurde das Recht des Eigentümers, die ihm zugefallene Post nicht nur an andere abzutreten oder vom früheren Gläubiger abtreten zu lassen (§ 63), sondern sie auch auf den eigenen Namen umschreiben zu lassen (§ 64).

(A. 17) die Eintragung auf eigenen Namen anders erklärt wissen will. Ihre Wirksamkeit sei bis zur Veräußerung des Grundstücks hinausgeschoben, weil solange der „Begründungsakt unvollendet sei“, S. 153/4. Damit steht in Widerspruch, daß M. selber bei der Veräußerung „einen ausdrücklichen Vorbehalt der Hypothek für nicht erforderlich“ erklärt.

<sup>32)</sup> Nach Dernburg-Hinrichs, Preuß. Hyp.-Recht I 55.

<sup>33)</sup> Vgl. zum folgenden Dernburg a. a. O. 62.

Die begriffliche Unabhängigkeit der Grundschild von einer persönlichen Forderung brachte die Rechtswissenschaft darauf, das bei Tilgung einer Hypothek entstehende Recht des Eigentümers auch ohne Umschreibung im Grundbuch als Grundschild aufzufassen, die nur in Form einer Hypothek aufträte<sup>34)</sup>.

### § 5. Die Neuerungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist auf dem Wege, den das preußische Recht gewiesen hatte, weiter fortgeschritten. Hier sollen nur kurz die wesentlichsten Neuerungen gegenüber dem bisherigen Recht angeführt werden<sup>1)</sup>. All die Fälle, in denen das BGB. eine Eigentümergrundschild neu geschaffen hat, lassen sich aber aus dem Grundsätze ableiten, der dem § 52 Anhang zum ALR. das Leben gab, daß nämlich die Nachhypothekare an sich keinen Anspruch auf Aufrücken haben, da sie ihre Forderungsbedingungen regelmäßig nach der Höhe der im Grundbuch voreingetragenen Belastungen einrichten. Deshalb hat das BGB. zwischen Verkehrshypotheken und Sicherungshypotheken hinsichtlich der Eigenpfandrechte keinen Unterschied gemacht und insbesondere die Höchsthypothek, bei der nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird (§ 1190 BGB.), der allgemeinen Regel unterworfen. Dies geschah im Gegensatz zum preußischen Recht, wo die Kautionshypothek, im Wesen unsere Höchsthypothek (vgl. die Begriffsbestimmung in § 24 EEG.), sich niemals in eine „Hypothek des Eigentümers“ verwandelte (§ 67 EEG.). Aber auch hier siegte die Erwägung, daß, wer ein Grundstück nach einer solchen Höchsthypothek beleihen will, mit dem Grenzfall zu rechnen pflegt, daß die Ansprüche des vorstehenden Gläubigers den Höchstbetrag erreichen, zumal die Gestaltung jenes Schuldverhältnisses seinem Einwirken gänzlich entzogen ist.

Nicht anders steht es, wenn die persönliche Forderung, die der Vorhypothek zugrunde gelegt ist, von Anfang an nicht be-

<sup>34)</sup> Dernburg, Preuß. Hyp.-Recht II 296 ff, Buchka 115.

<sup>1)</sup> Die einzelnen Fälle, in denen nach BGB. eine Eigentümerhypothek oder -grundschild entsteht, sind z. B. bei Planck zu § 1163 zusammengestellt.

steht oder infolge Anfechtung als nie entstanden gilt. Auch hier gehen die Tatsachen, aus denen die Nichtexistenz der Forderung folgt, aus der Grundbucheintragung sogut wie nie hervor und können deshalb den späteren Gläubigern des Eigentümers sogar dann verborgen bleiben, wenn der Eigentümer selbst sie bei der Neubelastung kennt. So, wenn der Eigentümer im Einverständnis mit dem ersten „Gläubiger“ eine Hypothek für diesen hatte eintragen lassen, aber die Hingabe des versprochenen Darlehns wider Erwarten unterbleibt. Noch schwerer wird der Nachhypothekar die Ungültigkeit der vorstehenden Hypothekenforderung erkennen können, wenn der Grundeigentümer, dem er kreditieren will, garnicht der persönliche Schuldner des Vorhypothekars ist.

Deshalb bestimmt das BGB. (§ 1163 Abs. 1) gleichmäßig für alle Fälle ursprünglichen wie nachträglich eintretenden Fehlens der Forderung:

Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek.

Nicht unerwähnt mag jedoch bleiben, daß die Schaffung der Eigentümergrundsuld mangels Bestehens der Forderung in neuester Zeit als eine „Überspannung des Prinzips“ mißbilligt worden ist<sup>2)</sup>.

<sup>2)</sup> Von Horn. Eigentümerhypothek 74, und Siméon, Löschungspflichtige Eigentümergrundsuld 51. — Wenn Horn in der Bestimmung des § 1163 Abs. 1 „einen wirklichen Rückfall in das Locusprinzip“ sieht (S. 59/60), so ist dem entgegenzuhalten, daß eine mangels Bestehens der Hypothekenforderung entstandene Eigentümergrundsuld bei Aufhebung einer Vorhypothek ebensogut aufrückt wie jede andere Eigentümerhypothek. Naturrechtlich ist auch seine Behauptung, durch die Eigentümergrundsuld des § 1163 Abs. 1 werde „das Recht der Nachhypothekare verletzt und gekränkt“ (S. 60). Welches „Recht“? Auf gleicher Stufe steht seine Würdigung des Eigentümerpfandrechts als Rechtsinstitut: „Bei dem Anspruch des Eigentümers auf erledigte Gläubigerhypotheken handelt es sich in allerletzter Linie (!) nicht so sehr um ein beweisbares Recht als um einen wirtschaftlichen Machtspruch (des deutschen Gesetzgebers); wir stehen hier einemfait accompli gegenüber, mit welchem wir uns ein für allemal abzufinden haben“ (S. 68).



## II. Teil.

### § 6. Wesen des Eigentümergrundpfandrechts.

Es ist das Schicksal der Eigentümerhypothek gewesen, daß sie beständig mit den anerkannten Grundlagen des Rechts und der Rechtsdoktrin in Widerspruch zu geraten schien und dadurch zur Nachprüfung des Überkommenen anregte.

So geschah es mit dem Eigentumsbegriffe. Windscheid<sup>1)</sup> hatte das Eigentum als die Fülle des Herrschaftsrechts an der Sache bezeichnet und behauptet, daß es „als solches schrankenlos“ sei, aber, sei es durch Vorschriften des objektiven Rechts, sei es durch die Rechte Dritter, beschränkt werden könne. Wie ließ es sich dann vorstellen, daß der Eigentümer, der Inhaber dieser vollkommenen Macht über die Sache, ein solches *ius in re* an seiner eigenen Sache haben solle und daß ein ihm zustehendes Pfandrecht z. B. die Fülle seines Eigentumsrechts entgegen seinem Begriff doch nicht einengen solle?

Die Lösung dieser Widersprüche gab Hartmann in seinem Aufsätze über Rechte an eigener Sache, in dem er das Wesen des Eigentums eingehend untersuchte<sup>2)</sup>. Er ging davon aus, daß Eigentum als Rechtsanstalt überhaupt nur denkbar sei in einer dasselbe anerkennenden Rechtsgemeinschaft, hier freilich auch nie fehlen könne<sup>3)</sup>. Durch die Rücksicht auf das öffentliche Wohl sei es nun ausgeschlossen, daß das Recht den einzelnen Gliedern der Gemeinschaft eine schrankenlose Herrschaft über gewisse Güter einräumte, weil sonst der Zweck der Privatrechts-

<sup>1)</sup> Pand. § 167 S. 957.

<sup>2)</sup> S. 124—133.

<sup>3)</sup> Vgl. dazu Stammer, *Wirtschaft und Recht* S. 199/200, *Handwörterb. der Staatswiss. s. v. Eigentum und Besitz* 609; Hillmann, *Das Eigentum*, Berl. Phil. Diss. 1899 S. 45/46.

ordnung, jedem die Möglichkeit zu gewähren, an den Lebensgütern teilzunehmen, nicht erreicht werden könnte. Neben den allgemeinen Schranken jeder Rechtsausübung, wie dem Verbot der Schikane, kommen hier vor allem die Beschränkungen des freien Beliebens zugunsten des Grundstücksnachbarn in Betracht, die in keinem Rechte ganz fehlen, nur verschieden gezogen sind<sup>4)</sup>. Das Besondere des Eigentums könne also nicht in der unbegrenzten Macht über Sachen gefunden werden, es sei vielmehr die oberste, an sich meistumfassende privatrechtliche Sachenherrschaft, welche das Recht jeweils anerkennt; das Eigentum „enthalte in sich objektiviert den Zweck genereller Sachbeherrschung“ und unterscheide sich dadurch von den iura in re, die in ihrem Inhalt und Umfang stufenweise durch einen immer engeren, jedem Rechte dieser Art eigentümlichen Zweck bestimmt würden. Was Hartmann hier unter dem Einfluß Iheringscher Lehren „objektivierten Zweck“ nennt, sprechen wir heute als Rechtsinhalt an<sup>5)</sup>. So wird der Gegensatz zwischen Eigentum und anderen dinglichen Rechten richtiger nach ihrem verschiedenen

---

<sup>4)</sup> Das verkennt natürlich auch Windscheid nicht, vgl. § 169, wo eine Reihe gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen des römischen Rechts aufgezählt ist. Deshalb ist Gierkes Behauptung: „Das römische Eigentum gewährte seinem Begriffe nach [die Quellen des römischen Rechts geben keine Definition des Eigentums, Bekker, Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. II 11, 14] unumschränkte Macht“, ebensowenig zutreffend, wie die, daß „das römische Eigentum an jeder Sache die gleiche Beschaffenheit gehabt habe“ (II 360). Überall, wo man das oberste Herrschaftsrecht an Fahrnis und Grundstücken unter einem gemeinsamen Begriff zusammenfaßt, bleibt es wahr, daß der Eigentumsinhalt „durch die ungleiche natürliche Beschaffenheit der Sachgattungen differenziert ist“ (vgl. a. a. O. 361). Freilich bezieht Gierke m. E. zuviel in den Eigentumsinhalt ein, so, wenn er das Verbot der Pfändung der in § 811 ZPO. aufgezählten Sachen als Schutz des Eigentums an diesen Sachen kraft Sonderrechts bezeichnet und aus dem besonderen Persönlichkeitswert des Eigentums erklären will (S. 363/364, insbesondere A. 50). Denn alle diese Gegenstände sind auch dann unpfändbar, wenn sie der Person, die sie braucht, nicht gehören (vgl. die Fassung von § 811 selbst und dazu OLG. 3, 154). Und wenn dem Schuldner vier Ziegen oder Schafe gehören, so ist das Pfändungsverbot doch auch nicht auf das Eigentum an zwei bestimmten Tieren radiziert. Die volkswirtschaftliche Unterscheidung von Noteigentum und Freieigentum ist für die juristische Bestimmung des Eigentums nicht zu verwerten.

<sup>5)</sup> Vgl. die Überschrift des ersten Titels von Buch III Abschn. 3 des BGB.: Inhalt des Eigentums.

Inhalt begründet: der Eigentümer hat ein Herrschaftsrecht an der Sache, dessen Inhalt sich jeder positiven Beschreibung entzieht, während sich die Befugnisse, die den Inhalt anderer dinglicher Rechte bilden, durchweg näher schildern lassen<sup>6)</sup>.

Dagegen sind alle Sachenrechte in ihrem Objekt gleichartig: die begrenzten dinglichen Rechte ergreifen nach der unserem Recht zugrunde liegenden Vorstellung die Sache ebenso unmittelbar wie das Eigentum. Sie belasten nicht das Eigentum, sondern die Sache selbst<sup>7)</sup>. Damit fallen die Bedenken, die gegen das Recht an eigener Sache aus dem Gesichtspunkt erhoben werden könnten, daß ein solches Recht des Eigentümers sich gegen das Eigentum kehren müßte. Die dinglichen Rechte als solche stehen mithin der Übung des grundsätzlich freien Beliebens des Eigentümers nicht entgegen, sondern nur insofern, als sie Rechte Dritter (§ 903) sind. Als Rechte an fremder Sache freilich haben sie notwendig den Vorrang vor dem Eigentum, will sagen, daß der Eigentümer sein Recht insoweit nicht ausüben darf, als er dadurch der Übung der anderen Rechte am Grundstück im Wege stehen würde<sup>8)</sup>.

Das Grundpfandrecht im besonderen unterscheidet sich in seinem Gegenstande nicht von allen anderen dinglichen Rechten; es schafft eine unmittelbare Beziehung des Berechtigten zu dem Grundstück. Das ist die herrschende Ansicht. Anders fassen das Verhältnis die Anhänger der sog. Wertparzellen- oder Wertteilstheorie auf, neuerdings<sup>9)</sup> insbesondere Oberneck<sup>10)</sup>.

<sup>6)</sup> Kipp zu Windscheid I § 167 S. 857<sup>3</sup>, Gierke 364, Wolff 147.

<sup>7)</sup> Gierke 365/366, 598 Anm. 2.

<sup>8)</sup> Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung 32 ff.; Stammler, Handwörterbuch der Staatswiss. 611 s. v. Eigentum. Deshalb scheint es nicht richtig, wenn Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit 35 das Eigentum als „das inhaltlich negativ bestimmte, im Range allen an derselben Sache denkbaren Rechten nachstehende Ausschließungsrecht an einer Sache“ definiert. Die verschiedenen Ausschließungsrechte an derselben Sache kollidieren nicht inhaltlich ganz oder teilweise, wie Schmidt-Rimpler 31, 32 gelegentlich behauptet, sondern nur in der Ausübung durch verschiedene Berechtigte können sie aneinandergeraten (Hirsch 34).

<sup>9)</sup> Über und gegen die älteren Vertreter: Exner, Kritik 30—47.

<sup>10)</sup> Eigentümerhypothek 5—10; Grundbuchrecht II § 114. — Fuchs, Vorbem. 4 zu den §§ 1163—1179 gibt zu, daß „die Hypothek rechtlich am ganzen Grundstück haftet, faktisch aber sei die Wertparzellentheorie da“. Eine juristische Theorie ist überhaupt kein Faktum.

Ihnen ist der Rechtsakt der Begründung einer Hypothek oder Grundschuld „Einräumung eines Rechts auf Aneignung eines Teiles des Wertes oder des ganzen Wertes des Grundstücks“ und Objekt des Grundpfandrechts dieser aus dem Eigentum ausgeschiedene Wertteil selber.

Die Einwendungen gegen diese Theorie sind naheliegend und niemals widerlegt. Dernburg<sup>11)</sup> weist auf ihre handgreifliche Unrichtigkeit hin in Fällen, in welchen durch eingetragene Rechte der Grundstückswert bereits völlig erschöpft ist, und dennoch neue Eintragungen von Pfandrechten vorgenommen werden. Hier könnte mangels eines Objekts kein Pfandrecht entstehen, der Eigentümer also jederzeit auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Hypothek klagen (§ 894). Oberneck<sup>12)</sup> findet diesen Einwand nicht beweisend, weil der Wert einer Sache der freien Vereinbarung der Beteiligten unterliege, und durch den Hypothekenbestellungsvertrag zum Ausdruck gebracht werde, daß ein für die Hypothek ausreichender Wert vereinbartermaßen angenommen werde. Abgesehen davon, daß Oberneck hier Preis und Wert verwechselt, scheidet seine Argumentation daran, daß es bekanntlich Zwangs- und Arresthypotheken gibt. Weiter müßten bei Aufhebung einer Vorhypothek die aufrückenden Nachhypotheken ihren Gegenstand ändern, da ihnen ja jetzt eine andere „Wertparzelle“ haftet<sup>13)</sup>; ja keinem Pfandrecht würde ein Teil desselben Wertes haften, da der Wert „der freien Vereinbarung der Beteiligten unterliegt“.<sup>14)</sup>

Dem bürgerlichen Gesetzbuch liegt diese undurchführbare Vorstellung, die auf eine Verwechslung von Rechtsobjekt und Rechtsinhalt zurückführt, jedenfalls nicht zugrunde, wenn es die Schaffung von Grundpfandrechten durchgehends als Belastung eines Grundstücks behandelt. Richtig ist nur, daß das moderne Grundpfandrecht seinem Inhalt nach ausschließlich auf den

<sup>11)</sup> Bürgerl. Recht III § 209 S. 690. Vgl. Eck, Vorträge II 310.

<sup>12)</sup> Eigentümerhyp. 8, RGrR. II 23.

<sup>13)</sup> Wolff 528.

<sup>14)</sup> Vgl. gegen die obige Theorie etwa noch RG. 60, 254, Dümchen 410 ff. und Hirsch, Übertragung 414—417. — Wenn Ahsbahr, Jherings J. 50, 409 sich gegen die Wertparzellentheorie wendet, aber die Hypothek „das Recht an einem Grundstück auf einen Rangteil (?) des im Versteigerungserlös konkretisierten Grundstückswertes“ nennt, so kann ich darin keinen Fortschritt sehen.

Geldwert seines Gegenstandes gerichtet ist und sich dadurch von allen anderen Rechten unterscheidet; es ist das dingliche Recht auf einen bestimmten Geldbetrag, der durch Verwertung des Grundstücks und der mithaftenden Gegenstände in den Formen der Zwangsvollstreckung zu erzielen ist<sup>15)</sup>. In diesem Sinne kann man das Pfandrecht mit Kohler auch ein Wertrecht nennen, indem man darunter ein „Recht auf einen bestimmten, summenmäßigen Betrag“ versteht<sup>16) 17)</sup>.

Die Auffassung des Pfandrechts als eines dinglichen Rechts, das auf Erzielung einer bestimmten Geldsumme gerichtet ist, legt es nahe, nach weiteren Berührungspunkten dieses Rechts mit seinem Wesensverwandten aus dem Obligationenrecht, dem Anspruch auf eine Geldsumme, zu forschen, und hat dazu geführt, daß in mancherlei Schattierungen eine dem Recht des Grundpfandgläubigers entsprechende Leistungspflicht des jeweiligen Eigentümers des belasteten Grundstücks behauptet wird. Man pflegt die Vertreter dieser Auffassung in zwei Gruppen

<sup>15)</sup> Exner S. 25, 51, Wolff 449<sup>4</sup>, Dümchen 410—413, v. Tuhr, *Allgem. Teil I* 116.

<sup>16)</sup> Kohler, *ArchZivPrax.* 91 S. 156, 157, *Enzyklopädie I* S. 616/617.

<sup>17)</sup> Verfehlt erscheint mir die Definition, die Hirsch, *Übertragung* S. 233, für alle Pfandrechte gibt: Das Pfandrecht ist ein Gestaltungsrecht. Es verleiht die Macht zum Erwerb des Eigentums an künftigen Sachen, dem Gelderlöse. Die Erlösaneignung ist der Endzweck selbst. — Denn I. sieht Seckel, der dieser Rechtskategorie den Namen gegeben hat, ein Kennzeichen der Gestaltungsrechte darin, daß sie keine präsen- te unmittelbare Herrschaft über ein Objekt, z. B. eine Sache, gewähren (*Festg. d. jur. Ges. f. Koch* 208); das tut aber nicht nur das Pfandrecht an beweglichen Sachen, sondern auch das an Grundstücken. Vgl. Wolff 449<sup>1</sup>. 2. ist der Gelderlös ebensowenig eine „künftige Sache“ wie jede aus mehreren Geldstücken zusammensetzende Summe. 3. endlich ist der Akt, durch den das Versteigerungsgericht den Erlös an die Pfandgläubiger zahlt (§ 117 ZVG.), einer Besitzübertragung wie der nach § 929 BGB. die Eigentumsübertragung unter Privatpersonen vermittelnden viel eher vergleichbar als der einseitigen Besitzergreifung, etwa von Erzeugnissen einer Sache (§ 956); vgl. Heinsheimer, *KrVJSchr.* 49, 481—484. Daß der Pfandgläubiger keinen „privatrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Geldes oder gar auf Übertragung des Eigentums an dem ihm kraft seines Pfandrechts gebührenden Geld“ gegen das Gericht hat (Hirsch S. 421/422), steht unserer Vergleichung umsoweniger entgegen, als das dingliche Rechtsgeschäft überhaupt mit einem solchen Anspruch nichts zu schaffen hat.

zu teilen: die einen behaupten, nach Vorgang von v. Meibom<sup>18)</sup>, daß der Eigentümer des Grundstücks als solcher verpflichtet sei, den Geldbetrag, auf den die Belastung geht, aus dem Grundstück zu zahlen. Diese sogenannte Theorie der Realobligation entspricht dem geltenden Rechte nicht. Denn erstlich bestehen die natürlichen Früchte und sonstigen Gebrauchsvorteile eines Grundstücks (§§ 99 Abs. 1, 100) nicht in Geld, und ihr Erlös oder die zivilen Früchte selbst reichen möglicherweise gar nicht zur Befriedigung der Grundgläubiger hin; also würde ein Eigentümer, der die fälligen Grundschuldzinsen zahlte, unter Umständen etwas leisten, wozu er nicht gehalten wäre. Ferner ergibt sich aus § 1147 BGB., wie die vom Gesetz (§§ 1113, 1191, 1199) zur Begriffsbestimmung der Grundpfandrechte gebrauchte Wendung, wonach eine Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist, verstanden sein will: nicht als Zahlung durch den Eigentümer, sondern als Zahlung in den Formen der Zwangsvollstreckung, also gerade unter Ausschaltung jeglicher Leistung des Eigentümers durch Vermittlung staatlicher Vollstreckungsorgane<sup>19)</sup>. Endlich müßte die Annahme eines persönlichen Schuldverhältnisses dazu führen, auf die Schuld des Eigentümers ohne weiteres Sätze des Obligationenrechts anzuwenden, so daß etwa nach den Grundsätzen über nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung (§ 275) der Eigentümer von seiner Leistungspflicht durch dauernde Entwertung des Grundstücks befreit werden und damit auch das

<sup>18)</sup> Mecklenburg. Hyp.-Recht 39 f. — Eine Übersicht über die Anhänger gibt Wolff 451<sup>a</sup>.

<sup>19)</sup> Wolff 451. Vgl. Hirsch, Übertragung § 19. — Wenn freilich Hirsch daraus, daß der Pfandgläubiger keine Zahlung vom Eigentümer verlangen kann (§ 241 BGB.), folgert, daß „die freiwillige Geldleistung des Eigentümers garnicht die Befriedigung des Pfandgläubigers bewirkt“ (S. 428), und daß deshalb durch eine solche Zahlung das dingliche Recht nicht berührt werden könne (S. 429), so steht dem entgegen, daß auch im Obligationenrecht ein Nichtschuldner den Gläubiger befriedigen kann (§§ 267, 362 „bewirkt wird“), und daß durch freiwillige Zahlung eines Eigentümers die Gesamthypothek an den übrigen Grundstücken ebenso erlöschen kann wie durch Zahlung aus einem Grundstücke (§§ 1173 Abs. 1, 1181 Abs. 2). Daß „der Pfandgläubiger die vom Eigentümer angebotenen Geldstücke nicht als solcher annimmt“, daß „diese Annahme nicht eine Handlung ist, zu der der Pfandgläubiger durch Zuteilung des Pfandrechts von der Rechtsordnung ermächtigt ist“ (Hirsch ebenda), ist leere Phrase.

dingliche Recht ohne Löschung untergehen würde, Folgerungen, die dem Gesetz offen widersprechen<sup>20)</sup>.

Diese Klippe suchen andere Verfechter einer Leistungspflicht des Eigentümers, insbesondere v. Gierke<sup>21)</sup>, dadurch zu umschiffen, daß sie eine besonderen Grundsätzen unterstellte, durch das Recht der Schuldverhältnisse nicht unmittelbar geregelte dingliche Schuld des Eigentümers konstruieren. Die Annahme einer Schuld werde durch das Wesen des Pfandrechts als Sachhaftung begrifflich notwendig gemacht, da jede Haftung eine Schuld, für die gehaftet werde, voraussetze, ohne daß sich jedoch diese Schuld — das Leistensollen einer Person — nach dem Umfange der Haftung — dem Unterworfenen der Sache unter die Zugriffsmacht dessen, dem nicht geleistet wird, was ihm geleistet werden soll — bestimme<sup>22)</sup>. Der jeweilige Eigentümer schulde den Geldbetrag etwa der Grundschuld, hafte dafür aber nur mit dem Grundstück.

Zunächst ist die Konstruktion einer Schuld für alle entbehrlich, die das Wesen des Pfandrechts nicht in einer Haftung in diesem Sinne sehen, sondern in einem Verwertungsrecht<sup>23)</sup>, und dann widerstreitet jede Theorie, die eine irgendwie beschaffene Pflicht des Eigentümers zur Zahlung behauptet, dem Gesetzesinhalt: wäre der Eigentümer verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, so brauchte § 1142 ihm nicht noch das Recht dazu zu geben<sup>24)</sup>.

Wir mußten auf die einzelnen Pfandrechts-theorien eingehen, weil sich aus ihnen die verschiedenen Auffassungen über die Natur des Pfandrechts am eigenen Grundstück erklären.

<sup>20)</sup> Gierke 857<sup>22</sup>.

<sup>21)</sup> Sachenrecht § 158.

<sup>22)</sup> Gierke, Schuld und Haftung S. 7, 11, 108<sup>23</sup>. Vgl. Puntschart, Festschrift f. v. Amira S. 131, 135. Nach Puntschart braucht die dingliche Schuld keine gegenwärtige zu sein, sondern die Haftung besteht z. B. im Falle der Eigentümerhypothek für eine „künftige, eventuelle, vorerst nur gedachte Schuld des Eigentümers“ (S. 135, 165—167). Ähnlich Dernburg, Sachenrecht S. 689, 4. Damit wird die dingliche Schuld zur reinen Fiktion. Als solche bezeichnet sie auch Strohal, Iherings J. 57, 286.

<sup>23)</sup> Zitelmann, Internat. Privatrecht II S. 563/564, 566/567.

<sup>24)</sup> Predari, GBO. 124, Wolff 452. — Auch § 271 BGB., aus dem zu entnehmen ist, wann ein persönlicher Schuldner zur Leistung berechtigt ist, setzt als selbstverständlich voraus, daß der Schuldner nach Eintritt der bestimmten Zeit die geschuldete Leistung bewirken kann.

Oberneck, der Hauptvertreter der oben zurückgewiesenen Wertparzellentheorie, sieht in der Eigentümergrundschuld „ein Rechtsgebilde eigener Art, nämlich das nichterzwingbare Sonderrecht des Eigentümers am eigenen Grundstücke auf den in Form einer Grundkreditbelastung ausgeschiedenen, der Höhe und dem Range nach bestimmten Teil seines Grundstückwertes und bei einem durch einen Dritten bewirkten Zwangsverfahren auf den entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses<sup>25)</sup> oder Grundstücksertrages, das zwar selbst keine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld ist, aber beim Eintritt eines vom Eigentümer verschiedenen Berechtigten kraft Gesetzes zu einer solchen werden kann<sup>26)</sup>“.

<sup>25)</sup> Hier knüpft Predaris Definitionsversuch an (GBO. 124): Eigentümergrundschuld „das dingliche Recht auf Aneignung des im Verfahren der Zwangsvollstreckung ermittelten Wertes des haftenden Grundstücks in bestimmter Höhe“. Aber 1. den Wert des Grundstücks kann ich mir nicht aneignen, weil er etwas Unkörperliches ist, höchstens den Erlös, und der fällt sowieso in das Eigentum des bisherigen Grundstückseigentümers, s. Hirsch, Übertragung 418. 2. Wie sollte ein solches Aneignungsrecht verzinlich sein, sei es auch nur während einer Zwangsverwaltung? 3. Fällt die Eigentümergrundschuld in der Zwangsversteigerung aus, so hat sie also nach Predari nie bestanden.

<sup>26)</sup> LZ. 1, 369, RGrR. II 26. Ähnlich Bruck 218 (vgl. 154), der die Eigentümergrundschuld aus dem „Recht des Eigentümers auf den von einer Belastung freigewordenen Wertteil seines Grundstücks“ erklärt. In den Fällen, wo die Forderung von vornherein nicht bestand (§ 1163 Abs. 1 Satz 1), hat aber nie eine Belastung existiert, von der das Grundstück „freiwerden“ konnte. — Anstößig erscheint mit Rücksicht auf § 1163 Abs. 1 Satz 1 auch Dernburgs (Sachenr. 742) und Horns (S. 51) Ausdrucksweise, die ganz allgemein von einer „Sukzession“ des Eigentümers in die Hypothek sprechen. — Auch die rechtsgeschäftliche Bestellung einer Eigentümergrundschuld (§ 1196) auf einem sonst unbelasteten Grundstück kann doch nicht als „Entlastung“, als „Manifestation des freien Eigentums“ verstanden werden; denn wovon sollte ein unbelastetes Grundstück wohl „entlastet“ werden? Eine Konsequenz der Bruckschen Ansicht wäre, daß bei der Verteilung der Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke gemäß § 1172 Abs. 2 eine Eigentümergrundschuld für Berechnung des Grundstückswertes nicht in Abzug gebracht werden dürfte; denn es wäre ja keine „Belastung“. — Nach Güthe, der sich einen Gegner der Wertparzellentheorie nennt (DNotV. 6, 733 und GBO. 1651), ist die Eigentümergrundschuld „der bisher durch das Pfandrecht in Anspruch genommene Wertfaktor des Eigentumsrechts“. Ihrem Wesen nach ist sie „Eigentum und Pfandrecht“, wobei aber, solange der Inhaber der Eigentümergrundschuld nicht das Eigentum verliert oder über die Eigentümer-



Abgesehen von der sprachlichen Unbeholfenheit dieser langatmigen Definition bleibt bei ihr rätselhaft, wie ein Recht, das keins der drei Grundpfandrechte des achten Abschnitts ist, durch Abtretung, den Musterfall der Sondernachfolge in ein Recht, zu einem solchen werden kann. Auch macht diese Begriffsbestimmung sämtliche einschlägigen Vorschriften des Gesetzbuches zu Unwahrheiten: wenn § 1196 die Bestellung einer Grundschuld (§1191) für den Eigentümer zuläßt, so verordnet er etwas Unmögliches; wenn nach § 1177 durch Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in der Person des Schuldners sich die Hypothek in eine Grundschuld verwandelt, so ist diese „Grundschuld“ keine Grundschuld.

Aber auch von Gegnern der Wertparzellentheorie wird aus verschiedenen Gründen geleugnet, daß das Eigentümerpfandrecht ein ausübbares subjektives Recht gleich einem Fremdpfandrecht sei<sup>27)</sup>.

Ihering hatte in seinem Aufsatz über „Passive Wirkungen der Rechte“ nachzuweisen versucht, „daß bei vorübergehendem Mangel des Subjekts, sei es bei bereits gegenwärtigen oder bei zukünftigen Rechten, die passiven Wirkungen, welche das Recht bei seinem normalen Bestand auf die Außenwelt (Personen oder Sachen) ausübt, d. h. der Zustand rechtlicher Gebundenheit, in den die Sache oder Person versetzt wird, auch ohne gegenwärtiges berechtigtes Subjekt fortauern oder eintreten können“<sup>28)</sup>. Ob die Eigentümergrundschuld unter diesen Gesichtspunkt der

---

grundschuld verfügt, nur das Eigentum wirksam werden kann (Recht 1901 S. 220, GBO. 1652/1653). Danach würde die Verpfändung einer Eigentümergrundschuld als „Verfügung“ den Charakter der Eigentümergrundschuld ändern (so Güthe, GBO. 1562 u.), trotzdem Eigentum und Grundschuld immer noch in einer Person vereinigt sind. Also kann diese Vereinigung auch wohl nicht die Grundschuld unwirksam gemacht haben. Und wie könnten auf das Eigentum Zinsen in der Zwangsverwaltung entfallen? — Gegen Güthe auch Heinsheimer, Zweiparteienprinzip 2<sup>o</sup>.

<sup>27)</sup> Puntschart, Festschrift S. 130/131, 171, leugnet den Rechtscharakter auch des Fremdpfandrechts; umsomehr muß ihm die „widersinnige Ausdrucksweise: Pfandrecht an der eigenen Sache, eine juristische Unmöglichkeit besagen“ (S. 138, 139). Vgl. gegen Puntsoharts Angriff auf die subjektiven Rechte die maßvollen Ausführungen von Enneccerus § 65 I 2.

<sup>28)</sup> S. 390 ff.

passiven Gebundenheit des Grundstücks zu bringen oder als wirkliches Recht zu betrachten ist, will er davon abhängig machen, ob der Grundeigentümer der einzige eingetragene Gläubiger ist, oder ob neben ihm noch andere Hypothekengläubiger stehen. Im ersteren Falle sei nämlich eine Klage, für Ihering bekanntlich das Kennzeichen jedes subjektiven Rechts<sup>29)</sup>, undenkbar, im zweiten Falle sei eine Klage möglich und notwendig<sup>30)</sup>.

Für das Recht des BGB. ist diese Konstruktion, abgesehen von der oft hervorgehobenen begrifflichen Schwierigkeit, sich die passive Seite eines Rechts ohne die aktive vorzustellen<sup>31)</sup>, schon deshalb nicht passend, weil auch dem einzigen Eigenpfandgläubiger die Devastationsklage gegen jeden Dritten aus § 1134 Abs. 1 zusteht und, wenn er sein Eigentum zurzeit nicht beweisen kann, auch von Wichtigkeit sein kann. Deshalb ist auch Gierke nicht zu folgen, der bei dem Pfandrecht an eigener Sache die subjektive Seite des Grundpfandrechts, das Verhältnis des Pfandgläubigers zu Dritten, im Eigentum aufgehen läßt<sup>32)</sup>; denn danach müßte ja eine auf das hypothekarische Recht gestützte Devastationsklage grundsätzlich abgewiesen werden, wenn sich im Laufe des Prozesses herausstellte, daß der Kläger auch Eigentümer ist.

In Wahrheit ist die Eigentümerhypothek und -grundschild, wie ihr Name besagt, eine Hypothek oder Grundschuld, die dem Grundstückseigentümer zusteht<sup>33)</sup>. Diese Entscheidung ist völlig unabhängig davon, ob man in der Hypothek überhaupt Befugnisse findet, die nicht schon im Eigentum enthalten sind; denn selbst wenn die Hypothek dem Eigentümer keine weiteren Befugnisse zuführen könnte, würde daraus nicht, wie manche<sup>34)</sup>

<sup>29)</sup> Viel zu eng; vgl. Enneccerus 160<sup>5</sup>.

<sup>30)</sup> Ihering a. a. O. 456—458. Dagegen auch Windscheid § 65 Anm. 9; trotzdem hat Iherings Lehre Anhänger gefunden, vgl. die bei Horn S. 43f. Genannten, u. a. Hachenburg, Votr. 520, 523—525, 528—529, der die Eigentümergrundschild für eine Hypothek ohne Subjekt erklärt. Dawider mit Recht Wolff 528<sup>6</sup>, da sonst die Abtretung der Eigentümerhypothek die Verfügung eines Nichtberechtigten wäre!

<sup>31)</sup> Hartmann S. 113, 114.

<sup>32)</sup> S. 921 ff. — Gegen Gierke auch Horn 66, 67.

<sup>33)</sup> So z. B. Planck, Vorbem. z. 8. Abschn. S. 513/514 e und die dort Genannten; Horn 65.

<sup>34)</sup> Von Neueren z. B. Kindel S. 78, 79.

gemeint haben, die „begriffliche Unmöglichkeit“ folgen, daß dem Eigentümer beide Rechte als Rechte zuständen. Denn „warum sollte ich die Befugnis zu einer gewissen Behandlung der Sache nicht aus einem und zugleich noch aus einem anderen Grunde haben können?“<sup>35)</sup> — eine Erscheinung, die dem Obligationenrecht in der Konkurrenz von Ansprüchen längst geläufig ist. Bei näherem Zusehen entpuppt sich — übrigens nicht nur bei diesem Problem der Rechtswissenschaft — der Einwand der begrifflichen Unmöglichkeit als Bedenken an der Zweckmäßigkeit einer vom Gesetz geschaffenen Rechtslage: wozu bleibt die Hypothek bestehen, wenn der Eigentümer schon als solcher das umfassendste Herrschaftsrecht an der Sache hat? Die Antwort auf diese Frage enthüllt einen Vorzug der Rechte Dritter vor dem Eigentum am belasteten Grundstück. Der Eigentümer kann kraft seines Eigentums Dritten die vom Gesetz umgrenzte Zahl von Rechten an der Sache einräumen, ohne daß sein Eigentum damit aufhörte, das umfassendste, näher nicht bestimmbar Recht an der Sache zu sein. Der Eigentümer ist nur, wofern das begrenzte dingliche Recht einem anderen zusteht, für die Dauer seines Bestehens in der Ausübung des Eigentums soweit beschränkt, als durch die Ausübung des Eigentums der andere in der Ausübung seines begrenzten dinglichen Rechtes beeinträchtigt werden würde<sup>36)</sup>. Endigt das letztere Recht, so fällt damit die Ausübungsschranke für das Eigentum fort. Dies ist die sogenannte Elastizität des Eigentums<sup>37)</sup>. Die eben geschilderte Reihen-

<sup>35)</sup> Bekker, ZVerglR. 2, 45. Vgl. Hartmann 133, Huber 41—43.

<sup>36)</sup> Siehe oben S. 30<sup>8</sup>.

<sup>37)</sup> Diese Erscheinung spricht, wie Hirsch Übertr. 170 f. mit Recht ausführt (beistimmend Heinsheimer, KrVJSchr. 49, 467), gegen die Bezeichnung der begrenzten Rechte als „verselbständigte Eigentumssplitter“ (Gierke II 359, 366; Wolff 148<sup>4</sup>), ebensosehr wie die Macht des Eigentümers, einen zweiten unbedingten Nießbrauch an seinem Grundstück zu bestellen (Hirsch 204, 205, vgl. auch Schmidt-Rimpler 46). Freilich ist es m. E. auch nicht angängig, von der Bestellung begrenzter dinglicher Rechte als von einer „Vervielfältigung des Eigentums“ zu reden (dagegen auch Heinsheimer a. a. O. 469—471); welche Befugnis des Eigentümers findet sich wohl in einer servitus altius non tollendi vervielfältigt? Und wenn Hirsch einerseits betont, daß „das Verhalten des abgeleitet Berechtigten nur Ausübung seines Rechts, nicht auch des Mutterrechts ist“ (S. 186 A. 1), wie reimt sich damit zusammen, daß er das abgeleitete

folge der Ausübung von Mutterrecht und abgeleitetem Recht entspricht dem, was das Gesetz (§ 879 ff.) unter dem Rangverhältnis mehrerer Grundstücksbelastungen versteht<sup>38)</sup>; deshalb kann man auch von dem Eigentum sagen, daß es im Vergleich mit den Rechten Dritter an der Sache diesen im Range nachsteht. Aber in einem wichtigen Punkte unterscheidet sich das Rangverhältnis des Eigentums zu den begrenzten dinglichen Rechten von dem der letzteren Rechte untereinander: es ist nach heutigem Rechte unabänderlich<sup>39)</sup>, während die Rangfolge der anderen Rechte untereinander von ihrer Entstehungszeit oder Eintragung abhängig ist und gemäß § 880 noch nachträglich mit dinglicher Wirkung geändert werden kann.

Würde der Eigentümer nicht durch das begrenzte dingliche Recht beschränkt werden, so könnte ein solches neben ihm als dem Inhaber des allgemeinsten Ausschließungsrechts überhaupt nicht aufkommen. Damit der Eigentümer, etwa bei der Zwangsversteigerung, mit dinglicher Wirkung einen bestimmten Betrag aus dem Erlöse vor einem Pfandgläubiger verlangen kann, bedarf er also selbst eines Pfandrechts; denn sein Eigentum, beschränkt durch das Recht des Dritten, wie es ist, kann ihm diese Befugnis nicht gewähren. Da eine Grundschuld, mag sie auch vorläufig die einzige Grundstücksbelastung sein, begrifflich den Rang vor allen künftigen Belastungen<sup>40)</sup> hat, so kann die dem Eigentümer zustehende Grundschuld in keinem Moment als bloße „pfandrechtlich gefärbte Eigentumssphäre“<sup>41)</sup> verstanden

---

Recht durch „Übertragung der Ausübung des Mutterrechts“ entstehen läßt? (S. 173 ff.). Vgl. über das Verhältnis der begrenzten dinglichen Rechte zum Eigentum — Beschränkung der Ausübung des Mutterrechts ohne Minderung des Rechtsinhalts — Kipp zu Windscheid § 65 Anm. 9.

<sup>38)</sup> Siméon, Löschungspf. Eigentümergrundschild 23 behauptet, daß „unter obligatorischen Rechten ein Rangverhältnis begrifflich unmöglich sei“. Das ist, wie u. a. § 61 KO. beweist, nicht richtig. Weitere Beispiele (BGB. §§ 1973, 1974, 1991) bei Strohal, Iherings J. 57, 268 A. 50 a.

<sup>39)</sup> Hirsch, Übertr. 200<sup>1</sup>.

<sup>40)</sup> Das Recht auf die allen Rechten an dem belasteten Grundstück vorgehende Überbaurente (§ 914) ist kein selbständiges Recht, sondern gehört zu dem Inhalt des Eigentums am überbauten Grundstück, vgl. Wolff 165.

<sup>41)</sup> Puntsohart, Festschr. 141.

werden, sondern muß von vornherein eine wahre Grundschuld sein<sup>42)</sup>.

Freilich ist die Vereinigung von Eigentum und Grundpfandrecht in einer Person für die Wirksamkeit des letzteren nicht bedeutungslos. Teils folgt daraus, daß Eigentümer und Gläubiger identisch sind, die tatsächliche Unmöglichkeit, die Ansprüche geltend zu machen, die dem Hypothekar gegen den Eigentümer zustehen, so die Unterlassungsklage des § 1134 wegen Gefährdung der hypothekarischen Sicherheit infolge Verschlechterung des Grundstücks. Teils sind dem Eigenpfandgläubiger durch das Gesetz wichtige Befugnisse entzogen, die dem Fremdhypothekar zustehen: der Eigentümer kann, mag er Gläubiger einer Grundschuld oder einer Hypothek (§ 1177 Abs. 2) sein, nicht selbst die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben (§ 1197 Abs. 1). Der gesetzgeberische Grund dieser Bestimmung ist, daß der Eigentümer das Recht, die Vollstreckung zu betreiben, leicht mißbrauchen könnte; insbesondere könnte er in Zeiten ungünstiger Bodenkonjunktur sein Grundstück durch eine Zwangsversteigerung von den der Eigentümergrundschuld nachgehenden Lasten reinigen, indem er das Grundstück zu so niedrigem Preise ersteht, daß diese Lasten ausfallen<sup>43)</sup>. Ferner gebühren dem Eigentümer Zinsen aus dem Grundstück nur für die Dauer einer auf Antrag eines anderen eingeleiteten Zwangsverwaltung (§ 1197 Abs. 2)<sup>44)</sup>.

Aber alle diese Schmälerungen des Grundpfandrechts treten zurück hinter der pfandrechtlichen Hauptbefugnis, die der Eigen-

---

<sup>42)</sup> Nach Hirsch 199 soll die Bestellung einer Eigentümergrundschuld deshalb kein neues Recht schaffen, weil dadurch „dem Nationalvermögen kein neuer Wert zugeführt wird“!

<sup>43)</sup> Wolff S. 523/524; Mot. III 573.

<sup>44)</sup> Hirsch, Übertr. 157 behauptet, daß „das Zinsrecht wegen tatsächlicher Unmöglichkeit der Ausübung ruhe“. Aber warum sollte es unmöglich sein, daß der Eigentümer, wenn das Grundstück zur Zwangsvollstreckung kommt, rückständige Zinsen für sich liquidierte? Dem klaren Wortlaut des Gesetzes (§ 1197 Abs. 2) widerspricht Hirschs Ausführung (S. 156/157), das Recht auf Zinsen aus dem Grundstück werde erst in der Hand eines Fremdgäubigers wieder ausübbar, und erst dann würden die für die Eigentümergrundschuld maßgebend gebliebenen Zinsbestimmungen der Hypothekenforderung (§ 1177 Abs. 1) bedeutungsvoll. Über den wahren Grund der Zinsbeschränkung s. unten S. 44<sup>7</sup>.

tümer als Gläubiger mit jedem Fremdgäubiger teilt: dem Recht auf einen bestimmten Betrag, der aus dem Grundstück zu entnehmen ist; denn wird das Grundstück einmal auf Betreiben eines anderen Berechtigten zur Zwangsvollstreckung beschlagnahmt, so wird die Grundschild des Eigentümers, wie jedes andere eingetragene Recht, an der ihr durch die Rangordnung zugewiesenen Stelle berücksichtigt<sup>45</sup>). Deshalb ist es nicht angebracht, die Eigentümergrundschild schlechthin als ruhendes Recht zu bezeichnen<sup>46</sup>). Dagegen wird die Schmälerung des Pfandrechts während seiner Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person treffend als Beschränkung der Ausübung, als teilweises Ruhen charakterisiert, weil nach Veräußerung des Grundstücks die ehemalige Eigentümergrundschild ohne weiteres, will heißen ohne Inhaltsänderung durch Rechtsgeschäft (§ 877), wieder in allen Beziehungen wie ein normales Grundpfandrecht ausgeübt werden kann<sup>47</sup>).

Damit, daß wir uns die Eigentümergrundschild solcherart als ruhend vorstellen, haben wir schon die Anschauung von Horn zurückgewiesen, als sei die Eigentümergrundschild „ein bloß vorbereitendes, interimistisches Rechtsverhältnis, ein juristischer Platzhalter“, als „strebe sie danach, wieder zu einer normalen Grundschild zu werden“<sup>48</sup>); denn dieses Streben nach Vervollkommnung dichtet Horn unserem Rechte an, und wäre die Hypothek des Eigentümers wirklich „bloß vorbereitend“, so würde es als ein merkwürdiger Einfall des Gesetzgebers zu bezeichnen sein, daß er die durch sie angeblich vorbereitete Fremdhypothek gerade in dies niedere Stadium zurückversetzt (§§ 1143, 1177 Abs. 2).

<sup>45</sup>) Die allgemeinen Grundsätze der Rangordnung (§ 879) werden durch § 1176 BGB. — davon unten — und § 128 ZVG. abgeändert. Nach dieser Vorschrift kann das aus einer Sicherungshypothek für die Forderung gegen den Ersteher entstandene Eigentümerpfandrecht nicht zum Nachteil der in der Zwangsversteigerung bestehen gebliebenen Rechte (vgl. ZVG. § 91 Abs. 2 und 3) oder einer anderen Sicherungshypothek gleicher Art geltend gemacht werden.

<sup>46</sup>) Ebenso Hirsch, Übertr. S. 156/157.

<sup>47</sup>) Vgl. Kipp zu Windscheid § 65<sup>9</sup>, Hirsch S. 148/149 A. 4, 5.

<sup>48</sup>) S. 61. — Auch Punschart 165 nennt die Eigentümergrundschild „ein vorbereitendes Geschäft für eine Grundschild“.

### III. Teil.

## Entstehungsgründe für Grundschuld und Hypothek des Eigentümers.

### 1. Nachträgliche Entstehung des Grundpfandrechts des Eigentümers (Verwandlung der Fremdhypothek in eine Eigentümergrundschuld).

#### § 7. Entstehung durch Konfusion.

Von der nachträglichen Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum in einer Hand ist die Entwicklung des Eigenpfandrechts ausgegangen, die dazu führte, auch die Neubegründung eines Pfandrechts für den Grundstückseigentümer anzuerkennen. Die Gründe, aus denen nach heutigem Recht eine Fremdbelastung kraft Gesetzes sich in ein Eigentümerpfandrecht verwandelt, sind so mannigfach und für den Rechtsverkehr so ungleich wichtiger als die Fälle, wo durch darauf gerichtetes Rechtsgeschäft eine Grundschuld für den Eigentümer entsteht, daß es sich empfiehlt, mit den ersteren zu beginnen.

Erwirbt der Eigentümer eines Grundstücks eine auf diesem lastende Hypothekenforderung gegen einen Dritten oder eine Grundschuld durch Abtretung oder als Gesamtnachfolger, so folgt aus dem für das Liegenschaftsrecht geltenden Grundsatz des § 889, daß die Hypothek oder Grundschuld nicht erlischt. Freilich bestimmen sich die Rechte des Eigentümers aus der Hypothek, solange die Vereinigung dauert, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften (§ 1177 Abs. 2); er kann also insbesondere nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben (§ 1197 Abs. 1). Ferner geht durch

die Vereinigung die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, unter (§ 1178 Abs. 1).

War aber eine verzinsliche Hypothekenforderung einem Dritten verpfändet, so erstreckte sich das Pfandrecht an der Forderung kraft Gesetzes auf deren Zinsen (§ 1289<sup>1)</sup><sup>2)</sup>. Dem Dritten steht infolgedessen, soweit seine durch Pfand gesicherte Forderung fällig ist, im Zweifel (§ 1284) das Recht zu, zur Befriedigung wegen seiner Forderung die Zinsen der verpfändeten Hypothekenforderung ohne Mitwirkung des Hypothekars einzuziehen oder sich den Anspruch darauf von dem Hypothekar an Zahlungsstatt abtreten zu lassen (§ 1282 Abs. 1). Dieses Recht des Pfandgläubigers an der Hypothek bezieht sich in gewissem Umfang auch auf die rückständigen Zinsen der Hypothekenforderung (§ 1289 Satz 2). Insoweit danach dem Pfandgläubiger ein Recht an dem Anspruch des Hypothekengläubigers auf die rückständigen Zinsen zusteht, erlischt die Hypothek für diese Rückstände nicht dadurch, daß der Hypothekengläubiger Grundstückseigentümer wird (§ 1178 Abs. 1 Satz 2). Das Erlöschen tritt im Falle der Verpfändung vielmehr erst in dem Zeitpunkt ein, wo der Zinsanspruch von der Haftung für die Forderung des Pfandgläubigers frei wird, regelmäßig ein Jahr nach Fälligkeit der Zinsforderung, wenn nicht der Pfandgläubiger vorher dem Schuldner angezeigt hat, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache (§§ 1289 S. 2, 1123 Abs. 2).

Die Sondervorschrift des § 1178 Abs. 1 Satz 2, wonach der Untergang der Nebenleistungshypothek zugunsten des Pfandgläubigers an der konfundierten Hypothek<sup>3)</sup> ausgeschlossen ist, scheint in Widerspruch zu stehen mit der Vorschrift, daß dem Eigentümerhypothekar nur für die Dauer einer Zwangsverwaltung Zinsen aus dem Grundstück gebühren (§ 1197 Abs. 2). In Wirk-

<sup>1)</sup> Entsprechendes gilt bei Verpfändung einer Grundschuld, § 1291.

<sup>2)</sup> Es wird im folgenden angenommen, daß das Forderungspfandrecht nicht ausdrücklich als Nutzpandrecht bestellt ist (§§ 1273 Abs. 2, 1213 Abs. 1), da die Zinsforderungen in diesem Falle dem Pfandgläubiger mit Fälligkeit ohne weiteres zukommen (§§ 99 Abs. 2, 101 Ziff. 2, Wolff 611 III), sich also garnicht mit dem Eigentum vereinigen.

<sup>3)</sup> Bezüglich eines Nießbrauchs an der Hypothekenforderung vgl. das Beispiel bei Brinck 209.



lichkeit aber bleibt dieser Grundsatz durch die zugunsten des Pfandgläubigers an der Hypothek getroffene Ausnahme unberührt. Denn das Fortbestehen der Nebenleistungshypothek wirkt trotz der unbeschränkten Fassung des § 1178 Abs. 1 Satz 2 nur zugunsten des Pfandgläubigers an der Hypothek und führt niemals dazu, dem Eigentümer für sich eine erweiterte Zinssicherung zu verschaffen<sup>4)</sup>. Freilich kann der Eigentümerhypothekar dem Pfandgläubiger mit dem persönlichen Anspruch auf die rückständigen Hypothekenzinsen auch die Hypothek dafür entziehen, indem er jenen Anspruch durch formlosen Vertrag (§§ 1159, 398) an X abtritt. Damit befreit er den Zinsanspruch von der Haftung für die Forderung des Pfandgläubigers (§§ 1289 Satz 2, 1124 Abs. 1)<sup>5)</sup>. Da ihm aber die Hypothek für den Rückstandsanspruch wie gesagt nicht zur Verfügung steht, so geht sie — trotz § 401 — nicht auf den Zessionar über, sondern erlischt nun auch im Verhältnis zum Pfandgläubiger, ohne daß sie von der Übertragung besonders ausgeschlossen werden müßte<sup>6)</sup>.

So wenig im Falle nachträglicher Vereinigung einer verpfändeten Grundschuld (vgl. Anm. 1) mit dem Eigentum am Grundstück die Zinsrechte des Pfandgläubigers geschmälert werden, liegt ein Grund vor, dem Pfandgläubiger den dinglichen Zinsanspruch als Haftungsgegenstand zu entziehen, wenn das Pfandrecht erst nach der Umwandlung der verzinslichen Hypothek in eine Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs. 2) bestellt wird. Denn der grundsätzliche Ausschluß der Zinshaftung bei Eigentümergrundschulden (§ 1197 Abs. 2) ist erfolgt, weil vor der Zwangsverwaltung die Grundstückseinkünfte dem Grundeigentümer gebühren, die Zinsen aber als eine Belastung dieser Einkünfte erscheinen<sup>7)</sup>. Nicht etwa hat die Rücksicht auf die Nachhypothekare

<sup>4)</sup> Das ergeben die überzeugenden Ausführungen von Wolff 540<sup>o</sup> in Verbindung mit 107 f.

<sup>5)</sup> Waren die Zinsen der Hypothekenforderung pränumerando zu entrichten, so ist die Verfügung des Hypothekars über den Anspruch auf die Zinsrückstände dem Pfandgläubiger gegenüber, der laut Anzeige an den Schuldner von seinem Einziehungerecht Gebrauch macht, insoweit unwirksam, als die Zinsen auf eine spätere Zeit entfallen als das zur Zeit dieser Anzeige laufende und das folgende Kalendervierteljahr (§§ 1289 Satz 2, 1124 Abs. 2).

<sup>6)</sup> Vgl. Wolff 538<sup>o</sup>, 477<sup>o</sup>.

<sup>7)</sup> Wolff 524, 2; Mot. III 734.

bei der gesetzlichen Regelung mitgesprochen, denn durch Abtretung seines Grundpfandrechts an einen Dritten kann der Eigentümer jederzeit den Zinsanspruch zum Leben erwecken. Da aber dem Pfandgläubiger ein Anteil an den Grundstückseinkünften nicht zusteht, so trifft der Grund, aus dem die Zinshaftung des Grundstücks für den Eigentümer ausgeschlossen ist, ihm gegenüber nicht zu. Nicht mehr als von einem Zessionar steht ferner von dem Pfandgläubiger an der Eigentümerhypothek zu befürchten, daß er das Recht, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen der Zinsansprüche zu betreiben, mißbrauchen könnte. Deshalb ist dem Pfandgläubiger<sup>9)</sup> an einer Hypothekenforderung oder Grundschuld des Eigentümers — im Gegensatz zum Reichsgericht<sup>9)</sup> — auch das Recht auf Zinsen aus dem Grundstück zuzusprechen.

Bisher hatten wir angenommen, daß bei der nachträglichen Konfusion der verpfändeten Hypothek mit dem Eigentum die persönliche Forderung erhalten blieb, etwa weil der Ersthypothekar das auf Antrag der Nachhypothekare versteigerte Grundstück erstanden hat. Beerbt jedoch der persönlich schuldende Eigentümer den Hypothekar, so erlischt durch die Vereinigung auch die Forderung, und die Hypothek wird kraft Gesetzes Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1). Dem Pfandgläubiger aber wird durch diese Vorgänge, obwohl das Gesetz wie beim Nießbrauch an einer Forderung von den Wirkungen der Konfusion von Forderung und Schuld schweigt, sein bisheriges Recht nicht verkümmert<sup>10)</sup>, ebensowenig wie dem Nießbraucher<sup>11)</sup>. Er kann, wenn seine Forderung gegen den Eigentümer fällig ist, nicht nur die Zinsen der konfundierten Forderung aus dem Grundstück verlangen, sondern auch „Abtretung“ der Forderung samt Hypothek (§ 1282 Abs. 1 Satz 3) fordern<sup>12)</sup>. Mit der Abtretung

<sup>9)</sup> Ebenso dem Nießbraucher, dem die Zinsen kraft seines Fruchtziehungsrechts für die Dauer seiner Berechtigung zu vollem Rechte gehören (§§ 1080, 1068, 1030, 101 Ziff. 2).

<sup>9)</sup> RG. 60, 360 ff. Wie RG. Wolff 524<sup>4</sup>, Güthe, GBO. 1653/1654.

<sup>10)</sup> Brinck 23. Dasselbe nahm man schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechts an, vgl. Windscheid I § 65 Anm. 6, § 248 Anm. 12.

<sup>11)</sup> Planck § 1071, 5, Wolff 405<sup>15</sup>.

<sup>12)</sup> Eine Kündigung der Hypothek seitens des Pfandgläubigers (§ 1283 Abs. 3) erübrigt sich neben der Fälligkeit der Pfandforderung, selbst wenn nach den für die Hypothekenforderung getroffenen Bestimmungen die Fälligkeit erst eine gewisse Zeit nach Kündigung ein-

wird die Eigentümergrundsschuld Fremdhypothek, ohne daß es einer besonderen rechtsgeschäftlichen Umwandlung (§ 1198) bedürfte, und die alte Forderung des Pfandgläubigers erlischt, da die Abtretung nicht erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2), sondern an Zahlungsstatt geschieht.

Eine ähnliche Erscheinung wie bei Verpfändung einer Hypothekenforderung findet sich auch bei Gesamtschuldverhältnissen, daß nämlich die schwächenden Wirkungen der Konsolidation von Hypothek und Eigentum zugunsten Dritter nicht eintreten. Das soll folgendes Beispiel lehren:

A, B, C schulden dem G 10 000 M., zu vier Prozent in Jahresraten vom 1. Januar 1909 ab verzinslich, als Gesamtschuldner (etwa nach § 427 BGB.). Für die Forderung des G gegen sie bestellt A Hypothek an seinem Grundstück. Im Innenverhältnis ist C allein verpflichtet. G beerbt nun den A im Januar 1910. Diese Tatsache wirkt nur für und gegen ihn (§ 425). Er fordert die 10 000 M. nebst Zinsen seit dem 1. Januar 1909 von B und erhält sie am 1. Januar 1911. Damit erwirbt B die Forderung samt Hypothek (§ 426 Abs. 2 Satz 1). Kann er nun, wenn ihm C nicht sicher scheint, wegen 10 800 oder nur wegen 10 400 M. die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben? M. E. wird man sich trotz § 1178 Abs. 1 und trotz § 1197 Abs. 2 für das erstere zu entscheiden haben, weil anderenfalls die Konfusion eben doch nicht nur gegen den, in dessen Person sie eintrat, sondern mittelbar auch gegen die übrigen Gesamtschuldner wirken würde.

Besondere Wirkungen hat die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit bei Gesamthypotheken (§ 1132). Vereinigt sich Forderung und Schuld in der Person eines der mehreren Eigentümer, so erwirbt dieser (entsprechend den §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1) die Hypothek als Eigentümergrundsschuld, jedoch nur an seinem Grundstück, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt (§ 1173 Abs. 1). Ist der Eigentümer, in dessen Person sich die Vereinigung vollzieht, Eigentümer mehrerer von den verbunden haftenden Grundstücken, so erwirbt er eine

---

treten sollte. Denn der Eigentümer weiß ja, daß der Pfandgläubiger einen fälligen Anspruch auf eine bestimmte Geldsumme hat, so braucht er nicht noch durch Kündigung der verpfändeten Forderung darauf vorbereitet zu werden, zahlen zu müssen. Ähnl. Brinck 192.

Gesamtgrundschuld an diesen<sup>13)</sup>. War der Eigentümer, der die Forderung des Gesamthypothekars erwirbt, nicht persönlicher Schuldner, so erwirbt er an seinem Grundstück eine Hypothek (§ 1177 Abs. 2). Erfolgt die Vereinigung von Hypothek und Eigentum kraft Gesetzes oder durch richterliche Überweisung, so bleibt diese Hypothek des Eigentümers mit der Hypothek an den anderen Grundstücken Gesamthypothek; wird die Hypothekenforderung dagegen vom Gläubiger an den Eigentümer abgetreten, so erlischt dadurch die Hypothek an den Grundstücken der übrigen Eigentümer, und die Nachhypothekare rücken auf. Das Gesetz (§ 1173 Abs. 1 Satz 2) hat insofern die Übertragung der Hypothek der Befriedigung durch den Eigentümer gleichgestellt, weil sonst die vom Gesetz normierten Folgen der Befriedigung dadurch vermieden werden könnten, daß der Eigentümer sich von dem Gläubiger gegen Zahlung der Schuldsumme als „Kaufpreises“ die Forderung abtreten ließe, wodurch die Gesamthypothek auf ihn überginge (§ 1153)<sup>14)</sup>.

Die Gleichstellung der Konfusion von Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers mit der Befriedigung erstreckt sich auch auf den Fall des § 1173 Abs. 2. Könnte der Eigentümer, wenn er den Gläubiger befriedigt hätte, von den übrigen Eigentümern Ersatz verlangen, etwa auf Grund eines sämtliche Eigentümer umschließenden Gesamtschuldverhältnisses (§ 426), so geht insofern auch die Hypothek an den übrigen Grundstücken auf ihn über, wenn er beispielsweise den Hypothekengläubiger beerbt (vgl. § 425).

Auf Grundschulden finden die entwickelten Sätze über die Wirkung der Konfusion bei Einzel- und Gesamthypotheken entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzt (§ 1192 Abs. 1). Insbesondere gelten für Zinsen der Grundschuld die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung (§ 1192 Abs. 2), so auch § 1178.

Danach entsteht eine Eigentümergrundschuld dadurch, daß die Grundschuld an den Eigentümer abgetreten wird oder

<sup>13)</sup> Gierke 938 V 1.

<sup>14)</sup> Ebenso Brinck 103, während Planck A. 2 b  $\beta$  und Turnau-Förster A. 8 zu § 1173 zwischen gesetzlicher (oder richterlicher) und rechtsgeschäftlicher Übertragung keinen Unterschied machen, obwohl die ratio legis dort offenbar versagt.

auf andere Weise auf ihn übergeht (§ 889). Dagegen kann der Gläubiger einer Grundschuld, die ursprünglich zur Sicherung einer Forderung gegen den Eigentümer bestellt wurde, die Grundschuld ohne Forderung abtreten, da § 1153 keine Anwendung findet. Beerbt nun der Eigentümer den persönlichen Gläubiger, so hat das Erlöschen der Forderung auf das Recht des Grundschuldgläubigers keinen vernichtenden Einfluß.

Die Anwendung der hypothekenrechtlichen Regeln auf eine Gesamtgrundschuld ergibt für die verschiedenen Konfusionsfälle folgendes. Erwirbt einer der Eigentümer die Gesamtgrundschuld durch rechtsgeschäftliche Verfügung, so erlischt sie auf den Grundstücken der anderen Eigentümer gemäß § 1173 Abs. 1 Satz 2, wo wohlweislich von einer Übertragung nicht der Forderung, sondern des Gläubigerrechts die Rede ist. Dagegen hat die Vereinigung einer neben der Grundschuld einherlaufenden, nach der Absicht der Beteiligten durch sie gesicherten Forderung mit der Schuld in der Person eines Eigentümers nicht die Folge, daß die Gesamtgrundschuld, wie es bei der Gesamthypothek geschieht, auf den Grundstücken der anderen Eigentümer erlischt<sup>15)</sup>. Hatten<sup>16)</sup> die letzteren die Grundschuld an ihren Grundstücken selbst bestellt, so steht ihnen nunmehr ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Gläubiger der Gesamtgrundschuld zu, weil er durch ihre Leistung etwas erlangt hat, und der rechtliche Grund der Leistung, nämlich Sicherung der persönlichen Forderung, mit Erlöschen der Forderung weggefallen ist (§ 812). Die Herausgabe der Bereicherung erfolgt durch Verzicht des Gläubiger-Eigentümers auf die Grundschuld an den Grundstücken der anderen Eigentümer, wodurch die Grundschuld hier erlischt (§§ 1175 Abs. 1 Satz 2, 1192 Abs. 1).

## § 8. Entstehung der Eigentümergrundschuld durch Verzicht.

a) Verzicht bei Einzelbelastungen. Verzichtet der Gläubiger einer Einzelhypothek auf seine Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer als Grundschuld (§§ 1168, 1177 Abs. 1), während die persönliche Forderung dem Gläubiger verbleibt. Der Übergang

<sup>15)</sup> Übereinstimmend Hachenburg, Vortr. 624.

<sup>16)</sup> Vgl. zum folgenden unten S. 71<sup>57</sup>.

der Hypothek auf den Eigentümer im Falle des Verzichtes ist in zweiter Lesung in das Gesetzbuch aufgenommen, weil der Verzicht meist durch anderweitige hypothekarische Sicherung der Forderung oder gegen Entgelt vom Eigentümer erwirkt sein wird, und die Früchte seiner Aufwendung nicht den Nachhypothekaren in den Schoß fallen sollen<sup>1)</sup>. Der Verzicht geschieht durch einseitige formlose Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamte oder dem Eigentümer und Eintragung in das Grundbuch (§ 1168 Abs. 2). Vor der Eintragung ist der Gläubiger an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben<sup>2)</sup> oder dem Eigentümer eine den Vorschriften der Grundbuchordnung (§§ 28, 29) entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat (§ 1168 Abs. 2 Satz 2). Ob er die Eintragung des Verzichtes selbst oder die Eintragung der Rechtsfolge durch Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer bewilligt, gilt gleich, ebenso wie beide Einträge für die materielle Rechtslage gleichbedeutend sind<sup>3)4)</sup>.

<sup>1)</sup> Prot. III 602. — Besonders gefährlich wäre solch Aufrücken für den Eigentümer, der das Grundstück verkauft und dem Käufer versprochen hat, es von Hypotheken zu befreien. Denn durch Abfindung eines Vorhypothekars würde er den nachstehenden Gläubiger gerade weniger geneigt machen, seine — dadurch verbesserte — Sicherung aufzugeben.

<sup>2)</sup> Erfolgt auf Grund einer solchen privatschriftlichen Erklärung des Gläubigers ordnungswidrig (§ 29 GBO.) die Eintragung, so ist der Verzicht perfekt; vgl. Güthe § 19 A. 22 a. E.

<sup>3)</sup> Vgl. Wolff 514<sup>5</sup>.

<sup>4)</sup> Siber, Buchrechtsgeschäft 44<sup>2</sup> will für Grundpfandrechte zwei Arten von Verzicht unterscheiden: den „Aufhebungsverzicht“ der §§ 1183, 875 und den „Übertragungsverzicht“ des § 1168. Abgesehen davon, daß er sich durch diese Benennung mit der gesetzlichen Terminologie in Widerspruch setzt (vgl. § 1165: verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sie nach § 1183 auf, . . .), ist es geradezu unrichtig, wenn er den Fall des § 1175 Abs. 1 Satz 2, daß ein Gesamthypothekar auf die Hypothek an einem der Grundstück verzichtet, als einen unter § 875 fallenden „Aufhebungsverzicht“ kennzeichnet. Denn wird im Grundbuch, etwa aus Unkenntnis der noch bestehenden Mitbelastung, eingetragen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet habe, so ist damit die Hypothek an diesem Grundstücke erloschen, ohne daß, wie nach § 875, dazu Löschung erforderlich wäre. — Gegen die Verwischung der Grenzen zwischen Hypotheken-Aufhebung und -Verzicht, die ähnlich bei Walsmann, Verzicht 265 ff., Verzicht auf die Eigentümerhypothek 14 begegnet, vgl. auch Güthe, GBO. § 27 Anm. 7.

Die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, nimmt, wie wir es schon bei der Konfusion bemerkten, eine Sonderstellung ein. Zum Verzicht auf die Hypothek für diese Leistungen genügt nämlich die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer, ohne daß es einer Eintragung bedürfte (§ 1178 Abs. 2 Satz 1). Auch die Wirkung des Verzichts ist eine andere: die Hypothek erlischt (§ 1178 Abs 1 Satz 1).

Solange die Hypothek, auf die der Gläubiger verzichtet will, mit dem Rechte eines Dritten, einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht, belastet ist, ist die formlose Zustimmung dieses Dritten zum Verzicht erforderlich. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Sie ist auch als Einwilligung unwiderruflich (§§ 1168 Abs. 2 Satz 2, 876 Satz 3; Ausnahme von § 183). Fehlt die Zustimmungserklärung des Dritten, so ist der Verzicht auf die Hypothek ihm gegenüber unwirksam, sodaß der Pfandgläubiger z. B., der sich von dem Hypothekar gemäß § 1282 Satz 3 eine Abtretungserklärung über die Buchhypothek nebst Eintragungsbewilligung hat geben lassen, auf Grund derselben auch nach dem Verzicht die Umschreibung auf sich erlangen kann<sup>5)</sup>.

Der Verzicht auf die Hypothek für rückständige Nebenleistungen erfolgt, wie wir sahen, außerhalb des Grundbuchs. So ist die auch hier erforderliche Zustimmungserklärung eines Dritten, dem ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht, nicht an das Grundbuchamt zu richten, sondern

---

<sup>5)</sup> Wolff<sup>1</sup> 496c findet es befremdlich (anders jetzt Wolff 514<sup>5a</sup>), daß das Gesetz die Zustimmung des Dritten zum Verzicht verlangt, da ihm ein Pfandrecht an der durch den Verzicht entstehenden Eigentümergrundschuld und der weiter bestehenden Forderung des bisherigen Hypothekengläubigers ebensoviel Rechte geben würde wie sein Pfandrecht an der Hypothek. Das ist jedoch von seinem Standpunkt aus nicht zutreffend, wonach auch der Pfandgläubiger an einer Eigentümergrundschuld Zinsen aus dem Grundstück nur für die Dauer einer Zwangsverwaltung beanspruchen kann (§ 146<sup>4</sup>). Aber auch wenn wir ihm hierin nicht folgen konnten (s. o. S. 45<sup>9</sup>), bleibt die Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld von Bedeutung für die Rechtsstellung des Pfandgläubigers: Müßte er nunmehr den Eigentümer als Inhaber des Grundpfandrechts anerkennen, so würde dadurch eine vorher erteilte Abtretungserklärung des Hypothekars (siehe Text) wirkungslos werden; vgl. neuestens R.G. 73, 50.

an den, zu dessen Gunsten sie erfolgt; gleich der Zustimmung zum Verzicht an die Haupthypothek ist sie unwiderruflich (§ 1178 Abs. 2). Daß das Recht eines Pfandgläubigers an der Hypothek sich nur in beschränktem Umfang auf die wichtigsten Nebenleistungen, die Zinsen, bezieht, haben wir oben (S. 43/44) ausgeführt; wir verweisen darauf für die Frage, inwieweit die Zustimmung des Pfandgläubigers zum Verzicht des Hypothekars auf die Hypothek für rückständige Zinsen erforderlich ist.

**b) Verzicht bei Gesambelastungen.** Würde der Verzicht des Gläubigers einer Gesamthypothek auf die Hypothek an einzelnen der mitbelasteten Grundstücke den Übergang der Hypothek auf einen oder alle Eigentümer bewirken, so hätte das eine Vervielfältigung der einheitlichen Belastung zur Folge, die das BGB. prinzipiell verhindert. Deshalb bestimmt § 1175 Abs. 1 Satz 2, daß in diesem Falle die Hypothek an dem aus der Haftung entlassenen Grundstück erlischt. Der angegebene Grund des Erlöschens versagt aber, wenn der Gläubiger auf die ganze Gesamthypothek verzichtet; sie fällt den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu (§ 1175 Abs. 1 Satz 1) und verwandelt sich (gemäß § 1177 Abs. 1) in eine Gesamtgrundschild, die den Eigentümern zur gesamten Hand zusteht<sup>6)</sup>.

**c) Verzichtfolgen ohne Verzicht.** Die geschilderten Wirkungen des Verzichtes auf Einzel- und Gesamthypotheken treten unter Umständen auch ohne darauf gerichtete Willenserklärung des

---

<sup>6)</sup> Bestritten. Literaturübersicht bei Güthe, GBO. 531, die aus Wolff § 148 <sup>21, 22</sup> zu ergänzen ist. Wolff selbst vertritt die Ansicht des Textes. Die Frage nach der Natur dieser Gemeinschaft der Eigentümer hängt mit der anderen zusammen, welcher Zeitpunkt für die Wertberechnung maßgebend ist, die bei Verteilung der Gesamtgrundschild auf die einzelnen Grundstücke anzustellen ist. Güthe, der die Gemeinschaft der Eigentümer (§ 1172 Abs. 1) als Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 741) ansieht, läßt trotzdem für die Wertberechnung nicht die Zeit der Entstehung, sondern die der Teilung der Gesamtgrundschild entscheiden. Das Ergebnis dieser Ansicht ist, daß die Bruchteile wegen der Möglichkeit von Wertschwankungen (Gierke § 167 <sup>28</sup>) objektiv unbestimmt sind, sich also erst bei der Auseinandersetzung ergibt, welches der Anteil jedes Teilhabers gewesen ist. Auch sagt uns Güthe nicht, wie die Eigentümer, wollen sie die ihnen zugefallene Gesamthypothek ohne Teilung auf ihren Namen umschreiben lassen, „die Bruchteile gemäß § 48 GBO. berechnen sollen“, da jede solche Berechnung sich nach seiner eigenen Ansicht nachträglich als falsch herausstellen kann.



Gläubigers und ohne Eintragung im Grundbuch ein. Besteht nämlich eine Hypothek für die Schuld eines anderen als des Grundstückseigentümers, so ist die Persönlichkeit des Schuldners für die tatsächliche Belastung des Eigentümers von großer Bedeutung; erwirbt er doch, wenn er den Gläubiger befriedigt, selbst die persönliche Forderung (§ 1143). Daher kann der Hypothek nicht ohne Mitwirkung des Eigentümers durch Schuldübernahmevertrag (§§ 414, 415) ein neuer Schuldner substituiert werden; willigt der Eigentümer, dem das Grundstück zur Zeit der Schuldübernahme gehört, nicht in diese ein<sup>7)</sup>, so tritt das gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet: sie geht — als Grundschuld — auf den Eigentümer (§ 1168) oder die verbundenen Eigentümer (§ 1175 Abs. 1 Satz 1) über (§ 418 Abs. 1). Willigen von den Eigentümern mehrerer gesamt haftender Grundstücke nur einige in die Schuldübernahme, so verbleibt die Hypothek an deren Grundstücken dem Gläubiger, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt (§ 1175 Abs. 1 Satz 2<sup>8)</sup>).

Die Einwilligung des Eigentümers zur Schuldübernahme kann sowohl dem einen als dem andern Teile der Vertragsparteien gegenüber erklärt und bis zum Abschluß des Vertrages widerrufen werden (§§ 182 Abs. 1, 183). Die Schuldübernahme kann durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger nach § 414 oder mit dem Schuldner nach § 415 geschlossen werden<sup>9)</sup>. Jenachdem nun der Übernehmer mit dem einen oder anderen paktieren will, kann der Eigentümer außer ihm dem Gläubiger oder dem Altschuldner gegenüber seine Einwilligung erklären. Der Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer setzt den letzteren sofort an die Stelle des bisherigen Schuldners. Wird der Vertrag aber, wozu der Gläubiger guten Grund haben

<sup>7)</sup> Diese „Einwilligung“ ist m. E. den unter § 893 BGB. fallenden Verfügungsgeschäften so gut gleichzustellen wie die „Zustimmung“ des Eigentümers zum Rangrücktritt eines Grundpfandrechts (§ 880 Abs. 2 Satz 2). Weiß der Gläubiger nicht, daß der im Grundbuch eingetragene nicht der wahre Eigentümer ist, so gilt die ihm erklärte Einwilligung des Bucheigentümers zu seinen Gunsten für voll, und er kann getrost den Schuldübernahmevertrag des § 414 abschließen.

<sup>8)</sup> RG. v. 20. 6. 10, Recht 1910 Nr. 2799. Heinsheimer, DJZ. 06, 363, Kretzschmar, Sachenrecht § 1175, 2, Güthe, GBO. 540.

<sup>9)</sup> Vgl. Enneccerus § 308 II, IV.

kann, zunächst vorbehaltlich der Zustimmung des Eigentümers des Pfandgrundstücks geschlossen, so ist diese Zustimmung der Einwilligung, nicht der Genehmigung gleichzusetzen, denn von ihr ist die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht<sup>10</sup>). Freilich bindet die Einwilligung in diesem Falle unmittelbar, da das Erstarken des Rechtsgeschäfts ihr auf dem Fuße folgt.

Ist dagegen die Schuldübernahme zwischen dem Altschuldner und dem Übernehmer vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit dem Gläubiger gegenüber von dessen Genehmigung ab (§ 415). Bis sie erfolgt, ist eine Zustimmungserklärung des Eigentümers „Einwilligung“, denn sie trifft zwar zu einem „vorgenommenen“ Rechtsgeschäft (§ 183), dessen Wirksamkeit aber noch in der Schwebe ist; deshalb ist die Einwilligung des Eigentümers denn auch bis zur Genehmigung des Gläubigers frei widerruflich<sup>11</sup>). Erfolgt freilich die Genehmigung des Gläubigers, bevor die Parteien von der Freiheit, den Vertrag aufzuheben oder zu ändern, Gebrauch gemacht haben (§ 415 Abs. 1 Satz 3), so wirkt sie auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses zurück (§ 184 Abs. 1). Daher ist, wenn das Eigentum am Pfandgrundstück zwischen der Einwilligung des alten Eigentümers und der Genehmigung des Gläubigers auf einen anderen übergeht, die vom Veräußerer erteilte Einwilligung für den Erwerber bindend. Das ergibt m. E. die Auslegung des § 418 Abs. 1 Satz 3 — Einwilligung desjenigen, „welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört“ — für den Fall des § 415.

Ist eine Hypothekenforderung verpfändet oder mit einem Nießbrauch belastet, so läßt, wie wir sahen, die rechtsgeschäftliche Aufgabe des hypothekarischen Rechts die Rechte des Pfandgläubigers oder Nießbrauchers unberührt. Für die Rechtsgeschäfte, durch die der Gläubiger den Übernehmer als neuen Schuldner an-

---

<sup>10</sup>) Rehbein, BGB. Schuldverhältnisse Anm. 8 zu den §§ 414—419. Vgl. über bedingte Genehmigung des Gläubigers nach § 415: RG. v. 11. 5. 07 i. Recht 07, 763 Nr. 1627.

<sup>11</sup>) Widerruft der Eigentümer seine Einwilligung, mit Berufung auf die der Altschuldner oder Übernehmer dem Gläubiger erst Mitteilung von der Schuldübernahme gemacht hatte (§ 415 Abs. 1 Satz 2), so ist eine nachträglich eintreffende Genehmigung des Gläubigers ohne Wirkung; denn genehmigt wird damit eben nur eine vom Grundstückseigentümer konsentierete Schuldübernahme.

nimmt, ist das Erfordernis der Zustimmung der an der Hypothek beschränkt Berechtigten im Gesetz nirgends grundsätzlich aufgestellt, denn durch die Schuldübernahme wird die alte Forderung weder aufgehoben noch in ihrem Inhalt geändert (§§ 876, 877 — vgl. 1071, 1276 — und § 305, verglichen mit § 414 f.). Trotzdem ist die Zustimmung des Pfandgläubigers oder Nießbrauchers im gleichen Sinne wie in jenen Fällen für notwendig zu erachten; könnte doch anderenfalls der Hypothekengläubiger den Inhaber des abgeleiteten Rechts durch Schuldübernahmevertrag ohne Einwilligung des Eigentümers um den mitunter wertvollsten Teil seines Rechts, die Hypothek, bringen.

In der Literatur ist es streitig geworden, ob der Einwilligung des Eigentümers, von der § 418 allein spricht, die Genehmigung gleichzustellen sei, derart, daß es von ihr abhinge, ob die (vorbehaltlos) vorausgegangene Schuldübernahme auch das Pfandrecht nach sich zieht<sup>12)</sup>. Dadurch würde zunächst die Stellung der nachstehenden Mobiliarpfandgläubiger, die mangels Zustimmung des Eigentümers aufrücken würden (§ 418 Abs. 1 Satz 1), infolge der für den Eigentümer vorhandenen Möglichkeit, noch jederzeit zu genehmigen, eine recht unsichere werden, ebenso die Stellung der aus einer Löschungsvormerkung (§ 1179) Berechtigten. Unerträglich aber scheint mir folgende Konsequenz der Ansicht von Enneccerus. Hat der Gläubiger einer Gesamthypothek mit Einwilligung eines Teils der Eigentümer den Übernehmer als Schuldner angenommen, so werden, wie wir sahen, die übrigen Grundstücke frei. Veräußert nun einer der befreiten Eigentümer sein Grundstück, bevor die Hypothek darauf gelöscht worden ist, so könnte er durch Genehmigung der Schuldübernahme das fremde Grundstück jederzeit wieder zu einem hypothekbelasteten machen, mag er auch dem Erwerber dadurch unter Umständen ersatzpflichtig werden (§§ 435, 439 Abs. 2 Satz 1, 445). Das läßt die Sicherheit des Grundstücksverkehrs nicht zu.

d) Einfluß des Hypothekenverzichts auf die persönliche Forderung (§ 1165). Der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek hat bisweilen die Folge, daß er nicht nur die Hypothek,

<sup>12)</sup> Dafür Enneccerus § 309<sup>10)</sup>, dem sich Wolff § 144<sup>4)</sup> u. a. anschließen; dagegen die herrschende Meinung, so Planck § 418, 2 und Strohal, Jherings J. 57 S. 349/350, der insbesondere Enneccerus aus § 185 BGB. entnommenes Argument bekämpft.

sondern auch seine persönliche Forderung verliert, ohne daß er sie vertraglich (§ 397) aufgibt. Der persönliche Schuldner, der den Gläubiger befriedigt, erfüllt freilich nur seine eigene Verbindlichkeit, sodaß das Schuldverhältnis erlischt (§ 362). Kann er aber von dem Eigentümer Ersatz verlangen, — etwa weil dieser beim Erwerb des Grundstücks die persönliche Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, ohne daß der Gläubiger die Schuldübernahme genehmigt hat (§ 415 Abs. 3), — so erwirbt er durch Befriedigung des Gläubigers die Hypothek, die von nun an zur Sicherung seiner Ersatzforderung dient (§ 1164)<sup>13)</sup>. Dies Rückgriffsrecht wirkt insofern über das Verhältnis von Eigentümer und persönlichem Schuldner hinaus, als der Gläubiger den persönlichen Schuldner nicht im voraus um die dingliche Sicherheit für seinen Ersatzanspruch soll bringen dürfen. Verzichtet er auf die Hypothek (oder hebt er sie auf oder räumt er einem anderen Rechte den Vorrang ein, beides unter Mitwirkung des Eigentümers, §§ 1183, 880 Abs. 2), so tut er es auf Gefahr seines persönlichen Anspruchs: soweit der Schuldner ohne diese Verfügung für seinen Anspruch gegen den Eigentümer aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können, wird er von seiner Verpflichtung gegen den Gläubiger frei (§ 1165).

Verzichtet der Gläubiger vor Fälligkeit der Forderung auf die Hypothek, so ist zur Zeit ungewiß, wieviel von seiner Forderung ihm der Verzicht kosten wird. Denn mag der Schuldner auch regelmäßig berechtigt sein, die Schuld vor Fälligkeit zu tilgen (§ 271 Abs. 2), der Umfang seines Ersatzanspruchs bestimmt

<sup>13)</sup> Fuchs § 1164, 6 nimmt an, daß die alte Forderung auf den Schuldner übergeht, ebenso Güthe in der ersten Auflage seiner GBO. Als Verwandlung in eine Grundschuld fassen den Vorgang auf Güthe § 22 A. 21 u. a. Die herrschende Meinung, vertreten z. B. von Biermann § 1164, 2, Bruck 202<sup>3</sup>, 203,<sup>5</sup> Cosack, BR. 6. Aufl. § 230 a A. 11 (anders 4. Aufl. § 230 A. 30), der der Text sich anschließt, sieht in § 1164 einen Fall gesetzlicher „Forderungsauswechslung“. Dafür spricht m. E. auch folgende Erwägung. Auf den Eigentümer, der die wegen eines Ersatzanspruchs gegen seinen Sonderrechtsvorgänger (§ 1164) weiterbestehende Hypothek ablöst, müssen billigerweise alle von dem Rechtsvorgänger etwa noch bestellten Sicherungen des Ersatzanspruchs übergehen (§§ 1143 Abs. 1, 401, 412). Hätte der ersatzberechtigte persönliche Schuldner durch Befriedigung des Gläubigers nur eine Grundschuld erworben, so würden dem ablösenden Eigentümer die Vorzüge der Ersatzforderung nicht zugute kommen.

sich doch nur nach dem Zeitpunkt, wo er verpflichtet war zu zahlen; der Ersatzpflichtige ist dem persönlichen Schuldner ja nur zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers, d. h. zur Leistung bei Fälligkeit verbunden gewesen<sup>14)</sup>. Deshalb ist bei Beurteilung der Frage, inwieweit der persönliche Schuldner aus der vom Gläubiger aufgegebenen Hypothek hätte Ersatz erlangen können, den Berechnungen über die Realisierbarkeit der Hypothek der Wert des Grundstücks zu der Zeit zugrunde zu legen, wo die ursprüngliche Hypothekenforderung an sich fällig werden würde; hängt die Fälligkeit der Hypothekenforderung von einer Kündigung ab, so ist der Zeitpunkt maßgebend, zu dem die Kündigung zuerst zulässig war (analog § 199). Ergibt diese Berechnung, daß die aufgegebene Hypothek durch Vollstreckung in das Grundstück hätte verwirklicht werden können, und ist der persönliche Schuldner in voller Höhe ersatzberechtigt, so steht nunmehr fest, daß der Gläubiger durch den früheren Verzicht nicht nur seine Hypothek, sondern seine ganze persönliche Forderung verloren hat. Bevor derart eine maßgebliche Feststellung getroffen werden kann über den Umfang, in dem die Forderung durch den Hypothekenverzicht erloschen ist, braucht der Gläubiger weder vom Schuldner willkürlich kalkulierte Leistungen auf die ursprüngliche Schuldsumme als Erfüllung anzunehmen (§ 266), noch wird er, selbst wenn die sonstigen Voraussetzungen der §§ 257, 259 ZPO. erfüllt sind, nach seiner Abschätzung des wahrscheinlichen späteren Wertes der Hypothek Klage auf künftige Leistung gegen den Schuldner erheben dürfen, sondern höchstens einen Arrest erwirken können (§ 916 ZPO., insbes. Abs. 2). Hat freilich der Schuldner dem Verzicht des Gläubigers zugestimmt, so bleibt er dem Gläubiger unter allen Umständen verpflichtet; der § 1165 enthält insofern dispositives Recht. Würde durch die Befriedigung eine Gesamthypothek auf den persönlichen Schuldner übergehen, z. B. weil der Parzellenerwerber Rechtsnachfolger des ersatzpflichtigen Eigentümers des Stammgrundstücks ist (§ 1164 Abs. 1 Satz 1), so befreit der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek an einem der Grundstücke den Schuldner nur

---

<sup>14)</sup> Beispiel: Bezahlt der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor Fälligkeit (§ 272), so wird seine Ersatzhypothek nach § 1164 auch erst dann fällig, wenn die ursprüngliche Forderung fällig geworden wäre.

insoweit, als er nicht aus der Hypothek am anderen Grundstück Ersatz erlangen kann.

Der § 1165 ist einer erweiterten Anwendung fähig<sup>15)</sup>. Wie bei der Befriedigung des Hypothekars durch den persönlichen Schuldner dessen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer die Grundlage für die Übertragung der Hypothek bildet, erwirbt der Eigentümer eines verbunden belasteten Grundstücks durch Befriedigung des Gesamthypothekars außer der Hypothek an seinem Grundstück auch die Hypothek an dem mithaftenden Grundstück, soweit er von dessen Eigentümer oder dem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann. Die auf ihn übergegangene sog. Rückgriffhypothek bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück Gesamthypothek (§ 1173). Dieser Übergang des Gesamtgrundpfandrechts vollzieht sich, mag der befriedigende Eigentümer persönlicher Schuldner gewesen sein oder nicht.

Zum Beispiel für den ersten Fall diene, daß der persönliche Schuldner Eigentümer des zunächst allein belasteten Grundstücks gewesen ist und einen Teil davon an einen Dritten veräußert hat, der die persönliche Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm, ohne daß der Gläubiger die Schuldübernahme genehmigte. Hier ist der Dritte dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen (§ 415 Abs. 3). Unterläßt er es, und muß der Schuldner deshalb selbst zahlen, so kann der Schuldner vom Dritten Ersatz des Gezahlten verlangen und erwirbt dafür die Hypothek auch an dessen Grundstück.

Einen Fall, in dem der nicht persönlich schuldende Eigentümer dem Eigentümer des mithaftenden Grundstücks gegenüber einen Anspruch auf Ersatz eines Teiles der gezahlten Hypothekensumme hat, bietet uns das BGB. selbst in seinem § 2167<sup>16)</sup>. Zu einer Erbschaft gehören zwei Grundstücke, die mit einer Gesamthypothek für eine Schuld des Erblassers belastet sind. Eins von ihnen ist einem Dritten vermacht. Dann ist der Vermächtnisnehmer (im Zweifel) dem Erben gegenüber zur Tilgung der Schuld zu dem Teile verpflichtet, der dem Verhältnisse des Werts des vermachten Grundstücks zu dem Werte der beiden Grundstücke

---

<sup>15)</sup> Über andere Analogien siehe Wolff 542<sup>o</sup>.

<sup>16)</sup> Bruck S. 208/209, Brinck S. 97/98.

zusammen entspricht<sup>17)</sup>. Zahlt er die ganze Schuld, etwa weil der Gläubiger sich gerade an ihn hält, so erwirbt er in Höhe des seine Portion übersteigenden Teils der Forderung eine Rückgriffshypothek für die Forderung an dem Grundstück des Erben, die mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück in jener Höhe Gesamthypothek bleibt.

Verzichtet nun in einem dieser Fälle der Gläubiger auf die Hypothek an dem ersatzpflichtigen Grundstück, so würde er den Eigentümer des anderen Grundstücks um die dingliche Sicherheit für sein Rückgriffsrecht bringen, da durch einen solchen Verzicht die Hypothek an dem ersatzpflichtigen Grundstück erlischt (§ 1175 Abs. 1 Satz 2). Dieser Eingriff in eine vorhandene Regreßlage geht aus denselben Gründen wie bei § 1165 nicht an. Die Folge gegen den Gläubiger muß entsprechend sein wie dort: soweit der Eigentümer des vom Gläubiger nicht entlassenen Grundstücks aus dem Verzichtsgrundstück hätte Ersatz erlangen können, verliert der Gläubiger auch an diesem Grundstück die Hypothek und, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer der persönliche Schuldner war, in demselben Umfang noch dazu die persönliche Forderung<sup>18)</sup>.

e) Der Anspruch auf Verzicht (§ 1169). Einreden gegen die Hypothek. Daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, kann die verschiedensten Gründe haben. Bisweilen wird der Hypothekar seine Sicherheit aus eigenem Antriebe aufgeben, z. B. um im Konkurse des Schuldners, aus dessen Grundstück er abgesonderte Befriedigung verlangen könnte, lieber seine Forderung in voller Höhe zur Konkursmasse geltend zu machen<sup>19)</sup>. Meist aber wird der Gläubiger verzichten, weil er dazu verpflichtet ist, sei es, daß

<sup>17)</sup> Über die Wertberechnung s. § 2166 Abs. 1 Satz 2.

<sup>18)</sup> Gegen analoge Anwendung des § 1165 auf Gesamthypotheken schlechthin Fuchs § 1173, 10; gegen die Erstreckung zugunsten ersatzberechtigter Eigentümer, die nicht persönliche Schuldner sind, Lang, Arch Ziv Prax. 89, 315, RGR Komm. § 1173, 7, Goldmann-Lilienthal § 73<sup>24</sup>, RG. v. 20. 9. 13 DJZ. 1385; für die durchgeführte Analogie Planck § 1165, 4, § 1173, 4 c, Turnau-Förster § 1173, 9 (anders dieselben § 1165, 6), Biermann § 1173, 2 c, Brinck 163, Kober § 1173 II c, die aber sämtlich dem nichtschuldenden Eigentümer nur eine Einrede gegen die Hypothek zusprechen (vgl. auch Hachenburg, Votr. 627, RG. 74, 213), ohne für diese Unterscheidung einen Grund anzugeben.

<sup>19)</sup> KO. §§ 4, 47, 64.

die Verpflichtung auf Rechtsgeschäft beruht — der Gläubiger hat sich bereit erklärt, wenn der Eigentümer ihm einen Teil seiner Forderung bezahlt, eine zur Veräußerung bestimmte Parzelle aus der hypothekarischen Haftung für den Rest zu entlassen —, sei es, daß sie unmittelbar aus dem Gesetz folgt.

Ist der Gläubiger verpflichtet, auf die der Hypothek zugrunde liegende Forderung zu verzichten, weil er sie durch unerlaubte Handlung gegen den Schuldner<sup>20)</sup> oder auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund<sup>21)</sup> erlangt hat, so kann zunächst der Schuldner selbst die geschuldete Leistung unter Berufung auf seinen Gegenanspruch verweigern<sup>22)</sup>. Diese Einreden des persönlichen Schuldners gegen die Forderung geben dem Eigentümer das Recht, der Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen<sup>22a)</sup>. Das ist der Sinn von § 1137, wonach der Eigentümer „gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen kann“, nicht etwa, daß der Eigentümer eine geschuldete Leistung verweigern könnte, denn die Leistung, die der Schuldner schuldet, wird von ihm garnicht verlangt, und er selber schuldet dem Gläubiger keine Leistung<sup>23)</sup>.

<sup>20)</sup> Beispiel: Der Gläubiger hatte den wohlhabenden Vater seines Schuldners durch die Drohung, er werde den Sohn seiner vorgesetzten Behörde anzeigen, bestimmt, dessen — vollgültige — Schuld zu übernehmen (§ 414 BGB.; Erpressung: § 253 StGB.). Der Urschuldner muß trotzdem seinen Abschied nehmen. Der Vater läßt die Anfechtungsfrist verstreichen (§§ 123, 124 BGB.), um den Sohn nicht von neuem den Angriffen des Gläubigers auszusetzen. Dann kann er jetzt immer noch auf Grund von § 823 Abs. 2 BGB. Befreiung von seiner Verbindlichkeit fordern (vgl. Enneccerus § 164).

<sup>21)</sup> Beispiel (Wolff 492, 1): Die Hypothekenforderung ist zwecks Erfüllung einer vermeintlichen Verbindlichkeit aus nichtigem Vermächtnis begründet.

<sup>22)</sup> Vgl. auch Hirsch, Übertragung 130 A. 1, 2, Langheineken, Anspruch und Einrede 298, Hellwig, Zivilprozeßrecht I 254/255, III 299.

<sup>22a)</sup> Der weitere Begriff der Einrede als des Rechts, der gegen uns gerichteten Ausübung eines Rechts zu widersprechen, ist von Wolff 491/492, insbes. A. 14, entwickelt. Weiter Hirsch, Übertragung 165/166, Enneccerus § 207, v. Tuhr, Allg. Teil I 310.

<sup>23)</sup> Gegen Oberneck, RGrR. § 116 Nr. 1 e, der von der peremptorischen Einrede gegen die Hypothek behauptet, sie „ziele auf eine Verweigerung der Erfüllung der Forderung ab“. Dem widerspricht O.s eigenes Beispiel: Verpflichtung des Hypothekengläubigers, das in Anspruch



Dies Widerspruchsrecht des Eigentümers kann wie die schuldrechtliche Einrede auch außergerichtlich ausgeübt werden. Verlangt der Gläubiger der einredebehafteten Hypothek Befriedigung aus dem Grundstück, so hat das Vorschützen des dauernden Widerspruchsrechts seitens des Eigentümers nicht die Wirkung, dem Gläubiger die Hypothek zu entwinden, sondern wird es dem Gläubiger nur verleiden, den Angriff gegen den Eigentümer vor Gericht zu wiederholen.

Dem Eigentümer stehen grundsätzlich sämtliche Einreden zu Gebote, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen. Wie ein Bürge (§ 768)<sup>24)</sup> kann er sich aber nicht darauf berufen, daß der Erbe des persönlichen Schuldners für die Schuld nur beschränkt haftet, und wie jener verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß der persönliche Schuldner auf sie verzichtet (§ 1137)<sup>25)</sup>.

Die wichtigste dauernde Einrede, die das Gesetzbuch kennt, ist die der Forderungsverjährung (§ 222). Von ihr behauptet man gemeinhin, daß sie der Grundeigentümer gegen die Hypothek nie geltend machen könne<sup>26)</sup>. Das folgt aber aus § 223 Abs. 1 m. E. nicht:

Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstand zu suchen.

Diese Einschränkung der Verjährungswirkung ist dadurch gerechtfertigt, daß ein Gläubiger, dessen Forderung durch Pfand

genommene Grundstück aus der Haftung zu entlassen; denn aus dieser Verpflichtung folgt doch sicher keine Einrede gegen die persönliche Klage.

<sup>24)</sup> Das sollte aber nicht dazu verführen, von „Realbürgschaft“ zu sprechen, wenn Eigentümer und Schuldner verschiedene Personen sind, wie Hirsch S. 346/347 es tut, denn der Grundstückseigentümer schuldet nichts, im Gegensatz zum Bürgen. — Auch ist diese Rechtslage, die eben eine persönliche Forderung voraussetzt, keineswegs „der Grundsuld ähnlich“ (Hirsch 166).

<sup>25)</sup> Entsprechendes gilt für den Verpfänder einer beweglichen Sache (§ 1211) und den Pfand Eigentümer (Wolff 454<sup>21)</sup>. — Hat der Schuldner schon vor der Sicherheitsleistung auf seine Einrede verzichtet, so ist dieser Verzicht in allen drei Fällen absolut wirksam, denn der Pfand Eigentümer oder Bürge findet hier bei seinem Eintritt keine Einrede vor, die dem Schuldner „zusteht“ und er in folgedessen „geltend machen“ könnte.

<sup>26)</sup> Z. B. Güthe, Vorbem. 40 S. 214, Wolff 492<sup>15)</sup>.

gesichert ist, regelmäßig weniger Veranlassung haben wird, seinen Anspruch zu verfolgen, da er sich ja ohne Leistung des Schuldners eigenmächtig durch Verwertung des Pfandes Befriedigung verschaffen kann; indem die Verjährung insoweit den Status quo aufrecht erhält, verfehlt sie doch ihren Zweck nicht, den Schuldner gegen weitere Ansprüche (§ 194) in Zukunft zu decken<sup>27)</sup>.

Der eben entwickelte Grund, die Pfandrechte von den Rechtsfolgen des Zeitablaufs auszunehmen, trifft nun nicht zu, wenn die Hypothek oder das Fahrnispfandrecht erst nach Vollendung der Verjährung bestellt ist. Hat der Besteller freilich gewußt, daß der Anspruch bereits verjährt war, so wird in der trotzdem erfolgten Sicherstellung des Gläubigers ein Verzicht auf die Einrede zu finden sein, der zweifellos zulässig ist<sup>28)</sup>. Hat der Eigentümer aber in Unkenntnis der Verjährung die Hypothek bestellt, so steht ihm nach § 1137 gegen die Hypothek die Einrede der Verjährung der Forderung zu. Anders, wenn der persönliche Schuldner die Hypothek bestellt hat: eine Sicherheitsleistung, wozu nach § 232 auch die Bestellung von Hypotheken gehört, kann der Verpflichtete auch dann nicht zurückfordern, wenn er sie in Unkenntnis der Verjährung bewirkt hat (§ 222 Abs. 2).

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Verjährung der Forderung der Geltendmachung der Hypothek nicht entgegengehalten werden kann, gilt für die Rückstände von Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen (§ 223 Abs. 3)<sup>29)</sup>.

<sup>27)</sup> Mot. I 344; vgl. Codex 8, 30 c. 2: *intelligere debes vincula pignoris durare, personali actione submota* (Kaiser Gordian im Jahre 240).

<sup>28)</sup> Über die Verzichtbarkeit von Einreden gegen das Grundpfandrecht s. Wolff 491 unten, Walsmann, Verzicht 120<sup>4</sup>. — Der Verzicht des Eigentümers ist nicht an die Form der Inhaltsänderung (§§ 877, 1198) gebunden, weil das Bestehen einer Einrede gegen die Hypothek so wenig den Inhalt des dinglichen Rechts berührt, wie die gegen eine Forderung gerichtete Einrede diese in ihrem Inhalt verändert (vgl. Hirsch, Übertragung S. 158 f., insbes. 158 A. 3). Freilich bedarf der Verzicht des Eigentümers auf eine Einrede, die er aus der Person des Schuldners hat (§ 1137), der Eintragung in das Grundbuch, um gegen den in Unkenntnis des Verzichts erwerbenden Nachfolger im Eigentum zu wirken; dies ist aus § 892 BGB. und dem akzessorischen Charakter der Hypothek zu folgern.

<sup>29)</sup> Diese Sonderfrage liegt dem Thema fern. Wenn Eigentümer und Schuldner verschiedene Personen sind, so kann nach Verjährung des persönlichen Anspruchs auf die Rückstände (für alle regelmäßig wiederkehrenden Leistungen vgl. § 197 BGB.), die spätestens mit der Verjährung

Die Einreden, die dem Eigentümer nach § 1137 zugute kommen, sind von der Verjährung eines Gegenanspruchs des Schuldners gegen die Forderung unabhängig. Hat der Gläubiger die Hypothekenforderung durch Betrug oder ohne rechtlichen Grund erlangt, so kann der Schuldner die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist (§§ 853, 821), ebenso der Käufer die Zahlung des Kaufpreises, auch nachdem sein Wandlungs- oder Minderungsrecht verjährt ist, wenn die Voraussetzungen des § 478 vorliegen<sup>30)</sup>. Diese Einreden stehen dem Schuldner auch einem Zessionar der Forderung gegenüber zu (§ 404).

Dagegen läuft der Eigentümer<sup>31)</sup> Gefahr, durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs seines aus der Schuldnerrede geschöpften Widerspruchsrechts gegen die Hypothek verlustig zu gehen, denn die Vorschriften der §§ 891 bis 899 gelten für die Hypothek auch in Ansehung der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden (§ 1138). Kannte also der Erwerber der Hypothek die gegen die Forderung bestehende Einrede nicht, und war sie weder aus der Hypothekeneintragung selbst ersichtlich noch ihretwegen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit

---

des Hauptanspruchs erfolgt (§ 224), der Eigentümer gemäß § 1137 der Geltendmachung der Hypothek widersprechen. Aber der Eigentümer ist nicht darauf angewiesen, sich auf fremdes Recht zu stützen; auch wenn der Schuldner durch Anerkennung des Anspruchs die Verjährung unterbricht (§§ 208, 217), läuft die Verjährung des hypothekarischen Rechts, soweit es auf die rückständigen Zinsen usw. gerichtet ist, weiter, und nach ihrer Vollendung (§ 902 Abs. 1 Satz 2) kann der Eigentümer als solcher der Geltendmachung der Hypothek widersprechen und Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek fordern. Durch den Verzicht erlischt die Hypothek, soweit sie für rückständige Nebenleistungen bestand (§§ 1159, 1169, 1178). — Güthe, Vorbem. 40 S. 214 Abs. 1 unterscheidet nicht zwischen Verjährung des persönlichen Anspruchs und des dinglichen Rechts bezgl. der Rückstände wiederkehrender Leistungen. Daß „Zinsrückstände wegen § 1178 Abs. 1“ von der Anwendung des § 1137 „ausscheiden“ sollen, vermag ich nicht einzusehen; eintragsfähig ist die Verjährungseinrede bei ihnen freilich in keinem Falle (§§ 1159, 901 Abs. 1 Satz 2).

<sup>30)</sup> Dagegen gibt es m. E. keine „Einrede der vollzogenen Wandlung“, Cohn, JW. 02, 7; denn ist die Wandlung vollzogen (§ 465), so erlöschen die beiderseitigen Verpflichtungen, RGR Komm. § 467, 2, und die Hypothek erwirbt der Eigentümer (§ 1163 Abs. 1 Satz 2).

<sup>31)</sup> Wenn der Eigentümer mit dem Schuldner identisch ist, dieser gegenüber der hypothekarischen Klage.

des Grundbuchs eingetragen<sup>32)</sup>, so erwirbt er die Hypothek in dem Umfange, wie sie nach dem Inhalt des Grundbuchs zu bestehen schien, nämlich frei von Einreden gegen das hypothekarische Recht. Da bei Sicherungshypotheken das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt (§ 1184), ist die Anwendung des § 1138 folgerichtig ausgeschlossen (§ 1185 Abs. 2)<sup>33)</sup>.

Neben die dauernden Einreden, die der Eigentümer aus den obligatorischen Rechtsverhältnissen zwischen Gläubiger und Schuldner bezüglich der Forderung herleitet, treten solche, die er aus eigenem Rechte besitzt. Meist entsproßen sie gleichfalls obligatorischen Ansprüchen des Eigentümers, die sich nur gegen die Hypothek als solche richten. Von besonderer Wichtigkeit ist auch hier der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Hat der Eigentümer für eine gültige Forderung eine Hypothek bestellt, in dem Glauben, dem Gläubiger dazu verpflichtet zu sein, so hat das Nichtbestehen dieser Verpflichtung auf die Gültigkeit der Hypothek keinen Einfluß. Aber der Hypothekar ist um die reale Sicherung seiner Forderung grundlos bereichert und deshalb nach § 812 dem Eigentümer zur „Herausgabe“ verpflichtet. Daraus folgt das Recht des Eigentümers, der Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen<sup>34)</sup>. Dasselbe gilt für

<sup>32)</sup> Bei Briefhypotheken zerstört schon ein Vermerk auf dem Briefe, der auf die Unrichtigkeit des Grundbuchs schließen läßt, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, § 1140.

<sup>33)</sup> Vgl. Sternberg, Jherings J. 61, 388—397. — Enneccerus, Allgem. Teil 611' erklärt deshalb den oben besprochenen § 223 Abs. 1 für besonders bedeutungsvoll bei der Sicherungshypothek. Bei anderen Hypotheken sei der Gläubiger meistens schon gegen die Verjährung des gesicherten Anspruchs selbst geschützt, da die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs sich auf die Forderung mitbezögen. Dem ist nicht beizupflichten, denn 1. wird an der Verjährung der Forderung durch § 1138 nichts geändert, da der öffentliche Glaube nur für die Hypothek gilt (vgl. Wolff 484 und RG. JW. 08, 658). 2. Aber auch bezgl. der Hypothek würde „der Gläubiger“ der Verkehrshypothek ohne § 223 Abs. 1 keineswegs „meistens“ durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegen die Verjährungseinrede geschützt sein, sondern nur ein redlicher Dritter, der die Hypothek durch Rechtsgeschäft erwürbe unter der weiteren Voraussetzung der Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 892).

<sup>34)</sup> Die Ausübung dieses Widerspruchsrechts im Prozesse führt zur Abweisung der Klage aus der Hypothek. — Ein solches Widerspruchsrecht steht auch dem Schuldner zu, der die Hypothek bestellt hat und nun mit

den Fall, daß der Hypothekar durch eine unerlaubte Handlung gegen den Eigentümer, etwa Erpressung, die Hypothek erlangt hat, und die dingliche Einigung nicht angefochten ist.

Ist der Anspruch, auf den sich die Einrede gründete, verjährt, sind insbesondere seit Bestellung der Hypothek 30 Jahre verfloßen (§§ 195, 198, vgl. § 852 Abs. 2), so ist trotzdem anzunehmen, daß dem Eigentümer das Recht verbleibt, der Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen. Das ergibt eine Analogie aus den §§ 821, 853: der Eigentümer ist zwar keine „Verbindlichkeit eingegangen“, aber wie bei Begründung einer Forderung ist unter seiner Mitwirkung ein Recht des Gläubigers auf eine bestimmte Geldsumme geschaffen, dessen Verwirklichung auf Kosten des Eigentümers geht<sup>35)</sup>.

Auch die Einreden des Eigentümers auf Grund eines zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses werden nur berücksichtigt, wenn sie von dem Grundeigentümer vorgebracht werden, und zerstören, selbst wenn der Eigentümer sie vorschützt, so wenig das hypothekarische Recht des Gläubigers, wie die Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts den Anspruch zerstört<sup>36)</sup>. Denn sonst wären sie im Sinne des BGB. keine Einreden, sondern Einwendungen<sup>37)</sup> i. e. S., die von Amtswegen berücksichtigt werden müssen, wie z. B. daß die Hypothek mangels Einigung nicht entstanden sei<sup>38)</sup>. Ein weiterer Unterschied dieser

---

der persönlichen und der dinglichen Klage belangt wird (Urteilsformel: Wolff 494 V.). Man könnte meinen, daß der Schuldner an der Abweisung der dinglichen Klage kein Interesse haben könnte, da er ja doch zahlen muß. Das trifft nicht immer zu. Ist der Beklagte für die Schuld erst dadurch persönlich haftbar geworden, daß er das Vermögen des bisherigen Schuldners übernommen hat, und weist er im Prozeß nach, daß das übernommene Vermögen erschöpft ist, so wird die persönliche Klage abgewiesen (§ 419 BGB., vgl. RG. 69, 292). Dagegen würde die Erschöpfungseinrede auf den dinglichen Klaganspruch keinen Einfluß haben. Hier wird dem Beklagten die ihm bezgl. der Hypothek zustehende Einrede wertvoll.

<sup>35)</sup> Daß es sich um eine bloße Analogie handelt, tritt bei Wolff 559 zu 13 nicht hervor.

<sup>36)</sup> Wolff 491 III.

<sup>37)</sup> Enneccerus § 207 III.

<sup>38)</sup> Deshalb ist es unrichtig, wenn Kober § 1169, 1 die Nichtigkeit der Einigung nur eine zerstörlische Einrede gegen die Hypothek hervorbringen läßt. — Der Ausdruck „zerstörlische Einrede“ sollte lieber überhaupt vermieden werden, da die Einrede gerade nicht rechtsvernichtend

Einreden von den Einwendungen gegen das dingliche Recht liegt darin, daß letztere durch einen Eigentumswechsel selbstverständlich nicht berührt werden, während der Nachfolger des Eigentümers sich dem Hypothekar gegenüber nicht darauf berufen kann, daß sein Vorgänger aus irgendeinem Grunde berechtigt war, der Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen, wenn er sich nicht dessen Rechte besonders hat abtreten lassen<sup>39)</sup>.

Dagegen kann kraft positiver Vorschrift (§ 1157) eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegen-

---

wirkt; vgl. v. Tuhr 304<sup>40)</sup>, 309. — Wie Kober: Güthe, Vorbem. 40 S. 214, der als weitere Beispiele für Einreden des Eigentümers gegen die Hypothek nennt: die Einwendung, daß die Hypothek inhaltlich nicht richtig eingetragen sei, daß die aufschiebende Bedingung, mit der die Hypothek bestellt ist, nicht eingetreten sei, daß die Hypothek durch Befriedigung auf den Eigentümer übergegangen sei. Und für diese „Einreden“ sollte das Gesetz es ganz allgemein erforderlich finden, dem Eigentümer einen besonderen Verzichtsanspruch (§ 1169) neben dem Berichtigungsanspruch des § 894 zu gewähren? Kober § 1169, 1 a meint denn auch, daß bei zerstörlchen Einreden häufig schon der Berichtigungsanspruch nach § 894 zur Entstehung (!) der Eigentümerhypothek führen würde, „ohne daß es des Umweges des § 1169 bedarf“. In Wahrheit steht in keinem Falle, wo eine echte Einrede gegen die Hypothek gegeben ist, dem Eigentümer der Anspruch auf Zustimmung zur Umschreibung der Hypothek auf sich kraft Berichtigungsrechts zu; so auch Endemann 860 A. 24 — das Zitat bei Kober (Endemann II § 116 A. 13) paßt nicht —, Oberneck II 55 A. 43.

<sup>39)</sup> Die Einrede, daß das Nichtbestehen der Hypothek rechtskräftig festgestellt sei, ist keine Einrede gegen die Hypothek im Sinne des BGB.; mag man sich zu dem Problem der Rechtskraftwirkung stellen, wie man will, so viel ist unzweifelhaft, daß jeder Rechtsnachfolger des Eigentümers vom Gläubiger ohne weiteres unter Berufung auf die Rechtskraft (§ 325 ZPO.) Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB.) fordern kann oder durch Vorlegung des rechtskräftigen Urteils beim Grundbuchamt die Löschung der Hypothek selbsttätig herbeiführen kann (§ 22 GBO.), ohne daß es eines Verzichts bedarf. Gegen Kober § 1169, 1 a. — Ebenso wenig fällt die Tatsache, daß der Gläubiger mit seiner Forderung rechtskräftig abgewiesen ist, unter die Einreden des § 1137 BGB., vielmehr wirkt diese urteilsmäßige Feststellung insofern auch für den Eigentümer, als er auf Grund ihrer die Umschreibung der Hypothek auf sich im Berichtigungsverfahren durchsetzen kann. Siehe Güthe § 22 A. 42 S. 557/558. Dies gegen Oberneck § 116 Nr. 1 e, Kober § 1169, 1 a β, RGRKomm. § 1137, 2, Hachenburg, Votr. 514.

gesetzt werden, gleich als wäre die Hypothek nicht ein dingliches Recht, sondern eine Forderung (§ 404)<sup>40)</sup>. Daher ist denn auch die Verlautbarung der Einrede im Grundbuch nicht erforderlich, um sie dem Eigentümer gegenüber dem Rechtsnachfolger des Hypothekars zu erhalten. Dies ist aber zugleich der Punkt, wo die abnorme Ausschlußwirkung eines Schuldverhältnisses<sup>41)</sup> sich den Grundsätzen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs beugen muß, denen die wahren Ausschließungsverhältnisse des Sachenrechts<sup>42)</sup>, die dinglichen Rechte, unterliegen. Deshalb gelten die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899 auch für diese Einrede (§ 1157 Satz 2)<sup>43)</sup> <sup>44)</sup>. Wie die Einrede im Grundbuch einzutragen ist, ist kontrovers<sup>45)</sup>.

<sup>40)</sup> Über die gesetzgeberischen Gründe dieser — erst in zweiter Lesung in das Gesetz aufgenommenen (vgl. Mot. III 700) — Vorschrift: Prot. II 583 f.

<sup>41)</sup> Vgl. Ramdohr, Gruchot 44 S. 361/362, 375—77.

<sup>42)</sup> Nach der Stammerschen Terminologie (Recht der Schuldverhältnisse 9—11); vgl. auch Eltzbacher, Einführung in das bürgerliche Recht 1910 S. 105.

<sup>43)</sup> Bei Briefhypotheken ist außerdem § 1140 zu beachten.

<sup>44)</sup> § 893 ist nicht in Bezug genommen. Da der Gläubiger einer einredebehafteten Hypothek trotzdem ein gültiges Recht hat, so braucht es des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht, um Verfügungsgeschäfte, auch die Befriedigung, zwischen Eigentümer und Gläubiger voll wirksam erscheinen zu lassen. So erwirbt der Eigentümer, wenn er den Gläubiger befriedigt, natürlich ebenso eine Eigentümergrundsuld oder Eigentümerhypothek, wie wenn die Einrede nicht bestanden hätte, und die Einrede erlischt. Wenn aber ein ablösungsberechtigter (§ 1150) Nachhypothekar in Unkenntnis der Einrede, die dem Eigentümer aus eigenem Recht zusteht, den Gläubiger befriedigt, so erwirbt der Nachhypothekar zwar dadurch Forderung und Hypothek. Könnte der Eigentümer jedoch seiner dinglichen Klage wie der des befriedigten Gläubigers widersprechen und auf Grund seines Widerspruchsrechts sogar Verzicht auf die Hypothek fordern (§ 1169), so wäre der neue Gläubiger, dem die Person des Schuldners im Vergleich zu dem dinglichen Recht meist bedeutungslos war, aufs schwerste geschädigt, ohne sich gegen diese Gefahr ausreichend schützen zu können. Der Eigentümer dagegen hat es in der Hand, die Einrede durch Erwirkung eines Widerspruchs oder in anderer Weise, schlimmstenfalls durch bloße Mitteilung an die Nachberechtigten, offenbar zu machen. — Auch wäre es sonderbar, wenn der Eigentümer dem Nachhypothekar zwar die diesem unbekannt und unersichtlich gewesene Einrede, daß der Gläubiger der Verkehrshypothek die Forderung gestundet habe, nicht entgegenhalten könnte (§ 1138 mit § 893), wohl aber die Einrede, daß der Gläubiger ihm die Hypothek „ge-

Bisher haben wir zwei Gruppen von Einreden betrachtet, die dem Eigentümer gegen die Hypothek zustehen: die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden einschließlich der Bürgeneinreden des § 770 (§ 1137) und die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und einem bestimmten Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses zustehenden Einreden. Beiden Gruppen ist gemeinsam, daß der Eigentümer auf Grund der Einrede, wenn die Geltendmachung der Hypothek durch sie dauernd ausgeschlossen wird, Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek verlangen kann<sup>46)</sup> 47).

Dieser Verzihtsanspruch ist besonders wichtig, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Forderung, den der Schuldner etwa hatte, oder der Anspruch auf Verzicht auf die Hypothek, der dem Eigentümer auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung oder Delikts zustand, verjährt ist und ohne § 1169 nun ein Zustand perpetuiert würde, der dem Gläubiger wenig nützen, den Realkredit des Eigentümers aber dauernd beeinträchtigen würde. Denn einen Anspruch auf Zustimmung zur Umschreibung oder Löschung der Hypothek im Berichtigungswege (§ 894) hat der

---

stundet“ habe (vgl. Wolff 492 bei A. 18). Endlich würden wir ungesunder Kautelarjurisprudenz entgegenreiben, wenn es hinsichtlich der Kraft des guten Glaubens einen Unterschied machte, ob der Ablösungsberechtigte sich die einredebehaftete Briefhypothek gegen Zahlung der Hypothekensumme ausdrücklich „abtreten“ ließ (§ 1157 mit § 892), oder sich mit dem vom Gläubiger ausgestellten „öffentlich beglaubigten Anerkenntnis der kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung“ (§ 1155 a. E.) begnügte (§§ 1150, 1144).

Aus diesen Gründen muß trotz der Fassung von § 1157 auch § 893 für die dort genannten Einreden gelten; im Ergebnis übereinstimmend Ramdohr, Gruchot 44, 376 und Kober § 1157, 1 d γ. Daß dadurch der befriedigende Schuldner, auf den wegen eines Ersatzanspruchs gegen den Eigentümer die Hypothek übergeht, unter Umständen besser gestellt wäre, als der Gläubiger selbst es war, ist nicht zu befürchten, weil er nicht „auf Grund der Hypothek“ seine Leistung bewirkt (§ 893), sondern auf Grund der Forderung. Vgl. Sternberg, Jherings J. 61, 399—409,

<sup>46)</sup> Vgl. KGJ. 33 A 261; Güthe 214/215.

<sup>46)</sup> Entsprechend auch hier im Fahrnispfandrecht § 1254. Vgl. ferner § 886.

<sup>47)</sup> Deshalb war Wolffs (1 S. 474 Abs. 2, gestrichen in der 2. Bearb. S. 491) Formulierung bedenklich, daß die Einreden gegen die Hypothek „einer privatrechtlichen Wirkung entbehren“



Eigentümer nicht, da die Hypothek besteht<sup>48)</sup>, obwohl er einen Angriff des Gläubigers jederzeit zurückweisen könnte. Der Anspruch des Eigentümers auf Verzicht ist wie jedes andere Recht, von einem anderen ein Tun zu verlangen (§ 194), klagbar. Weigert sich der Gläubiger zu verzichten, so verklagt ihn der Eigentümer auf Abgabe der Verzichtserklärung, die durch das rechtskräftige Urteil ersetzt wird (ZPO. § 894, vgl. auch § 895<sup>49)</sup>).

Eine eigenartige Folge des § 1169 ist, daß die Verjährung eines anderweitigen Verzichtsanspruchs für den Eigentümer unschädlich gemacht wird. Beispiel: S hat für seine Schuld dem Gläubiger G eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt, in dem irrigen Glauben, dazu verpflichtet zu sein. S veräußert das Grundstück an E. Ist nun der Verzichtsanspruch des S (§ 812) verjährt, so wird seine Klage gegen den G auf Verzicht abgewiesen, wenn dieser die Verjährungseinrede erhebt, und G andererseits dringt mit der hypothekarischen Klage gegen E durch, weil § 1137 nicht anwendbar ist. Anders, wenn S seinen

<sup>48)</sup> Vgl. oben Anm. 38; so auch Oberneck, RGrR. § 116 Nr. 1 e: „Das Grundbuch ist durch die Eintragung des Gläubigers an sich nicht unrichtig, das Recht des Gläubigers besteht.“ Im selben Atem behauptet er freilich das Gegenteil: „Die formale Aufrechterhaltung einer Hypothek seitens des eingetragenen Gläubigers, wozu trotz der Eintragung ein materielles Recht nicht zusteht [ebenso Strohal, Jherings J. 59 S. 191, vgl. 182, 196 und Neumann, JW. 06, 154], zeigt sich als ein Eingriff in das Eigentumsrecht des Verzichtsberechtigten. Die durch jene Eintragung bewirkte Schranke des Verwertungsrechts des Eigentümers soll durch § 1169 beseitigt werden.“ Die ganze Argumentation scheidet schon daran, daß auch der nicht eingetragene Gläubiger einer einredebehafteten Hypothek zum Verzicht auf diese verpflichtet ist, ja selbst der Gläubiger einer nicht eingetragenen (§ 1287 Satz 2) bzw. fälschlich gelöschten Hypothek. Damit fällt auch der Schluß, den Oberneck zieht, in sich zusammen — eine Folgerung aus seiner früher zurückgewiesenen Ansicht über das Wesen der Eigentümerhypothek —: „Ist das Verwertungsrecht und damit die Eigentümerhypothek nur Ausfluß des Eigentumsrechts, so ist der Anspruch des Eigentümers auf Verzicht nichts weiter als ein negatorisch dinglicher Anspruch auf Beseitigung dieser Beschränkung des Eigentumsrechts (§ 1004).“ Ebenso Bruck 189.

<sup>49)</sup> Anders — außer Oberneck und Bruck — Kober, der zutreffend mit diesen betont (A. 1 zu § 1169): „Eine ipso iure-Wirkung tritt hier also nicht ein“, dann aber fortfährt (Anm. 1 a γ): „auch im Falle des § 1169 ist übrigens das Zwangsmittel gegen den Gläubiger, der den Verzicht nicht abgeben will, im § 1004 mit § 894 [BGB.] gelegen, wozu bei Briefhypotheken noch § 895 zu beachten ist.“

verjährten Anspruch an E abtritt. Gegen die Klage aus der Hypothek schützt den E die Einrede aus der ungerechtfertigten Bereicherung (analog § 821), und klagt E seinerseits als Zessionar des S auf Verzicht, so weist er die Verjährungseinrede des G durch die Replik zurück, daß er als Eigentümer trotzdem Verzicht verlangen könne (§ 1169).

Ob der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, weil er nach § 1169 dazu verpflichtet ist, oder aus sonstigen Gründen, ist für die Wirkung des Verzichts natürlich gleichgültig. Bestand die Hypothek nur an einem Grundstück, so erwirbt sie der Eigentümer durch den Verzicht als Grundschuld (§§ 1168, 1177 Abs. 1). Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem von mehreren verbunden haftenden Grundstücken, so erlischt sie an diesem; verzichtet er auf die Gesamthypothek, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemein; schaftlich zu (§ 1175 Abs. 1)<sup>60</sup>).

Die Einrede des Eigentümers kann sich auch nur gegen einen Teil der Hypothek richten; so wenn dem persönlichen Schuldner eine bloße Minderungseinrede (§ 478) gegen die hypothekarisch gesicherte Kaufpreisforderung zusteht<sup>61</sup>). Eine durch solchen Verzicht entstehende Grundschuld des Eigentümers oder Gesamtgrundschuld der mehreren Eigentümer kann nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Resthypothek geltend gemacht werden (§ 1176)<sup>62</sup>).

<sup>60</sup>) Deshalb ist Strohals Behauptung (Jherings J. 59, 182) unzutreffend, daß „schon mit der Entstehung der peremptorischen Einrede gegen den hypothekarischen Anspruch des Gläubigers der Eigentümer kraft § 1169 die unbedingte Anwartschaft darauf hätte, daß das . . . Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück durch Verzicht ihm überantwortet werde.“ Der Eigentümer hat, wie das Gesetz sagt, einen Anspruch auf Verzicht; welches die Wirkung des Verzichts sein wird, steht im voraus nicht fest, denn nachträglich kann noch ein zweites Grundstück, dieses in einwandfreier Weise, mit der Hypothek belastet werden.

<sup>61</sup>) Vgl. Kober § 1169, 1 a § und RG. 71, 12 ff. Falsch also Bruck 188 Anm. 43, der einen teilweisen Verzicht für ausgeschlossen hält — mit Berufung auf § 1176! —.

<sup>62</sup>) Der Sinn dieser Bestimmung, die vor allem in der Zwangsvollstreckung Bedeutung erlangt (ZVG. § 10 Ziff. 4), scheint mir zu sein, daß das Institut, wonach in gewissen Fällen dem Eigentümer kraft Gesetzes die Hypothek zukommt, zum Schutz gegen die Nachhypothekare geschaffen wurde, es daher seinem Wesen nicht entspräche, wenn die Rechte des Hypothekars selbst dadurch berührt würden. Näheres darüber unten S. 106 ff.

Die Regeln über den Verzicht auf die Hypothek sind auf Grundschulden nicht ohne weiteres anwendbar, weil diese eine Forderung nicht voraussetzen (§ 1192 Abs. 1). Zwar sind Form und Wirkungen des Verzichts bei Einzel- und Gesamtgrundschulden die gleichen wie bei Hypotheken (§§ 1168, 1175), aber die Voraussetzungen, unter denen der Eigentümer vom Gläubiger den Verzicht verlangen kann, sind wesentlich verschieden. Der Grundschuld ist eigentümlich, daß sie sich weder bei ihrer Entstehung noch zu ihrem Fortbestehen an eine persönliche Forderung anzulehnen braucht (§ 1191 Abs. 1). Daraus folgt, daß noch viel weniger Einreden, die dem Schuldner einer im besonderen Falle durch die Grundschuld gesicherten Forderung<sup>53)</sup> gegen diese Forderung zustehen, von dem Eigentümer gegenüber der dinglichen Klage geltend gemacht werden können: § 1137 ist auf Grundschulden nicht anwendbar<sup>54)</sup>.

Da selbst die Geltendmachung einer Einrede den Anspruch nicht vernichtet<sup>55)</sup>, so kommt die bloße Einrede gegen die Forderung dem Eigentümer niemals zu statten. Hat zum Beispiel S dem G eine Grundschuld zur Sicherung einer Kaufgeldforderung bestellt, und stellt sich nachher heraus, daß die Kaufsache mangelhaft war, so kann S zwar unter den Voraussetzungen des § 478 nach Verjährung des Wandlungsrechts (§ 477) die Zahlung des Kaufpreises verweigern, dagegen nicht der Geltendmachung der Grundschuld widersprechen, auch nicht, nachdem die persönliche Klage wegen der erhobenen Einrede abgewiesen ist<sup>56)</sup>.

<sup>53)</sup> Vgl. über diese sog. „Sicherungsgrundschuld“ Wolff S. 456/457. Ist der Eigentümer zugleich Schuldner der zu sichernden Forderung, so ist in der Zwangsversteigerung die Sondervorschrift des § 53 Abs. 2 ZVG. über den Eintritt des Erstehers in die persönliche Schuld zu beachten.

<sup>54)</sup> Das ist der Grund, weshalb die Grundschulden in § 223 Abs. 1 nicht genannt sind: der Eigentümer kann die Einrede der Verjährung der Forderung, selbst wenn er persönlicher Schuldner ist, gegenüber der Klage aus der Grundschuld ohnedies nicht geltend machen. — Auch in § 418 Abs. 1 Satz 2 ist der Grundschuld nicht Erwähnung geschehen: durch eine Schuldübernahme wird das (die Forderung sichernde) Recht aus der Grundschuld nicht berührt. So zeigt sich auf Schritt und Tritt, daß die Stellung des Eigentümers bei der Grundschuld ungünstiger ist als bei der Hypothek.

<sup>55)</sup> Herrschende Meinung, vgl. Enneccerus § 208<sup>o</sup>.

<sup>56)</sup> Vgl. Wolff 491 III, Sternberg, Jherings J. 61, 410, Goldmann-Lilienthal § 76 S. 520, 7.

Ebenso, wenn die Forderung des Gläubigers durch eine unerlaubte Handlung gegen den Schuldner oder ohne rechtlichen Grund erlangt ist. Ist hier der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt, so steht der Forderung des Gläubigers zwar die Einrede aus den §§ 821, 853 entgegen, nicht aber seiner Klage aus der Grundschild, mag der verletzte Schuldner selbst Eigentümer sein oder ein Dritter.

Vor der Verjährung des Befreiungsanspruchs hat der Eigentümer zwar auch keine Einrede gegen die Grundschild, aber wenn der Schuldner einmal befreit ist, so ist damit der rechtliche Grund für die Bestellung der Grundschild weggefallen, und demjenigen, der zur Zeit der Bestellung Eigentümer war, steht ein Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger zu, gerichtet auf Aufgabe der Grundschild (§ 812 Abs. 1 Satz 2)<sup>57)</sup>. Ist die als gegenwärtig bestehend vorgestellte Forderung, die durch die Grundschild gesichert werden sollte, nicht entstanden, so kann der Eigentümer sogleich verlangen, daß der Gläubiger auf die Grundschild verzichte<sup>58)</sup>.

So gibt es also wie bei der Hypothek Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem Grundschildgläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Grundschild zustehen. Deshalb ist auch § 1157 entsprechend anwendbar<sup>59)</sup>: die gegen den bisherigen Gläubiger gerichtete Bereicherungseinrede kann auch einem Erwerber der Grundschild entgegengesetzt werden, wenn er bei dem Erwerb die Kondizierbarkeit<sup>60)</sup>

---

<sup>57)</sup> Das „Etwas“, was vom Grundschildgläubiger ohne rechtlichen Grund erlangt ist, ist die Grundschild; um sie ist er bereichert, nicht erst durch das Mittel erfolgreicher Ausübung des Rechts aus der Grundschild wird „die Bereicherung perfiziert“, wie Strohal a. a. O. 196 meint. Sonst könnte ja der Gläubiger, dessen kondizierbare Grundschild bei einer Zwangsversteigerung voraussichtlich ausfallen würde, gegen die Klage aus § 812 einwenden, daß er nicht bereichert sei (§ 818 Abs. 3)!

<sup>58)</sup> Vgl. Wolff 558<sup>11)</sup>.

<sup>59)</sup> Und besonders wichtig, Denkschrift S. 221; Kretzschmar, Sachenrecht § 1192, 2 a, Strohal a. a. O. 193 A. 61 u. a.

<sup>60)</sup> Es genügt, wenn er gewußt hat, daß die neben der Grundschild stehende Forderung anfechtbar war, selbst wenn die Anfechtung erst nach Zession der Grundschild erfolgt, § 142. Dagegen schadet es ihm nicht, wenn er die Anfechtbarkeit hätte kennen müssen (§§ 122 Abs. 2, 276 Abs. 1 Satz 2), da auch die fahrlässige Unkenntnis von der Nichtigkeit der Forderung den Erwerb der Grundschild nicht gehindert haben würde.

gekannt hat<sup>61)</sup>, oder wenn die Unvollständigkeit des Eintrags über die Grundschuld, in dem der Einrede nicht gedacht war, aus einem Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs hervorging<sup>62)</sup>; endlich nach den Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung selbst dann, wenn die einredebehaftete Grundschuld zwar in Unkenntnis der Einrede, aber durch eine unentgeltliche Zuwendung dessen erlangt ist, der die Grundschuld ohne rechtlichen Grund hatte (§ 822)<sup>63)</sup>.

Auch in der Beziehung paßt § 1169 m. E. auf Grundschulden, daß der Verzicht die einzige Art ist, wie der Gläubiger lediglich wegen der dauernden Einrede seinem Rechte entsagen soll. Bei Hypotheken kommt, auch wenn die Hypothek auf Grund einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812) oder durch unerlaubte Handlung (vgl. § 852 Abs. 2) erlangt ist, als Form der „Herausgabe“ des Erlangten nur ein Verzicht, nicht etwa Abtretung an

<sup>61)</sup> RG. Seuff A. 64, 194 f.

<sup>62)</sup> Bei Briefgrundschulden ist § 1140 zu beachten (§ 1157).

<sup>63)</sup> Wolff 559, 2. § 822 spielt seine Rolle auch bei der Hypothek. Hatte der Hypothekar die Hypothek (nicht die Forderung) ohne rechtlichen Grund erlangt, so kann der Besteller der Geltendmachung der Hypothek widersprechen auch gegenüber einem redlichen Zessionar, der die Hypothek unentgeltlich erworben hat. — Es liegt nahe, den Grundsatz des § 822 analog auf alle Fälle anzuwenden, in denen dem Eigentümer eine dauernde Einrede gegen die Hypothek zusteht, mag sie auch aus den Einreden gegen die Forderung geschöpft sein. Dem ersten Hypothekengläubiger gegenüber kann der Eigentümer sich ja nach § 1137 schützen und nach § 1169 Verzicht auf die Hypothek von ihm verlangen. Aus § 1169 ist zu schließen, daß das Gesetz den Fortbestand einer Hypothek, gegen die dem Eigentümer eine dauernde Einrede zusteht, überhaupt als ungerechtfertigt, d. h. „einer gerechten und billigen Ordnung der Vermögensverhältnisse nicht entsprechend“ (Enneccerus § 440 I) ansieht. Das Unbefriedigende dieses Zustands wird dadurch, daß die Hypothek an einen redlichen Dritten (§ 1138) zediert wird, so wenig gehoben wie in dem Falle, daß eine nicht bestehende Hypothek kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs in der Hand eines redlichen Erwerbers wirksam wird (§§ 892 mit 1138, 816 Abs. 1 Satz 1). Der lukrative Erwerb nun soll in solchen Fällen auf Kosten des geschädigten Eigentümers nicht aufrecht erhalten werden (vgl. Enneccerus § 441 II 4 d, e). Daher ist meines Erachtens anzunehmen, daß der Verzihtanspruch des § 1169 auch gegen den redlichen Zessionar der Hypothek geht, falls er unentgeltlich erworben hat, und daraus folgt, daß der Eigentümer auch diesem gegenüber eine Einrede gegen die Hypothek hat, wie der Kondiktionsberechtigte gegen das ohne rechtlichen Grund erlangte Recht des Gegners (§ 821).

den Eigentümer in Frage, weil die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann (§ 1153 Abs. 2), eine Übertragung der Forderung aber auf Grund der Einrede gegen das dingliche Recht garnicht praktisch wird<sup>64</sup>). Die Grundschuld freilich kann ohne die etwa neben ihr stehende Forderung übertragen werden, da § 1153 auf sie nicht zutrifft<sup>65</sup>). Trotzdem ist der Anspruch auf Herausgabe einer kondizierbaren Grundschuld im Interesse einheitlicher Ausgestaltung des Rechts auch allein als Anspruch auf Verzicht zu verstehen.

Der Gläubiger einer Gesamtgrundschuld habe die Grundschuld an dem Grundstück eines der Eigentümer durch Betrug erlangt. Die Abtretung der Grundschuld zu fordern, ist für den Eigentümer ausgeschlossen. Dagegen kann der Verzicht auf das Recht an einem Grundstück beschränkt werden.

Der Gläubiger habe nur einen Teil der Grundschuld ohne rechtlichen Grund, etwa weil die zu sichernde Forderung teilweise erloschen ist. Verzichtet der Gläubiger zu diesem Teile auf die Grundschuld, so genießt die dem Gläubiger verbleibende Grund-

---

<sup>64</sup>) Das übersieht Wolff 1 496 Text vor A. 5. Wenn er (1 A. 5) weiter ausführt, es sei „im wirtschaftlichen Erfolge gleichgültig, ob der Eigentümer auf Verzicht oder auf Abtretung klagt“, so ist das selbst in der Anwendung auf Grundschulden keineswegs immer richtig, s. Text im folgenden. Und wäre der Verzicht wirklich der Abtretung an den wahren Eigentümer wirtschaftlich gleichwertig, so wäre ein Bestehen des eingetragenen Eigentümers auf der Abtretung, während der Gläubiger zum Verzicht bereit ist, sehr verdächtig; denn nach Wolff kann eben nur der Bucheigentümer von einer Abtretung Vorteil haben. Neben einem sicheren Rechtsbehelf noch einen zweiten zu gewähren, der nur mit Rücksicht auf den (redlichen) Nichtberechtigten einen Zweck hat, scheint mir überhaupt methodisch bedenklich. Zustimmend jetzt Wolff 515 7.

<sup>65</sup>) Umgekehrt geht mit Abtretung der Forderung nicht einmal im Zweifel die zu ihrer Sicherung bestellte Grundschuld mit über, da die Grundschuld kein Nebenrecht im Sinne des § 401 ist. Vgl. Planck § 1192, 5, RGRKomm. § 1191, 1, Goldmann-Lilienthal § 79<sup>aa</sup>. (Die abweichende Ansicht von Neumann, BGB. Vorbem. 3 b vor § 1191 und Kober § 1191 I 3 b  $\beta$  führt zu dem Ergebnis, daß eine Grundschuld mit der Forderung, zu deren Sicherung sie dient, durch formlosen Vertrag übertragen werden könnte, weil die Abtretung der Forderung sich unzweifelhaft nach den §§ 398 ff. vollzieht; vgl. dazu wieder Kober § 1192 II 2 d und Neumann § 1154 BI). Deshalb kommt sie auch weder einem zahlenden Bürgen (§ 774 Abs. 1, KGJ. 43 A 254) noch einem ersatzberechtigten Mitschuldner (§ 426 Abs. 2) zugute (§ 412).

schuld den Vorrang vor der gemäß § 1168 entstehenden Eigentümerteilgrundschuld (§ 1176). Würde der Gläubiger gehalten sein, den kondizierbaren Teil abzutreten, so ständen die Teile zu gleichem Range<sup>66)</sup>, und damit wäre eine häßliche Inkongruenz zu der Hypothek geschaffen, wo im gleichen Falle die gemäß § 1163 Abs. 1 entstehende Eigentümergrundschuld nicht zum Nachteil der Gläubigerresthypothek geltend gemacht werden kann.

Endlich erscheint die Aufgabe des Rechts, das Gegenspiel seiner Bestellung, im Bereich dinglicher Rechte auch sonst als die passende Form der Herausgabe eines sine causa begründeten Rechts; so wird niemand auf den Gedanken kommen, dem Eigentümer, der ohne rechtlichen Grund ein (ausnahmsweise) veräußerliches dingliches Personalvorkaufsrecht<sup>67)</sup> bestellt hat, einen Anspruch auf Abtretung desselben zu geben, selbst wenn der Eigentümer das Grundstück inzwischen veräußert hat.

So muß es auch für den Kondiktionsanspruch betreffs der Grundschuld ohne Belang sein, ob der berechtigte Eigentümer das Grundstück inzwischen weiterveräußert hat; mag der Erwerber die scheinbar einwandfreie Grundschuld auch in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen haben, immer kann der frühere Eigentümer nur Verzicht fordern<sup>68)</sup> und ist darauf angewiesen, sich die für den neuen Eigentümer entstehende Grundschuld von diesem entsprechend den obligatorischen Beziehungen zwischen ihnen übertragen zu lassen.

**f) Verzicht und öffentlicher Glaube des Grundbuchs.** Die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld des Eigentümers, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, geschieht kraft Gesetzes, deshalb sind die Vorschriften, die von dem rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Grundstücksrechts durch Verfügung eines Nichtberechtigten handeln, nicht anwendbar (§ 892). Aber der Verzicht selbst ist als ein Rechtsgeschäft zwischen dem Scheinhypothekar und dem Grundstückseigentümer, das eine

<sup>66)</sup> Vgl. Huth, ZBIFG. 7 S. 488/489 e.

<sup>67)</sup> Wolff 424<sup>17</sup>.

<sup>68)</sup> A. M. außer Wolff 563 zu A. 10 Eocius, Gruchot 51, 163, Landsberg, PosMSchr. 1905, 79 und RG. 78 S. 67 u. 71, dem hierin Kober § 1192 II 5 a, RGRKomm. § 1192, 1 S. 490, § 1169, 1, Stillschweig, JW. 1912, 714 und Kretzschmar, ZBIFG. 13, 7 folgen; vgl. auch Strohal a. a. O. 187 A. 52.

Verfügung über die Hypothek enthält, dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs durch § 893 unterstellt. Verzichtet also der fälschlich als Hypothekar Eingetragene durch Erklärung gegenüber dem Eigentümer auf die Hypothek, so gilt der Inhalt des Grundbuchs zugunsten des redlichen Eigentümers als richtig, der Scheinhypothekar gilt als wahrer Hypothekengläubiger, und die Hypothek fällt infolgedessen dem Eigentümer zu (§ 1168) oder erlischt an dem entlassenen Grundstück (§ 1175 Abs. 1 Satz 2)<sup>69</sup>). Für die Kenntnis des Eigentümers ist in entsprechender Anwendung des § 892 Abs. 2 (§ 893) der Zeitpunkt maßgebend, wo der Antrag auf Eintragung des Verzichts gestellt wird<sup>70</sup>), oder, wenn die Verzichtserklärung erst später wirksam wird<sup>71</sup>), dieser letztere Zeitpunkt.

Der Verzicht auf die Hypothek kann auch dem Grundbuchamt gegenüber erklärt werden. Dann kann er freilich nicht als ein Rechtsgeschäft bezeichnet werden, das zwischen dem eingetragenen Hypothekar und dem Eigentümer vorgenommen wird, und nur von solchen redet § 893. Trotzdem muß der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch in diesem Falle dem redlichen Eigentümer zugute kommen, denn regelmäßig wird ein solcher Verzicht nach vorheriger Verständigung mit dem Eigentümer

<sup>69</sup>) So Biermann § 1168, 3 S. 379, Planck I b  $\beta$  zu § 893, Bruck 221 A. 6, Wolff 123 c, 108<sup>1</sup>. — Unhaltbar ist die Ansicht von Fuchs. Er gibt zu (A. 2 zu § 893), daß der Scheinhypothekar zugunsten des Eigentümers, dem gegenüber er seine Verzichtserklärung abgibt, als wahrer Gläubiger gilt, lehnt aber trotzdem den Erwerb der Hypothek für den Eigentümer ab, weil er als gesetzlicher nicht unter dem Schutze des § 892 stehe (A. III 4 a zu §§ 1168, 1169). Wenn aber zugunsten des Eigentümers der Scheinhypothekar als Hypothekar gilt, muß sein Verzicht auch alle gesetzlichen Wirkungen für den Eigentümer haben.

<sup>70</sup>) Wird der Verzicht ordnungswidrig ohne Antrag eingetragen, so tritt die Zeit der Eintragung an die Stelle.

<sup>71</sup>) Beispiel: Der Eigentümer reicht die wegen vorübergehender Störung der Geistestätigkeit nichtige (§ 105 Abs. 2) Verzichtserklärung und Eintragsbewilligung des Scheinhypothekars dem Grundbuchamt ein mit dem Antrag, die Hypothek auf ihn umzuschreiben. Dies geschieht. Der gesunde Scheinhypothekar bestätigt seinen Verzicht durch Erklärung gegenüber dem Eigentümer (§ 141 Abs. 1). Dann darf der Eigentümer in dem Augenblick, in dem die Verzichtserklärung wirksam wird (vgl. § 130), nicht wissen, daß das Grundbuch durch die Eintragung des Scheinhypothekars unrichtig war (vgl. Wolff 125: „Kenntnis der Unrichtigkeit ist nicht immer Kenntnis gegenwärtiger Unrichtigkeit“).



erklärt werden, und so gut wie immer wird der Eigentümer im Vertrauen auf das Grundbuch seine Vermögensdispositionen infolge des Verzichts, insbesondere Leistung des Entgelts in bar oder neuer Sicherheit, ganz gleichmäßig treffen, ob der Verzicht nun ihm gegenüber erklärt ist, oder ob er vom Grundbuchamt erfährt (§ 55 GBO.), der Hypothekar habe diesem gegenüber auf die Hypothek verzichtet und auf seinen Antrag sei der Verzicht ins Grundbuch eingetragen worden<sup>72)</sup>.

Der Eigentümer erwirbt die durch den Verzicht entstehende Grundschuld, mag er als solcher im Grundbuch eingetragen sein oder nicht, und mag der Verzicht ihm oder dem Grundbuchamt gegenüber erklärt sein. Hat der Gläubiger den Verzicht dem Bucheigentümer gegenüber erklärt, so ist der Verzicht nichtig; der Bucheigentümer erwirbt die Hypothek nicht, weil § 892 nicht zutrifft, der wahre Eigentümer nicht, weil der Verzicht nicht ihm gegenüber erklärt ist<sup>73)</sup>. Hat der Scheineigentümer die ihm gegenüber abgegebene Verzichtserklärung dem Grundbuchamt eingereicht, und ist daraufhin der Verzicht eingetragen worden, so wird die nichtige Verzichtserklärung bisweilen in eine dem Grundbuchamt gegenüber abgegebene Erklärung umgedeutet werden können, bei deren Übermittlung der Scheineigentümer als Bote fungiert, und als solche zur Wirksamkeit gebracht werden (§ 140). Immer dann nämlich, wenn der Gläubiger ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers verzichtete, z. B. weil er sich einem Vorbesitzer oder einem interessierten (§ 1179) Nachhypothekar dazu verpflichtet hatte.

---

<sup>72)</sup> Für die Anwendbarkeit des § 893: Planck a. a. O., Wolff a. a. O. Dagegen, unter dem Einfluß der Entstehungsgeschichte (Prot. 3, 86 f.), wonach es von den besonderen Umständen des einzelnen Falles abhängen soll, ob das Grundbuchamt als empfangsberechtigter Vertreter des Begünstigten gelten könne, und nur dann der dem Grundbuchamt erklärte Verzicht dem Verzicht gegenüber dem Eigentümer gleichzustellen sein soll: Biermann 6 b zu § 893, Cosack II 39/40 und andere, widerwillig auch Fuchs §§ 1168, 1169 III 4 a.

<sup>73)</sup> Herrschende Meinung, z. B. Fuchs a. a. O., Biermann S. 379 (mit der seltsamen Begründung, daß der sein Recht aufgebende Gläubiger sich für die Wirksamkeit der Erklärung gegenüber dem Scheineigentümer nicht auf § 893 berufen könne), Bruck 221 A. 5 (der Biermann mit Unrecht als Gegner nennt), Semmelmann 107, Wolff 519 III.

## § 9. Die Grundschuld in der Zwangsversteigerung.

Wir haben bereits ausgeführt, daß das Nichtbestehen der Forderung so wenig wie ihr Erlöschen den Bestand einer Fremgrundschuld aufhebt, die zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, sondern nur meist einen Anspruch gegen den Grundschuldgläubiger erzeugt, daß er auf sein Recht verzichte (S. 70 ff). Daß das Bestehen einer persönlichen Forderung nicht gesetzliche Voraussetzung für die Entstehung einer Grundschuld ist, folgt aus der von § 1113 abweichenden Begriffsbestimmung des § 1191, wonach z. B. eine Rentenschuld (§ 1199) ohne jede Anlehnung an ein obligatorisches Verhältnis, das durch das dingliche Recht verstärkt werden sollte, bestellt werden kann<sup>1)</sup>. Deshalb ist der § 1163 Abs. 1, der die Folgen der Nichtexistenz der hypothekarisch gesicherten Forderung regelt, auf die Grundschuld nicht anwendbar<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Gierke II S. 909, 910, Wolff 456: „So kann z. B. ein Grundeigentümer, der Geld braucht, statt ein Darlehn von 1000 Mark aufzunehmen und dafür sein Grundstück mit einer Hypothek oder Grundschuld zu belasten, eine Grundschuld an seinem Grundstück im Betrage von 1000 Mark für 1000 Mark „verkaufen“. [§ 445: Vertrag, der auf Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet ist.] Möglich ist auch die Bestellung einer Grundschuld an Zahlungsstatt zur Tilgung einer bestehenden Forderung.“ Vgl. Wolff 558 Anm. 5 a. E.

<sup>2)</sup> So vor allem RG. vom 8. 3. 05 Bd. 60 S. 255 (zuerst auszugsweise JW. 05, 291 Nr. 18), insoweit aufrechterhalten von RG. 78, 65—67, Neumann, JW. 06, 154 (153 von Jaeckel-Güthe fürs Gegenteil zitiert), Wolff 562, 2c, Strohal, Jherings J. 59 S. 192/193 (149 ff. von Jaeckel-Güthe fürs Gegenteil zitiert), Hachenburg, Vorträge 526 (von Güthe, GBO. 1695 fürs Gegenteil zitiert), Goldmann-Lilienthal § 80<sup>88</sup>. Anderer Meinung Hachenburg, DJZ. 06, 297 (auf Grund einer Verwechslung von Forderung und dinglichem Recht, Wolff 564<sup>11)</sup>, Jaeckel, Gruchot 50 S. 603—607, Jaeckel-Güthe, ZVG. §§ 50, 51 A. 2, Güthe, DJZ. 08, 929 und GBO. 1695.

Güthe, DJZ. a. a. O. begründet seine Ansicht, daß die Grundschuld, solange der Gegenwert für sie nicht geleistet ist, gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 dem Eigentümer zustehe, damit, daß auch die Hypothek nicht akzessorisch sei, daß vielmehr Hypothek und Grundschuld in ihrem Wesen einander gleich seien. Er folgert nämlich aus §§ 892, 1138, daß schon mit Einigung und Eintragung eine Hypothek für „den Gläubiger“ entstehe, selbst wenn eine Forderung nicht besteht; er muß freilich zugeben, daß „dieser Grundsatz eine Ausnahme erleidet, solange die Hypothek sich in den Händen des ursprünglichen Gläubigers oder eines schlecht

Jaeckel und Güthe, die beiden Hauptvertreter der Meinung, welche die Folgen des § 1163 Abs. 1, Entstehung der Eigentümergrundschuld, auf Grundschulden erstrecken will, sind sich der Schwierigkeit wohl bewußt, die diese Anpassung bei einer Grundschuld machen muß, die von den Beteiligten selbst garnicht, um eine Forderung zu sichern, begründet worden ist. Ihnen ist daher § 1163 Abs. 1 Satz 1 (ist die Forderung . . . nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu) eine Vorschrift, die „nicht die Forderung als solche betrifft“, sondern „auf dem allgemeinen Grundsatz beruht, daß es unbillig wäre, dem Gläubiger den Grundstückswert zuzuweisen, solange er nicht den Gegenwert erbracht hat“. Daß diese Umdeutung in ihren Folgerungen dazu angetan ist, die Grundfesten des materiellen Liegenschaftsrechts zu erschüttern, und in dem Gesetze keinen Anhalt findet, ja mit ihm unvereinbar ist, werden die folgenden Erwägungen lehren.

Läge dem § 1163 Abs. 1 wirklich das bezeichnete Prinzip zugrunde, so müßte es natürlich auch auf Hypotheken Anwendung finden, wie denn Güthe DJZ. ausführt, es entstehe für den (ursprünglichen, vgl. unten Anm. 2) Gläubiger keine Hypothek, wenn in dem Nichtentstehen der Forderung sich der Mangel des für die Hypothek zu leistenden Gegenwerts zeige. Nun gibt es aber Fälle, in denen der Gegenwert, der für die Hypothek zu leisten war, tatsächlich geleistet ist, eine Hypothek aber trotzdem mangels Forderung nicht entsteht. A ist dem B 1000 Mark schuldig geworden. Er vereinbart mit C, daß dieser gegen Zahlung von 500 M. dem B eine Hypothek für dessen Forderung an seinem (C's) Grundstück bestellen solle. C bestellt die Hypothek, A zahlt ihm die 500 M. Nachträglich stellt sich heraus, daß die Forderung

---

gläubigen Erwerbers befindet“. Ebensogut könnte er die Entbehrlichkeit auch der Einigung für Entstehung der Hypothek behaupten, denn der redliche Erwerber bekommt trotzdem eine Hypothek! Diesem Trugschluß verfällt tatsächlich Brinck 11. — Durch die wirksame Verfügung des nichtberechtigten Grundschuldgläubigers läßt Güthe die zunächst entstandene Grundschuld des Eigentümers „erlöschen“, anstatt daß sie auf den redlichen Erwerber überginge. — Gegen die Vorstellung, als ob bei Übertragung einer mangels Forderung nicht entstandenen Fremdhypothek an einen redlichen Dritten die Forderung gemäß § 1138 als bestehend fingiert werde (Güthe, GBO. 1709), vgl. Wolff 484/485, insbesondere Anm. 11.

des B gegen A nichtig ist. Hier ist keine Hypothek für B entstanden (§ 1163 Abs. 1 Satz 1), trotzdem „der für die Hypothek zu leistende Gegenwert“ geleistet ist, nach Gütthe also das Nichtentstehen der Forderung bedeutungslos sein müßte.

Wie die Leistung des „Gegenwertes für die Hypothek“ den Mangel der Hypothekenforderung nicht ausgleichen kann, so hindert der Mangel eines solchen Gegenwerts die Entstehung einer Hypothek für eine gültige Forderung niemals. Erstens kann eine Hypothek ohne jeden Gegenwert bestellt werden, z. B. wenn der Schuldner dem Gläubiger aus freien Stücken Sicherheitleistung durch Hypothekbestellung anbietet, um seinen Personalkredit zu heben, oder wenn ein Dritter aus Gefälligkeit für den Schuldner<sup>3)</sup> oder den Gläubiger die Forderung auf seinem Grundstück hypothekarisch sichert. Daß hier der Mangel der Valuta die Entstehung der Hypothek nicht hindert, ja nicht einmal eine Einrede gegen die Hypothek erzeugt, ist klar, trotzdem dadurch „dem Gläubiger der Grundstückswert zugewiesen wird“, ohne daß er irgendwelchen „Gegenwert erbracht“ hat. Aber auch wenn der Eigentümer sich dafür, daß er sein Grundstück belastet, ein Entgelt ausbedungen hat, ist dessen Leistung für die Entstehung der Hypothek niemals entscheidend<sup>4)</sup>.

Hat A dem X aus irgendeinem Grunde Sicherheit zu leisten (z. B. als Nießbraucher, § 1051), so kann ihm daran liegen, eine chirographische Forderung, die er gegen B hat, mit einer Hypothek zu umkleiden (§ 232 Abs. 1). Er erhält die Hypothek zu diesem Zwecke von dem Grundstückseigentümer C, der dafür ein Entgelt verlangt, das je nach der Güte des Schuldners B abgestuft sein wird (§§ 1142, 1143). Die Hypothekenforderung wird dem X verpfändet, bevor das Entgelt geleistet ist. Daß die Hypothek (und das Pfandrecht an der Hypothek) nichtsdestoweniger entstanden ist, folgt aus § 873 Abs. 1, wonach Einigung und Eintragung zur Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek für eine gültige Forderung erforderlich und ausreichend

---

<sup>3)</sup> Ebenso wie im Wechselrecht der Bezogene, der ein Gefälligkeitsakzept gegeben hat, gegenüber dem Remittenten und den Indossatären nicht den Einwand der fehlenden Deckung erheben kann; vgl. Cosack, Handelsrecht § 74 I 1, aus dessen Ausführungen über die Deckung des Bezogenen auch sonst manches für unsere Fragen zu entnehmen ist.

<sup>4)</sup> Vgl. RG. 78 S. 64/65.

sind. Ist der X kraft seines Pfandrechts oder als Zessionar gemäß § 1282 berechtigt, die Hypothekenforderung einzuziehen, so kann C nicht einmal der Geltendmachung der Hypothek durch X widersprechen, selbst wenn das von A versprochene Entgelt noch immer aussteht<sup>5)</sup> 6).

Wir sehen, daß die Auslegung, die Jaeckel und Gütthe dem § 1163 Abs. 1 Satz 1 geben, dazu führen würde, mit dem feststehenden Satz des Sachenrechts zu brechen, daß die dingliche Einigung im Fahrnis- wie im Liegenschaftsverkehr abstrakt ist, auch die Hypothekenbestellung. Die bekämpfte Ansicht beruht am letzten Ende auf einer Verwechslung der zu sichernden Forderung, von deren Bestehen die Hypothek, nicht aber die Grundsuld abhängig ist, mit dem der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Geschäft, ihrer causa, einer Verwechslung, vor der Wolff mit Recht eindringlich warnt<sup>7)</sup>.

Ist so die Auffassung abzulehnen, als sei § 1163 Abs. 1 eine Reaktion gegen das Fehlen eines Gegenwerts für die Hypothek, so kann dieser Mangel auch für Entstehen und Fortbestehen<sup>8)</sup> der Grundsuld nicht ausschlaggebend sein. Bei der Grundsuld spielt noch hinein, daß sie, wie gesagt (vgl. Anm. 1), ohne jeden Sicherungszweck bestellt werden kann. Ist dies der Fall, war z. B. ohne jede Verpflichtung zur Gewährung einer Leibrente (§ 759 ff.) die Belastung eines Grundstücks mit einer Rentenschuld gegen Entgelt vereinbart, so erzeugt die Tatsache, daß der Gegenwert nicht geleistet ist, nicht einmal eine Einrede gegen die Grundsuld. Die Einrede, daß der Gläubiger um die Grundsuld ungerechtfertigt bereichert sei, kommt nicht in Betracht, weil der rechtliche Grund in dem Vertrage liegt; die Einrede des nicht

<sup>5)</sup> Und zwar selbst dann nicht, wenn C gemäß § 326 von dem Vertrage zurückgetreten ist. Er ist darauf beschränkt, von A Verzicht auf die Hypothek und Beseitigung des Pfandrechts des X zu verlangen (327, 346).

<sup>6)</sup> Hat der Schuldner dem Eigentümer ein Entgelt dafür versprochen, daß er dem Gläubiger eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt, so steht dem Eigentümer natürlich noch viel weniger eine Einrede wegen der mangelnden Deckung gegen den Gläubiger zu.

<sup>7)</sup> S. 457 II, 103, 4, vgl. Enneccerus § 139 I.

<sup>8)</sup> Völlig indiskutabel ist das — von der erwähnten RGE. 60, 251 aufgehobene — Urteil OLG. 9, 379, das einen Verzicht auf die Grundsuld nicht § 1168, dafür aber § 1163 Abs. 1 Satz 2 unterstellen will und zu seiner Wirksamkeit Löschung im Grundbuch gemäß § 875 fordert.

erfüllten Vertrages (§ 320) deshalb nicht, weil der Eigentümer die einzige ihm obliegende Leistung, die Bestellung der Grundschuld, bereits bewirkt hat. Daß der Eigentümer unter Umständen von dem Vertrage zurücktreten kann (§ 326<sup>9)</sup>), gibt ihm, solange er nicht den Rücktritt erklärt, ebenfalls kein Recht, der Geltendmachung der Grundschuld zu widersprechen. Und tritt der Eigentümer wirklich zurück, so kann er aus seinem Rückforderungsrecht (§ 346) eine Einrede gegen die Grundschuld nur herleiten, wenn der Grundschuldgläubiger ihm das Entgelt versprochen hatte.

Daher sollte man in der Diskussion über die Frage, wie bei einer „Sicherungsgrundschuld“ der Mangel der Forderung wirkt, die Bezeichnung einer solchen Grundschuld als „nicht valutiert“, mehr als bisher geschehen ist, vermeiden<sup>10)</sup>. Die reiche Literatur über das Problem, welche Bedeutung überhaupt dem Fehlen der nach Absicht der Beteiligten zu sichernden Forderung für eine Grundschuld zukommt, knüpfte an einen Fall an, der dem Reichsgericht (60, 251, vgl. oben A. 2) zur Entscheidung vorgelegen hat.

Auf einem subhastierten Grundstück war zugunsten einer landschaftlichen Darlehnskasse eine nicht in das geringste Gebot fallende Grundschuld eingetragen. Die Grundschuld war von dem Subhastaten bestellt worden, um die Kasse für ein später von ihr zu gewährendes Darlehn zu sichern. In dem Verteilungstermin kam die Grundschuld voll zur Hebung. Die Darlehnskasse erklärte aber, daß sie Valuta nicht in voller Höhe bezahlt habe und daher die Grundschuld nur in Höhe der wirklich gezahlten

<sup>9)</sup> Ebensovienig, daß er mit einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen das Recht aus der Grundschuld aufrechnen könnte. Aus dem Aufrechnungsrecht folgt niemals ein Recht für den Schuldner, die geschuldete Leistung zu verweigern. (Daher ist es auch, nebenbei bemerkt, nicht richtig, wenn Güthe, GBO. 214 zu BGB. § 1137 davon spricht, daß der Eigentümer die Bürgschaftseinreden des § 770 nur habe, wenn der persönliche Schuldner nicht auf sie verzichtet habe.)

<sup>10)</sup> RG. 78, 65. — Strohal a. a. O. schließt durch die Zusätze, mit denen er den von ihm gemeinten Fall von Nichtvalutierung (s. die Überschrift seines Aufsatzes) versieht, Mißverständnisse aus; S. 183, 184: „Hatte ein Grundstückseigentümer jemandem mit Rücksicht auf eine von diesem in Aussicht gestellte Valutierung eine der Höhe der erwarteten Valuta entsprechende Grundschuld bestellt, auf daß der Grundschuldgläubiger rücksichtlich der von ihm gewährten Valuta durch die Grundschuld gedeckt werde usw.“

Valuta gegen den Versteigerungserlös liquidiere. Nach dieser Erklärung wurde nur noch darüber gestritten, ob der vom Gläubiger nicht liquidierte Betrag dem Subhastaten oder dem nächsten ausgefallenen Nachhypothekar zuzuteilen sei.

Das Reichsgericht entschied sich für das letztere, indem es dahingestellt ließ, ob in der Erklärung des Grundschuldgläubigers, nur einen Teil liquidieren zu wollen, ein Verzicht auf den nicht liquidierten Teil liege. In dem vom RG. beurteilten Falle war es anscheinend zweifellos, daß der Grundschuldgläubiger nach dem zwischen ihm und dem Subhastaten bestehenden Rechtsverhältnisse nicht gehalten war, noch weitere „Valuta zuzahlen“. Deshalb war der Gläubiger, soweit seine Forderung nicht entstanden war, zur Herausgabe der Grundschuld verpflichtet, da der mit ihrer Begründung bezweckte Erfolg nicht mehr eintreten konnte (§ 812 Abs. 1 Satz 2). Der rechte Weg zur Erfüllung seiner Herausgabepflicht ist nach unserer oben<sup>11)</sup> entwickelten Ansicht stets, daß der Gläubiger auf sein Recht aus der Grundschuld verzichtet.

Es fragt sich nur, ob der Verzicht im Zwangsversteigerungsverfahren über das belastete Grundstück anders zu behandeln ist als der gewöhnliche Verzicht auf Hypothek und Grundschuld, dessen Formen und Wirkungen nach dem BGB. wir dargelegt haben. Wird nach Anordnung der Zwangsversteigerung auf Ersuchen des Versteigerungsgerichts der Versteigerungsvermerk in das Grundbuch eingetragen (ZVG. § 19, GBO. § 39), so wird damit spätestens die Beschlagnahme des Grundstücks allen gegenüber wirksam (§ 22 ZVG). Nach der Eintragung des Versteigerungsvermerks teilt das Grundbuchamt den Inhalt des Grundbuchs dem Gericht mit (§ 19 Abs. 2 ZVG.), und der Buchstand in diesem Zeitpunkt ist sowohl für die Feststellung des geringsten Gebots (§ 45 Abs. 1) als bei der Aufstellung des Teilungsplans (§ 114 Abs. 1) zunächst maßgebend. Will ein Grundpfand-

<sup>11)</sup> S. 72—74; nach der gegnerischen Ansicht (Vertreter: S. 74\*\*), die auch das Reichsgericht teilt, hat der kondiktionsberechtigte Besteller der Grundschuld gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Abtretung der Grundschuld. Auf eine „fatale Konsequenz“ dieser von uns bekämpften Lehre will der Aufsatz von Stillschweig: Die nichtvalutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung und ihr Verhältnis zur Löschungsvormerkung des § 1179 BGB. (JW. 1912, 713) aufmerksam machen (vgl. RG., Warneyer Ergänzungsband 6, 76 und Heinitz, DJZ. 1913, 1432).

gläubiger nach Eintragung des Versteigerungsvermerks auf sein Recht verzichten, so geschieht dies wie bisher durch darauf gerichtete Willenserklärung und Eintragung im Grundbuch<sup>12)</sup> und hat den Über- oder Untergang seines Rechtes (§§ 1168, 1175, 1178 BGB.) zur Folge. Geht das aufgegebene Recht unter, so rücken die nachstehenden Berechtigten auf; sie verhindern seinerzeit nötigenfalls durch Widerspruch gegen den Teilungsplan die Berücksichtigung des erloschenen Rechtes (§ 115 ZVG.). Anders aber ist die Rechtslage, wenn der Zuschlag erteilt wird, bevor der Verzicht ins Grundbuch eingetragen ist. Denn durch den Zuschlag erlöschen mangels abweichender Vereinbarungen (§ 91 Abs. 2) die nicht ins geringste Gebot aufgenommenen Rechte an dem Grundstück (§§ 52, 91 Abs. 1), und eine bei diesen Rechten nach dem Zuschlag im Grundbuch erfolgende Eintragung hat nur dann Bedeutung, wenn der Zuschlagsbeschluß im Beschwerde- wege (§ 96 ff ZVG.) rechtskräftig aufgehoben wird (§ 91 Abs. 1); denn dann wird es so angesehen, als sei der Zuschlag überhaupt nicht erteilt worden, als seien die Rechte also niemals untergegangen<sup>13)</sup>.

Deshalb wird das Grundbuch, obwohl es schon mit dem Zuschlag selbst möglicherweise unrichtig wird, doch nur auf Ersuchen des Gerichts, wenn der Zuschlag nicht mehr anfechtbar ist (§ 130 Abs. 1 ZVG.), den veränderten Rechtsverhältnissen angepaßt. Da man nicht voraussehen kann, ob der Zuschlag bestehen bleiben wird, und, im Falle er endgültig aufgehoben wird, die nach dem Zuschlag getätigten Verfügungen des Grundpfandgläubigers über sein Recht voll wirksam sind<sup>14)</sup> und den öffentlichen Glauben des Grundbuchs genießen, so kann der Subhastat, dem eine dauernde Einrede gegen das Recht zustand, auch nach dem Zuschlag von dem Grundpfandgläubiger nicht nur die Zustimmung zur Eintragung der Einrede verlangen (§ 1157 Satz 2), sondern geradezu

<sup>12)</sup> Vgl. RG. 78, 67.

<sup>13)</sup> Vgl. Jaeckel-Güthe, ZVG. § 91, 2; Jaeckel, Gruchot 50, 600 A. 2. Das will wohl auch Strohal nicht bestreiten. wenn er S. 176 — nicht ganz präzis — erklärt, „nach dem Zuschlag komme eine bücherliche Eintragung des Verzichts nicht mehr in Frage“.

<sup>14)</sup> Nur in diesem Sinne ist es richtig, wenn Güthe, DJZ. 1908, 929 auch nach dem Zuschlag zur Aufhebung der Grundschuld die Aufgabenerklärung des Gläubigers und die Löschung für nötig hält.



den grundbuchmäßigen Verzicht auf das dingliche Recht am Grundstück (§ 1169).

Wie aber, wenn der Zuschlag bestehen bleibt? Der nach dem Zuschlag eingetragene Verzicht auf das Recht am Grundstück ist dann ja bedeutungslos, denn er hat ein bereits erloschenes Recht getroffen<sup>15)</sup>. Aber nach dem Surrogationsprinzip, das im Grundversteigerungsverfahren herrscht, ist an Stelle des Grundstücks, an dem der Subhastat durch den Zuschlag das Eigentum verloren hat (§ 90 ZVG.), für ihn der Versteigerungserlös getreten (§ 37 Ziff. 5 ZVG.), und an diesem setzt sich das Recht der Grundpfandgläubiger auf die bestimmte Geldsumme als dingliches Recht fort. Es lastet regelmäßig auf der durch den Zuschlag begründeten Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher auf Zahlung des Bargebots (§ 49 ZVG.); die ganze Forderung ist „für jeden Hypothekengläubiger mit dem Befriedigungsanspruch bestrickt, in den sich die Hypothek aufgelöst hat“, wie das Reichsgericht sagt, nicht etwa erwerben die Grundpfandgläubiger durch den Zuschlag ohne weiteres kraft Gesetzes einen entsprechenden Teil dieser Forderung<sup>16)</sup>. Die Rechte an dem Versteigerungserlös haben untereinander denselben Rang wie die Grundpfandrechte, aus denen sie erwachsen sind<sup>17)</sup>.

Hinterlegt der Ersteher vor dem Verteilungstermin das Bargebot unter Ausschließung der Rücknahme, so wechseln die

<sup>15)</sup> RG. 60, 253, Strohal 160.

<sup>16)</sup> Vgl. dazu die wertvollen Ausführungen von Hirsch, Übertr. S. 376—378 und die (bei Hirsch S. 378 A. 3 zitierten) Entsch.: RG. 5, 310 (für die preuß. Subh.-Ordn. v. 15. III. 1869); 64, 311; OLG. 2, 333.

<sup>17)</sup> Jaeckel-Güthe unterscheiden, ob das Grundpfandrecht durch das Meistgebot gedeckt wird oder nicht; davon soll abhängig sein, ob „eine unmittelbare Anweisung [?] des Geldbetrages des Rechtes einschließlich der Zinsen und Renten auf den Erlös erfolge“ (A. 2 zu § 92), oder das Recht „ersatzlos erlösche“ (A. 2 zu § 91). Diese Ausführung beruht auf einer unzutreffenden Vorstellung, wie sich aus dem im Text Gesagten ergibt. Lastet auf dem subhastierten Grundstück eine Gesamthypothek, die nicht bestehen bleibt, und befriedigt nach Zuschlag der nicht ersatzberechtigte Eigentümer des mitbelasteten Grundstücks den Gläubiger, so steht doch außer Zweifel, daß die nachstehenden Berechtigten aufrücken (§ 1173) und dadurch ein zunächst „ausgefallener“ Gläubiger noch zur Befriedigung kommt. Nach Jaeckel-Güthe müßte der durch Erlöschen freiwerdende Erlösteil bei der Verteilung an den Subhastaten fallen.

Rechte der ehemaligen Grundpfandgläubiger von neuem ihren Gegenstand, da der Ersteher durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit befreit wird (§ 49 Abs. 3); sie ergreifen den nunmehr den Versteigerungserlös bildenden Anspruch des Subhastaten gegen die Hinterlegungsstelle auf Auszahlung des hinterlegten Betrages, der freilich nicht zur freien Verfügung des Subhastaten steht, soweit das Gericht ihm keine Anweisung darauf erteilt (§ 117 Abs. 3).

Zahlt der Ersteher das Bargebot samt Zinsen im Verteilungstermin an das Gericht (§§ 49 Abs. 1, 107 Abs. 2), so tritt das gezahlte Geld an Stelle der Forderung gegen den Ersteher, und auf ihm lasten nun die Rechte der am Erlöse Berechtigten. Erst mit Verteilung des Erlöses (§ 105 ff.)<sup>18)</sup> erlöschen die dinglichen Rechte der ehemaligen Grundpfandgläubiger, teils indem sie aus dem Erlöse gedeckt werden; soweit der Erlös nicht ausreicht, durch Ausfall, ohne daß das Recht an einem mithaftenden Grundstück oder bei hypothekarischer Belastung die persönliche Forderung berührt wird. Im ersteren Falle gilt die Befriedigung aus dem Erlöse als Befriedigung aus dem Grundstück. Sie hat alle Folgen, die das bürgerliche Recht an diese knüpft: durch die Zahlung des Hypotheken- oder Grundschildkapitals, bei Rentenschulden der Ablösungssumme (§ 1200 BGB.), werden mangels eines Ersatzanspruchs des Subhastaten mitbelastete Grundstücke frei (§§ 1181 Abs. 2, 1182).

Bei der Hypothek im besonderen erfolgt die Befriedigung des Gläubigers stets wegen einer ihm zustehenden Forderung (§ 1113). War die Forderung allein gegen den Subhastaten gerichtet, so erlischt sie ausnahmslos (§ 362 Abs. 1) mit der Hypothek; war ein Dritter der persönliche Schuldner, oder kann der Subhastat von anderen Gesamtschuldnern Ausgleich verlangen, so geht die hypothekentkleidete Forderung auf ihn über (§§ 1143 Abs. 1, 426)<sup>19)</sup>.

<sup>18)</sup> Über außergerichtliche Verteilung ZVG. §§ 143, 144.

<sup>19)</sup> Nach Jaeckel-Güthe A. 2 zu § 91 erlischt der persönliche Anspruch und das Recht an einem mithaftenden Grundstück (§§ 1181, 1182 BGB.) mit dem Zuschlag, soweit das Meistgebot den Anspruch deckt. Das ist keinesfalls richtig, wie ein Blick auf die §§ 91 Abs. 3 Satz 2, 118 Abs. 2 Satz 1, 144 Abs. 1 („alleiniger Schuldner“) zeigt; vgl. Hirsch 378, Strohal 156.

Neben der nächstliegenden Form der Befriedigung durch Verteilung des Erlöses steht eine eigene Schöpfung des Zwangsversteigerungsrechts, die Befriedigung durch Übertragung der Forderung gegen den Ersteher (§ 118 ZVG.). Wir müssen es uns zur Wahrung des Zusammenhanges versagen, auf dies Institut einzugehen, im besonderen auf die — unseres Erachtens auch von Hirsch<sup>20)</sup> nicht gelösten — Schwierigkeiten, die es der juristischen Konstruktion bietet.

Nachdem wir das am Grundstück erloschene Recht des ehemaligen Grundpfandgläubigers durch die verschiedenen Stufen seiner Entwicklung begleitet haben, läßt sich die Richtigkeit der vom Reichsgericht wiederholt ausgesprochenen Ansicht beurteilen, daß das Recht am Erlöse ein anders geartetes Recht ist als die Hypothek oder Grundschuld, aus der es herrührt, und daß auf dieses Recht die Vorschriften des Liegenschaftsrechts nicht ohne weiteres angewendet werden dürfen<sup>21)</sup>. Daß eine solche Übertragung der Vorschriften von dem einen auf das andere Recht aus dem Surrogationsprinzip an sich nicht folgt, wird man dem Reichsgericht getrost zugeben dürfen<sup>22)</sup>.

Da die Rechte an dem Grundstück, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen, durch den Zuschlag — ohne Löschung — erlöschen (§ 91 ZVG.), so können zunächst all die Vorschriften, die das Grundstück selbst betreffen oder mit dem Grundbuchsystem zusammenhängen, auf das

<sup>20)</sup> Übertr. 381—385.

<sup>21)</sup> RG. 55, 260; 60, 253; 75, 316 u. öfter.

<sup>22)</sup> Sonst müßte auch das Eigentum an einem Grundstück durch Vertrag übertragen werden können, wenn es auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Übereignungsanspruchs erworben ist, denn auch hier gilt Surrogation (§ 718 BGB.)! — Auf der vom Reichsgericht zurückgewiesenen Verkennung des Wesens der Surrogation, deren Voraussetzung gerade auf der einen Seite ein Rechtsverlust ist, beruht Gütches Behauptung (DJZ. 1908, 929): „Nicht das Grundschuldrecht als solches ist erloschen, sondern, was erloschen ist, das ist nur die Beziehung dieses Rechtes zu dem Gegenstande, der bis dahin die Befugnis vermittelt hat, sich an den Grundstückswert zu halten“. Ähnlich Jaeckel-Gütche § 92 A. 1. Das „Grundschuldrecht als solches“ aber ist nach der gesetzlichen Definition die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist, und dieses Recht erlischt, wie § 91 Abs. 1 ZVG. klar sagt, durch den Zuschlag. So auch Strohal 160.

Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse keine Anwendung finden. So läßt der Untergang des Grundstücks, dessen das Zwangsversteigerungsgesetz selbst an anderer Stelle (§ 56) gedenkt, die Rechte am Erlöse natürlich unberührt; so geschieht die Übertragung, Verpfändung und Pfändung der einstigen Hypotheken ohne Eintragung im Grundbuche und ohne Briefübergabe<sup>23)</sup>; so ist der Erwerb der einstigen Hypothekenforderung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht geschützt<sup>24)</sup>. Das ergibt sich strikt aus dem Gesetz: dem Gericht vorgelegte Briefe über ein durch den Zuschlag erloschenes Grundpfandrecht sind unbrauchbar zu machen (§ 127), der Eintrag über eine bedingte Hypothek wird gelöscht, bevor der ehemalige Hypothekar befriedigt ist (§§ 119, 120, 130 ZVG.)<sup>25)</sup>. Auch zur Aufhebung des Rechtes am Erlöse und zum Verzicht darauf bedarf es der Eintragung nicht<sup>26)</sup>, und die entsprechenden Erklärungen werden nicht dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer (Ersther) gegenüber abgegeben, sondern dem gegenüber, der zur Zeit des Zuschlags Eigentümer war (Subhastat).

Nach welchen Regeln ist denn nun aber das Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse zu beurteilen, wenn das Liegenschaftsrecht dafür nicht ohne weiteres maßgebend ist? Hirsch hat nachgewiesen, daß die aus dem Grundpfandrecht herrührenden Rechte an der Forderung gegen den Ersther (oder an dem unverteiltern Barerlös) durchaus Pfandrechtscharakter tragen; wir wollen sie deshalb künftig Versteigerungspfandrechte nennen. Erfolgt (S. 378 ff.), daß sie als Pfandrechte an einer Forderung grundsätzlich den Regeln des BGB. über rechtsgeschäftlich begründete Pfandrechte an Rechten (§ 1273 ff.) zu unterstellen sind. Freilich

<sup>23)</sup> Herrschende Meinung: RG. 63, 214; 64, 211 ff. u. öfter; Kober § 1163 IV 4; Nottebohm, ZBIFG. 12, 363.

Auf die Fragen der Pfändung von Eigentümerhypotheken und -grundschulden soll in dieser Arbeit nicht eingegangen werden; vgl. darüber neuestens Paul Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken, Gießener Diss. 1911 (auch bei Gruchot 56 S. 265 ff., 521 ff.) und dazu Güthe, SeuffBl. 76, 611.

<sup>24)</sup> RG. 76, 376—378.

<sup>25)</sup> Die Hinterlegung geschieht zwar in Ausführung des Teilungsplanes, wirkt aber nicht als Befriedigung.

<sup>26)</sup> Die Löschung fordern zur Aufhebung das Urteil OLG. (Königsberg) 9, 379 und Güthe, DJZ. 1908, 929. Richtig Strohal 176.

muß Hirsch selbst anerkennen, daß die Pfandverwertung im Versteigerungsverfahren eine ganz andere ist (S. 385—387). Aber die Schlußfolgerung, die die Herkunft dieser Pfandrechte völlig verleugnet, ist überhaupt vorschnell<sup>27)</sup>: auch das durch Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen entstandene, vom Gesetz ausdrücklich als Pfandrecht bezeichnete Recht ist nicht durchweg nach den Grundsätzen des Vertragspfandrechts zu behandeln, und wäre es selbst dann nicht, wenn wir den § 804 Abs. 2 ZPO. nicht hätten. Vielmehr wird unser Versteigerungspfandrecht in einer Beziehung vom Zwangsversteigerungsgesetz selbst nach den alten Regeln geordnet, nämlich in der Art, wie Gesamtbelastungen bei der Verteilung behandelt werden (§§ 122, 123). Aus § 123, der nicht wie § 122 auf die gleichzeitige Versteigerung der mehreren Grundstücke beschränkt ist, folgt, daß die grundsätzliche Regreßlosigkeit der Gesamthypothek auch für das Versteigerungspfandrecht gilt, womit es sich anders verhielte, wenn das Versteigerungspfandrecht ein ursprüngliches Forderungspfandrecht wäre<sup>28)</sup>. Auch die Unabhängigkeit des Versteigerungspfandrechts, das aus einer Grundsuld entstanden ist, von einer persönlichen Forderung läßt sich mit dem Mobiliarpfandrecht nicht vereinigen (§§ 1273, 1204).

Auch andere Vorschriften über Grundpfandrechte sind auf das Versteigerungspfandrecht zu übertragen, doch bedarf es in jedem Falle einer besonderen Prüfung, ob die ratio legis nach der Verwandlung, die die Rechte in der Zwangsversteigerung durchgemacht haben, noch zutrifft. Diese Prüfung im einzelnen durchzuführen ist nicht unsere Sache, es sei nur hervorgehoben, daß die im Hypothekenrechte sanktionierten Regreßrechte Dritter möglichst geschont werden müssen<sup>29)</sup>; deshalb ist z. B. § 1164, der den Übergang der Hypothek auf den zahlenden persönlichen Schuldner anordnet, wenn er einen Ersatzanspruch gegen

---

<sup>27)</sup> Gegen Hirsch auch Strohal 158: „die Aufgabe der juristischen Konstruktion beginnt erst, nachdem die aus sachlichen Gründen zutreffenden praktischen Entscheidungen festgelegt sind“.

<sup>28)</sup> Über die bestrittene Frage des internen Ausgleichs zwischen Hypothekenbesteller und Forderungsverpfänder vgl. Wolff 498/499.

<sup>29)</sup> Aus diesem Gedankengang heraus erklärt Strohal für anwendbar die §§ 1165 (S. 165 A. 24), 1181 Abs. 2 (mit § 1182, S. 165 A. 25), 1173 Abs. 2.

den Eigentümer hat, der veränderten Rechtslage so anzupassen, daß durch Zahlung des persönlichen Schuldners nach dem Zuschlag das an die Stelle der Hypothek getretene Versteigerungspfandrecht auf ihn übergeht und von nun an zur Sicherung seiner Ersatzforderung dient<sup>30</sup>)<sup>31</sup>).

Will der Versteigerungspfandgläubiger seine Forderung<sup>32</sup>) oder sein aus einer Grundschuld erwachsenes selbständiges Pfandrecht auf einen anderen übertragen (§§ 398, 413 BGB.)<sup>33</sup>), so bedarf es zur Gültigkeit der Abtretung einer schriftlichen Abtretungserklärung<sup>34</sup>), die der Zedent auf Verlangen und auf Kosten des Zessionars<sup>35</sup>) öffentlich beglaubigen lassen muß.

<sup>30</sup>) So Jaeckel, Gruchot 50 S. 601—603, Strohal 164 A. 23. M. E. ist aber Strohal insoweit nicht zu folgen, als nach ihm die entsprechende Anwendung von § 1164 nur damit zu erklären ist, daß das auf den Schuldner übergehende Recht mangels eines Regreßanspruchs auf den bisherigen Eigentümer übergegangen wäre (S. 167 A. 27). Denn § 1164 selbst beruht nicht bloß auf dem Bestreben, das Vorrücken der Nachhypothekare zu hindern, sondern vor allem darauf, dem persönlichen Schuldner eine Sicherung für seinen Ersatzanspruch zu schaffen und seine Stellung damit ohne Zutun des Gläubigers der eines selbstschuldnerischen Bürgen anzugleichen.

<sup>31</sup>) Eine solche gesetzliche Forderungsauswechslung widerspricht dem akzessorischen Charakter der Hypothek so wenig wie die rechtsgeschäftliche des § 1180 (a. M. Güthe, GBO. 1708 — nach seiner Deutung der Akzessorietät folgerichtig). Freilich bedeutet die Akzessorietät dann, daß die Hypothek stets eine zu sichernde Forderung voraussetzt, aber nicht eine individuell bestimmte Forderung. — Die Erscheinung des Forderungswechsels kraft Gesetzes begegnet ausnahmsweise auch bei dem unbezweifelten akzessorischen Mobiliarpfandrecht: HGB. § 356; Wolff 580.<sup>15</sup>

<sup>32</sup>) Mit der Abtretung der Forderung geht das Versteigerungspfandrecht auf den Zessionar über, § 401 Abs. 1; RG. 65, 418. Ebenso Hirsch 380 A. 1, der die §§ 1250 Abs. 1 Satz 1, 1252 BGB. heranzieht.

<sup>33</sup>) In welcher Weise kann sich ein Gläubiger des Erlösberechtigten dessen Versteigerungspfandrecht durch Pfändung nutzbar machen? Über die verschiedenen Fälle siehe Hirsch S. 380/381, der sich in Übereinstimmung mit der (dort zitierten) Rechtsprechung des Reichsgerichts befindet. Ich schließe mich Hirschs Darlegungen mit einem Vorbehalt an: die Pfändung des Versteigerungspfandrechts des Subhastaten an seiner eigenen Forderung gegen den Ersteher erfolgt nur dann durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Subhastaten, wenn es aus einer Eigentümergrundschuld her stammt, sonst durch Zustellung an den Drittschuldner. Hirsch behandelt die beiden Fälle des „Eigengrundpfandrechts“ ungesondert.

<sup>34</sup>) Entsprechend § 1154. Die Schriftform bei Briefhypotheken soll die Rechtssicherheit befördern und dem Zedenten die Bedeutung der ver-

Will der Berechtigte auf sein Versteigerungspfandrecht verzichten, so genügt dazu die einseitige Erklärung gegenüber demjenigen, der zur Zeit des Zuschlags Grundstückseigentümer war, also meist dem Subhastaten gegenüber (zu folgern aus § 1168 Abs. 2 Satz 1)<sup>36)</sup>. Daß der Berechtigte durch den Verzicht sein Versteigerungspfandrecht verliert, ist klar. Aber nach grundpfandrechtlichen Regeln würde das Recht dadurch nicht untergehen, sondern auf den Eigentümer übergehen. Wendete man § 1168 auch darin auf das Versteigerungspfandrecht an, das aus einem Grundpfandrecht hervorgegangen ist, so wäre das Versteigerungspfandrecht als ein selbständiges Recht dem Eigentümer zur Zeit des Zuschlags zuzusprechen.

Ein solches Versteigerungspfandrecht an der eigenen Forderung (gegen den Ersteher) steht dem Subhastaten zweifellos immer dann zu, wenn er bereits vor dem Zuschlag eine Hypothek oder Grundschuld an seinem Grundstück hatte. Daher kann die Tatsache, daß das Recht des Grundpfandgläubigers seinen Gegenstand gewechselt hat, an sich auch nicht dagegen sprechen, daß ein Versteigerungspfandrecht nachträglich auf den Subhastaten

---

einbarten Übergabe des Briefes, den völligen Verlust eines unter Umständen wertvollen Vermögensstückes, vor Augen führen. Bei Buchhypotheken hilft die freie Widerruflichkeit der formlosen Einigung, bis die Eintragung erfolgt ist (§§ 1154 Abs. 3, 873). Die Eintragung ist nach dem Zuschlag nicht vonnöten; deshalb ist die verfügende Erklärung bei der Abtretung aller Versteigerungspfandrechte zu formalisieren. Hirsch, Übertr. 381 läßt dagegen ohne Unterschied einen formlosen Vertrag zur Übertragung der Versteigerungspfandrechte genügen (ebenso Paeffgen, ZBIFG. 14, 295), weil er die §§ 1250, 1273 BGB. zur Anwendung bringt.

<sup>36)</sup> Nicht, wie bei Abtretung eines verbrieften Grundpfandrechts, auf Kosten des Zedenten (§ 1154 Abs. 1 Satz 2). Denn diesem sind die Kosten aufgebürdet, weil die Beglaubigung hier nicht bloß eine Beweiserleichterung schafft, sondern dem Erwerber zur Legitimation gegenüber dem Grundbuchamt (GBO. §§ 26, 29) und gegenüber Dritten (BGB. § 1155) dient und damit erst zum Genuß seines Rechtes verhilft.

<sup>37)</sup> Strohal 177 schließt aus § 118 Abs. 2 Satz 2 ZVG., daß der Verzicht auf das Versteigerungspfandrecht dem Gericht gegenüber zu erklären sei. Aber daß das Zwangsversteigerungsgesetz im Falle der Übertragung der Forderung gegen den Ersteher das Versteigerungsgericht zum Adressaten der Verzichtserklärung macht, hat seinen besonderen Grund darin, daß eben das Gericht jene Übertragung angeordnet hat (§ 118 Abs. 1 Satz 1), deren Rechtswirkung der Erlösberechtigte durch den Verzicht von sich weist.

übergeht. Ließe sich nicht sonst noch ein innerer Grund finden, den Verzicht im letzten Abschnitt des Versteigerungsverfahrens anders wirken zu lassen, so müßte das Versteigerungspfandrecht, wenn weiter keine Grundstücke für das Recht des Gläubigers hafteten, durch den Verzicht dem Subhastaten zufallen<sup>37)</sup>.

Mit großem Nachdruck vertritt Strohal in seinem vielzitierten Aufsatz diese Meinung. Einzelnen Punkten seiner Beweisführung sind wir schon gelegentlich entgegengetreten, so, daß eine einredebehaftete Grundschuld kein „gegenständlicher Erwerb“, sondern ein bloßer „formeller Schein“ sei, und daß das Bestehen einer dauernden Einrede dem Eigentümer eine „unbedingte Anwartschaft“ auf den Erwerb des Grundpfandrechts gebe<sup>38)</sup>. Sein Hauptargument ist jedoch der Zweck des Instituts der Eigentümergrundschuld, der den Zuschlag überdauere. Sie sei geschaffen, um „eine dem Grundstückseigentümer gegenüber unverdiente Verbesserung der Rechtsstellung der im Range nachstehenden Berechtigten auszuschließen“<sup>39)</sup>. Die unverdiente Verbesserung sieht er in einem Aufrücken der Nachhypothekare schlechthin. Diese Auffassung ist aber nur begründet, wenn man der Wertparzellentheorie glaubt, nach der jedem Hypothekar nicht das Grundstück, sondern nur ein bestimmter Wertteil haftet. Es ist kein Zufall, daß gerade die Entscheidung, die sich mit unseren Fragen zu beschäftigen hatte, Gelegenheit nahm, diese Irrlehre zu bekämpfen<sup>40)</sup>. Selbst wenn der Grundpfandgläubiger, der nominell 1000 M. zu bekommen hat, erst dadurch, daß seine Vormänner wegfallen, in der Zwangsversteigerung zum Zuge gelangt, bekommt er nie mehr als das, worauf er ein Recht hat, nämlich im besten Falle 1000 M.; von unverdientem Gewinn kann hier so wenig die Rede sein wie bei dem Gläubiger, dessen fauler Schuldner eine reiche Erbschaft macht. Unbillig wäre nur, wenn der Hypothekar, trotzdem er aufrückt, die höheren Zinsen weiter bezöge, die er sich seinerzeit für das größere Risiko hat versprochen lassen, und der Eigen-

<sup>37)</sup> Dafür Jaekel, Gruchot 50, 601, der einen solchen inneren Grund vermißt. Ferner Eccius, Gruchot 51, 164; Wolff 563<sup>7</sup>, Goldmann-Lilienthal § 80<sup>34</sup> u. a.

<sup>38)</sup> Vgl. oben S. 68<sup>48</sup>, 69<sup>50</sup>.

<sup>39)</sup> S. 174/175.

<sup>40)</sup> RG. 60, 254.



tümer durch lästige Zahlungsbedingungen, wie er sie dem Hypothekar bewilligen mußte, insbesondere Ausschluß des Kündigungsrechts auf längere Zeit, gehindert wäre, den unbequemen Gläubiger abzuschütteln und zu mäßigeren, der erhöhten Sicherheit mehr entsprechenden Bedingungen Geld aufzunehmen. Das sind die Gesichtspunkte, die zur Anerkennung der Eigentümergrundsuld im heutigen Rechte geführt haben<sup>41)</sup>.

Das Zwangsversteigerungsverfahren dient zur Liquidation des Grundstückswertes für den betreibenden Gläubiger und alle Berechtigten, die ihm nachstehen. Von ihren Rechten soll das Grundstück frei werden, selbst wenn ihre Zeit unter gewöhnlichen Umständen noch garnicht gekommen war. Deshalb gelten wie im Konkurse (KO. § 65) betagte Ansprüche als fällig und werden, wenn sie unverzinslich sind, unter Abzug des Zwischenzinses berechnet (ZVG. § 111), und bedingte Ansprüche werden so reguliert, daß ein auf sie zugeteilter Barbetrag (§ 117) für den unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigten hinterlegt, dem auflösend Berechtigten ausgezahlt wird. In beiden Fällen ist zugleich durch den Teilungsplan festzustellen, wie der Betrag anderweit verteilt werden soll, wenn der Anspruch wegfällt (ZVG. §§ 119, 120).

Wir sehen, für Weiterzahlung von Zinsen und zum Hinausschieben der Abwicklung zuungunsten des Subhastaten bleibt kein Raum, und damit fällt der Grund weg, auf dem sich die Eigentümergrundsuld aufbaut. Bis zum Zuschlag mag sie neu entstehen, weil trotz Eröffnung des Versteigerungsverfahrens niemand weiß, ob es zum Zuschlag führen wird (vgl. ZVG. §§ 28, 29, 76, 77, 83 Ziff. 5, 6, 86), mit dem Erlöschen der Grundpfandrechte durch den Zuschlag hat sie ihre Rolle ausgespielt und ist dem letzten Akt der Versteigerung, der Verteilung des Erlöses, fernzuhalten. Dadurch wird natürlich nicht gehindert, daß der Subhastat durch Erbgang ein Versteigerungspfandrecht erwirbt und damit jetzt noch in die Reihe der am Erlös begrenzt Berechtigten eintritt (Versteigerungspfandrecht an der eigenen Forderung). Auch durch Befriedigung des Gläubigers kann er mit der Forderung gegen den persönlichen Schuldner (§ 1143) das Versteigerungspfandrecht erhalten, soweit er ein rechtliches

---

<sup>41)</sup> Das findet sich besonders klar ausgesprochen bei Wolff S. 513.

Interesse am Fortbestehen des Pfandrechts hat. (Analogie aus § 1256 Abs. 2, da der mit dem Grundbuchprinzip verbrüdete § 889 nicht entsprechend anwendbar ist). Nur die besonderen Gründe des Hypothekenrechts für den Übergang des bloßen dinglichen Rechts auf den Inhaber des Vollrechts am belasteten Gegenstande werden ausgeschaltet. Deshalb erlischt das Versteigerungspfandrecht, wenn der Subhastat seinen Gläubiger befriedigt, oder der nichtersatzberechtigte persönliche Schuldner die Forderung tilgt, wenn die der ehemaligen Hypothekenforderung zugefügte auflösende Bedingung eintritt<sup>42)</sup>, und schließlich, wenn der Berechtigte auf das Versteigerungspfandrecht verzichtet<sup>43)</sup>, ohne daß im geringsten „die Versagung des Überganges auf den Subhastaten einem rechtlosen Eingriff in seine Vermögenssphäre gleichkäme“<sup>44)</sup>. Die Folge ist, daß die im Range nachgehenden Berechtigten vorrücken<sup>45)</sup>. Verzichtet der Grundschildgläubiger, weil seinem Recht eine dauernde Einrede entgegensteht (§ 1169), so hat sein Verzicht die eben geschilderte Wirkung auch dann, wenn die Einrede schon vor dem Zuschlag im Grundbuch eingetragen oder ihretwegen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs vermerkt war<sup>46)</sup>.

<sup>42)</sup> A. M. Strohal 170. — Es ist hervorzuheben, daß der Eintritt der auflösenden Bedingung nach geltendem Rechte nicht zurückwirkt, § 158 Abs. 2 BGB., vgl. Enneccerus § 187 I 3.

<sup>43)</sup> Hier im Ergebnis ebenso Hirsch, Übertr. S. 379/380, der — für uns nicht beweiskräftig — die §§ 1255, 1272 BGB. direkt anwendet. Ferner RGRKomm. § 1192, I S. 480, Neumann, BGB. § 1181 IV 2, Walsmann, Verzicht 266<sup>5</sup> u. a.

<sup>44)</sup> Dies befürchtet Strohal 180.

<sup>45)</sup> Weitere Abweichungen vom Hypothekenrecht: Zur Änderung der Rangfolge unter den Versteigerungspfandrechten ist so wenig wie zur Aufhebung eines Versteigerungspfandrechts die Zustimmung des Eigentümers nötig; die §§ 880 Abs. 2 Satz 2 und 3, 1183 nehmen das Interesse des Eigentümers als Anwärters auf das dingliche Recht wahr. Damit entfällt der Unterschied zwischen Verzicht und Aufhebung wie bei anderen begrenzten Rechten (§§ 875; 1064, 1068, 1072, 1080 [Nießbrauch]; 1255, 1257, 1273, 1291 [Pfandrecht]; „zur Aufhebung“ bedarf es „der Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgibt“), vgl. RG. 78, 69 und Walsmann, Verzicht 252<sup>1</sup>.

<sup>46)</sup> A. M. Strohal 196—198, dessen Ausführungen aber darauf hinauslaufen, daß durch eine Eintragung der Einrede der „Schein“ zerstört werde, als stehe die Grundschild dem Gläubiger zu. Die Widerlegung

Im Ergebnis stimmen wir also mit der Reichsgerichtsentcheidung im 60. Bande (S. 251 ff.) überein: auch wenn in der Erklärung des Grundschuldgläubigers, daß er Valuta nicht in voller Höhe gezahlt habe und daher die Grundschuld nur in Höhe der wirklich gezahlten Valuta gegen den Versteigerungserlös liquidiere, ein Verzicht zu erblicken sei, läßt das Reichsgericht ja die nachstehenden Hypothekare aufrücken. Der nächste Entscheidungsgrund hierfür, daß der Verzicht nach dem Zuschlag eine Grundschuld nicht mehr treffe, und deshalb § 1168 nicht anwendbar sei, ist freilich so allgemein kaum richtig und hätte jedenfalls selber einen weiteren Begründung dringend bedurft. Zudem ließen die Urteilsgründe, wie erwähnt, dahingestellt, ob in der Erklärung ein Verzicht des Grundschuldgläubigers zu finden sei, und kamen zum gleichen Resultat, auch wenn kein Verzicht vorliegen sollte, weil durch die Erklärung, nicht liquidieren zu wollen, die Grundschuld [genauer: das Versteigerungspfandrecht]

---

dieser Ansicht wurde bereits versucht (§ 8 Anm. 38, 48). In Wahrheit steht die Grundschuld trotz der Einrede als unbedingtes Recht [§ 119 ZVG., den Strohal heranzieht, bleibt außer Betracht] dem Gläubiger zu (vgl. RG. 78, 67), und wenn in dem Verteilungstermin weder der Verzicht erfolgt, noch der Subhastat auf Grund der Einrede der Berücksichtigung der Grundschuld widerspricht, so ist der Teilungsplan durch Zahlung oder Forderungsübertragung an den Gläubiger auszuführen. Der Widerspruch auf Grund des materiellen Widerspruchsrechts, der Einrede, ist nicht zu verwechseln einerseits mit dem „Widerspruch“ im Verteilungsverfahren, durch den die Unrichtigkeit des Teilungsplans geltend gemacht wird (ZVG. § 115, ZPO. § 876 ff.), noch mit dem grundbuchlichen „Widerspruch“, durch den der öffentliche Glaube des Grundbuchs und die von ihm drohende Gefahr für die Einrede beseitigt wird (BGB. §§ 1157, 899). Der Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs in betreff der Einrede geht den Versteigerungsrichter an sich nichts an, ebensowenig wie er den Prozeßrichter am Erlaß eines Versäumnisurteils gegen den Eigentümer hindern würde, welcher vom Grundschuldgläubiger unter Bezugnahme auf den Grundbucheintrag mit der dinglichen Klage belangt wird. Widerspricht der Subhastat in Ausübung seines Einrederechts der Ausführung des Teilungsplanes, so kommt der dem Grundschuldgläubiger zugedachte Betrag dem erstausfallenden Berechtigten zu; der auf die Grundschuld entfallende Betrag ist diesem Berechtigten auszuführen oder, wenn der Grundschuldgläubiger die Rechtmäßigkeit des erhobenen Widerspruchs bestreitet, als Streitmasse zwischen den beiden Interessenten, für jeden unter der entsprechenden Bedingung, zu hinterlegen, und der Teilungsplan damit in Übereinstimmung zu setzen (analog §§ 124, 120 ZVG.).

insoweit „ins Leere falle“<sup>47)</sup>. Diese in der Rechtslehre lebhaft bekämpfte<sup>48)</sup> Auffassung ist neuerdings vom Reichsgericht in einer Entscheidung desselben (V.) Senats vom 6. Dezember 1911<sup>49)</sup> als unhaltbar aufgegeben worden. Der Fall, der dem Gericht unterbreitet war, glich in rechtlicher Beziehung durchaus dem oben (S. 81—82) wiedergegebenen Tatbestand des früheren Urteils. Im Gegensatz zu jenem Urteil aber führt das Reichsgericht überzeugend aus<sup>50)</sup>: Darin, daß der Grundschuldgläubiger für seine Grundschuld nur einen Teilbetrag mit dem Bemerken liquidiere, er habe nur insoweit Valuta gewährt, sei überhaupt nicht eine rechtsgeschäftliche Erklärung zu erblicken, die auf eine Änderung des aus der Grundschuld sich ergebenden Rechtes am Versteigerungserlös hinsichtlich des übrigen Teiles gerichtet wäre. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung, sei es nach der Richtung, daß der nicht liquidierte Teil des Rechtes am Versteigerungserlös auf einen anderen, insbesondere den Vollstreckungsschuldner — als früheren Eigentümer — übergehen solle, sei es mit dem Ziele, daß der Teil des Rechtes völlig aufgehoben werde, habe der Gläubiger nicht abgegeben, als er dem Vollstreckungsgericht den Grund für sein Nichtliquidieren bezeichnete<sup>51)</sup>.

Infolgedessen fand das Gericht keinen Anlaß, sich darüber zu äußern, wie ein Verzicht auf das Versteigerungspfandrecht tatsächlich zu geschehen hätte, und welche Wirkungen ein solcher Verzicht haben würde; diesen Punkt läßt das Urteil ausdrücklich „dahingestellt“.

Diejenigen, für die ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, gelten im Vollstreckungsverfahren ohne weiteres als Beteiligte (ZVG. § 9), und einer besonderen Erklärung ihrerseits, liquidieren zu wollen, bedarf es garnicht, damit sie bei der Verteilung des Versteigerungserlöses berücksichtigt werden. Erscheinen sie im

<sup>47)</sup> RG. 60, 255. Daß dies ein Bild statt eines Grundes ist, hebt auch Hirsch 379 A. 2 hervor. Gegen den Ausdruck „ins Freie fallende Grundschuld“ (Überschrift von Eccius' Aufsatz) Wolff<sup>1</sup> 543 A. 10.

<sup>48)</sup> Nachweise bei Kober § 1192 II 5 a.

<sup>49)</sup> RG. 78, 60ff (zuerst auszugsweise JW. 1912, 242 und DJZ. 1912, 346 veröffentlicht), insbes. 69.

<sup>50)</sup> RG. 78, 70.

<sup>51)</sup> Vgl. Eccius a. a. O. 163, Neumann, JW. 1906, 154, Wolff<sup>1</sup> 543. Anders Strohal 185 (vgl. dazu oben A. 36) und Kretzschmar, ZBlFG. 13, 11.

Verteilungstermin nicht, so hat das Gericht von Amtswegen die Auszahlung des ihnen zukommenden Betrages anzuordnen (§ 117 Abs. 2), selbst wenn der Nichterschienene schon im voraus dem Gericht angezeigt hatte, er werde im Verteilungstermin nicht liquidieren. Erklärt der Gläubiger jedoch vor der Verteilung dem Versteigerungsgericht, er wolle auf die seinerzeit zur Sicherung einer künftigen Forderung bestellte Grundschuld nicht liquidieren, weil die Forderung nicht entstanden sei, so würde das Gericht durch eine trotzdem angeordnete Auszahlung dem Beachtenswerten Willen des Berechtigten nicht gerecht werden. Angemessen wird eine Ausführung des Verteilungsplans derart sein, daß das Gericht den auf die ehemalige Grundschuld entfallenden Betrag für den Gläubiger (bedingungslos) hinterlegt<sup>52)</sup> (vgl. BGB. §§ 232 a. A., 233) oder, wenn der Erlös nicht bar gezahlt wird, sein an sich auf dem ganzen Erlöse lastendes Versteigerungspfandrecht auf den ihm zgedachten Betrag beschränkt und die Forderung gegen den Ersteher in dieser Höhe von der Verteilung ausnimmt. Insoweit ist dann eine Sicherungshypothek für denjenigen einzutragen, der zur Zeit des Zuschlags Eigentümer des Grundstücks war, samt dem an der Forderung bestehenden Pfandrecht des Gläubigers (vgl. ZVG. § 128 Abs. 2).

### **§ 10. Entstehung des Grundpfandrechts des Eigentümers durch Erlöschen der Hypothekenforderung, insbesondere die Befriedigung des Gläubigers.**

a) Die einzelnen Fälle. Durch den Verzicht auf die Hypothek werden Forderung und Pfandrecht voneinander getrennt, sodaß die Forderung ohne die hypothekarische Sicherung fortbesteht. Dieselben Rechtsfolgen für das dingliche Recht wie der Verzicht bringt aber die Trennung von Hypothek und Forderung infolge Untergangs der Forderung mit sich. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek (§ 1163 Abs. 1 Satz 2), die sich gemäß § 1177 Abs. 1 kraft Gesetzes in eine Grundschuld verwandelt. Aus welchen Gründen die Forderung erlischt, ist dem Recht der Forderungen zu entnehmen. So macht das Zusammentreffen von Forderung und Schuld in einer Person regelmäßig dem Schuldverhältnis ein Ende, z. B. wenn der persönlich

<sup>52)</sup> Ebenso RG. 78, 71.

schuldende Eigentümer den Gläubiger beerbt (§ 1922). Ist der Eigentümer freilich nur Miterbe, so tritt durch den Erbfall kein Erlöschen der Forderung ein, da der Eigentümer der Erbengemeinschaft, einer Gemeinschaft zu gesamter Hand, als Schuldner selbständig gegenübersteht<sup>1)</sup>.

Die Hypothek geht auch dann auf den Eigentümer über, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld erläßt oder durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß das bis dahin gültige Schuldverhältnis nicht bestehe (§ 397).

Der wichtigste Fall der Befriedigung des Schuldverhältnisses ist die Befriedigung des Gläubigers in ihren verschiedenen Formen. Für die Befriedigung gilt aber gerade der Grundsatz des § 1163 Abs. 1 Satz 2 nicht rein. Durch Befriedigung des Gläubigers erwirbt der Eigentümer die Hypothek dann, wenn er selbst den Gläubiger befriedigt oder ein außenstehender Dritter für ihn die Leistung bewirkt (§ 267). Befriedigt dagegen der persönliche Schuldner durch Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt oder Hinterlegung mit Ausschließung der Rücknahme, so kommt es darauf an, ob er einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger hat oder nicht. Im ersteren Falle erwirbt nämlich der Schuldner selbst die Hypothek als Hypothek für seinen Ersatzanspruch (§ 1164)<sup>2)</sup>, während die ursprüngliche Forderung erlischt (§§ 362, 378). War umgekehrt der Schuldner, z. B. als Verkäufer des belasteten Grundstücks (§ 439 Abs. 2 Satz 1) verpflichtet, die Hypothek zu beseitigen, so erwirbt der Eigentümer durch die Befriedigung das dingliche Recht.

Eine Sonderstellung nimmt die Befriedigung des Gläubigers durch Aufrechnung ein. Auch der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung zu befriedigen (§ 1142 Abs. 2). Die Aufrechnung bewirkt, daß die beiderseitigen Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind (§ 389).

<sup>1)</sup> KG. v. 1. 10. 1900, PosMSchr. 1900, 188 = Soergel zu § 1177 f.

<sup>2)</sup> Der Befriedigung des Gläubigers steht es gleich, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen (§ 1164 Abs. 2). — Ob der Erlaß der Schuld wie die Befriedigung wirkt, ist streitig. Dafür Brinck 128, Kober § 1164 II 1 a β, RGR Komm. § 1164, 1, Wolff 515<sup>12</sup>, Güthe, GBO. § 22 A. 21. Dagegen Fuchs § 1164, 2.

Aber selbst wenn die Forderung des Eigentümers fällig und der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt war, bevor der aufrechnende Eigentümer das Grundstück erwarb, so gelten die beiderseitigen Forderungen doch erst mit dem Zeitpunkt des Eigentumserwerbs als erloschen, weil der Eigentümer vorher garnicht berechtigt war, den Gläubiger durch Aufrechnung zu befriedigen, und seine Forderung erst durch Begründung seiner Eigentümerstellung zu einer zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderung geworden ist.

Rechnet aber der Schuldner mit einer ihm zustehenden Forderung auf, so kann es allerdings geschehen, daß die Forderung des Gläubigers als vor der Eigentumszeit des jetzigen Eigentümers erloschen gilt, und die Hypothek infolgedessen einem früheren Eigentümer zufällt. In Verfolg der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung ist es so anzusehen, als sei die Hypothek in den Händen des Vorbesitzers zur Eigentümergrundschuld geworden und habe sich durch den Eigentumswechsel in eine Fremdgrundschuld verwandelt. War der persönliche Schuldner selbst der Vorbesitzer und ist er dem Erwerber des Grundstücks zur Beseitigung der Belastung verpflichtet, so kann der Eigentümer verlangen, daß der Schuldner auf seine Grundschuld verzichte<sup>3)</sup>.

Befriedigt der nicht persönlich schuldende Eigentümer den Gläubiger, so geht nicht nur das dingliche Recht, sondern auch die Forderung selbst auf ihn über. § 1143 erwähnt überhaupt nur den Forderungübergang, weil dieser gemäß § 1153 Abs. 1 die Hypothek nach sich zieht. Der Forderungübergang vollzieht

<sup>3)</sup> Vgl. Semmelmann S. 53, 54. — Ist der Gläubiger noch im Grundbuch als Berechtigter eingetragen, so kann der Eigentümer auf Grund seines Beseitigungsanspruchs außer der Verzichtserklärung vom Schuldner verlangen, daß dieser ihm seinen Berichtigungsanspruch gegen den Gläubiger zur Ausübung überlasse. So ausgerüstet betreibt er zunächst an Stelle des Schuldners die Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Hypothek auf den Schuldner und im Anschluß hieran (GBO. § 40 Abs. 1) die Eintragung des Verzichts. Eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs, von der Semmelmann a. a. O. im Anschluß an RG. Gruchot 45, 945 spricht, derart, daß der „Zessionar“ Umschreibung auf sich selbst fordern könnte, ist nicht möglich, sondern nur eine Ermächtigung zur Geltendmachung des fremden Rechts, vgl. die RGE. 53, 411; 59, 293; 64, 165 und mit neuer Wendung 73, 308; 78, 90 und die von Güthe, GBO. § 14 A. 29 gegebene Übersicht über die Literatur für und wider die Abtretbarkeit.

sich, anders als im Gesamtschuldverhältnis (§ 426 Abs. 2), ohne Rücksicht darauf, ob der Eigentümer im Innenverhältnis dem Schuldner gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war<sup>4)</sup>; wäre dem nicht so, dann könnte der Eigentümer, selbst wenn der Gläubiger in öffentlicher Urkunde bekannt hätte, von ihm befriedigt zu sein, und die Umschreibung der Hypothek auf den Erwerber bewilligt hätte, die Berichtigung des Grundbuchs ohne Mitwirkung des Schuldners nicht durchsetzen. Denn er ist allein nicht imstande, dem Grundbuchrichter nachzuweisen, daß er nicht verpflichtet war, den Gläubiger zu befriedigen, und infolgedessen eine Hypothek erworben hat; auch der Gläubiger kann ihm darüber nichts bezeugen, weil er von den internen Abmachungen zwischen Schuldner und Eigentümer nichts zu wissen braucht. Natürlich kann der Schuldner der persönlichen Forderung mit der Einrede begegnen, daß der Eigentümer verpflichtet war, ihn von der Schuld zu befreien (vgl. § 1143 Abs. 1 Satz 2 mit § 774 Abs. 1 Satz 3); diesen Einwand kann er auch jedem Zessionar entgegensetzen (§ 404). Weil die Einrede sich aber gegen den Eigentümer selbst richtet, reflektiert sie nicht auf das dingliche Recht. Auch ein Rechtsnachfolger des Grundstückseigentümers kann sie trotz § 1137 Abs. 1 Satz 1 niemals gegen die Hypothek geltend machen.

Ist der Eigentümer, der den Hypothekengläubiger befriedigt, Gesamtschuldner (§ 421), so geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner insoweit auf ihn über, als er von diesen Ausgleichung verlangen kann (§ 426 Abs. 2). Im übrigen geht die Forderung durch die Erfüllung unter und erwirbt der Eigentümer eine Grundsuld<sup>5)</sup>.

Hat sich der Grundstückseigentümer für die Hauptverbindlichkeit verbürgt, so kommt es darauf an, ob die Hypothek für die Hauptverbindlichkeit oder für die Bürgschaftsschuld bestellt ist<sup>6)</sup>. Im ersteren Falle erwirbt der Bürge durch Befriedigung

<sup>4)</sup> Wie hier: Planck § 1143, 2 e, Bruck 224, Kober § 1143 I 1 b, KG. RJA. 5, 213, KG. OLG. 14, 113, OLG. 18, 180, Semmelmann 56 bis 59, Wolff 498<sup>16)</sup>, Dernburg, BR. III 733, vgl. Prot. III 607/608. — Siber, Jherings J. 50, 158 f. lehnt den Forderungsübergang hier ganz ab; ähnlich RG. 80, 320.

<sup>5)</sup> Bruck 197<sup>70)</sup> u. a.

<sup>6)</sup> Vgl. RG. 65 S. 138/139.



des Gläubigers die Hypothekenforderung nach den §§ 774 Abs. 1 und 1143, mitsamt den etwa vom Schuldner bestellten Pfändern (§§ 401 Abs. 1, 412); im anderen Falle geht die Hypothekenforderung unter, und die Hypothek wird zur Eigentümergrundschuld, zu der die auf den Bürgen nach § 774 Abs. 1 übergehende Forderung gegen den Hauptschuldner in keiner Beziehung steht.

Die Rechte gegen Mitbürgen gehen auf den zahlenden Eigentümer, der Bürgschaft geleistet hat, nur insoweit über, als er nach dem zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnis Ausgleichung verlangen kann. Im Zweifel sind Mitbürgen wie Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet (§§ 774 Abs. 2, 426<sup>7)</sup>).

Wer den im Grundbuch als Gläubiger einer Buchhypothek Eingetragenen befriedigt, steht nach den §§ 893, 1138 unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens<sup>8)</sup>. Bei Briefhypotheken legitimiert die zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Zessionserklärungen den Besitzer des Hypothekenbriefes gemäß § 1155 als Gläubiger. Eine Legitimation durch den Grundbucheintrag allein findet daneben nicht statt, sondern nur durch Grundbucheintrag auf den Gläubiger zuzüglich Briefbesitz. Das entspricht der Funktion des Hypothekenbriefes überhaupt und tritt auch in der Fassung von § 1155 zutage. („Die Vorschriften der §§ 891 bis 899 finden in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre“, vgl. §§ 1160 Abs. 1 BGB., 42 GBO.<sup>9)</sup>).

Die Befriedigung des Gläubigers kann auch durch Hinterlegung geschehen. Sind die Voraussetzungen der Hinterlegung erfüllt (§ 372), so kann nicht nur der Schuldner, sondern auch der Eigentümer mit befreiender Wirkung hinterlegen (§ 1142 Abs. 2). Ebenso kann der Eigentümer wie der Schuldner gegen

<sup>7)</sup> Vgl. Planck § 1150, 6, Brinck 64.

<sup>8)</sup> Vgl. dazu Sternberg, Jherings J. 61, 385: Die Bedeutung des § 1138 BGB.

<sup>9)</sup> Man kann deshalb nicht sagen, daß der eingetragene Briefbesitzer legitimiert ist, weil jeder Nachmann, der sein Gläubigerrecht mit Hilfe der Zessionserklärungen auf jenen zurückführt, nach § 1155 legitimiert ist; gegen Wolff 508 u. — Über die besondere Weise der Legitimationszerstörung bei Briefhypotheken siehe § 1140.

die Forderung des Hypothekengläubigers mit eigenen Gegenforderungen aufrechnen; die Aufrechnung steht der Leistung auch im Sinne des § 893 gleich<sup>10)</sup>.

**b) Legitimation des Eigengrundpfandgläubigers gegenüber dem Grundbuchamt.** Will der Eigentümer die durch Befriedigung des Gläubigers erworbene Hypothek auf seinen Namen umschreiben oder löschen lassen, so braucht er eine in den Formen des § 29 GBO. abgegebene Erklärung des Gläubigers, in der derselbe bekennt, von dem Eigentümer befriedigt zu sein<sup>11)</sup>. Dadurch allein wird schon nachgewiesen, daß das Grundbuch unrichtig ist, denn jedenfalls steht die Hypothek dem Gläubiger nicht mehr zu.

Daher bedarf es zur Umschreibung oder Löschung der formellen Bewilligung des Gläubigers nicht (§ 22 GBO.)<sup>12)</sup>. Fraglich bleibt nur, ob der Eigentümer eine Hypothek oder eine Grundschuld erworben hat. Die Entscheidung hängt davon ab, ob er persönlicher Schuldner war oder nur von seinem Lösungsrecht Gebrauch gemacht hat. Aus der Quittung des Gläubigers wird selten zu ersehen sein, in welcher Rolle der Eigentümer die der Hypothek zugrunde liegende Schuld erfüllt hat; erklärt der Gläubiger ausdrücklich, daß der Eigentümer oder daß ein Dritter persönlicher Schuldner war, so genügt diese Erklärung für den Grundbuchrichter, um festzustellen, entweder daß die Hypothek Grundschuld geworden oder daß sie Hypothek geblieben ist<sup>13)</sup>.

Das Grundbuch ergibt über die Person des Schuldners nie etwas mit Sicherheit; denn einerseits vollzieht sich jede Schuldübernahme (§§ 414, 415) außerhalb des Grundbuchs, andererseits folgt daraus, daß bei einem Eigentumswechsel der Erwerber des Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer dessen Hypothekenschuld übernommen hat, noch nicht, daß der bisherige Eigentümer befreit worden ist. Muß doch zu der Abrede die Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch, die förmliche

<sup>10)</sup> Ramdohr, Gruchot 44 S. 354/355.

<sup>11)</sup> KGJ. 26 A 149; 28 A 138; 32 A 259. Horn 121.

<sup>12)</sup> Vgl. Güthe, GBO. § 27 A. 10 S. 628/629. Freilich kann der Eigentümer von dem befriedigten Gläubiger außer der Quittung gemäß § 894 die ausdrückliche Bewilligung zur Umschreibung auf seine, des Eigentümers, Kosten (§ 897) verlangen.

<sup>13)</sup> So auch Güthe § 22 A. 43 S. 559 Z. 17—19 v. o.

Mitteilung des Veräußerers von der Schuldübernahme und mindestens Schweigen des Gläubigers während sechs Monaten hinzutreten, damit die Schuld auf den Erwerber übergeht (§ 416). Und mag schon der Kaufvertrag mit der Übernahmeklausel bei den Grundakten sein, die Mitteilung von der Übernahme und das Verhalten des Gläubigers daraufhin kann der Erwerber kaum je dem Grundbuchamt beweiskräftig dartun<sup>14)</sup>. Ein strikter Beweis dafür, ob der Eigentümer Schuldner war oder nicht, ist aber auch gar nicht zu erfordern. Zwar spricht nicht, wie das Kammergericht früher gemeint hat<sup>15)</sup>, eine Vermutung dafür, daß der Eigentümer persönlicher Schuldner sei, aber das Grundbuchamt hat ebensowenig Veranlassung, einer dahingehenden Erklärung des Eigentümers zu mißtrauen<sup>16)</sup> und ihrer Richtigkeit in jedem Falle bis in die Grundakten nachzuspüren. Denn das dingliche Recht kommt dem Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, ja in jedem Falle zu, und die falsche Bezeichnung dieses Rechtes im Grundbuche vermag seine Rechtsstellung nicht im geringsten zu bessern. Deshalb hat er kein Interesse daran, eine falsche „Berichtigung“ des Grundbuchs zu erschleichen. Es genügt also allgemein ein dem Formzwang des § 29 GBO. nicht unterworfenen Antrag des Eigentümers, die Hypothek, über die der Gläubiger ihm quittiert hat, als Grundschuld bzw. als Hypothek auf ihn umzuschreiben. Erst dann, wenn der Eigentümer einfach die Umschreibung der Hypothek auf sich beantragt, ohne sich über die Person des Schuldners zu äußern, wird der Grundbuchrichter die ihm zu Gebote stehenden Erkenntnismittel zu Rate ziehen, um sich eine Meinung über die Natur des übergegangenen Rechts zu bilden, und befugt sein, ohne Rückfrage beim Antragsteller seiner Prüfung entsprechend einzutragen<sup>17)</sup>. Beharrt der Eigentümer bei dem Antrage, die Hypothek als solche auf ihn umzuschreiben, trotzdem

<sup>14)</sup> Insbesondere kann der Eigentümer die Genehmigung des Gläubigers nicht dadurch beweisen, daß der Gläubiger von ihm die Leistung angenommen hat, wie Güthe S. 559 in Vorschlag bringt, denn das muß der Gläubiger, selbst wenn er die Genehmigung zur Schuldübernahme ausdrücklich verweigert hatte.

<sup>15)</sup> KGJ. 20 A 282; weitere Literatur bei Güthe, GBO. § 22 A. 43 S. 559.

<sup>16)</sup> So auch Brinck 217.

<sup>17)</sup> Vgl. Planck III 593.

sich aus den eingereichten Erklärungen klar ergibt, daß sie sich durch die Befriedigung in eine Grundsuld verwandelt hat, so ist der Antrag abzulehnen<sup>18)</sup>. Beantragt der Eigentümer umgekehrt, die Hypothek in eine Grundsuld umzuschreiben, trotzdem der Gläubiger ausdrücklich anerkannt hat, daß durch die Zahlung die Forderung auf den Eigentümer übergegangen sei, so ist dem Antrage stattzugeben, weil der Eigentümer sich nicht nur eine Grundsuld bestellen (§ 1196), sondern desgleichen die ihm zugefallene Hypothek durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt in eine Grundsuld umwandeln kann (§ 1198). Freilich ist der Antrag nach der Ordnungsvorschrift des § 29 GBO. mindestens in öffentlich beglaubigter Urkunde zu stellen, weil durch ihn zugleich eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung ersetzt werden soll (§ 30 GBO)<sup>19)</sup>.

Der Grundbuchrichter ist, wie wir sahen, nicht genötigt, eine Erklärung des quittierenden Gläubigers, daß durch Zahlung der fremden Schuld die Forderung auf den Eigentümer übergegangen sei, aus freien Stücken mit Berufung auf den Grundbuchinhalt anzuzweifeln. Erklärt der Gläubiger vollends, er habe die Hypothek gegen Empfang der Valuta an den Eigentümer abgetreten und bewillige die Umschreibung auf diesen, so mag der Grundbuchbeamte, nach dessen Meinung der Eigentümer persönlicher Schuldner war, den Antragsteller darauf hinweisen, daß für diesen Fall die Abtretung gegenstandslos wäre, aber er kann nicht etwa, wie Huth meint, die Eintragung der Abtretung ablehnen, sofern ihm nicht nachgewiesen werde, daß Eigentümer und persönlicher Schuldner wirklich verschiedene Personen seien<sup>20)</sup>.

<sup>18)</sup> Vgl. Turnau-Förster II S. 177/178; Böhm, Recht 1905, 341.

<sup>19)</sup> Vgl. KGJ. 36 A 256 (gegen KG. OLG. 14, 113).

<sup>20)</sup> ZBIFG. 7 S. 488/489. — Die Folgerungen, wegen derer Huth grundbuchamtliche Nachprüfung der Wirksamkeit der Abtretung fordert, sind:

1. Werde die Abtretung antragsgemäß im Grundbuch eingetragen, so müsse sie auch auf dem Hypothekenbrief vermerkt werden (§ 62 GBO.). — Darin liegt keine Gefahr.

2. Der Eigentümer könne über das dingliche Recht weiter als „Hypothek“ verfügen. — Aber die erloschene Forderung lebt dadurch trotz § 1138 nicht wieder auf.

3. Während der Erwerb kraft Gesetzes die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausschließe, würde diese Berufung bei dem

Zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf der Eigentümer nur der öffentlich beglaubigten Erklärung des Inhabers der Buchhypothek, daß er vom Eigentümer befriedigt sei; die anderen Erklärungen kann er selber abgeben. Zur Ausstellung der Quittung ist ihm der Gläubiger nach den §§ 368, 1144 verpflichtet. Die Kosten hat im Verhältnis zum Gläubiger der Eigentümer zu tragen und vorzuschießen (entsprechend § 369). Ist als Gläubiger ein anderer eingetragen als der, den der Eigentümer befriedigt hat<sup>21)</sup>, so hat der befriedigte Gläubiger dem Eigentümer außerdem mindestens noch die grundbuchmäßige Zustimmung des Eingetragenen zur Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer beizubringen (GBO. § 19)<sup>22)</sup>. Ist die Hypothek eine Briefhypothek, so kann der Eigentümer ferner Aushändigung des Briefes verlangen (§ 1144), und, wenn der befriedigte Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen ist, auch die Aushändigung der öffentlich beglaubigten Zessionserklärungen, durch deren Vorlegung sich der Gläubiger ihm gegenüber als Berechtigter ausgewiesen hat (§ 1160 Abs. 1)<sup>23)</sup>. Denn mit ihrer Hilfe kann der Eigentümer die Umschreibung der Hypothek auf sich erreichen (GBO. § 40 Abs. 2). Weigert sich der Gläubiger, dem Eigentümer gegen

---

angeblich rechtsgeschäftlichen Erwerb erhalten bleiben. — Erstens ist der Vordersatz nicht richtig (wegen § 893), und wäre er richtig, so würde die fälschliche Eintragung der „angeblichen“ Abtretung nichts daran ändern, daß der Erwerb in Wahrheit kraft Gesetzes erfolgt ist. Damit fällt auch das letzte Bedenken.

4. Während bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers die auf den Eigentümer übergehende Hypothek hinter der Resthypothek des Gläubigers zurückstände (§ 1176), würden bei angeblich rechtsgeschäftlichem Erwerb die beiden Teile zu gleichem Range stehen. — Das letztere kann der Gläubiger sowieso mit dem Eigentümer abmachen, wenn ihm daran liegt.

Wir sehen nach alledem, daß Huths Ausruf: „Wäre der Grundbuchrichter wirklich an die äußerlich unzweideutige Erklärung gebunden, daß die Hypothek durch Abtretung auf den Eigentümer übergehe, so wäre er der Willkür der Beteiligten preisgegeben!“ nicht am Platze ist.

<sup>21)</sup> Beispiel: Der ursprüngliche Hypothekar ist vom Nachhypothekar befriedigt (§ 1150), aber im Grundbuch eingetragen geblieben. Nun befriedigt der Eigentümer den Nachhypothekar.

<sup>22)</sup> Denn dessen „Recht“ wird von der Berichtigung „betroffen“, vgl. Güthe § 22 A. 32.

<sup>23)</sup> Bruck 225<sup>16</sup> spricht in diesem Zusammenhang von einer „Abtretung des Hypothekenbriefes“, die es nicht gibt.

Zahlung die Urkunden auszuhändigen, so kann der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers hinterlegen (§§ 298, 372, 378, 1142 Abs. 2)<sup>24)</sup> und das Recht des Gläubigers zum Empfange der hinterlegten Summe von der Aushändigung der zur Berichtigung erforderlichen Urkunden abhängig machen (§ 373). Abtretung der Hypothek gegen Zahlung des Hypothekenskapitals kann der Eigentümer im Gegensatz zum preußischen Recht<sup>25)</sup> nicht verlangen, braucht sie auch nicht, weil die Hypothek kraft Gesetzes auf ihn übergeht<sup>26)</sup>. Wohl aber kann er verlangen, daß der Gläubiger ihm eine öffentlich beglaubigte Urkunde ausstellt, in der er anerkennt, daß die Hypothek kraft Gesetzes auf ihn übergegangen ist, sei es, daß der Eigentümer die Forderung erworben hat, sei es, daß diese untergegangen und ihm das selbstständige dingliche Recht zugefallen ist. Die Kosten hat der Eigentümer zu tragen und vorzuschießen (§§ 403, 412 und 413, der über 412 auf 403 zurückführt). Handelt es sich um eine Briefhypothek, so hat das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis eine besondere Bedeutung für den Eigentümer, der über die Hypothek weiter verfügen will, ohne erst die Hypothek im Grundbuch auf seinen Namen stellen zu lassen. Denn mit dem durch Brief und Urkunde legitimierten Eigentümer kann sich jeder Dritte einlassen und braucht nicht einmal nachzuforschen, ob der Mann, der ihm die Hypothek abtreten will, auch nur als Eigentümer im Grundbuch eingetragen steht (§ 1155). Auch gegen die Gefahr, daß die Leistung, über die der Gläubiger dem Eigentümer quittiert hat, in Wahrheit nicht erfolgt oder nicht wirksam ist, ist der rechtsgeschäftliche Dritterwerber geschützt, wenn er sich auf das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis des Rechtsüberganges verlassen hat<sup>27)</sup>. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Eigen-

<sup>24)</sup> Turnau-Förster § 1145, 4.

<sup>25)</sup> EEG. § 63: Wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigentümer bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist, so ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigentümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten.

<sup>26)</sup> KGJ. 39 A 230.

<sup>27)</sup> Die Quittung, selbst die beglaubigte, deckt als bloßes Bekenntnis der empfangenen Leistung (§ 368) den Mangel der Leistung nicht, sie steht der Urkunde über den Rechtsübergang weder für § 409 Abs. 1 Satz 2 noch für § 1155 gleich. Anders OLG. (Posen) 18, 178. Vgl. Wolff 509<sup>28)</sup>.

tümer persönlicher Schuldner war oder nicht. Denn obwohl die §§ 1154, 1155 nur von Abtretung der Forderung und Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung sprechen, sind sie auf Grundschulden entsprechend anwendbar, also auch auf die Fälle, in denen bloß das dingliche Recht (als Grundschuld) auf den Eigentümer übergeht<sup>28)</sup>.

Handelt es sich um eine Buchhypothek, so entfällt zwar die besondere außergrundbuchliche Legitimation nach § 1155, aber dem Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner der Hypothek ist, kann das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis doch gelegen sein, um den erfolgten Übergang der Hypothekenforderung auf Verlangen dem Schuldner nachweisen zu können (§§ 412, 410), insbesondere solange das Grundbuch noch nicht berichtet ist.

c) **Teilweise Befriedigung.** Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger nur teilweise, so kann die auf den Eigentümer übergehende Hypothek (oder Grundschuld) nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden (§§ 1143 Abs. 1 Satz 2, 1176). Dadurch wird ein Rangverhältnis zwischen dem Recht des Gläubigers und dem des Eigentümers hergestellt, denn das Wesen des Ranges besteht gerade in der Bestimmung der Reihenfolge, in der mehrere Rechte auszuüben sind, die unter Umständen nicht oder nicht vollständig nebeneinander ausgeübt werden können<sup>29)</sup>. Nach den einschlägigen Bestimmungen geht die Resthypothek des Gläubigers der Teilhypothek des Eigentümers im Range vor, während ohne sie die beiden Hypotheken als Teile einer einheitlichen Belastung zu gleichem Range stehen würden<sup>30)</sup>. Der Grund für die besondere

<sup>28)</sup> Vgl. Kober § 1154 IV, Planck § 1155, 2 b (mit Literatur), Wolff § 142 VIII 2 b.

<sup>29)</sup> Vgl. Hirsch, Übertragung 32 ff.

<sup>30)</sup> KG. OLG. 2, 46—48, KGJ. 29 A 179. — Auf einer unklaren Vorstellung vom Wesen des Ranges beruht die Behauptung von Bezirksnotar Planck, ZBIFG. 6, 52, § 1176 BGB. wolle über den gegenwärtigen Rang nichts aussagen, in ihn nicht eingreifen, sondern waire erst dann, wenn es zum „Geltendmachen“ der Hypothek bei der Zwangsversteigerung [nicht auch bei der Zwangsverwaltung? vgl. § 155 Abs. 2 ZVG.] komme, dem Eigentümer oder seinem Rechtsnachfolger gegenüber das Recht des Hypothekengläubigers. Denn jedes „gegenwärtige“ Rangverhältnis trifft Vorsorge für die Ausübung der in Beziehung gesetzten Rechte.

gesetzliche Regelung ist nicht, wie bei Bürgschaft (§ 774) und Gesamtschuldverhältnis (§ 426)<sup>31)</sup>, in einer persönlichen Verpflichtung des Regredienten gegenüber dem Gläubiger zu suchen, denn eine solche besteht jedenfalls für den vom Schuldner verschiedenen Grundeigentümer nicht. Vielmehr steht das Zurücktreten des Eigentümerrechts mit den Zweckerwägungen in innerem Zusammenhang, die zur Anerkennung des Weiterbestehens der Hypothek in der Hand des Eigentümers geführt haben. Dies ist, wie wir früher dargelegt haben, geschehen, um das Aufrücken der Nachhypothekare zu hindern, ohne jede Spitze gegen den Hypothekar, dessen Recht dem Eigentümer zufällt. Deshalb darf das Recht des ursprünglichen Grundpfandgläubigers durch das Schutzrecht des Eigentümers nicht verschlechtert werden. Dieses Prinzip würde durchbrochen werden, wenn bei teilweiser Befriedigung des Hypothekengläubigers<sup>32)</sup> der erledigte Teil dem Restrecht im Range gleichstände. Denn dann würden Eigentümer und Gläubiger nach dem Verhältnis der Beträge ihres Rechtes befugt sein, Befriedigung aus dem Grundstückserlös zu suchen, wofern ihre Rechte in der Zwangsversteigerung nicht bestehen bleiben (ZVG. § 10)<sup>33)</sup>. Infolgedessen würde bei unzureichendem Erlös die völlige Befriedigung des Gläubigers eben durch die Konkurrenz des Eigentümers vereitelt werden. Dann aber wäre nicht zu verstehen, daß das Gesetz den Gläubiger zwingt, sich von dem Eigentümer befriedigen zu lassen, statt in Verfolg seines

<sup>31)</sup> F. Schulz, Rückgriff und Weitergriff 93 spricht von einer „Schuldgemeinschaft des Regredienten und Regressaten gegenüber dem Gläubiger“. In übertriebener Schematisierung und Generalisierung (vgl. ebenda S. 39) läßt er auch auf den beliebigen Dritten, der gemäß § 267 BGB. die dem Schuldner obliegende Leistung bewirkt, die Forderung übergehen und konstruiert, um auch in diesem Falle eine „Intensitätsdämpfung“ der Regreßforderung durch die Restforderung annehmen zu können, eine „Schuldgemeinschaft zwischen dem Dritten und dem Schuldner, die nicht obligatorisch ist, sondern erst durch die Barzahlung entsteht“ (S. 93). Meines Erachtens ist es nicht angängig, einer vorgefaßten Meinung zuliebe den Dritten, der den Schuldner befreien will, selber zum Schuldner zu stempeln. Auch beim Forderungsübergang auf die Ablösungsberechtigten gemäß § 268 BGB. paßt Schulz' Gesichtspunkt einer Schuldgemeinschaft nicht.

<sup>32)</sup> Ebenso steht es, wenn das Gläubigerrecht aus einem anderen Grunde teilweise wegfällt oder teilweise nicht entsteht (§ 1176).

<sup>33)</sup> Für die Zwangsverwaltung siehe ZVG. § 155 Abs. 2.



hypothekarischen Rechts Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen (§ 1142).

Den Unterschied zwischen der zwangsweisen Befriedigung und der Lösungszahlung durch den Eigentümer wollen wir an einem Beispiele klarmachen, bei dem das Recht des Gläubigers, Teilleistungen zurückzuweisen (§ 266 BGB.), außer Betracht bleibt. Die Hypothek des H von 10 000 Mark ist in zwei Raten von 6000 und 4000 Mark rückzahlbar. Beantragt H bei Fälligkeit der ersten Rate die Zwangsverwaltung, so wird er aus den Überschüssen der Grundstücksnutzungen befriedigt (§§ 155 Abs. 2, 10 Ziff. 5 ZVG.); die Hypothek erlischt insoweit (§§ 1181 Abs. 1, 1147). Macht dagegen der Eigentümer von seinem Lösungsrecht Gebrauch, so erwirbt er die Hypothek in Höhe von 6000 Mark. Entfallen nun bei einer späteren Zwangsversteigerung 4000 Mark auf die Hypothek, so wird im ersteren Falle der Gläubiger voll befriedigt, während er bei Ranggleichheit des teilweise befriedigten Eigentümers nur 1600 Mark bekäme. Dies Ergebnis vermeidet das Gesetz durch die Zurückstellung der Eigentümerteilhypothek hinter die Gläubigerresthypothek.

Ist der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner, so bezieht sich der schlechtere Rang nicht bloß auf sein dingliches Recht, sondern auch auf seine Forderung (§§ 1143 Abs. 1 Satz 2, 774 Abs. 1). Fällt also der Schuldner in Konkurs, so kann der Eigentümer seine Teilforderung zwar anmelden, aber der Gläubiger kann verlangen, daß der Eigentümer ihm von seiner Dividende so viel abgebe, als ohne die Anmeldung auf seine, des Gläubigers, Forderung entfallen wäre<sup>34)</sup>, denn nur in Höhe dieser Differenz tut die Anmeldung des Eigentümers der Befriedigung des Gläubigers Abbruch. Von dem Gesichtspunkt aus, daß der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer gegen die Nachhypothekare, nicht gegen das Recht des bisherigen Gläubigers gerichtet ist, lassen sich die Streitfragen beantworten, die an § 1176 anknüpfen.

Ist der Gläubiger der Resthypothek zugleich Inhaber nachstehender Hypotheken, so ist er bezüglich der letzteren regel-

<sup>34)</sup> Die Gegengründe von Jaeger, KO. § 3 A. 26 berühren die von uns vorgeschlagene Lösung — Ausgleich bloß im Verhältnis zwischen Gläubiger und Eigentümer — nicht. Jaeger läßt für den Fall teilweiser Befriedigung des Gläubigers vor Konkurseröffnung den Rückgriffsberechtigten zum Schaden des Gläubigers konkurrieren.

mäßig durch höhere Zinsen gesichert und kann nicht etwa noch außerdem den Vortritt vor der Eigentümerteilhypothek beanspruchen; daß der bessere Rang nur dem Rest der einen Hypothek zukommt, ergibt auch der Wortlaut des § 1176, wonach die dem Eigentümer zufallende Hypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden kann<sup>35)</sup>. Ob der ursprüngliche Gläubiger oder ein Zessionar Inhaber der Resthypothek ist, ändert an den Rangverhältnissen natürlich nichts. Zediert der Gläubiger nur einen Teil seiner Resthypothek und behält dem ihm verbleibenden Teile den Vorrang vor, so ist nicht abzusehen, wie dadurch das gesetzliche Rangverhältnis zwischen Fremdhypothek und Eigentümerteilhypothek geändert werden sollte; in der Absicht der Zessionsparteien liegt eine solche Rücksichtnahme auf den Eigentümer gewiß nicht, und die ratio legis deckt, wie gezeigt, zwar nur die eine konkrete Hypothek, diese aber in jedem ihrer Teile. Der Vorrang des nichtzedierten Teiles vor dem zedierten fällt demnach fort, wenn der Eigentümer den Gläubiger weiter befriedigt. Dasselbe muß gelten, wenn der Gläubiger einen Teil seiner Hypothek vor Beginn der Befriedigung mit dem Range nach dem Reste zediert hat: durch die von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander (vgl. § 1151) wollte er sich sichern, nicht den Eigentümer, dem die Hypothek dereinst zufallen wird<sup>36)</sup>.

Der Eigentümer soll dem Gläubiger keine Konkurrenz machen, deshalb darf die Eigentümerteilhypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden. Die Möglichkeit einer solchen Geltendmachung entfällt aber, sobald der Eigentümer auch noch den Rest der Hypothek bekommt. Daher liegt gar kein Grund vor,

<sup>35)</sup> Herrschende Meinung, vgl. Kober § 1176, 3 a, Wolff § 144<sup>23</sup>, KG. KGBl. 1905, 66, RG. JW. 1913, 643. A. M. Francke, SeuffBl. 67, 237 ff.

<sup>36)</sup> Vgl. OLG. Dresden DJZ. 1906, 884, RG. Gruchot 55, 1014. A. M. Brachvogel, ZBIFG. 7 S. 375/376 [von seinem Standpunkt (S. 373) aus, daß durch die Teilung der Forderung mehrere selbständige Hypotheken entstanden. — Daß die Teilhypotheken untereinander in näherer Beziehung stehen als zwei von Anfang an gesonderte, lehrt § 1151.], Kretzschmar § 1176, 5, Güthe § 46 A. 31. Zweifelnd Kober § 1176, 3 b und 5.

das Rangverhältnis zwischen den Teilen der Hypothek zu verewigen: wie es kraft Gesetzes entstanden ist, verschwindet es ohne weiteres bei Wegfall seiner Voraussetzungen<sup>37)</sup>; die sukzessiv erworbenen Teile der Eigentümergrundschuld stehen untereinander zu gleichem Range<sup>38)</sup>, auch wenn die Person des Eigentümers während der Abtragung gewechselt hat.

Das Rangverhältnis zwischen dem getilgten und dem ungetilgten Teil der Hypothek bleibt natürlich dasselbe, wenn der Eigentümerhypothekar das Eigentum verliert, oder wenn er sein Teilrecht an einen Dritten abtritt. In solchen Fällen wird es oft im Interesse der Übersichtlichkeit des Grundbuchs liegen, das Rangverhältnis zwischen den Teilen der Hypothek durch entsprechende Eintragung ersichtlich zu machen; eine solche Eintragung ist zulässig<sup>39)</sup>, wird aber durch Bezugnahme auf die gesetzliche Vorschrift<sup>40)</sup> zum Ausdruck bringen müssen, daß das Rangverhältnis kein endgültiges ist.

Die gesetzliche Rangfolge ist nicht zwingend. Sie kann durch rechtsgeschäftliche Verfügung geändert werden. Soll der abgezahlte Teil neben oder vor die Gläubigerresthypothek rücken, so bedarf es der Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümergrundpfandgläubiger und der Eintragung ins Grundbuch (§ 880)<sup>41)</sup>. Ist die Änderung des gesetzlichen Rangverhältnisses einmal geschehen, so behält die vorgeschobene Eigen-

<sup>37)</sup> Vgl. Eugen Fuchs, *Recht* 1905, 268.

<sup>38)</sup> Sehr bestritten. Wie der Text: Eugen Fuchs, *DJZ.* 1905, 115 (mißdeutet von Richter, *ZBIFG.* 5, 818), Bezirksnotar Planck, *ZBIFG.* 6, 52, der darauf hinweist, daß nach der entgegengesetzten Ansicht die einzelnen auf den Eigentümer übergegangenen Raten der 30 jährigen württembergischen Zielerhypotheken den umgekehrten Rang untereinander erhielten, wie sie zeitlich aufeinander gefolgt wären. A. M. Oberneck, *RGrR.* II 241 und *DNotV.* 1905, 270, Planck § 1176, 3, Kober § 1176, 3 a, Güthe § 22 A. 14 S. 532, August Fuchs, *DJZ.* 1905, 253, auf Grund der Behauptung, daß eine einmal eingetretene Rangänderung auch nur auf dem durch das Gesetz gegebenen Wege (Einigung und Eintragung in das Grundbuch) wieder beseitigt werden könne. — Das Argument aus der rechtsgeschäftlichen Rangänderung beweist nichts für eine kraft Sonderrechtsatzes entstandene Rangfolge.

<sup>39)</sup> Güthe, *GBO.* Vorbem. 60 zum 2. Abschnitt S. 225, und die dort Zitierten.

<sup>40)</sup> Vgl. Eugen Fuchs, *Recht* 1905, 270.

<sup>41)</sup> Planck § 1176, 4.

tümerhypothek ihre Stellung zu dem ganzen Reste der Hypothek auch dann, wenn der Eigentümer weitere Teile der Hypothek dazu erwirbt.

Wohl zu beachten ist, daß die Eigentümerteilhypothek dem Rechte des Gläubigers nur in den Fällen nachsteht, in denen der Eigentümer aus den besonderen Gründen des Hypothekenrechts die Hypothek erwirbt, nicht aber, wenn ein Teil der Hypothek durch Erbgang oder Zession auf den Eigentümer übergeht (§§ 889, 1177). Eine Zession der Hypothekenforderung kommt freilich nur in Frage, wenn das Grundstück für die Schuld eines Dritten haftet<sup>42)</sup>, hier kann sie als einfachstes Mittel dienen, um die gesetzliche Reihenfolge bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers zur Gleichberechtigung von Eigentümerteil und Gläubigerrest zu verschieben<sup>43)</sup>. Die Ranggleichheit zwischen dem zedierten und dem nichtzedierten Teil der Hypothek bleibt auch dann bestehen, wenn der Eigentümer nachträglich persönlicher Schuldner wird<sup>44)</sup>, die Forderung also, soweit er Grundpfandgläubiger ist, erlischt.

Befriedigt nicht der Eigentümer, sondern der persönliche Schuldner den Gläubiger teilweise, so erwirbt er, falls er einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger hat, die Hypothek in Höhe des Ersatzanspruchs. Diese Ersatzhypothek steht gleichfalls im Range hinter der Resthypothek

<sup>42)</sup> Brinck S. 34/35. Zu Unrecht hält das Kammergericht (Jahrb. 20 A 181, 182), dem Kober § 1176, 4 b folgt, die Abtretung einer Hypothek an den Eigentümer und persönlichen Schuldner für möglich; allerdings soll in diesem Fall der „Abtretung“ dieselbe Rangfolge eintreten, wie wenn der Hypothekenteil kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangen wäre (S. 184).

<sup>43)</sup> Vgl. F. Schulz, Rückgriff und Weitergriff 80. — Über das Rangverhältnis der kraft Gesetzes übergebenen und der durch Rechtsgeschäft abgetretenen Hypothekenzinsen zum Kapital handelt Gundlach, JW. 1913, 718.

<sup>44)</sup> Beispiel: A hat sich einen Teil der Hypothek des B am Grundstück des C abtreten lassen. In der Zwangsversteigerung wird das Grundstück dem A zugeschlagen. Er vereinbart mit B das Fortbestehen der Hypothek (ZVG. § 91 Abs. 2 und 3) und erklärt bezüglich seines Teiles ausdrücklich das Fortbestehen. Dann wird er persönlicher Schuldner der Fremdhypothek (KGJ. 30 A 222), zu dem ihm zustehenden Teile erlischt die Forderung (KGJ. 22 A 313). Fremdhypothek und Eigentümergrundschuld stehen zu gleichem Range.

thek des Gläubigers (§ 1176). Dasselbe gilt für die Hypothekensforderung der Lösungsberechtigten, z. B. eines Nachhypothekars, der den Gläubiger teilweise befriedigt (§§ 1150, 268). Geht die Hypothek zum Teil auf den persönlichen Schuldner oder gemäß § 1150 Lösungsberechtigten, zum Teil auf den Eigentümer über, so geht die Fremdhypothek der Eigentümerhypothek im Range vor; für die Rückgriffshypothek des Schuldners spricht § 1164 Abs. 1 Satz 2 dies ausdrücklich aus, für die des Lösungsberechtigten folgt diese Rangordnung aus seiner Rechtsstellung als Rechtsnachfolger des Gläubigers, also aus § 1176. Aus dem gleichen Grunde kann, wenn ein Lösungsberechtigter und der ersatzberechtigte Schuldner beide zum Teil den Gläubiger befriedigen, die Hypothek des Schuldners nicht zum Nachteil der Hypothek des Ablösenden geltend gemacht werden.

Wird der Gläubiger völlig befriedigt, so muß er den Hypothekenbrief, an dem er kein Recht mehr hat, aushändigen (§§ 1140, 1150, 1167). Bleibt er teilweise Gläubiger, so ist er verpflichtet, die teilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken (§ 1145, vgl. § 1140). Durch die Teilbefriedigung ist der Eigentümer Miteigentümer des Hypothekenbriefes geworden (§ 952). Aus dem bereits für § 1176 verwerteten Grunde, daß der unvollständig befriedigte Gläubiger durch den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer in der Verwertung seiner Resthypothek nicht beeengt werden soll, ist dem Eigentümer aber ein Recht zum Mitbesitz am Briefe zu versagen<sup>45)</sup>.

Will der Eigentümer die ihm zugefallene Teilhypothek abtreten, so muß die zwischen dem Gläubiger und ihm bezüglich des Briefes bestehende Rechtsgemeinschaft gelöst werden<sup>46)</sup>. Das Recht auf Auseinandersetzung gibt ihm § 749; die Teilung in Natur (§ 752) wird durch Abzweigung eines Teilhypothekenbriefes vollzogen<sup>47)</sup>. Der Teilhypothekenbrief tritt für den Teil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes (§ 1152 Satz 2).

<sup>45)</sup> RG. 69, 41, RG. Gruchot 54, 1025.

<sup>46)</sup> Daß der Gläubiger dem Eigentümer selbst den Stammbrief freiwillig überlassen hat, wird zu selten vorkommen, um die Erörterung zu lohnen. Ersatz der Briefübergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 1154 Abs. 1 Satz 1, 1117 Abs. 1 Satz 2, 931) kommt mangels eines Herausgabeanspruchs nicht in Frage.

<sup>47)</sup> RG. 59, 318.

Will der Eigentümer seine Teilhypothek übertragen, bevor der Teilbrief gebildet ist, so muß er mit dem Zessionar noch besonders vereinbaren, daß dieser berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt auszuhändigen zu lassen (§§ 1154, 1117 Abs. 2). Der Übergang auf den Zessionar erfolgt in diesem Falle mit der Herstellung des Teilbriefes. Voraussetzung dieser Art der Übertragung ist daher, daß der Stammbrief dem Grundbuchamt zur Bildung eines Teilbriefes eingereicht ist<sup>48)</sup>.

d) **Miteigentum und Eigentümergrundschuld.** Die teilweise Befriedigung des Gläubigers oder das Nichtbestehen eines Teiles der Forderung zeitigt eine Teilung der Hypothek zwischen Gläubiger und Eigentümer. Eine Teilung der Hypothek, obwohl die Voraussetzungen für die Entstehung eines Eigentümerpfandrechts in vollem Umfange erfüllt sind, tritt ein, wenn das Eigentum am belasteten Grundstück mehreren nach Bruchteilen zusteht.

Eine kraft Gesetzes entstehende Eigentümergrundschuld fällt durchweg demjenigen zu, der zur Zeit ihrer Entstehung Grundstückseigentümer ist. Das Eigentum als solches ist der Rechtfertigungsgrund für den Erwerb des Grundpfandrechts. Sind also mehrere Eigentümer, so müssen sie alle an jenem Erwerb beteiligt sein, und zwar müssen sie, da ihre Anteilsrechte am Grundstück qualitativ gleichgestellt sind (vgl. BGB. §§ 743 Abs. 2, 745 Abs. 2), auch bezüglich ihrer Anteile an der Hypothek untereinander gleichen Rang haben. Die Art der Teilung richtet sich nach dem Wesen des zu teilenden Rechts. Das Eigentum läßt sich nicht in gleiche Teile zerlegen<sup>49)</sup>, deshalb besteht zwischen mehreren Eigentümern eine Gemeinschaft, an der die einzelnen zu festbestimmten Bruchteilen teilnehmen (communio pro indiviso, §§ 741, 1008). Gegenstand der Anteilsrechte ist die gemeinschaftliche Sache selbst<sup>50)</sup>. Das Grundpfandrecht dagegen läßt sich wie eine Geldforderung (§ 420) zerlegen, indem die aus dem Grundstück zu zahlende Summe durch den Nenner des Bruches dividiert wird<sup>51)</sup>.

<sup>48)</sup> RG. 64, 313; 65, 64; 66, 210; 69, 43 f. Güthe § 61 A. 15 a. A.

<sup>49)</sup> Dossmann, Recht des Miteigentümers 101<sup>23)</sup>.

<sup>50)</sup> Dossmann 110.

<sup>51)</sup> Vgl. Wolff § 136 I.

Dem Eigentum gesellt sich in den Fällen des § 1163 das Grundpfandrecht; die Beteiligungsquote an der Eigentumsgemeinschaft muß deshalb maßgebend sein für die Verteilung der Hypothek unter die Miteigentümer. Sind die Anteile gleich, so erhält jeder Miteigentümer eine Teilgrundsuld von gleichem Betrage; eine Rechtsgemeinschaft bezüglich der einzelnen Hypothekenteile besteht nicht<sup>52)</sup>.

Ist es schon streitig, wie der Untergang der Hypothekforderung im allgemeinen wirkt, wenn das Grundstück im Eigentum mehrerer steht, so herrscht vollends keine Einigkeit über die Rechtsfolgen, die eintreten, wenn einer der Miteigentümer den Hypothekengläubiger befriedigt. Wir beschränken uns zunächst wie bisher auf den Fall, daß die Hypothek das Grundstück als solches, nicht die einzelnen Anteile der Miteigentümer belastet<sup>53)</sup>,

---

<sup>52)</sup> RG. 51, 398, RG. ZBLFG. 3, 817, KG. v. 27. 9. 1906 RJA. 8, 61, RGRKomm. § 1163, 4, von Tuhr, Allgem. Teil I 91, Wolff 519<sup>21</sup>. A. M. KG. v. 15. 3. 1906 OLG. 14, 113, Planck § 1163, 3 d, Kober § 1163 II 4 e, Reichel, ZZP. 33, 86 (unter Verwechslung von — reeller — Forderungsteilung und — körperlicher — Sachteilung), die eine Bruchteilsgemeinschaft der Miteigentümer an der Hypothek annehmen. Aber wozu der Umweg über eine rechtsgeschäftliche „Auseinandersetzung“, wenn man nach festem Maßstab direkt zur angemessenen Verteilung der angefallenen Hypothek kommen kann?

<sup>53)</sup> Auf den Streit über das Wesen des Miteigentums, allgemeiner gesprochen der Gemeinschaft nach Bruchteilen (s. Gierke § 103 A. 39 und 40), brauchen wir nicht einzugehen. Denn, wie immer diese Bruchteile vorgestellt werden mögen, so ist unter allen Umständen der (ideelle) Anteil jedes Miteigentümers ein für sich bestehendes Sachenrecht, das nach Art des Eigentums behandelt wird (Gierke § 122 S. 383), sich inhaltlich aber durch die Rücksichtnahme auf die Inhaber gleichartiger Herrschaftsrechte vom Alleineigentum unterscheidet (Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer 45, v. Tuhr, Allgem. Teil I 83). Und daß die gemeinschaftliche Verfügung der Miteigentümer über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen, von der § 747 Satz 2 spricht, andere Rechtswirkungen hervorzubringen vermag als die Verfügung jedes der Miteigentümer über seinen gesonderten Anteil, können auch die nicht leugnen, die im Gegensatz zu der dem Gesetz zugrundeliegenden Auffassung in der Gesamtverfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand „genaugenommen die Verfügung aller Miteigentümer über ihre Anteile“ finden (v. Tuhr 84, Kattausch 12—21): Erbbaurechte, Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten können an den Anteilen nicht begründet werden, sondern nur an dem gemeinschaftlichen Grundstück selbst, und ebensowenig können die Miteigentümer, selbst wenn sie alle zusammen-

weil sie z. B. schon zur Zeit des einen Vorbesitzers begründet ist oder von sämtlichen Miteigentümern im Zusammenwirken bestellt worden ist. Drei Ansichten stehen sich gegenüber.

Die einen<sup>54)</sup> wollen wegen der angeblichen Gleichheit des Rechtsverhältnisses die Regeln über die Gesamthypothek (§ 1173) entsprechend anwenden, wenn ein Miteigentümer die Hypothek lediglich im eigenen Namen bezahlt. Der befriedigende Eigentümer soll die Hypothek zum vollen Betrag erwerben, aber nur an seinem Miteigentumsanteil. An den anderen Anteilen soll sie regelmäßig erlöschen; hat der Zahlende Ersatzansprüche gegen andere von den Miteigentümern oder deren Rechtsvorgänger, so soll er auch an deren Anteilen die Hypothek erwerben, die dann mit der Hypothek an seinem Anteil Gesamthypothek bleibt.

Für die Analogie spricht nach der Meinung ihrer Vertreter, daß Miteigentumsanteile wie selbständige Grundstücke mit Hypotheken belastet werden (§ 1114), also auch mehrere Anteile für dieselbe Forderung verhaftet sein können. Damit sei dann ein Zustand hergestellt gleich dem, daß für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken besteht (Gesamthypothek, § 1132). Nun ist zuzugeben, daß sei es mehrere, sei es alle Miteigentumsanteile gesondert wegen derselben Hypothekenforderung belastet sein können; daß in diesem Falle die Vorschriften über Gesamthypotheken nicht nur für den Fall der Befriedigung heranzuziehen sind, werden wir später ausführen. Es liegt aber kein Grund vor, eine Hypothek an einem mehreren gehörigen Grundstück der Hypothek an den Anteilen sämtlicher Miteigentümer gerade in dem hier zur Rede stehenden Punkte gleichzusetzen, während diese beiden Belastungsformen doch sonst rechtlich verschieden zu behandeln sind. Soll z. B. die auf dem ganzen Grundstück eingetragene Hypothek gelöscht werden,

---

wirken, einen Anteil zugunsten eines Miteigentümers belasten, wohl aber die gemeinschaftliche Sache (§ 1009). Es ist also keine Anomalie, wenn wir auch in bezug auf das Grundpfandrecht die Belastung des Grundstücks und die Belastung der Anteile verschieden behandeln.

<sup>54)</sup> Planck § 1173, 7, Brinck 159, OLG. (Cassel) 18, 173, Güthe § 22 A. 13, KGJ. 41 A 243, auch KGJ. 30 A 258, Hirsch, Übertr. 370<sup>4</sup>. In gleichem Sinne Heinsheimer, Zweiparteienprinzip 34<sup>2</sup> (über die Befriedigung des Hypothekars aus den einzelnen Grundstücksanteilen der Miteigentümer).



so müssen alle Eigentümer zustimmen (GBO. § 27)<sup>55</sup>); der Grundbuchrichter darf nicht etwa die Hypothek auf den Anteilen der Zustimmenden löschen, im übrigen stehen lassen. Ist die Hypothek dagegen auf den Anteilen der Miteigentümer eingetragen, etwa weil ihre Belastung zu verschiedenen Zeiten erfolgte, so kann der Grundbuchrichter sie je nach Eingang der Zustimmungserklärungen nacheinander auf den einzelnen Anteilen löschen, genau so wie zur Löschung einer Gesamthypothek auf einem der mehreren Grundstücke nur die Zustimmung des Eigentümers dieses Grundstücks erforderlich ist<sup>56</sup>).

Wir sehen also, daß die Voraussetzung für die Analogie der Gesamthypotheken, die Belastung mehrerer selbständiger Haftungsgegenstände des Liegenschaftsrechts, bei der einheitlichen hypothekarischen Belastung eines mehreren gehörigen Grundstücks fehlt<sup>57</sup>). Abgesehen davon hat die Plancksche Ansicht (Anm. 54) den Nachteil, die Auseinandersetzung unter den Miteigentümern zu erschweren. Beantragt nämlich der Miteigentümer, der als persönlicher Schuldner ohne Rückgriffsrecht die auf dem Grundstück lastende Hypothek bezahlt hat, die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft (§ 753 BGB.), so würde sich nach der bekämpften Ansicht das schon mit Berücksichtigung der getilgten Hypothek gebildete geringste Gebot um den vollen Betrag der Hypothek erhöhen, da diese ja nur noch den Anteil des Antragstellers belasten soll (ZVG. § 182 Abs. 1 und 2)<sup>58</sup>).

Turnau-Förster<sup>59</sup>) lehnen denn auch — ohne nähere Begründung — die Heranziehung des Gesamthypothekenrechts ab; befriedige ein Miteigentümer den Gläubiger des gesamten

<sup>55</sup>) KGJ. 20 A 209 u. 22 A 140; Güthe selbst § 27 A. 12.

<sup>56</sup>) Güthe a. a. O.

<sup>57</sup>) RG. JW. 1910, 473. — Ist das richtig, so ist nicht einzusehen, warum durch Veräußerung von ideellen Bruchteilen eines bisher im Alleineigentum stehenden Grundstücks aus der Einheitshypothek eine Hypothek an den Anteilen werden soll, was KGJ. 30 A 259 ausgeführt und u. a. vom RGRKomm. § 1132, 1 gebilligt wird.

<sup>58</sup>) Weitere bedenkliche Konsequenzen der bekämpften Lehre werden von Eccius, Gruchot 46, 728 hervorgehoben.

<sup>59</sup>) Turnau-Förster § 1132, 5; ebenso Kober § 1173 V, vgl. aber § 1132 I 4.

Grundstücks, so habe „die Gesamtheit der Eigentümer als ein Eigentümer zu gelten“. Das bedeutet, daß sie die Hypothek am ganzen Grundstück gemeinschaftlich erwerben, — eine Anschauung, die wir bereits bei Besprechung der Rechtsfolgen von Nichtenstehen und Erlöschen der Hypothekenforderung zurückgewiesen haben<sup>60)</sup>.

Fuchs und Biermann<sup>61)</sup> endlich lassen den Miteigentümer, der den Gläubiger befriedigt, die Hypothek am ganzen Grundstück allein erwerben, je nachdem er Schuldner ist oder nicht, als Grundschuld oder als Hypothek. Diese Lösung ist unbefriedigend, weil sie den zahlenden Teileigentümer selbst dann mit dem ganzen Recht belohnt, wenn er mit der Tilgung der Hypothekenforderung nur seine Pflicht gegenüber dem Gläubiger und den anderen Miteigentümern erfüllt hat.

Zu der notwendigen Differenzierung in dieser Hinsicht gelangen wir, wenn wir die Hypothek im Falle des Erlöschens der Forderung unter die Eigentümer im Verhältnis ihrer Eigentumsquoten verteilen, und zwar gleichviel, ob der befriedigende Eigentümer persönlicher Schuldner ist oder nicht<sup>62)</sup>. Im ersteren Falle ist sein Teil von der Hypothek, wie die Teile der übrigen Eigentümer, Grundschuld, anderenfalls bleibt er (Teil-) Hypothek. Kann der befriedigende Eigentümer von einem der anderen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen, so geht insoweit auch der Teil der Hypothek, der dessen Miteigentumsquote entspricht, auf ihn über (§ 1164 und argumentum a majore ad minus aus § 1164, falls der befriedigende Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist)<sup>63)</sup>.

Bisher beschäftigten uns die Besonderheiten, die für das Eigentümerpfandrecht daraus entstehen, daß das im ganzen belastete Grundstück im Miteigentum mehrerer steht. Es ist aber auch möglich, daß jeder Miteigentümer seinen Anteil selbständig mit einer Hypothek belastet (§§ 747, 1114). Der Hypo-

<sup>60)</sup> Vgl. Anm. 52.

<sup>61)</sup> Fuchs § 1173, 6 c; Biermann § 1143, 3, § 1173, 5.

<sup>62)</sup> Die Forderung gegen einen dritten Schuldner erwirbt er natürlich allein in vollem Umfange, § 1143.

<sup>63)</sup> Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, und kann er von einem der Eigentümer Ersatz verlangen, so erwirbt er bis zur Höhe seines Ersatzanspruchs den Teil der Hypothek, der sonst dem regreßpflichtigen Miteigentümer zugefallen wäre.

thekar hat in diesem Falle nur mit dem Eigentümer des belasteten Anteils zu tun: von ihm empfängt er den Hypothekenbrief (§ 1117), nur mit ihm vereinbart er Änderungen in den Zins- und Zahlungsbedingungen. Die Zwangsvollstreckung erfolgt nicht in das ganze Grundstück, sondern nur in den belasteten Anteil; das gilt selbst dann noch, wenn von zwei Miteigentümern der eine den als solchen belasteten Anteil des anderen erworben hat<sup>64</sup>). Da durch die Versteigerung des Bruchteils nur dessen Eigentümer berührt wird, hat er allein ein Ablösungsrecht (§ 1142). Befriedigt er den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek gemäß § 1143 oder § 1163 Abs. 2. Auch in dem Falle, daß die Forderung aus einem anderen Grunde untergeht oder überhaupt nicht entsteht, fällt die Hypothek allein dem Eigentümer des belasteten Bruchteils zu.

Wird nachträglich noch ein weiterer Bruchteil — oder alle übrigen — mit der Hypothek belastet, so besteht eine gemeinschaftliche Belastung mehrerer selbständiger Haftungsgegenstände des Liegenschaftsrechts<sup>65</sup>) und es erhebt sich die Frage, nach welchen Grundsätzen das Verhältnis zwischen den einzelnen Anteilseignern zu bestimmen ist. Nun hat das Gesetz für einen ähnlichen Fall, nämlich den, daß für dieselbe Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken besteht (Gesamthypothek, § 1132), ausdrücklich Bestimmung getroffen, und es liegt nahe, diese Regelung analog auf unseren Fall zu übertragen, weil auch sonst — man denke nur an die Übertragung eines Anteils durch Auflassung und Eintragung — Grundstück und Grundstücksbruchteil gleich behandelt werden<sup>66</sup>).

Jeder Bruchteil haftet für die ganze Forderung; der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Bruchteile ganz oder zu einem Teile suchen (§ 1132). In den Fällen

<sup>64</sup>) ZPO. § 864 Abs. 2: die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks ist nur zulässig, wenn der Bruchteil in dem Anteil eines Miteigentümers besteht, oder wenn sich der Anspruch des Gläubigers auf ein Recht gründet, mit welchem der Bruchteil als solcher belastet ist; Begründung der Nov. z. ZPO. 181. — Aus der Bestimmung des § 864 Abs. 2 wird m. E. mit Unrecht der Satz abgeleitet, daß der Hypothekar die Zwangsvollstreckung in den einzelnen Anteil eines Miteigentümers betreiben darf, auch wenn die Hypothek auf dem ganzen Grundstücke ruht; so RG. Gruchot 55, 673, Heinsheimer, Zweiparteienprinzip S. 33/34 u. a.

<sup>65</sup>) Sohm, Der Gegenstand 63 f.

<sup>66</sup>) Vgl. Dossmann a. a. O. 108.

des § 1163 steht die Hypothek den Eigentümern der belasteten Bruchteile gemeinschaftlich zu; jeder der Miteigentümer kann Verteilung der Gesamtgrundschuld auf die einzelnen Bruchteile gemäß § 1172 Abs. 2 verlangen. Befriedigt einer der Eigentümer den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Bruchteil; an den übrigen erlischt sie mangels eines besonderen Regreßanspruchs (§ 1173)<sup>67)</sup>. Formellrechtlich führt die Analogie der Gesamthypothek dazu, daß zur Löschung der Hypothek auf einem der belasteten Bruchteile die Bewilligung des Gläubigers und des Eigentümers, dessen Anteil befreit werden soll, ausreicht. Deshalb darf die spätere Mitbelastung eines Anteils auch nicht als bloße „Veränderung“ in der entsprechenden Spalte der dritten Abteilung (Allgem. Verf. v. 20. 11. 99 § 12) vermerkt werden, sondern muß als neue Eintragung in den ersten Spalten gebucht werden<sup>68)</sup>.

e) Hypothek bei Gesamtgläubigerschaft. Durch die Vorschrift, daß bei Befriedigung des Gläubigers die mithaftenden Grundstücke der nichtzahlenden Eigentümer grundsätzlich frei werden (§ 1173), soll vermieden werden, daß die Grundstücksbelastung sich vielfältigt, während das Schuldverhältnis, dem die gesicherte Forderung entspringt, durch eine einmalige Zahlung gelöst wird. Diese ratio legis trägt über den gesetzlichen Anwendungsfall, daß mehrere Grundstücke für dieselbe Forderung verhaftet sind, hinaus.

Sind mehrere eine Leistung als Gesamtgläubiger zu fordern berechtigt (§ 428), so hat nach heutigem Recht jeder Gläubiger trotz der Reflexwirkung gewisser Tatsachen auf das Schuldverhältnis ein eigenes selbständiges Forderungsrecht<sup>69)</sup>. Da nun eine Hypothek immer nur zu einer Forderung gleichzeitig gehören kann (arg. § 1153), ist die Eintragung einer Hypothek für A und B als Gesamtgläubiger nicht zulässig, sondern

<sup>67)</sup> Übereinstimmend Biermann § 1173, 5, Güthe § 49 A. 3 (anders 1. Aufl.), Turnau-Förster § 1132, 5, Planck § 1132, 1 a, Predari § 49, 5, Lang, ArchZivPrax. 89, 253, Kober § 1132 I 4, Kretschmar § 1132, 10, RGRKomm. § 1132, 1. A. M. Fuchs § 1132, 1; unentschieden Arnheim § 49, 2.

<sup>68)</sup> Güthe a. a. O. ist entgegengesetzter Ansicht; kaum folgerichtig, da er für Analogie der Gesamthypothek eintritt.

<sup>69)</sup> Dernburg II § 161 I, Enneccerus § 313 II, Hellwig, ZPr. § 37 IV 1, v. Tuhr, Allgem. Teil I 88<sup>31)</sup>.

es kann nur für jeden der beiden Gläubiger eine Hypothek auf dieselbe Summe auf dem Grundstück eingetragen werden<sup>70)</sup>; in der Eintragung mag zum Ausdruck gebracht werden, daß durch Befriedigung des A die Forderung des B erlischt und umgekehrt. Es wird also auch hier durch eine Zahlung ein doppelt gesichertes Schuldverhältnis erledigt. Diese Abhängigkeit der Forderungen muß auch die hypothekarischen Rechte beeinflussen: durch Befriedigung des einen Gesamtgläubigers erwirbt der Eigentümer nur dessen Hypothek, die Hypothek des anderen Gesamtgläubigers erlischt<sup>71)</sup>.

f) **Befriedigung aus dem Grundstück.** Inhalt der Grundpfandrechte ist das Recht, wegen einer bestimmten Summe Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Die Befriedigung erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1147). Führt sie zum Ziel, so ist das Recht des Hypothekengläubigers erschöpft, und die Hypothek erlischt (§ 1181 Abs. 1)<sup>72)</sup>. Auf den Eigentümer geht sie im Gegensatz zur freiwilligen Befriedigung nicht über, weil die nachstehenden Gläubiger ihr Aufrücken mit der Verringerung des auch ihnen haftenden Erlöses erkaufen, und die Verbesserung ihrer Rangstellung deshalb wohlverdient ist.

g) **Befriedigung bei Gesamthypotheken.** Bei Gesamthypotheken sind die Folgen der Befriedigung, soweit das Grundstück in Frage kommt, aus dem oder von dessen Eigentümer der Gläubiger befriedigt wird, dieselben wie bei Einzelhypotheken: auf den zahlenden Eigentümer geht die Hypothek am eigenen Grundstück über, bei zwangsweiser Befriedigung erlischt sie. Die Hypothek an dem mithaftenden Grundstück dagegen erlischt in beiden Fällen grundsätzlich (BGB. §§ 1173 Abs. 1 Satz 1, 1181 Abs. 2). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Eigen-

<sup>70)</sup> So überzeugend v. Tuhr a. a. O. S. 90/91, insbesondere A. 38 gegen Planck § 1113, 4.

<sup>71)</sup> v. Tuhr 91<sup>39</sup> läßt beide Hypotheken dem Eigentümer zufallen, wenn nicht besonders eingetragen ist, daß jede Hypothek durch Bezahlung der anderen resolutiv bedingt sein soll.

<sup>72)</sup> Die grundpfandrechtl. Bedeutung des § 1181 Abs. 1 tritt weniger in der Zwangsversteigerung zutage, da hier die Hypotheken, die bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt sind, durch den Zuschlag erlöschen (ZVG. § 91 Abs. 1), als in der Zwangsverwaltung, wenn der betreibende Gläubiger wegen seiner Kapitalforderung aus den Nutzungsüberschüssen befriedigt wird (ZVG. § 155).

tümer, zu dessen Lasten die Befriedigung ging, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers<sup>73)</sup> Ersatz verlangen kann: insoweit geht die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über (§§ 1173 Abs. 2, 1182)<sup>74)</sup>. Bleibt danach die Hypothek an mehreren Grundstücken bestehen, so behält sie ihren Charakter als Gesamthypothek. Das Gesetz spricht dies nur für den Fall aus, daß der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, die Hypothek an einem anderen Grundstück kraft Ersatzanspruchs dazu erwirbt (§ 1173 Abs. 2); es muß aber auch für den Fall gelten, daß der Eigentümer, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt wird, die Hypothek an mehreren mithaftenden Grundstücken erwirbt.

Beispiel: Auf dem Grundstück des A lastet eine Hypothek für G. A veräußert zuerst ein Trennstück an B, der die Hypothek nicht übernimmt, und dann ein anderes an C. Dadurch verwandelt sich die Hypothek des G in eine Gesamthypothek. Wird nun G aus dem Grundstück des B befriedigt, so geht die Hypothek an dessen Grundstück unter, und B erwirbt wegen seines Ersatzanspruches gegen A die Hypothek am Grundstück des A und an dem des C, des Rechtsnachfolgers von A im Eigentum. Die beiden Hypotheken bilden eine Gesamthypothek.

In allen Fällen, wo die Gesamthypothek in vollem Umfange oder bloß an mehreren der ursprünglich belastet gewesenen Grundstücke kraft Befriedigung des Gläubigers auf einen der Eigentümer übergeht, sichert sie eine Forderung, und zwar an allen belasteten Grundstücken dieselbe. Denn die Einheitlichkeit der Forderung ist begriffliche Voraussetzung der Gesamthypothek (§ 1132 Abs. 1 Satz 1: „für die Forderung“) und liegt sämtlichen einschlägigen Vorschriften des materiellen und Grundbuch-

---

<sup>73)</sup> Dazu F. Schulz, Rückgriff 64.

<sup>74)</sup> Bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers geht seine Resthypothek nach bekannter Regel im Range vor, §§ 1176, 1182 Satz 2. — Ist die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke eines Eigentümers erfolgt, und ist das andere Grundstück, an dem der Eigentümer gemäß § 1182 Satz 1 die Hypothek erwirbt, mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet, so kann die Ersatzhypothek des Eigentümers nicht zum Nachteil dieses anderen Rechtes geltend gemacht werden, § 1182 Satz 2. Vgl. dazu Wolff 533<sup>18</sup>, Dernburg § 231<sup>19</sup>, Lang S. 313/314.

rechts zugrunde<sup>75)</sup>. Es sei nur einerseits an die Übertragung einer Gesamthypothek durch Abtretung der Forderung und an den einheitlichen Hypothekenbrief über die Gesamthypothek (§ 59 Abs. 1 GBO.) andererseits erinnert. War der Eigentümer, zu dessen Lasten die Befriedigung des Gläubigers geht, persönlicher Schuldner, so erlischt durch die Befriedigung nach allgemeinen Regeln die ursprüngliche Hypothekenforderung, und die dem Eigentümer etwa zufallende Gesamthypothek sichert den Ersatzanspruch des Eigentümers; es findet also wie im Falle des § 1164 ein gesetzlicher Forderungswechsel statt. Bleibt die Gesamthypothek, wie bei freiwilliger Zahlung, am eigenen Grundstück des Befriedigenden bestehen, so liegt ihr auch hier die Regreßforderung zugrunde, sie ist insoweit Eigentümerhypothek<sup>76)</sup>.

War der Eigentümer, auf dessen Kosten der Gläubiger der Gesamthypothek befriedigt wurde, nicht der Schuldner, so geht die Forderung auf ihn über, und eine ihm zufallende Gesamthypothek sichert an allen Grundstücken<sup>77)</sup> eben diese ursprüngliche Forderung<sup>78)</sup>; der Ersatzanspruch vermittelt nur die Mithaft der andern Grundstücke<sup>79)</sup>.

<sup>75)</sup> So Planck § 1173, 4 b und Wolf 536<sup>18</sup> gegen Lang a. a. O. 308 und Biermann § 1173, 2 b, denen Kober § 1173 II b u. a. folgen. Biermann erklärt seine frühere Ansicht selber für unhaltbar im Recht 1905, 265/266.

<sup>76)</sup> Daraus folgt, daß der Eigentümer in sein eigenes Grundstück nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben kann, und daß ihm Zinsen aus diesem nur für die Zeit einer Zwangsverwaltung gebühren; bez. der Verwertung der mithaftenden Grundstücke ist er den Beschränkungen des § 1197 nicht unterworfen. Brinck 182.

<sup>77)</sup> Ob er eine Hypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer erwirbt, hängt wieder davon ab, ob diese ihm ersatzpflichtig sind. Daß er eine fremde Schuld bezahlt hat, begründet an sich noch keinen Ersatzanspruch gegen einen anderen Eigentümer; nicht einmal, wenn der letztere persönlicher Schuldner ist, denn der nicht schuldende Eigentümer kann die Erfüllung der Schuld übernommen haben, § 416 Abs. 3. Vgl. Brinck 84.

<sup>78)</sup> So Goldmann-Lilienthal § 77 A. 58, 59. Vgl. KGJ. 42 A 279.

<sup>79)</sup> Insoweit übereinstimmend Turnau-Förster § 1173, 5, Fuchs § 1173, 9 und Güthe § 22 A. 20 u. A. 15 Abs. 3, die jedoch im ersteren Falle, wo der befriedigende Eigentümer und der Schuldner eine Person ist, keine Hypothek, sondern eine Gesamtgrundschuld annehmen. Es ist aber nicht einleuchtend, daß etwa eine Sicherungshypothek sich kraft Gesetzes in eine von dem Fortbestand des Ersatzanspruchs unabhängige Grundschuld verwandeln soll; vgl. Robert, Rückgriffhypothek 38.

Daß der Regreßanspruch hier nicht die Forderung zur Gesamthypothek bilden kann, wie Planck u. a.<sup>80)</sup> lehren, ergibt folgende Erwägung. Wäre der Regreßanspruch Hypothekengrundlage, so könnte ein Lösungsberechtigter, der gemäß § 1150 von seinem Rechte Gebrauch machte, auch wieder nur eine Gesamthypothek für die Ersatzforderung gegen die regreßpflichtigen Eigentümer bekommen. Die ursprüngliche (hypothekentkleidete) Hypothekenforderung würde also bei dem Eigentümer zurückbleiben, der den Gläubiger seinerzeit befriedigt hat, und der persönliche Schuldner könnte nur an diesen Eigentümer leisten. Mit der Leistung aber würde nicht nur die ursprüngliche Hypothekenforderung untergehen, sondern es muß auch der Ersatzanspruch gegen die anderen Eigentümer fortfallen, weil dem Eigentümer die Aufwendung erstattet ist, für die er Ersatz begehren konnte. Der Ablösungsberechtigte müßte demnach seine Gesamthypothek verlieren, ohne selber befriedigt zu sein. Ein unmögliches Ergebnis.

Doch bleiben Gesamthypothek und Ersatzanspruch auch in diesem Falle in Beziehung. Befriedigt der ersatzpflichtige Eigentümer den Eigentümer, auf den die Hypothekenforderung durch Befriedigung des Gläubigers übergegangen ist, so verliert der letztere nicht nur seine Hypothek gemäß § 1173, sondern es erlischt auch sein Ersatzanspruch; denn dieser Anspruch ging auf Erstattung dessen, was der rückgriffsberechtigte Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers aufgewendet hat, und das ist eben die Hypothekensumme<sup>81)</sup>.

**h) Überlassung des belasteten Grundstücks an Zahlungsstatt.** Neben der Zahlung kommen als Mittel der Befriedigung alle die Rechtsgeschäfte in Betracht, durch die sonst eine Forderung getilgt werden kann. Daß auch der Grundstückseigentümer,

<sup>80)</sup> Auch das Reichsgericht 81, 71 tritt der Ansicht bei, daß die auf den Ersatzberechtigten übergehende Hypothek in jedem Falle als Hypothek für die Ersatzforderung besteht (insbes. S. 77—79).

<sup>81)</sup> Diesen Zusammenhang übersieht Biermann, Recht 1905, 266 in seiner Polemik gegen Turnau-Förster und Fuchs (s. Anmerkung 79). Die Ausführungen des Textes haben auch ergeben, daß sich das nach § 1173 Abs. 2 entstehende Rechtsverhältnis in allen Fällen, die denkbar sind, als wahre Gesamthypothek für eine einheitliche Forderung erklären läßt, während Biermann eine gesetzliche Fiktion unterstellt (a. a. O. 267).



der nicht Schuldner ist, den Gläubiger, der Zahlung verlangt, durch Hinterlegung oder Aufrechnung befriedigen kann, ist im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen (§ 1143 Abs. 2). Für ein anderes Erfüllungssurrogat, die Leistung an Zahlungsstatt, versteht sich das von selbst, weil es vom freien Entschluß des Gläubigers abhängt, ob er die nichtgeschuldete andere Leistung, die der Eigentümer ihm anbietet, statt Erfüllung gelten lassen will.

Ein besonderer Fall der Leistung an Zahlungsstatt ist die Hingabe des belasteten Grundstücks selbst; besonders schon dadurch, daß der Eigentümer sich zu dieser Art der Befriedigung erst dann verpflichten kann, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist (§ 1149<sup>82)</sup>). Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers durch Überlassung des Grundstücks zu Eigentum, so ist der Grundsatz, daß der befriedigende Eigentümer die Hypothek erwirbt, nicht durchführbar. Denn die Befriedigungswirkung tritt erst in dem Zeitpunkt ein, in dem der Gläubiger das Eigentum am Grundstück erwirbt, regelmäßig also mit seiner Eintragung als Eigentümer<sup>83)</sup>. Ist der Veräußerer zugleich persönlicher Schuldner, so erlischt damit das Schuldverhältnis (§ 364 Abs. 1), und die gleichzeitig nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 entstehende Eigentümergrundsschuld erwirbt der neue Eigentümer, eben der Gläubiger. Diese Lösung ist auch die allein sachgemäße, da der Gläubiger als Eigentümer des hypothekarischen Rechts gegen das Aufrücken von Nachhypothekaren so gut bedarf wie sonst der zahlende Eigentümer. Ist der Veräußerer nicht der Schuldner, so erwirbt nach § 1143 Abs. 1 Satz 1 der Veräußerer die Forderung, während das dingliche Recht auch hier dem Gläubiger zufallen muß<sup>84)</sup>, weil anders eine Befriedigung des Gläubigers nicht stattfinden kann.

Für den entsprechenden Fall bei der Gesamthypothek fehlen gesetzliche Regeln. Der befriedigende Eigentümer kann die Hypo-

<sup>82)</sup> Der Vertrag, durch den er sich zur Übertragung des Eigentums verpflichtet, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, § 313.

<sup>83)</sup> Güthe 536.

<sup>84)</sup> Eine ähnliche Zweigung von Forderung und Grundpfandrecht schafft der öffentliche Glaube des Grundbuchs in folgendem Fall: Der Bürge zahlt für den Hauptschuldner an den Hypothekengläubiger, dadurch erwirbt er Forderung samt Hypothek. Der eingetragene Hypothekengläubiger läßt sich nochmals von dem Grundstückseigentümer befriedigen, der die erste Zahlung nicht kennt. Dann erwirbt der Eigentümer die Hypothek gemäß §§ 893, 1138 als Grundsschuld, während die Forderung dem Bürgen verbleibt.

thek nicht erhalten, weil er durch die Befriedigung gerade das Eigentum verliert. Vielmehr muß, wie der Eigentümer, der den Gläubiger durch Zahlung befriedigt, bei Einzel- und Gesamthypotheken gleichermaßen die Hypothek an seinem Grundstück stets erwirbt, so der Gläubiger, der durch Übereignung des Grundstücks befriedigt wird, die Hypothek am überlassenen Grundstück auch dann erwerben, wenn noch andere Grundstücke für die Hypothekenforderung hafteten. Da aber eine Vervielfältigung der Gesamtbelastung nicht eintreten darf, muß die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlöschen, mögen sie dem Befriedigenden gehören oder anderen Personen, und mögen die letzteren ersatzpflichtig sein oder nicht.

Wird dem Gläubiger eines der mehreren Grundstücke für einen Teil der Forderung an Zahlungsstatt gegeben<sup>85)</sup>, so entsteht an diesem Grundstück in Höhe des getilgten Betrages, wie ausgeführt, eine Eigentümer- (einzel-) Grundschuld und erlischt die Hypothek an den anderen Grundstücken; in Höhe des Restes bleibt die Gesamthypothek an allen Grundstücken bestehen, auch an dem vom Gläubiger erworbenen.

**i) Ausschließung des unbekanntes Gläubigers nach Hinterlegung des Forderungsbetrages.** Dieselben Rechtsfolgen wie bei Befriedigung des Hypothekengläubigers<sup>86)</sup> läßt das Gesetz gemäß § 1171 eintreten, wenn der unbekanntes Gläubiger, für den der Betrag der Forderung vorbehaltlos hinterlegt ist, im Auf-

---

<sup>85)</sup> Schröder, ZBIFG. 7, 474 läßt im Falle, daß der Eigentümer eins seiner gesamtbelasteten Grundstücke für einen Teil der Hypothekenforderung in Zahlung gibt, die Gesamthypothek in Höhe des getilgten Betrages am überlassenen Grundstück untergehen und an den übrigen Grundstücken gemäß § 1173 Abs. 1 dem befriedigenden Eigentümer zu fallen. Er verkennt nicht, daß dieser Paragraph nur anwendbar ist, wenn die mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören, glaubt jedoch diese Voraussetzung in dem maßgebenden Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers erfüllt, die erst mit dem Übergang des Eigentums an dem hingegebenen Grundstück erfolge. Aber in demselben Augenblick, wo das Eigentum auf den Gläubiger übergeht, soll ja nach Schröder gerade die Gesamthypothek auf dem veräußerten Grundstück erlöschen, sodaß der Zustand, den § 1173 voraussetzt, zu keiner Zeit besteht.

<sup>86)</sup> Mit Ausnahme der auf den Hypothekenbrief bezüglichen (§§ 1144, 145), da der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief kraftlos wird, § 1171 Abs. 2 Satz 2.

gebotsverfahren mit seinem Rechte ausgeschlossen wird; insbesondere erwirbt der Eigentümer zur Zeit des Erlasses des Ausschlußurteils die Hypothek, sofern nicht schon durch die Hinterlegung die Befriedigung bewirkt war (vgl. §§ 372, 378) <sup>87)</sup>.

**k) Befriedigung des Gläubigers von Grund- und Rentenschulden.** Der Grundsatz, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks, der den Gläubiger befriedigt, dessen Recht erwirbt, ist nicht auf Hypotheken beschränkt, sondern findet auch auf Grundschulden Anwendung<sup>88)</sup>. Daß der Eigentümer zur Ablösung der Grundschuld berechtigt ist, ist für die Unterart der Grundschulden, die Rentenschuld, bezüglich der Ablösungssumme ausdrücklich ausgesprochen (§§ 1201, 1202), gilt aber für alle Grundschulden. Zwar § 1142, der den Zeitpunkt normiert, in dem der Eigentümer berechtigt ist, die Hypothek abzulösen, ist für Grundschulden, die eine Forderung nicht voraussetzen, bedeutungslos. Aber auch ein nicht geschuldetes Kapital kann fällig werden (§ 1193)<sup>89)</sup>, und auch dem Grundschuldgläubiger gebühren „Verzugszinsen“ aus dem Grundstück, wenn er den Eigentümer vergeblich um Lösung gemahnt hat (§§ 1146, 1192 Abs. 1). Daher muß der Eigentümer auch zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt sein, wenn ihm gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Und daß der Eigentümer durch die Befriedigung die Grundschuld am eigenen Grundstück stets erwirbt, folgt für Gesamtgrundschulden unmittelbar aus dem Gesetz (§§ 1173, 1192 Abs. 1) und ist für Einzelgrundschulden mit einer sicheren Analogie aus § 1143 zu schließen.

**l) Hypothek für eine bedingte Forderung und bedingte Hypothek. Rücktritt.** Wann die Hypothekenforderung erlischt, bestimmt sich nach dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis. Ist beispielsweise der Forderung, für die die Hypothek besteht, eine auflösende Bedingung oder ein Endtermin gesetzt (§ 1113 Abs. 2), so erlischt mit Eintritt der Bedingung oder mit Ablauf der Frist

<sup>87)</sup> Dazu Bruck 190—196.

<sup>88)</sup> Herrschende Meinung, z. B. Gierke § 166<sup>40</sup>, RG. 60, 251 o., Wolff 564<sup>11</sup>, KGJ. 35 A 327, Goldmann-Lilienthal 538/539.

<sup>89)</sup> Vgl. Wolff S. 453, 454.

die Forderung, und zwar in beiden Fällen ohne jede Rückwirkung<sup>90)</sup>. Deshalb ist die Hypothek bis zu diesem Zeitpunkt vollgültig und erwirbt der, der zur Zeit des Erlöschens das Eigentum am Grundstück hat, die Hypothek<sup>91)</sup>. Die Bedingung (und der Endtermin) kann aber auch dem dinglichen Rechte allein zugefügt sein. In diesem Falle äußert sich die sogenannte dingliche, d. h. unmittelbare Wirkung des Eintritts der Bedingung in Beziehung auf das hypothekarische Recht, indem dieses erlischt. Eine Eigentümergrundschuld entsteht hier nicht<sup>92) 93)</sup>.

<sup>90)</sup> Im gemeinen Recht war dies für die Bedingung bestritten, im Bürgerlichen Gesetzbuch ist ein Zweifel in dieser Beziehung durch die §§ 158 Abs. 2, 163 ausgeschlossen; vgl. Enneccerus § 187 I 3. Danach ist Brincks Ansicht (S. 25), es sei in diesen Fällen „so anzusehen, wie wenn eine Forderung nie zur Entstehung gelangt wäre,“ — ähnlich Herold, ZBIFG. 10, 195 — unbegründet und führt zu falschen Resultaten.

<sup>91)</sup> KGJ. 33 A 242, RGRKomm. § 1113, 7. — Und doch geht Wolff m. E. zu weit, wenn er S. 459 (ebenso Fischer-Schäfer A. 2 zu § 48 ZVG.) die Hypothek für eine bedingte Forderung als „unbedingte Grundstücksbelastung, die freilich nur unter einer Bedingung den Charakter der Hypothek hat“, kennzeichnet. Denn ob es je zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld kommt, ist bei der Möglichkeit einer Zwangsversteigerung (oder -verwaltung) völlig ungewiß. Auch die Hypothek für eine auflösend bedingte Forderung ist eine bedingte Hypothek (s. Wolff a. a. O.), die sich nur durch die Rechtsfolgen des Bedingungseintritts für den Eigentümer von der Hypothek unterscheidet, bei der die Bedingung dem dinglichen Rechte selbst zugefügt ist. Deshalb müssen beide gleichermaßen als „bedingte Rechte“ im Sinne der §§ 48, 50 ZVG. aufgefaßt werden. Wie hier Th. Wolff, ZVG. § 48 A. 2; anderer Meinung Sternberg, Iherings J. 62, 458. Rechnete man die Hypothek für eine auflösend bedingte Forderung nicht zu den bedingten Rechten, so würde bei Eintritt der Bedingung der Ersteher die ins geringste Gebot aufgenommene Hypothek erwerben, ohne dafür den Betrag des berücksichtigten Kapitals zahlen zu müssen, während sich seine Zahlungspflicht zweifellos erhöht, wenn die dem dinglichen Rechte zugefügte Bedingung ausfällt und die nachstehenden Hypothekare aufrücken. — Entsprechend sind bei der Verteilung des Erlöses nicht nur bedingte Grundpfandrechte, sondern auch unbedingte Hypotheken für bedingte Forderungen als „bedingte Ansprüche“ nach den §§ 119, 120 ZVG. zu behandeln, vgl. Th. Wolff § 119, 3, Jaeckel-Güthe §§ 119, 120 A. 2; a. M. Sternberg a. a. O. 472—482.

<sup>92)</sup> Herrschende Meinung: RG. JW. 1902 Beil. 2227<sup>8</sup>, KGJ. 28 A 141, Turnau-Förster § 1113, 7, Planck § 1163, 3 a, Bruck 175, Oberneck, RGrR. II 96, RGRKomm. § 1113, 2, Wolff 521<sup>7</sup>, Ebbecke, Recht 1912, 470. Anderer Ansicht Kindel S. 104, 108, der übrigens fälschlich Sicherungshypotheken zu den bedingten Hypotheken rechnet; der gleiche Irrtum begegnet bei Herold, ZBIFG. 10 S. 196/197 und Oberneck a. a. O. 42.

Soll die Bedingung sachenrechtliche Bedeutung haben, so ist sie mit ins Grundbuch einzutragen, weil die damit verbundene Beschränkung des dinglichen Rechts auch, wie gezeigt, für die Rechtsstellung der Nachhypothekare von Wichtigkeit ist; eine Bezugnahme auf die Eintragsbewilligung genügt nicht<sup>94</sup>). Soll die eingetragene Bedingung nachträglich wieder aufgehoben werden, so bedarf es dazu außer der Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer der Zustimmung der Nachhypothekare.

Daß die Nachhypothekare aufrücken, wenn die der Hypothek zugefügte auflösende Bedingung eintritt, wird ihnen häufig einen unverdienten wirtschaftlichen Vorteil bringen, weil sie bei Feststellung des Zinsfußes für ihre Forderungen das ihnen vorgehende Recht doch regelmäßig so in Rechnung ziehen, wie wenn es nicht bedingt wäre, und wiederum kaum geneigt sein dürften, für den Fall, daß die Bedingung eintritt, dem Schuldner günstigere Zins- und Zahlungsbedingungen zu bewilligen. Will der Grundstückseigentümer, von diesen Gesichtspunkten ausgehend, dem Gläubiger zwar nur eine bedingte Sicherung für seine Forderung gewähren, die Vorteile aus dem Bedingungseintritt aber sich selbst zuwenden, so mag er für sich eine Grundsuld bestellen (§ 1196) und diese unter der auflösenden Bedingung dem Gläubiger verpfänden, oder er läßt zugleich mit der bedingten Hypothek für sich eine Grundsuld eintragen, die unter der entgegen-

---

<sup>93</sup>) Natürlich ist keineswegs ausgeschlossen, daß die bedingte Hypothek aus sonstigen Gründen auf den Eigentümer übergeht, z. B. als Eigentümergrundsuld durch Vereinigung von Gläubigerrecht und Verbindlichkeit in der Person des Eigentümers (§ 1177 Abs. 1) oder durch Befriedigung des Gläubigers (§ 1163 Abs. 1 Satz 2), als Eigentümerhypothek durch Übergang der Forderung auf den Eigentümer (§§ 1143, 1177 Abs. 2); freilich bleibt das Recht, das der Eigentümer erwirbt, von derselben Bedingung abhängig, unter der das Recht des Gläubigers stand.

<sup>94</sup>) Mot. III 640, RG. 70, 249; Turnau-Förster § 1113, 7, Oberneck, RGrR. II 96. Wenn von diesen Schriftstellern hervorgehoben wird, die Eintragung sei zur Wirksamkeit der Bedingung gegen gutgläubige Dritterwerber notwendig, so ist diese Motivierung wohl nicht ganz erschöpfend. Zwar ist zuzugeben, daß demjenigen, der die Hypothek in Kenntnis der zwischen Eigentümer und Gläubiger verabredeten (nicht eingetragenen) auflösenden Bedingung erworben hat, die Hypothek bei Eintritt der Bedingung entrissen werden kann (§§ 1157, 1169), aber doch nur mit dem Erfolge, daß der Eigentümer sie bekommt (vgl. § 1168), nicht, daß sie untergeht.

gesetzten (aufschiebenden) Bedingung steht<sup>95)</sup>. Soll das Recht des Hypothekengläubigers nachträglich, nachdem schon weitere Hypotheken dahinter eingetragen sind, durch eine Bedingung beschränkt werden, so kann der Eigentümer auch den Weg wählen, daß er den Gläubiger veranlaßt, bedingungsweise auf die Hypothek Verzicht zu leisten (§ 1168).

Die entwickelten Unterschiede zwischen der Hypothek für eine bedingte Forderung und der bedingten Hypothek werden durch die Sätze vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs modifiziert. Tritt derjenige, dem im Grundbuch eine Hypothek für eine auflösend bedingte Forderung eingetragen steht, diese an einen redlichen Dritten ab, so gilt der Inhalt des Grundbuchs für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung als richtig (§ 1138). Daß das Recht, das der Redliche beim Fehlen der Forderung erhält, in Wahrheit eine Grundsuld ist, haben wir in anderem Zusammenhange bereits konstatiert (§ 9 A. 2 a. E.). Aber wie in Ansehung der Zins- und Zahlungsbedingungen der Grundsuld die für die Forderung vorgesehenen Bestimmungen maßgebend sind, so ist es auch mit der Bedingung, die der Forderung zugefügt wurde. Tritt nach dem redlichen Erwerb der Umstand ein, der gemäß der Parteivereinbarung die Forderung zum Erlöschen bringen sollte, so muß der Erwerber die „Hypothek“ verlieren, da er durch die Verfügung des Nichtberechtigten kein stärkeres dingliches Recht haben kann, als der wahre Hypothekengläubiger ihm zu verschaffen vermocht hätte. Ob bei Eintritt der Bedingung die Grundsuld untergeht oder an den Eigentümer fällt, hängt von den Umständen zur Zeit des redlichen Erwerbs ab. Fehlte der Hypothek zur Gültigkeit außer der Forderung die dingliche Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger (§ 873), so ver barg sich unter dem Schein der Hypothek, wie wir später

---

<sup>95)</sup> du Chesne, DNotV. 5, 401 geht weiter: er hegt „keine Bedenken gegen eine Hypothek, bei der die Bedingung nicht dem dinglichen Bestandteil der Hypothek, sondern nur dem durch Rechtsgeschäft zu begründenden Pfandverhältnisse zwischen der Forderung und dem dinglichen Rechte eingefügt wird“. Diese — nicht recht klare — Unterscheidung scheint auf der unrichtigen Vorstellung zu beruhen, als ob schon vor Begründung des „Pfandverhältnisses“ für den Gläubiger ein „dingliches Recht“ am Grundstück bestehen könnte, das nur mit der Forderung verbunden zu werden brauchte, um eine Hypothek abzugeben.

zeigen werden, überhaupt kein dingliches Recht; in diesem Falle erwarb der Redliche eine reine bedingte Grundschuld, die mit Eintritt der Bedingung untergeht. Ermangelte dagegen die eingetragene Hypothek bloß einer gültigen Forderung, so bestand von vornherein eine Grundschuld für den Eigentümer (§§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1), dem sie durch die wirksame Verfügung des Scheinhypothekars nur unter der (der Forderung beigefügten) auflösenden Bedingung zugunsten des redlichen Erwerbers entzogen wird<sup>96)</sup>. Tritt die Bedingung ein, so verliert der Redliche die Grundschuld, und sie fällt an jenen Eigentümer zurück, mag das Grundstück inzwischen auch in andere Hände gelangt sein. Die Bedingung bezieht sich in diesem Falle also weder auf die Forderung, denn eine solche ist nicht vorhanden, noch auf das dingliche Recht, denn sonst müßte das bei Eintritt der Bedingung aufhören, sondern nur auf die Zuständigkeit des dinglichen Rechts. Dies Verhältnis wird der Grundbuchrichter im Berichtigungsvermerk klar zum Ausdruck zu bringen haben.

Auch durch den Rücktritt erlischt das Schuldverhältnis, mag die eine der vertragschließenden Parteien sich den Rücktritt vorbehalten haben (§ 346) oder kraft Gesetzes zum Rücktritt berechtigt sein (§ 327). Die vernichtende Kraft des Rücktritts bezüglich der noch nicht erfüllten Verbindlichkeiten ist im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber aus dem Zwecke des Rücktritts und wird überwiegend angenommen<sup>97)</sup>. In der zeitlichen Wirkung unterscheidet sich der Rücktritt aber von dem Bedingungseintritt dadurch, daß infolge des Rücktritts es so anzusehen ist, als hätte das aufgelöste Schuldverhältnis nie bestanden<sup>98)</sup>: die rückwirkende Kraft, mit der die Gesamtwirkung des Vertrages aufgehoben wird, zeigt sich gerade auf dem Gebiet der Eigentümergrundschuld.

Beispiel: A hat dem B eine Sache verkauft. Für die Forderung des A auf Zahlung des Kaufpreises hat B an seinem Grundstück Hypothek bestellt. Tritt einer der Kontrahenten vom Verträge zurück, so erwirbt B, und nicht ein späterer Erwerber

---

<sup>96)</sup> Die Rechtslage ist die gleiche, als wenn der Eigentümer seine Grundschuld unter auflösender Bedingung abgetreten hätte.

<sup>97)</sup> Vgl. Enneccerus, Schuldverhältnisse § 262<sup>5</sup>.

<sup>98)</sup> Enneccerus a. a. O., Brinck 25.

des Grundstücks, die Hypothek, weil sie dem B zugefallen wäre, wenn die Forderung von vornherein nicht bestanden hätte (§ 1163 Abs. 1 Satz 1). Das gleiche gilt, wenn B nicht vom Vertrage zurücktritt, sondern von einem ihm zustehenden Wandlungsrechte Gebrauch macht, da die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften im wesentlichen auf die Wandlung entsprechende Anwendung finden (§ 467).

---



## 2. Ursprüngliche Entstehung des Grundpfandrechts des Eigentümers.

### § 11. Nichtentstehen der Hypothekenforderung.

Daß die Hypothek auch dann dem Eigentümer zusteht, wenn die Forderung, für welche sie bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 1163 Abs. 1 Satz 1), erwähnten wir schon als eine Neuerung des Bürgerlichen Gesetzbuches; seinem Wesen nach ist dies Grundpfandrecht des Eigentümers Grundschuld (§ 1177 Abs. 1). Die Nichtigkeit der Forderung kann von Anfang an gegeben sein, so z. B. wenn das Schuldverhältnis nur zum Schein begründet war (§ 117 Abs. 1), oder erst durch Anfechtung der Willenserklärung, die einen Teil des forderungsbegründenden Rechtsgeschäfts ausmachte, hervorgerufen werden (§ 142 Abs. 1)<sup>1)</sup>. In beiden Fällen steht die Hypothek dem Grundstückseigentümer zur Zeit der Entstehung des dinglichen Rechtes zu. Der Zeitpunkt der Entstehung ist mit der Zeit der Eintragung der Hypothek nicht identisch<sup>2)</sup>. Denn einerseits kann die Hypothek, deren Forderung nachträglich als von Anfang an ungültig anzusehen ist, ohne Eintragung entstanden sein, so wenn die Forderung, zu deren Sicherung ein Auflassungsanspruch verpfändet war, nach der Entstehung, aber vor Eintragung der Sicherungshypothek (§ 1287 Satz 2) angefochten wird<sup>3)</sup>; andererseits ist es möglich, daß erst unter einem späteren Eigentümer als dem, der die Hypothek eintragen ließ, die dingliche Einigung zwischen dem — neuen<sup>4)</sup> — Eigentümer und dem als Gläubiger Benannten zustande kommt.

<sup>1)</sup> Vgl. Ebbecke, Recht 1912, 465.

<sup>2)</sup> Das Folgende gegen Güthe § 22 A. 14 S. 530 und Wolff S. 522 III, die die Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung zuteilen.

<sup>3)</sup> Der Unterschied zeigt sich auch, wenn die Sicherungshypothek erst nach einem Wechsel im Eigentum des Grundstücks eingetragen war

<sup>4)</sup> Vgl. Wolff 104<sup>18</sup>.

Denn ohne dingliche Einigung über die Bestellung einer Hypothek gibt es, wie wir gleich zeigen wollen, keine Eigentümergrundschild. Allemal also fällt die forderungslose Hypothek demjenigen zu, der das Eigentum am Grundstück in dem Zeitpunkt hat, wo sämtliche Voraussetzungen für die Entstehung einer Hypothek, abgesehen von der Forderung selbst, vorliegen.

### § 12. Mangel der dinglichen Einigung.

Über den Gesetzeswortlaut hinausgehend, will eine Reihe von Schriftstellern das Gebiet der Eigentümergrundschild auch auf den Fall erstrecken, daß die zur Hypothekenbestellung erforderliche dingliche Einigung nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Die Absicht, hier eine Eigentümergrundschild gesetzlich anzuerkennen, tauchte schon bei der Vorberatung des BGB. in der zweiten Kommission auf, dahin zielende Anträge wurden aber von der Mehrheit der Kommission zurückgewiesen, da die vorgeschlagene Bestimmung auf einer Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek beruhe und für sie kein praktisches Bedürfnis vorliege<sup>1)</sup>. Wenn trotzdem Dernburg u. a.<sup>2)</sup> auch de lege lata eine Eigentümergrundschild mangels Einigung über die Fremdbelastung behaupten, weil das Interesse des Eigentümers gegenüber den Nachhypothekaren hier das gleiche sei wie bei Nichtigkeit der Hypothekenforderung, so kann ihnen die Fassung des Gesetzes nicht entgegengehalten werden<sup>3)</sup>, da sie ja eben das Gesetz weiterbilden wollen. Es fragt sich aber, ob eine solche Ausgestaltung mit den Grundsätzen, die das Hypo-

<sup>1)</sup> Prot. III 604.

<sup>2)</sup> Dernburg III § 221 II 2, Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuchs 31—33, Fuchs, Vorbem. 5 zu den §§ 1163—1179, Oberneok, RGR. II 43 ff., Eigentümerhypothek S. 25—27, Kindel 101—104, Bruck 166—170, Wolff 520/521.

<sup>3)</sup> Dies tun Planck S. 635/636, Hirsch, ArchBürgR. 25, 239<sup>1a</sup> und Turnau-Förster I 912. Wenn letztere ferner den Fall der mangelnden Einigung mit Rücksicht auf die Nachhypothekare dem gleichsetzen, daß bei einer Höchsthypothek der Höchstbetrag oder bei einer Rentenschuld die Ablösungssumme nicht eingetragen ist, so übersehen sie, daß die Nachhypothekare solche unheilbaren Mängel der formellen Eintragung aus dem Grundbuch erfahren, dagegen niemals darauf bauen können, daß die dingliche Einigung nicht erfolgt — § 879 Abs. 2 —.

theckenrecht beherrschen, in Einklang zu bringen ist. Dies muß verneint werden. Wollte man mit Dernburg, Kindel und Oberneck die äußerlich korrekte Eintragung einer Fremdhypothek oder -grundschuld schlechthin zur Basis einer Eigentümergrundschuld nehmen, so würde der Grundbuchrichter, der versehentlich<sup>4)</sup> <sup>5)</sup> eine Hypothek eintrüge, damit ohne Zutun der Beteiligten, insbesondere ohne den Willen des Eigentümers, diesem eine Grundschuld schaffen. Das verträgt sich aber nicht mit § 1196, wonach zur Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer außer der Eintragung noch die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt erforderlich ist, daß die Grundschuld für ihn entstehen solle<sup>6)</sup>; diese einseitige Erklärung kann, wie die Einigung, der Eintragung vorangehen oder nachfolgen<sup>7)</sup>. Wenn nun eine Eigentümergrundschuld nichts anderes voraussetzte als eine Eintragung im Grundbuch, so wäre es widersinnig, daß das Gesetzbuch für die Bestellung einer Eigentümergrund-

<sup>4)</sup> Beispiel: Das Erkenntnis, durch das der Eigentümer zur Bestellung der Hypothek verurteilt ist, bezieht sich auf das Grundstück Nr. 17, der Grundbuchrichter verfügt die Eintragung auf der Nr. 7 desselben Eigentümers.

<sup>5)</sup> Oder auf Grund einer nur zum Schein erteilten Bewilligung, vgl. OLG. (Königsberg) 5, 10.

<sup>6)</sup> Die Erklärung ist formlos gültig; so Planck § 1196, 2 a, Fuchs § 1196, 3 a, Semmelmann 31<sup>1</sup>, Wolff § 156 I 1 u. a.; anders Siber, Buchrechtsgeschäft S. 54/55.

<sup>7)</sup> Insbes. Wolff a. a. O. Eine andere Frage ist, ob das Rangverhältnis sich auch bei nachfolgender Erklärung nach der Eintragung bestimmt. Wolff bejaht dies in analoger Anwendung von § 879 Abs. 2; ebenso Schilde 32. M. E. rechtfertigt sich die Vorschrift des § 879 Abs. 2 (Prot. III 88) aber aus der Erfahrung, daß iura in re aliena regelmäßig aus Anlaß einer Verpflichtung des Eigentümers ins Grundbuch kommen, und daß ferner gerade bei Fremdhypotheken, insbesondere Briehypotheken, häufig vor Hingabe des Darlehns usw. und vor der dinglichen Einigung mit dem Gläubiger die Eintragung vom Grundstückseigentümer bewilligt wird. Wirkte der Eintrag nicht rangerhaltend, so wäre dem Eigentümer bis zum Zustandekommen der Einigung die weitere Verfügung über das Grundstück versperrt. Alle diese Gründe treffen bei der Bestellung von Rechten für den Eigentümer selbst nicht zu, weil bei diesem Verfügungsgeschäft Begünstigter und Betroffener dieselbe Person ist. Dies spricht gegen die Analogie. Anderenfalls könnte der Eigentümer den Berichtigungsanspruch eines Nachhypothekars (§ 894) mit einer nachträglichen Erklärung an das Grundbuchamt jederzeit zu Fall bringen, faktisch also würde die bloße Eintragung doch wie ein bestehendes Recht wirken.

schuld Eintragung und Willenserklärung als gleichwertig nebeneinanderstellt.

Dagegen lassen sich m. E. aus den Vorschriften über die Bestellung einer Eigentümergrundschuld keine Schlüsse ziehen inbetriff der positiven Voraussetzungen, unter denen eine Eigentümergrundschuld kraft Gesetzes entsteht. Dies versuchen insbesondere Schilde und Fuchs<sup>8)</sup>. Sie argumentieren folgendermaßen. Aus einer vom Eigentümer bestellten Fremdhypothek könne stets eine Eigentümergrundschuld entstehen (§ 1163). Deshalb liege in der Erklärung des Eigentümers, einem anderen eine Hypothek zu bestellen, die Erklärung des Willens, eventuell, d. h. für den Fall, daß die Fremdhypothek nicht zustande komme, selber eine Grundschuld zu erwerben<sup>9)</sup>, bzw. sei die eine Erklärung im Wege der Konversion (§ 140) in die andere umzuwenden. Sei dieser Wille nur rechtsgültig erklärt, so müsse eine Eigentümergrundschuld entstehen, da ja das Gesetz zur Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer nur dessen Erklärung und die Eintragung fordere. Ist es nun schon methodisch verfehlt, eine kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge wie die Entstehung der Eigentümergrundschuld aus der Fremdhypothek künstlich auf den Parteiwillen zurückzuführen<sup>10)</sup>, so scheidet eine Konversion, wie Fuchs sie will, auch daran, daß der Eigentümer,

<sup>8)</sup> Schilde 31—33, Fuchs, Vorbem. 5 zu den §§ 1163—1179; ferner Bruck 166—170, Risch, Entsteht eine Eigentümerhypothek, wenn eine Hypothek mangels dinglicher Einigung nicht entstanden ist? S. 30/31, 59.

<sup>9)</sup> Ähnlich wie man in dem bekannten Streit, ob der Eigentümer zur weiteren Verfügung über die kraft Gesetzes ihm zugefallene Hypothek der Voreintragung gemäß § 40 GBO. bedarf, geglaubt hat, die Frage verneinen zu können, weil der als Eigentümer Eingetragene als eventuell eingetragener Inhaber der nach § 1163 dem Eigentümer zufallenden Hypotheken anzusehen sei; so das Kammergericht, zuletzt Jahrb. 36 A 258, Turnau-Förster I 917 N. 5 u. a. Gegen diese Begründung mit Recht: LG. Köln ZBlFG. 1, 618, Biermann § 1117, 2, RG. 72, 277, RGRKomm. § 1163, 3 S. 423 u. a.

<sup>10)</sup> Erlischt die Hypothekenforderung, nachdem der Besteller der Hypothek das Eigentum am Grundstück verloren hat, so wäre es eine absonderliche Vorstellung, daß dem Erwerber des Grundstücks die Hypothek zufällt, weil der Veräußerer den Willen gehabt hat, sie eventuell zu erwerben. Bei Zwangshypotheken (ZPO. §§ 866, 867) vollends kann von einem Willen des Bestellers keine Rede sein; und doch gibt es hier sogar noch eine besondere Art der Eigentümergrundschuld (§ 868), vgl. ZPO. § 932.

welcher für einen anderen eine Hypothek eintragen läßt, die aus irgendeinem Grunde nicht zustande kommt, regelmäßig bei Kenntnis der Nichtigkeit auf diese Belastung seines Grundstücks lieber ganz verzichten würde, als eine Hypothek für sich zu bestellen. Und schließlich, die Eintragung auf fremden Namen läßt sich niemals in eine auf den Eigentümer lautende Eintragung umdeuten<sup>11)</sup>.

Dieselben Gründe sprechen gegen die Ansicht von Wolff, daß bei Nichtigkeit der Einigung eine gültige Eigentümergrundschuld entstehe, wenn der Eintragungsantrag, den der Eigentümer gestellt hatte, eine gültige Willenserklärung enthielt<sup>12)</sup>. Dazu kommt noch, daß es etwas rein Zufälliges ist, ob der Eigentümer und nicht der als Gläubiger Bezeichnete den durch die Grundbuchordnung (§ 13) instruktionell geforderten Eintragungsantrag stellt; denn zur Bestellung einer Eigentümergrundschuld bedarf es eines solchen Antrags, wie Wolff selbst überzeugend darlegt<sup>13)</sup>, durchaus nicht unbedingt.

Die herrschende Lehre<sup>14)</sup> behält also Recht: eine Eigentümergrundschuld erwächst aus einer Fremdhypothek oder -grundschuld nur, wenn die dingliche Einigung wirksam erfolgt ist. Deshalb wird der Eigentümer, der zur Bestellung des Grundpfandrechts durch Betrug oder Erpressung bestimmt worden ist<sup>15)</sup>, gut tun, seine Erklärungen nicht anzufechten<sup>16)</sup>, sondern wird stattdessen

<sup>11)</sup> RG. 70, 358, Wolff 520<sup>5</sup>. — Gegen die Begründung des Reichsgerichtsurteils polemisiert Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte (Festschr. f. Wach 1913 I) 76/77, meiner Ansicht nach nicht überzeugend.

<sup>12)</sup> S. 521. — Ähnlich schon Hachenburg, Vortr. S. 530/531.

<sup>13)</sup> § 156 I 1 a.

<sup>14)</sup> Als literarische Vertreter seien außer Planck und Turnau-Förster noch genannt: Gierke § 166<sup>29</sup>, Biermann § 1163, 6, Böhm, Grundbuchrecht S. 238 Ziff. 4 IV, Kober § 1163 II 1 a β, Kretzschmar § 1163 1 d und Vorbem. 1 b, RGRKomm. § 1163, 1, Jaeckel-Güthe ZVG. §§ 50/51 A. 2, Ahsbahs, Iherings J. 50 S. 397/398 („weil sonst § 50 Abs. 1 ZVG. keinen Sinn hätte“), Nußbaum, Hypothekenwesen 54. Unklar Endemann II § 116 A. 13.

<sup>15)</sup> Ein Fall, der Dernburg a. a. O. besonders am Herzen liegt.

<sup>16)</sup> Sonst rücken die Nachhypothekare auf; KG. OLG. 8, 143 in Übereinstimmung mit den zum preußischen Recht ergangenen Entscheidungen des R.G. (Bd. 52 S. 111, 115; Bd. 54 S. 84, letztere auch für heutiges Recht).

vom Gläubiger nach Schadenersatzrecht (§§ 823, 852 Abs. 2) wegen unerlaubter Handlung Verzicht auf das Grundpfandrecht verlangen, wodurch das dingliche Recht ihm zufällt (§§ 1168, 1192 Abs. 1).

Das Grundbuch, in dem eine Hypothek eingetragen ist, ohne daß die dingliche Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger erfolgt ist, kann dadurch richtig werden, daß die Einigung nachgeholt wird; damit verschlechtert sich von selbst der Rang der Nachhypotheken (§ 879). Es steht aber nicht durchweg im Belieben des Eigentümers und des als Gläubiger Bezeichneten, zusammenwirkend die Rechtsstellung der nachstehenden Gläubiger nachteilig zu beeinflussen. Ist nämlich auch die Forderung nichtig, für die die Hypothek bestellt werden soll, und ist die Nichtigkeit<sup>17)</sup> dem Eigentümer oder dem Gläubiger bekannt, so ist eine wirksame Einigung über die hypothekarische Sicherung dieser nichtexistenten Forderung unmöglich<sup>18)</sup>.

Geht das Eigentum am Grundstück auf einen neuen Erwerber über, so kann nunmehr dieser vom Scheinhypothekar die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs, d. h. zur Löschung verlangen (§ 894). Freilich stehen ihm Einreden in demselben Umfang entgegen, wie der Gläubiger solche dem Veräußerer gegenüber geltend machen konnte. Insbesondere kann der Gläubiger dem Berichtigungsanspruch des Eigentümers mit der Berufung darauf begegnen, daß der Eigentümer (oder sein Rechtsvorgänger) verpflichtet sei, den Rechtszustand, wie er sich aus dem Grundbuch ergibt, herzustellen; so, wenn der Eigentümer sich gültig verpflichtet hatte, dem Gläubiger Hypothek zu bestellen, und nur die dingliche Einigung mangelhaft ist. Die Zulässigkeit von Einreden schuldrechtlichen Ursprungs gegen den dinglichen Berichtigungsanspruch kann mit einer Analogie aus § 986 BGB. begründet werden<sup>19)</sup>; wollte man sie überhaupt verneinen, so könnte es dazu kommen, daß, um die vertraglich versprochene dingliche Rechtsänderung zu bewirken, drei Eintragungen anstatt einer nötig würden. Das wäre offenbar ein

<sup>17)</sup> Oder Anfechtbarkeit, wenn die Anfechtung erfolgt, § 142 Abs. 2.

<sup>18)</sup> Bei künftigen Forderungen (§ 1113 Abs. 2) tritt an Stelle der Kenntnis des Nichtbestehens die Gewißheit, daß die Forderung nicht entstehen wird.

<sup>19)</sup> Vgl. Dochnahl, Iherings J. 53, 303.

nutzloser Umweg<sup>20)</sup>. Steht dem Berichtigungsanspruch des Eigentümers eine Einrede des eingetragenen Gläubigers entgegen, so dringt auch der Nachhypothekar dem widerstrebenden Gläubiger gegenüber mit seiner Löschungsklage nicht durch; denn sein Berichtigungsanspruch ist doch nur ein Ausfluß seines hypothekarischen Rechtes und kann daher nicht stärker sein als der Anspruch des Inhabers des dinglichen Vollrechts, aus dem das Grundpfandrecht hergeleitet ist. Hierin liegt schon die Einschränkung, daß ein Anspruch auf hypothekarische Sicherstellung, der dem voreingetragenen Gläubiger nach Begründung der zweiten Hypothek erwachsen ist, der Löschungsklage des nachstehenden Hypothekars gegenüber unbeachtlich bleibt (analog §§ 986 Abs. 2, 1227).

### § 13. Eigentümergrundschild vor Übergabe des Hypothekenbriefes.

War den bisher behandelten Arten des kraft Gesetzes entstehenden Eigentümergrundpfandrechts gemeinsam, daß sie für die Fremdhypothek eintraten, so schiebt sich bei der Bestellung einer Briefhypothek häufig eine Eigentümergrundschild vor die Hypothek.

Zur Bestellung einer Briefhypothek ist außer der Einigung und Eintragung noch erforderlich, daß dem Gläubiger der Hypothekenbrief vom Eigentümer übergeben wird; freilich kann die Übergabe<sup>1)</sup> durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 1 und 2)<sup>2)</sup>. Wird eine solche

<sup>20)</sup> Ebenso Biermann § 894, 2 d, Schilde 68, Oberneck I 422; weiteres darüber bei Wolff, Recht zum Besitze S. 170 f, Sachenrecht 522; vgl. auch RG. Recht 1912 Nr. 1318. A. M. Fuchs § 894, 6 c aa, aus dem Scheingrunde, daß die Berichtigung der gegenwärtigen dinglichen Rechtslage Rechnung tragen soll und nicht der zukünftigen, und indem er ausdrücklich die Richtigkeit des Grundbuchs für wichtiger erklärt als Treu und Glauben im Verkehr. Widerspruchsvoll Kober § 894 V 1 c 1. Abs. einerseits, V 1 c 2. Abs. und g andererseits (zu Anm. g vgl. § 1004, 7 a β).

<sup>1)</sup> Abgesehen von den sonstigen Übergabesurrogaten, § 1117 Abs. 1 Satz 2.

<sup>2)</sup> Über das Verhältnis dieser privaten Vereinbarung zu der einseitigen Bestimmung des Empfangsberechtigten durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt s. die Entscheidung KGJ. 40 A 322.

Vereinbarung nicht getroffen, so steht die Hypothek von der Eintragung<sup>3)</sup> bis zum Erwerb durch den Gläubiger dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 2). Da dem Eigentümer die Forderung nicht zusteht, ist das Grundpfandrecht in seiner Hand Grundschuld (§ 1177 Abs. 1)<sup>4)</sup>.

Auch diese Eigentümergrundschild entsteht nur, wenn die dingliche Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger erfolgt ist<sup>5)</sup>; denn die oben gelieferte Darlegung, warum es ohne Einigung kein Grundpfandrecht des Eigentümers geben kann, bezieht sich auf Briefhypotheken sogut wie auf Buchhypotheken.

Soll die Hypothek an mehreren Grundstücken neu bestellt werden, so steht die bis zur Übergabe des Gesamthypothekenbriefes vorhandene Gesamtgrundschild den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinsam zu (§ 1172). Soll dagegen, nachdem der Gläubiger bereits eine Briefhypothek erworben hat, nachträglich ein anderes Grundstück zur Sicherung derselben Forderung belastet werden, so entsteht trotz § 1163 Abs. 2 unter keinen Umständen eine Eigentümergrundschild, da dies dem Bestreben des Gesetzes (vgl. § 1173 Abs. 1), eine Vervielfältigung der Belastung zu vermeiden, zuwiderlaufen würde.

Wie das Recht des Eigentümers, ohne daß es aus dem Grundbuch ersichtlich ist, entsteht, so verschwindet es durch Umstände, die außerhalb des Grundbuchs liegen. Übergibt der Eigentümer

---

<sup>3)</sup> Also schon vor der Aushändigung des Briefes an den Eigentümer (GBO. § 60 Abs. 1), ja selbst vor der Herstellung des Briefes; das Eigentum am Briefe fällt dem Eigengrundschildgläubiger mit der Herstellung zu (§ 952 Abs. 2). Das wird wichtig, wenn in der Zeit zwischen Eintragung und Briefaushändigung der Eigentümer das Grundstück veräußert. — Ist die Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 getroffen, so erwirbt der Gläubiger die Hypothek gleichfalls sofort mit der Eintragung; KGJ. 25 A 153, Schneider, Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes 24, Wolff 462 u., Kober § 1117, 2 a.

<sup>4)</sup> Kober § 1163 III c β, Planck § 1117, 4, § 1177, 2 a, Schneider 20. A. M. Turnau-Förster S. 916, Fuchs § 1117 Bem. 2 b, § 1177 Erl. 6 S. 570, Kretzschmar § 1163, 3. — Der Einwand, daß § 1177 Abs. 1 nicht anwendbar sei, weil eine „Vereinigung“ von Hypothek und Eigentum eine vorgängige Trennung dieser beiden voraussetze, greift nicht durch, weil sonst § 1177 Abs. 1 auch den Fall des Nichtentstehens der Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 1) nicht decken würde. Neumann § 1177 I 5 und Bruck S. 183/184 verquicken § 1163 Abs. 2 mit § 1163 Abs. 1.

<sup>5)</sup> A. M. Endemann 745<sup>36</sup>.



dem Gläubiger den Brief, so verliert er dadurch seine Grundschuld, und der Gläubiger erwirbt nun erst die für ihn eingetragene Hypothek. Der Übergabeakt ist nicht etwa als rechtsgeschäftliche Verfügung über die Eigentümergrundschuld, sei es Übertragung<sup>6)</sup>, sei es Aufhebung, aufzufassen, sondern der Untergang der Eigentümergrundschuld ist die notwendige gesetzliche Folge der Entstehung der Fremdhypothek, welcher das Zwischenrecht das Feld räumt. In diesem Sinne kann man die Eigentümergrundschuld vor Briefübergabe als „vorläufige“<sup>7)</sup> von den anderen Arten der Eigentümergrundschuld unterscheiden<sup>8)</sup>, die nur durch darauf gerichtetes Rechtsgeschäft aufgegeben werden können. Daß die Übergabe keine Verfügung über die Eigentümergrundschuld in sich schließt, zeigt sich auch in folgendem. Hat der Eigentümer unter Vorlegung des Hypothekenbriefes gemäß § 1179 eine Löschungsvormerkung bei der Hypothek eintragen lassen, so hindert dies nicht, daß er wie bisher durch Briefübergabe die Fremdhypothek zur Entstehung bringt, während eine Verfügung über die Eigentümergrundschuld wegen des nachteiligen Einflusses auf den vorgemerkten Anspruch unwirksam wäre (§ 883 Abs. 2). Gerade aber weil das Recht des Hypothekengläubigers durch die Löschungsvormerkung nie betroffen wird, bedarf es zu ihrer Eintragung unstreitig nicht der grundbuchmäßigen Zustimmung des eingetragenen Gläubigers<sup>9)</sup>.

Da das Grundbuch eine Fremdhypothek ausweist, während das Grundpfandrecht bis zur Übergabe des Briefes dem Eigentümer zusteht, so stimmt der Inhalt des Grundbuchs mit der wahren Rechtslage nicht überein. Die Folge ist, daß der Eigen-

<sup>6)</sup> v. Gierke bezeichnet die Übergabe als „Abtretung“ der Eigentümergrundschuld (S. 933), obwohl er die letztere selber als „vorläufiges Recht“ charakterisiert (S. 908 A. 48). Wäre der Übergabeakt aber tatsächlich Abtretung des Grundpfandrechts, so müßte die Abtretung auch den Formen des § 1154 (§ 1192 Abs. 1) folgen und z. B. als Zession verstempelt werden.

<sup>7)</sup> Der Ausdruck stammt von Hirsch, ArchBürgR. 25 S. 237/238. Ähnlich Endemann 746<sup>87</sup>, vgl. 744<sup>88</sup>, Gierke (vor. Note).

<sup>8)</sup> Dagegen ist die Eigentümergrundschuld des § 1163 Abs. 2 nicht in dem Sinne ein vorläufiges Recht, daß ihr Untergang „etwas Gewisses ist, das in 99 von hundert Fällen eintritt“, wie Schneider S. 50 sich ausdrückt.

<sup>9)</sup> KGJ. 26 A 161, Siméon, Löschungspflichtige Eigentümergrundschuld 31.

tümer von dem eingetragenen Gläubiger Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen kann (§ 894). Denn aus der dinglichen Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer über die Bestellung einer Hypothek in Verbindung mit der Eintragung folgt so wenig wie sonst aus der Einigung<sup>10)</sup> eine Verpflichtung des Eigentümers, hier zur Übergabe des Hypothekenbriefes<sup>11)</sup>. Eine solche Verpflichtung besteht vielmehr nur dann, wenn der Eigentümer aus einem besonderen Rechtsgrunde gehalten ist, dem Gläubiger eine Hypothek zu verschaffen. Ist dies der Fall, so kann der Gläubiger der Berichtigung widersprechen, indem er seinen Anspruch aus dem pactum de hypotheca danda einredeweise geltend macht<sup>12)</sup>.

Da die Eigentümergrundschild des § 1163 Abs. 2 eine wahre Grundschuld ist, verbleibt sie bei Veräußerung des Grundstücks dem bisherigen Eigentümer und wird zur Fremdgrundschuld. Dadurch, daß der eingetragene Gläubiger nach wie vor, auch wenn der Erwerber des Grundstücks gegen ihn klagt, der Berichtigung widersprechen kann, wird sein Anspruch auf Hypothekenbestellung nicht etwa verdinglicht, denn verpflichtet bleibt der Veräußerer persönlich, nur die aus dem Anspruch fließende Einrede geht gegen jeden neuen Erwerber<sup>13)</sup>. Sie steht auch dem Rechtsnachfolger des Eigentümers in die Grundschuldentgegen, so dem Zessionar, dem der Eigentümer die Grundschuld abgetreten hat.

Daß die Grundschuld, über die der Eigentümer verfügt, eine bloß vorläufige ist, tritt darin zutage, daß sie dem Zessionar spurlos entgleitet, wenn der Eigentümer (§ 1117 Abs. 1 Satz 1) den Hypothekenbrief dem eingetragenen Gläubiger übergibt<sup>14)</sup>;

<sup>10)</sup> Herrschende Lehre, vgl. Wolff 102<sup>11)</sup>.

<sup>11)</sup> A. M. Endemann II 746<sup>12)</sup>, [weil das Buchrecht für den als Hypothekengläubiger Eingetragenen als ein dinglich gesichertes Wartrecht wirke. Aber daraus, daß der Gläubiger die Hypothek erwirbt, wenn ihm der Brief übergeben wird, folgt nicht, daß er einen Anspruch auf diesen Erwerb hatte.] Hirsch a. a. O. 248, Bendix, SeuffBl. 67, 535, Kretschmar § 1163, 3, v. Tuhr, Allg. Teil 188<sup>13)</sup> (der sich bloß gegen Endemanns Terminologie wendet).

<sup>12)</sup> Wolff 522<sup>11)</sup>, Schneider 27, Gierke 927<sup>12)</sup>. — Die Zulässigkeit von Einreden gegen den Berichtigungsanspruch wurde bereits vertreten (§ 12 a. E.).

<sup>13)</sup> Beides ist nicht scharf getrennt bei Schneider S. 29/30.

<sup>14)</sup> Man denke z. B., die Zession sei mittels Besitzkonstituts geschehen, §§ 1154 Abs. 1, 1117 Abs. 1 Satz 2, 930.

denn die Übergabe ist ja keine rechtsgeschäftliche Verfügung über die Grundsuld des Eigentümers. Hat der eingetragene Gläubiger einen Anspruch auf Bestellung der Hypothek, so kann er dem Grundstückseigentümer den Brief sogar im Wege der Zwangsvollstreckung abnehmen; mit der Wegnahme des Briefes durch den Gerichtsvollzieher gilt die Übergabe als erfolgt (ZPO. §§ 883, 897 Abs. 2).

Scheinen die getroffenen Entscheidungen das Interesse des Zessionars der Eigentümergrundsuld allzuwenig zu wahren, so ist zu berücksichtigen, daß die vorläufige Eigentümergrundsuld weniger ein freies Verfügungsobjekt für den Grundstückseigentümer sein soll, als es ihm ermöglichen, ungestört von Berichtigung heischenden Nachhypothekaren seinem Gläubiger die Stelle in der Rangordnung zu verschaffen, die er ihm zugedacht hat, und zwar auch dann, wenn eine Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek nicht besteht<sup>15)</sup>.

Erlischt die Hypothekenforderung vor Übergabe des Briefes, so verwandelt sich die vorläufige Eigentümergrundsuld in eine endgültige, da eine Briefübergabe mit der Wirkung, daß die Hypothek existent wird, nun nicht mehr möglich ist.

Daß das Grundpfandrecht vor der Übergabe des Briefes dem Eigentümer zusteht, gilt nicht nur für Hypotheken, sondern auch für Grundsulden<sup>16)</sup>.

Wir deuteten schon an, daß der Besitz des Hypothekenbriefes kein sicheres Kriterium dafür ist, ob das dingliche Recht dem Eigentümer zusteht. Wenn der Eigentümer, nachdem er die Eintragsunterlagen bereits dem Grundbuchamt eingereicht hat, mit dem Gläubiger verabredet daß dieser berechtigt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 2), so erwirbt der Gläubiger die Hypothek mit der Eintragung, sollte auch vom Grundbuchamt der Brief dem Eigentümer ausgehändigt werden (§ 60 GBO.)<sup>17)</sup>. Und, was noch wichtiger ist, die Übergabe des Briefes kann durch Besitzkonstitut ersetzt sein (§ 1117 Abs. 1 Satz 2). Deshalb ist dem Eigentümer, der die

<sup>15)</sup> Ob nicht der Verkehr ohne die Eigentümergrundsuld des § 1163 Abs. 2 recht gut auskäme, ist eine Frage der *lex ferenda*.

<sup>16)</sup> Semmelmann 53.

<sup>17)</sup> Planck S. 539 Erl. III zu § 1117, Schneider 24<sup>5</sup>, Wolff 462<sup>27</sup>. A. M. Turnau-Förster § 1117, 3 S. 758.

Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen herbeiführen will, der Weg verschlossen, ohne Mitwirkung des Gläubigers dem Grundbuchamt den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß § 22 GBO. zu erbringen; denn die hier in Betracht kommenden Negativen sind durch Urkunden nicht beweisbar<sup>18)</sup>. Selbst eine in urkundlicher Form ausgestellte Erklärung des Gläubigers, daß ihm der Hypothekenbrief nicht übergeben sei und ihm also das Gläubigerrecht nicht zustehe, wie sie allgemein für ausreichend angesehen wird<sup>19)</sup>, beweist — abgesehen davon, daß sie ein juristisches Urteil enthält, — nichts für die gegenwärtige Unrichtigkeit des Grundbuchs, zumal nach Abgabe dieser Erklärung gar die körperliche Übergabe und Rückgabe des Dokuments geschehen sein kann. Die Umschreibung darf vielmehr nur erfolgen, wenn der eingetragene Gläubiger sie bewilligt (§ 894 BGB.)<sup>20)</sup>; hat doch die grundbuchmäßige Bewilligung des Betroffenen die Eigentümlichkeit, daß sie für Rechtsänderung und Buchberichtigung gleichermaßen zur Stellung eines Eintragungsantrags ermächtigt (§ 19 GBO.).

---

<sup>18)</sup> Schilde § 11 S. 84/85.

<sup>19)</sup> KGJ. 22 A 310, Turnau-Förster S. 688, Dernburg § 214, 3 b, Horn S. 106/107, Güthe § 22 A. 44, RGRKomm. § 1163, 3 S. 422; vgl. Bruck 224.

<sup>20)</sup> Vgl. Gierke 927<sup>\*\*</sup>.

## Register.

### A

Abtretung einer Forderung an den Pfandgläubiger 45/46, 50<sup>5</sup>; von Widerspruchsrechten 65<sup>39</sup>; des Herausgabeanspruchs 112<sup>46</sup>; verjährter Ansprüche 68/69; von Grundpfandrechten 73 f., 82<sup>11</sup>, 90<sup>25</sup>, 103 f., 130<sup>26</sup> (bedingte), 140<sup>6</sup>; von Rechten am Versteigerungserlös 87, 89; von Gesamthypotheken 122; von Eigentümerteilhypotheken 110, 112/113; Rang abgetretener Hypothekenteile 74<sup>26</sup>, 104<sup>30</sup>, 106<sup>30</sup>, 109<sup>26</sup>.

Actio hypothecaria = pignoratitia (in rem) 4, 10<sup>28</sup> (exc<sup>o</sup> rei iudicatae); 5 ff. (des Eigentümers); 7, 11 (formula quasi Serviana); 8 (suas condiciones habet hyp. a<sup>o</sup>).

Aktionen 6.

Akzessorietät der Hypothek 20 ff., 25 (preuß. R.); 61<sup>28</sup>, 78<sup>2</sup>, 89<sup>21</sup>, 119.

Anfechtung s. Forderung.

Anspruchskonkurrenz 38.

Anteil, Belastung: des A. eines Miteigentümers 114 ff., gemeinschaftliche mehrerer A. 118.

Anwartschaft des Eigentümers auf Grundpfandrechte 93<sup>45</sup>; des eingetragenen Gläubigers einer Briefhypothek 141<sup>11</sup>.

Aufgebot des unbekanntem Gläubigers 125 f.

Aufhebung der Bedingung 128; der Eigentumsgemeinschaft 116; des Nießbrauchs und Pfandrechts 93<sup>45</sup>; der Hypothek 49<sup>4</sup>; der Grundschuld 83<sup>44</sup>; des Zuschlags 83<sup>13</sup>; des Rechtes am Erlös 87<sup>25</sup>, 93<sup>45</sup>.

Hirschfeld, Beiträge.

Aufrechnung seitens des Eigentümers 81<sup>9</sup>, 97/98, 100/101, 124; seitens des Schuldners 98.

Ausfallen von Rechten in der Zwangsversteigerung 35<sup>25</sup>, 40<sup>42</sup>, 84<sup>17</sup>, 85.

Ausschlußwirkung eines Schuldverhältnisses 66<sup>41</sup>.

### B

Bedingung bei der Hypothek 65<sup>22</sup>, 87, 120<sup>21</sup>, 127 ff.; auflösend bedingte Hypothekforderung 93<sup>42</sup>, 126 f.; bedingte Ansprüche in der Zwangsversteigerung 92, 127<sup>21</sup>; Aufhebung 128.

Befriedigung (s. auch Hinterlegung, Lösungsrecht, Nemo subrogat, Öffentlicher Glaube) durch den Schuldner 34<sup>24</sup>, 55, 67<sup>44</sup>, 93, 111/112; durch den Eigentümer 33<sup>19</sup>, 34<sup>24</sup>, 52, 55<sup>13</sup>, 66<sup>44</sup>, 126; durch einen Miteigentümer 114 ff.; durch Dritte 33<sup>19</sup>, 97, 107<sup>21</sup>; durch den Subhastaten 92/93; aus dem Grundstück 33, 60, 84 ff., 107/108, 120; aus einem Bruchteil 118; bei bedingter Hypothek 128<sup>23</sup>; bei Gesamthypothek 57, 84<sup>17</sup>, 88, 120 ff.; eines Gesamtgläubigers 120; Überlassung des Pfandgrundstücks 124 f.; teilweise 106 ff., 121<sup>74</sup>, 125<sup>22</sup>.

Begrenzte dingliche Rechte, Wesen 29, 38; Gegenstand 30; an eigener Sache 30.

Berichtigungsanspruch 65<sup>22</sup>, 68<sup>49</sup>, 98<sup>3</sup>, 101<sup>12</sup>, 104<sup>22</sup>, 134<sup>7</sup>, 137/138 (Einreden), 141, 143<sup>20</sup>.

Besitzkonstitut 141<sup>14</sup>, 142.

- Briefhypothek 63<sup>21</sup>, 66<sup>22</sup> (§ 1140); 87 (ZVG. § 127); 89<sup>24</sup>; 100, 105 (§ 1155); 125<sup>28</sup> (§ 1171 II 2); 103<sup>20</sup>, 104, 112, 122, 138 ff.
- Bruchteil s. Anteil, Miteigentum, Zwangsvollstreckung.
- Bürge, selbstschuldnerischer 89<sup>20</sup>; Einreden 60<sup>24</sup>, 81<sup>1</sup>; Übergang des Gläubigerrechts 73<sup>26</sup>, 99/100, 107, 124<sup>24</sup>.
- D**
- Deckung des Bezogenen im Wechselrecht 79<sup>3</sup>.
- Devastationsklage 37, 40.
- Dingliche Klage 63<sup>24</sup>.
- Dingliche Schuld, Theorie der d. Sch. des Eigentümers 34.
- E**
- Eigentum (s. auch Miteigentum), Wesen 28—30; Inhalt 39<sup>22</sup>; Schranken der Ausübung 29; Teilung 113; Verhältnis zu anderen dinglichen Rechten 30, 38/39; Elastizität 38<sup>27</sup>.
- Eigentümergrundpfandrecht, Theorien: 35 (Oberneck), 35<sup>22</sup> (Predari), 35<sup>24</sup> (Bruck, Dernburg, Güthe), 36/37 (Ihering), 37 (Gierke), 37 (Planck), 37<sup>20</sup> (Hachenburg), 39<sup>21</sup> (Puntschart), 41<sup>28</sup> (Horn), 41 (Kipp, Hirsch); Zweck 91/92, 107; Zuständigkeit 113, 130/131; in der Zwangsversteigerung 39, 41<sup>24</sup>, 90ff.
- Eigentümergrundschuld 26, 96 ff.; 35<sup>24</sup>, 36, 103, 128, 134 ff. (Bestellung); 132 f. (Zuständigkeit; 139 ff. (vorläufige); 51<sup>6</sup>, 119 (E. zu gesamter Hand); 135<sup>9</sup> (Verfügung); 45<sup>9</sup>, 50<sup>6</sup>, 128 (Pfandrecht an der E.); 87<sup>22</sup> (Pfändung).
- Eigentümerhypothek (Begriff); 19 ff., 25 f. (preuß. R.); 23 f. (mecklenb. R.); 26 f., 133<sup>1</sup> (BGB.); 122 (Gesamthypothek); 128 f. (bedingte); 87<sup>22</sup> (Pfändung).
- Einigung, dingliche 32<sup>17</sup>, 80, 90<sup>24</sup> 141; Fehlen der E. bei der Hypothek 64<sup>22</sup>, 78<sup>2</sup>, 129/130, 133 ff., 139<sup>6</sup>.
- Einreden, dauernde 60; gegen Forderung 59, 70, 99; gegen Hypothek 58<sup>18</sup>, 59 ff., gegen Teil der Hypothek 69; gegen Grundschuld 70 ff., 91, 93<sup>26</sup>; gegen Berichtigungsanspruch 137 f., 141; Vorschützen von E. 64, gegenüber dem Rechtsnachfolger des Hypothekars 65/66; Eintragung 62<sup>23</sup>, 62/63, 66<sup>26</sup>, 72, 83, 93; Verzicht 60<sup>25</sup>, 61<sup>28</sup>; dem Bürgen zustehende E. 60<sup>24</sup>, 81<sup>1</sup>; E. der Verjährung 60/61; E. des nicht-erfüllten Vertrages 81.
- Eintragungen auf eigenen Namen im mecklenb. R. 23, 24<sup>21</sup>.
- Eintragungsbewilligung 134<sup>6</sup>, 140<sup>9</sup>, 143.
- Einwendungen des Eigentümers gegen die Hypothek 64/65.
- Erlaß 97.
- Ersatzanspruch s. Rückgriffsrecht.
- Ersteher, Eintritt in die persönliche Schuld 70<sup>22</sup>; Forderung gegen E. 41<sup>26</sup>, 84 ff.; Nachzahlungspflicht 127<sup>21</sup>, 136<sup>14</sup>.
- Exceptio rei sibi (ante) pignoratæ 5, 11.
- F**
- Fiktion 2<sup>5</sup>, 78<sup>2</sup>, 123<sup>21</sup>, 129, 135<sup>10</sup>.
- Forderung, Fälligkeit 55/56; Teilung 113; gegen den Ersteher 41<sup>26</sup>, 84 ff. Hypothekenforderung: künftige 137<sup>18</sup>; Fehlen 27, 78 f., 130, 132 f.; Anfechtbarkeit 132, 137<sup>17</sup>; Auswechslung 55<sup>9</sup>, 89<sup>21</sup>, 122; Einheitlichkeit bei Gesamthypothek 121 f.; Übergang 85, 98 ff., 117<sup>22</sup>, 122<sup>7a</sup>, 128<sup>22</sup>; Erlöschen 85, 96 ff., 122, 124, 135<sup>10</sup>, 142 (vor Briefübergabe); Verlust

- bei Verzicht auf die Hypothek 54 ff.
- G**
- Gemeinschaft der Miteigentümer nach Bruchteilen 113 ff.; der Erben 97<sup>1</sup>; der Eigentümer bei Gesamthypothek 51<sup>6</sup>; Rechtsg. bezgl. des Hypothekenbriefes 112.
- Geringstes Gebot 82 f., 116, 127<sup>91</sup>; 136<sup>14</sup> (Nachzahlungspflicht).
- Gesamtgläubigerschaft 119 f. (Hypothek).
- Gesamthypothek, einheitliche Forderung 121 f.; Verteilung 35<sup>36</sup>, 51<sup>6</sup>; Übertragung 47<sup>14</sup>; Konfusion 46; Verzicht 51, 56; Einwilligung in eine Schuldübernahme 52<sup>6</sup>, 54; Befriedigung des Gläubigers 57/58, 84<sup>17</sup>, 85, 88 (ZVG. §§ 122, 123), 115, 120 ff., durch Hingabe eines Pfandgrundstücks 124/125; Brief 139.
- Gesamtschuldverhältnis, Besonderheit bei Konsolidation von Hypothek und Eigentum 46; Ausgleichung 73<sup>66</sup>, 99; Übergang des Gläubigerrechts 107<sup>31</sup>.
- Gesetz der juristischen Ökonomie 2, 38.
- Gestaltungsrechte 32<sup>17</sup>.
- Grundbuchamt, Erklärungen gegenüber dem G. 75 f., 87, 134<sup>6</sup>; Legitimation gegenüber dem G. 90<sup>36</sup>, 101 ff.; Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs 65<sup>39</sup>, 143; Aushändigung des Hypothekenbriefes 113, 138/139, 142<sup>17</sup>.
- Grundgerechtigkeiten 17 f.
- Grundpfandrecht, Wesen 32, 34, 36<sup>27</sup>; Gegenstand 30, 31; Teilung 113; Anwendung auf Rechte am Erlös 88 ff.
- Grundschuld (s. auch Eigentümerge.), selbständige dingliche Belastung 25, 26<sup>34</sup>, 77 ff., 86<sup>32</sup>, 88; Sicherungsg. 70<sup>63</sup>, 81; kein „Nebenrecht“ 55<sup>13</sup>, 73<sup>62</sup>; nichtvalutierte 80 ff.; Einreden gegen G. 70 ff.; bedingte 128 ff.; Gesamtg. 48, 126; Befriedigung 126; Konfusion 47/48; Aufhebung 83<sup>14</sup>; Abtretung 106, 141 (vorläufiger G.); Briefg. 142<sup>14</sup>. G. in der Zwangsversteigerung 25, 77 ff.
- Guter Glaube beim Erwerb von Grundpfandrechten 66<sup>44</sup>, 71, 75, 129 f., 137.
- H**
- Haftung (s. auch Dingl. Klage, Dingl. Schuld, Realobligation), beschränkte H. des Erben 60<sup>32</sup>, des Vermögensübernehmers 64<sup>14</sup>.
- Hinterlegung der Schuldsomme 97, 100, 105<sup>44</sup>, 124; des Bargebots 84/85; bei bedingten Ansprüchen 87<sup>25</sup>, 92; als Streitmasse 94<sup>66</sup>; für Beteiligte am Versteigerungserlös 96<sup>63</sup>; für den unbekanntenen Gläubiger 125 f.
- Höchsthypothek 26, 133<sup>1</sup>.
- Hypothek (s. auch Akzessorietät, Bedingung, Briefhyp., Forderung, Sicherungshyp., Zwangshyp.), nichteingetragene 68<sup>66</sup>; betagte 127; Umschreibung 101 ff., 143; Umwandlung 103; Teilung 109; Erlöschen 119, 120, 127; Anspruch auf Bestellung 80<sup>7</sup>, 141 f.
- Hypothekenbrief s. Briefhyp., Gesamthyp., Grundbuchamt.
- Hypothekenrecht, römisches 2, preußisches 18 ff., 25 f., mecklenburgisches 23 f.
- J**
- Jus offerendi s. Sukzessionsrecht.
- Jus vendendi sive distrahendi 9.
- K**
- Kautionshypotheks. Höchsthyp. Konfusion (s. Vereinigung), Lehre der römischen Juristen 3, 7<sup>11</sup> (D. 36, 1 fr. 61 pr.).
- Konkurs, Absonderungsrecht der Hypothekare 58<sup>19</sup>; betagte An-

sprüche 92; Ausgleichungsansprüche 108<sup>24</sup>.  
 Konsolidation s. Vereinigung.  
 Konversion 76, 135/136.  
 Kündigung der Hypothek 45<sup>12</sup>, 56.

## L

Latinus Largus 3 ff. (D. 44, 2 fr. 30 § 1).  
 Leistung an Zahlungsstatt 124 f.  
 Lösungsrecht 55<sup>13</sup>, 66<sup>44</sup>, 101, 107<sup>21</sup>, 112, 118, 123, 126.

## M

Manzipation 37.  
 Miteigentum und Eigentümergrundschild 113 ff.

## N

Nachhypothekare 11, 12 ff. (röm. R.), 108/109, 133; Lösungsrecht 66<sup>44</sup>, 104<sup>21</sup>; Aufrücken 91 ff., 120, 124, 128, 136<sup>16</sup>; Berichtigungsanspruch 134<sup>7</sup>, 138.  
 Nebenleistungen, Hypothek für N. 43/44, 50, 61<sup>20</sup>; Grundschildzinsen 47.  
 Nemo subrogat contra se 69<sup>52</sup>, 74, 104<sup>20</sup>, 106 ff., 121<sup>74</sup>.  
 Nießbrauch 2<sup>1</sup> (röm. R.); 43<sup>2</sup>, 45<sup>11</sup>, 50 (an Hypothek).  
 Novation 7.  
 Nutzpfindrecht 43<sup>1</sup>.

## O

Offengehaltene Stellen im mecklenb. Hypothekenr. 24.  
 Öffentlicher Glaube des Grundbuchs 52<sup>7</sup>, 61<sup>22</sup>; 62/63, 100, 103<sup>20</sup>, 124<sup>24</sup> (§ 1138); 66 (§ 1157); 74 ff. (Verzicht); 83, 87<sup>24</sup> (Versteigerung); 128<sup>44</sup>, 129 f. (Bedingung).

## P

Pfandrecht (s. auch Versteigerungspf.) an: eigener Sache 2—12 (röm. R.), 2 (§ 1256 II), Hypothek

und Grundschild 43—46, 50, 53/54, 79, Eigentümergrundschild 45<sup>2</sup>, 50<sup>2</sup>, Forderung 87/88, Auflassungsanspruch 132, Forderung gegen den Ersteher 96, Versteigerungspfandrecht 87; Verjährung der gesicherten Forderung 60/61; Vollstreckungspf. 88.

Pignus, ius in re (aliena) 2; non intellegitur quis suae rei p. contrahere 3; p. non potest perseverare domino constituto creditore 4, 6, 9; remanet propter p. naturalis obligatio 8; auf den Tauschwert gerichtet 10<sup>27</sup>; akzesorisch 8<sup>22</sup>, 12.

Publizitätsgedanke (s. auch Öffentl. Glaube) 1, 17, 18, 23, 133<sup>2</sup>.

## Q

Quittung 101, 104, 105<sup>27</sup>.

## R

Rangverhältnis, Wesen des Ranges 106<sup>22</sup>; R. unter obligatorischen Rechten 39<sup>22</sup>; zwischen Eigentum u. begrenzten dinglichen Rechten 39; der Teile eines Grundpfandrechts 74<sup>66</sup>, 104<sup>20</sup>, 106<sup>20</sup>, 109 ff.; Rangänderung 39, 52<sup>7</sup>, 110<sup>4</sup>; R. bei Einigung nach Eintragung 134<sup>7</sup>, 137; der Rechte am Versteigerungserlös 84, 93<sup>44</sup>, 107/108.

Realobligation, Theorie der R. 33.  
 Rechte, subjektive: Inhalt 29, 36<sup>27</sup>, 61<sup>22</sup>; Ruhen 21, 24, 41; Passive Wirkungen 36/37; Teilung 113.

Rechtliches Interesse am Fortbestehen des Nießbrauchs und des Pfandrechts 2, 92/93.

Rechtskraft negativer Feststellungen bezgl. der Hypothek 65<sup>22</sup>; von Verurteilungen zu Willenserklärungen 68.

Rei vindicatio 10/11.

Rentenkauf 23<sup>24</sup>.



**Rentenschuld** (s. auch Grundschuld) 77, 80, 126, 133<sup>3</sup>.

**Rückgriffsrecht** (s. auch Bürge, Gesamtschuldverhältnis) des Hypothekenschuldners 55, 88/89, 97, 112, 117<sup>63</sup>; des Eigentümers bei Gesamthypothek 57/58, 88<sup>29</sup>, 121 ff.; des Miteigentümers 117, 119<sup>67</sup>; im Konkurs des Schuldners 108<sup>34</sup>.

**Rücktritt vom Vertrage** 81, 130 f.

**Rückwirkende Kraft der Genehmigung** 53, 54; der Aufrechnung 98; des Rücktritts 130; der Aufhebung des Zuschlags 83<sup>13</sup>; keine r. K. bei Eintritt der auflösenden Bedingung 93<sup>42</sup>, 127<sup>90</sup>.

### S

**Schadenersatz** s. Unerlaubte Handlung.

**Schikaneverbot** 29.

**Schuldübernahme, Einwilligung** des Grundeigentümers 52 ff.; Sch. und Grundschuld 70<sup>64</sup>; außerhalb des Grundbuchs 101/102; anfechtbare 59<sup>20</sup>.

**Schuldverhältnis** s. Ausschlußwirkung, Befriedigung, Forderung u. a.

**Servitut, nulli res sua servit** 17; am eigenen Grundstück 17 (D. 8, 3 fr. 31; Code civil a. 692—694; ALR. I 22 § 52—54).

**Sicherheitsleistung** des Verpflichteten 61, 79; des Nießbrauchers 79.

**Sicherungshypothek** 63, 122<sup>79</sup>, 127<sup>92</sup>; 132 (gesetzliche); 96 (für Forderung gegen den Ersteren).

**Sukzessionsrecht** der Nachhypothekare 12 ff.; des Pfanderwerbers 14, 15 (C. 8, 19c. 1), 16 (materielles Einrederecht).

**Surrogation im Grundversteigerungsverfahren** 84 ff., 90/91.

### U

**Unerlaubte Handlung** des Hypothekars gegen den Schuldner 59<sup>20</sup>, 62, 71, gegen den Eigentümer 64, 136/137.

**Ungerechtfertigte Bereicherung** des Hypothekars 59<sup>21</sup>, 62, 63, 69, 71; 72<sup>63</sup> (§ 822); 72 ff. (Herausgabe).

**Unpfändbare Sachen** 29<sup>4</sup>.

**Unrichtigkeit des Grundbuchs** s. Berichtigungsanspruch, Grundbuchamt, Öffentl. Glaube.

### V

**Valuta bei Grundschulden** 80 ff., 94 ff.

**Vereinigung von Forderung und Schuld** 1, 96/97, 128<sup>93</sup>, 45<sup>10</sup> (nach Verpfändung); von Eigentum und begrenztem dinglichen Recht 1, 3, 5, 18 (ALR.), 40, 42, 139<sup>4</sup>.

**Verfügung** (s. auch Öffentl. Glaube) des dinglich Berechtigten 52<sup>7</sup>, 74 ff., 95, 83 (Zwangsversteigerung); der Miteigentümer 114<sup>43</sup>; über Eigentümergrundschuld 36<sup>22</sup>, 135<sup>9</sup>, 140 ff.

**Verjährung von Hypothekenforderungen** 60/61; der durch Grundschuld gesicherten Forderung 70<sup>64</sup>; dinglicher Ansprüche 62<sup>29</sup>; des Anspruchs auf Zinsrückstände 61<sup>29</sup>; eines Befreiungsanspruchs 62, 64, 71; eines Verzichtanspruchs 68/69; des Wandlungsrechts 62, 70.

**Versteigerungserlös** 32<sup>17</sup>, 35<sup>25</sup>, 82, 84 ff.

**Versteigerungspfandrecht, Begriff** 87; Verfügung über V. 87 ff.; Gesamtbelastung 88; Pfändung 89<sup>33</sup>; V. an der eigenen Forderung 89<sup>33</sup>, 90 ff.

**Verwertungsrechte** 32, 34<sup>13</sup>, 61<sup>17</sup>, 64<sup>35</sup>.

**Verzicht**, bei Einzelbelastungen 48 ff. (Form); bei Gesamtbelastungen 48, 51, 58, 69<sup>90</sup>; auf Grundsuld 80<sup>9</sup>; Einfluß auf die persönliche Forderung 54 ff.; Anspruch auf V. 58 ff., 67 ff., 80<sup>6</sup>, 84, 98, 128<sup>94</sup>, 137; V. zwecks Herausgabedes grundlos erlangten dinglichen Rechts 72 ff.; bedingter V. 129; V. und öffentl. Glaube 74 ff.; auf Einreden 61<sup>98</sup>; nach Beschlagnahme des Pfandgrundstücks 83; auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös 82 ff., 87, 90 ff.

**Vormerkung zur Sicherung des Lösungsanspruchs** 54, 76, 82<sup>11</sup>, 140<sup>9</sup>.

### W

**Wandlung, Vollziehung** 62<sup>90</sup>; **Verjähung des Wandlungsrechts** 62; **Verhältnis zum Rücktritt** 131.

**Wert des Pfandgrundstücks** 35<sup>98</sup>, 51<sup>6</sup>, 56, 57/58 (§§ 2166, 2167).

**Wertparzellentheorie** 22, 30/31, 91.

**Widerruf der Einwilligung** 52/53; **der dinglichen Einigung** 90<sup>94</sup>.

**Widerspruch im Grundbuch** 94<sup>94</sup>; **gegen Teilungsplan** 83, 94<sup>94</sup>.

### Z

**Zinsbeschränkung beim Eigengrundpfandrecht** 35<sup>96</sup>, 40<sup>94</sup>, 44<sup>7</sup>, 122<sup>76</sup>; 45, 50<sup>8</sup> (Ausnahme bei Verpfändung).

**Zinsen s. Nebenleistungen.**

**Zustimmung** (s. auch **Berichtigungsanspruch**, **Eintragungsbewilligung**), zur **Schuldübernahme** 53, 54; des **Nießbrauchers** und **Pfandgläubigers** 50/51, des **Schuldners** 56 zum **Verzicht auf die Hypothek**.

**Zwangshypothek** 31, 135<sup>90</sup>.

**Zwangsvollstreckung** (s. auch **Ausfallen**, **Befriedigung**, **Geringstes Gebot**, **Surrogation**, **Versteigerungserlös**), **Ziel** 92; **Beteiligte** 95; **Verbot beim Eigengrundpfandrecht** 40, 42, 122<sup>76</sup>; **Bargebot** 84 f.; **Zuschlag** 83, 84, 85<sup>19</sup>, 86; **Teilungsplan** 82, 83, 94<sup>94</sup> (**Widerspruch**), 92, 96; **Versteigerung zwecks Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft** 116; **von Bruchteilen** 118.

Verlag von Julius Springer in Berlin.

---

---

**Bericht über den II. internationalen Hausbesitzerkongreß**, Berlin, 5. bis 9. Mai 1912. Herausgegeben vom **Arbeitsausschuß des Kongresses**.

- I. Band: **Organisation des Kongresses, Eröffnungssitzung, Verzeichnis der Mitglieder und sonstiges.** Preis M. 2,—.  
II. Band: **Heimatstättenrecht.** Preis M. 3,—.  
III. Band: **Die Realkreditfrage** und ihre beste Lösung für den Hausbesitz. Preis M. 5,—.  
IV. Band: **Vergleichende Wohnungs-Statistik.** Preis M. 3,—.
- 

**Bodenfrage und Bodenpolitik in ihrer Bedeutung für das Wohnungswesen und die Hygiene der Städte.**

Eine Untersuchung über die wirtschaftlichen Voraussetzungen der Städtehygiene für Architekten, Ingenieure, Verwaltungsbeamte, Hygieniker und alle Interessenten der städtischen Wohnungsfrage. Von Professor **Dr. W. Gemünd**, Dozent an der Technischen Hochschule in Aachen. Preis M. 8,—; in Leinwand gebunden M. 9,—.

---

**Kleinhaus und Mietskaserne.** Eine Untersuchung der Intensität der Bebauung vom wirtschaftlichen und hygienischen Standpunkte. Von Professor **Dr. A. Voigt** und Architekt **P. Geldner**. Mit Textabbildungen und 1 lithographierten Tafel. Preis M. 6,—.

---

**Strafrecht und Auslese.** Eine Anwendung des Kausalgesetzes auf den rechtsprechenden Menschen. Von **Dr. Hans von Hentig**. Mit 14 graphischen Darstellungen. Preis ca. M. 15,—.  
Erscheint im März 1914.

---

**Über das Börsentermingeschäft in Wertpapieren.** Vorträge, gehalten in einem Fortbildungskurse für Juristen. Von **Dr. Heinrich Göppert**, Geheimer Oberregierungsrat, vortragender Rat im Ministerium für Handel und Gewerbe, Staatskommissar bei der Berliner Börse. Preis M. 2,40.

---

**Die Technik des Bankbetriebes.** Ein Hand- und Lehrbuch des praktischen Bank- und Börsenwesens von **Bruno Buchwald**. Siebente, vermehrte und verbesserte Auflage. In Leinwand gebunden Preis M. 6,—.

---

**Das Handelsregister und seine Rechtsverhältnisse** in kurzgefaßter Darstellung für Juristen und Kaufleute. Von **M. K. Samter**, Amtsgerichtsrat am Amtsgericht Berlin-Mitte. In Leinwand gebunden Preis M. 3,—.

---

---

Zu beziehen durch jede Buchhandlung.

Verlag von O. Häring in Berlin.

---

---

**Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes.** Von Dr. **Bernhard Matthias**, Professor an der Universität Rostock. Fünfte, verbesserte und ergänzte Auflage.

Preis M. 20,—; in Halbleder gebunden M. 23,—.

---

**Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung** vom 24. März 1897 (Fassung vom 20. Mai 1898), nebst Einführungsgesetz und den Preussischen Ausführungsbestimmungen. Bearbeitet von **Alexander Niedner**, Landrichter in Meiningen.

Preis M. 6,—; in Leinwand gebunden M. 7,—.

(Band V der Sammlung „Die Gesetze des Deutschen Reichs in kurzgefaßten Kommentaren“.)

---

**Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen** in der gerichtlichen Praxis. Von **Paul Badstübner**, Amtsrichter in Berlin.

Preis M. 8,—; in Leinwand gebunden M. 9,—.

(Band IV der „Hilfsbücher für die gerichtliche Praxis“, herausgegeben von Reichsgerichtsrat Dr. Wilibald Peters.)

---

**Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis.** Von Dr. **A. Brand**, Kammergerichtsrat.

Preis M. 9,—; in Leinwand gebunden M. 10,—.

(Band IX der „Hilfsbücher für die gerichtliche Praxis“, herausgegeben von Reichsgerichtsrat Dr. Wilibald Peters.)

---

**Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis.**

Von Dr. **A. Brand**, Kammergerichtsrat.

Preis M. 9,—; in Leinwand gebunden M. 10,—.

(Band X der „Hilfsbücher für die gerichtliche Praxis“, herausgegeben von Reichsgerichtsrat Dr. Wilibald Peters.)

---

---

Zu beziehen durch jede Buchhandlung.